

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. 9 *Quaderni di conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA

N. 9



Cagliari - 2019

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-140-1

N. 9
*Quaderni di
conciliazione*

N. 9
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2019

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



© Cagliari - 2019

Volume pubblicato con i contributi:

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



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



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



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-140-1

Grafica, composizione e copertina: Antonino Valveri

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

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); María Inés Laverde (Universidad Católica de Colombia); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzione (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Oltrepassare il Mediterraneo</i>	Pag. 9
GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, <i>Un caso conflictivo actual para la mediación: pisos turísticos y comunidades de vecinos, en España (e Italia)</i>	» 13
SARAH SCHIAPARELLI, <i>Il diritto all'oblio: fondamento, natura e tutele</i>	» 67
ROKSOLANA VASYLIUK, <i>Scelte condivise per migliorare la giustizia nell'esperienza dei Paesi post Sovietici (Federazione Russa, Repubblica della Bielorussia e Ucraina): le prime pietre fondatrici del sistema della mediazione</i>	» 109
FERNANDO MORENO MOZO, ASUNCIÓN MATIN VELARDE, <i>La mediación como cauce para proteger el interés superior del menor en los casos de sustracción internacional de menores</i>	» 175
ALBERTO CONTU, <i>La comunicazione nella formazione del mediatore</i>	» 237

CARLO PILIA

OLTREPASSARE IL MEDITERRANEO

La collana tematica dei *Quaderni di conciliazione*, malgrado sia connotata da molteplici indici di internazionalità per la composizione dei suoi organi, la provenienza, i contenuti e le lingue dei contributi pubblicati, mantiene uno stretto collegamento con la città di Cagliari, l'isola della Sardegna, il Mediterraneo e le sue rotte interne ed esterne.

Cagliari è l'affascinante città dove ha sede l'editore AValveri che pubblica i *Quaderni di conciliazione*, cagliaritano è l'Ateneo al quale appartengono il direttore, il curatore e buona parte dei componenti del comitato direttivo e di referaggio della collana, che insegnano, vivono e ospitano tanti colleghi nel capoluogo sardo. Nella stessa città, inoltre, ha pure sede l'Associazione dei Mediatori Mediterranei che, con i suoi attivi componenti, ha promosso nel corso degli anni la divulgazione della conoscenza della mediazione con un approccio culturale aperto e internazionale, mediante l'ideazione e l'attuazione dei *Percorsi mediterranei della mediazione per la pace*.

In tal senso, si è inteso declinare in maniera itinerante, in chiave pluralista e d'integrazione, una dialettica culturale che nasce nel mezzo del Mediterraneo, per tanti versi, nel tentativo di superare fronti, se non blocchi contrapposti, avvalendosi del dialogo e della mediazione. La diffidenza e il terrore, piuttosto che le differenze e le incompatibilità, infatti, determinano le posizioni difensive e di chiusura che finiscono sempre per penalizzare, in primo luogo, chi si isola e, di riflesso, i vicini e poi l'intero bacino. Soffocare una voce, interrompere un dialogo, limitare la circolazione delle idee, prima che delle persone, dei beni e servizi, finisce per marginalizzare il nostro Mediterraneo, esasperare i conflitti e penalizzare noi stessi che ci viviamo.

La capacità di convivere, in questo contesto conflittuale, ci ha permesso di superare i contrasti e continuare gli scambi, malgrado l'incessante succedersi dei contrasti tra e nei sistemi politici, economici e sociali. In tal senso, il dialogo e la mediazione costituiscono l'essenza più profonda che accomuna le nostre storie ed esperienze mediterranee. La pubblicazione della collana editoriale dei *Quaderni di conciliazione*, così come i *Percorsi mediterranei di mediazione per la pace*, attraverso i molteplici interpreti, rispecchiano lo spirito del dialogo mediterraneo. Per ogni volume, contributo e riferimento che si pubblica, per ogni iniziativa itinerante che si realizza, infatti, si contribuisce a dare voce agli autori, a condividere i pensieri e le esperienze sulla gestione amichevole dei conflitti che provengono dai vari contesti.

Agli iniziali contributi degli autori sardi e, su scala nazionale, italiani, si sono subito affiancati quelli spagnoli, francesi, portoghesi, per poi oltrepassare l'Unione Europea. Sono pure pubblicati i contributi marocchini, tunisini e libanesi. Da tempo, si è superato il bacino mediterraneo, da un lato, si sono ospitati i contributi degli autori russi, bielorusi e ucraini. Dall'altro lato, sono stati raccolti numerosi altri contributi che arrivano da Stati Uniti d'America, Colombia, Cuba, Panama e Argentina.

La collana ha superato ampiamente le rotte del Mediterraneo, per aprirsi verso più lontani oceani e continenti, senza però perdere l'identità, né dimenticare lo spirito dei suoi percorsi. Tutti gli autori, i lettori, i relatori e il pubblico degli interessati alla materia, infatti, sono stati coinvolti nel progetto editoriale e, per tanti aspetti, lo hanno condiviso e rilanciato, partecipando anche alle attività convegnistiche e formative. Se l'accesso diffuso agli strumenti tecnologici permette la facile comunicazione a distanza, i *Quaderni di conciliazione* hanno pure potuto sfruttare gli altri strumenti, anche finanziari, della mobilità internazionale dei docenti, dei professionisti e degli studenti.

In tal senso, è bene ricordare i percorsi reciproci di mobilità che si sono condivisi con i Colleghi del Mozambico, provenienti dall'Università Eduardo Mondlane della capitale Maputo, che hanno animato le iniziative formative e congressuali dell'ultimo biennio. La conoscenza dei loro sistemi di giustizia alternativa, specie nella prospettiva del rilancio dei reciproci scambi inter-

nazionali, costituisce una necessità, che risponde a un'esigenza di comune costruzione della mediazione transfrontaliera.

Parimenti significative, sempre in termini di reciprocità, sono state le consolidate esperienze internazionali con i colleghi civilisti Cubani che sono stati più volte a Cagliari e hanno ricambiato l'ospitalità a L'Avana. Da anni si condividono percorsi di ricerca, formativi e di pubblicazione, che aprono interessanti prospettive di collaborazione con l'America Latina, specie per i giovani studenti, che con la mediazione si stanno abituando al confronto internazionale.

Con l'Argentina si stanno sviluppando strette relazioni, ancora un volta, impostate in termini di reciprocità. La comune ascendenza latina, italiana, se non addirittura sarda con tanti colleghi, senz'altro costituisce un elemento che facilita il rapporto e carica di maggiori significati i percorsi di riscoperta e recupero della relazione. In tal senso, l'essere stati ospitati in Argentina dai colleghi di Buenos Aires e Cordoba, aver ricambiato l'ospitalità a Cagliari, conducendoli nell'arcipelago di La Maddalena, con visita d'obbligo alla casa museo di Giuseppe Garibaldi, ha dimostrato ancora una volta la profondità e la solidità delle relazioni ci uniscono nel percorso oltre il Mediterraneo.

La mediazione e la giustizia alternativa, quindi, supera le acque del Mediterraneo, ma porta a condividere e a ogni tappa rilanciare idee, profumi, sapori, progetti e temi aperti di incontro e confronto. Lo studio congiunto dei conflitti e la ricerca delle modalità da condividere di risoluzione amichevole, in definitiva, finisce per unire piuttosto che dividere i suoi interpreti.

Con il "*III Encuentro Internacional Mediterráneo sobre mediación (La mediación familiar en el Mediterráneo: un camino hacia la igualdad)*" del 18 e 19 giugno 2015, promosso a Ceuta con il collega Guillermo Cerdeira, i *Percorsi mediterranei della mediazione per la pace* hanno superato le Colonne d'Ercole, che negli anni continuano ad attraversare per fare conoscere i contenuti e il significato più profondo dei nostri *Quaderni*. Un diario di viaggio, che chi scrive e legge accompagna, annotandolo e arricchendolo di esperienze e progetti tra vecchi e nuovi mondi, apertura di conflitti e percorsi di pacificazione.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA*

UN CASO CONFLICTIVO ACTUAL PARA LA MEDIACIÓN: PISOS TURÍSTICOS Y COMUNIDADES DE VECINOS, EN ESPAÑA (E ITALIA)

SUMARIO: I. EL PROBLEMA CONVIVENCIAL DE LOS PISOS TURÍSTICOS Y SU SOLUCIÓN "OFICIAL". - 1. Los pisos turísticos como germen de actividades molestas para las comunidades de vecinos, ex art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal española. - 2. Estatutos de las comunidades de vecinos y alojamientos turísticos: entre la voluntad de la comunidad y la libertad de cada vecino. - 2.1. Evolución en la jurisprudencia española: desde la suficiencia de destinar el piso a "vivienda" hasta la exigencia de una prohibición expresa y clara de la actividad turística. - 2.2. Y la solución en los Derechos autonómicos en España, en su mayoría, conforme a la jurisprudencia; y el singular caso de las Islas Baleares. - 3. La dispar reacción de promotores y de comunidades de vecinos ante tal realidad jurisprudencial y normativa. - 4. En particular, la opción de prohibir estatutariamente la actividad turística. - 4.1. ¿Es lícita tal prohibición prevista en la normativa autonómica? Su fundamento en el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal y en la función social de la propiedad, ex art. 33.1 de la Constitución española. - 4.2. ¿Qué mayoría se requiere para tal prohibición?; y, en su caso, ¿cabría computar a favor de la prohibición el silencio de los vecinos ausentes, o habría que contar con su consentimiento expreso? - 4.3. La prohibición estatutaria, de ser aprobada, ¿tiene efectos retroactivos? - II. UNA POSIBLE SOLUCIÓN "ALTERNATIVA". - 1. El posible "uso excesivo" en los elementos comunes provocado por el destino turístico, admitido en la propia solución "oficial". - 2. El alquiler turístico como actividad molesta por ser presumiblemente abusiva en el uso – excesivo – de los elementos comunes: la aplicación combinada de los arts. 7.2 del Código Civil español y de la Ley de Propiedad Horizontal. - 3. Consecuencias de tal consideración: - 3.1. La posible, pero prescindible, prohibición estatutaria como simple pacto "secundum legem", que, por su trascendencia real, es inscribible, y que, por su justicia social, cabe interpretar ampliamente y aplicar con efectos retroactivos. - 3.2. El necesario permiso de la comunidad para el destino turístico de los pisos o locales, con el consiguiente incremento en la contribución a los gastos de mantenimiento de los elementos comunes. La conformidad del Dere-

* *Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla*

cho catalán con la Ley española de Propiedad Horizontal. - 3.3. Régimen de mayorías necesario para la concesión de tal permiso, según sea generalizado o puntual, y se contenga, respectivamente, en los estatutos o en un acuerdo de Junta. El peculiar régimen catalán, y la conformidad del Derecho balear con la Ley española de Propiedad Horizontal. - 3.4. ¿Es, en todo caso, necesario el consentimiento expreso del vecino afectado por el acuerdo – permisivo o prohibitivo – de la comunidad? - 4. Y un final abierto... a la expansión de la solución alternativa propuesta.

I. EL PROBLEMA CONVIVENCIAL DE LOS PISOS TURÍSTICOS Y SU SOLUCIÓN “OFICIAL”

1. *Los pisos turísticos como germen de actividades molestas para las comunidades de vecinos, ex art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal española.* – La existencia de pisos turísticos dentro de las comunidades de vecinos – lo que el Derecho italiano denomina “condominio negli edifici” y regula en los arts. 1117 y ss. de su Código – (ya se trate de un edificio, de una urbanización, o de cualquier otro complejo inmobiliario), constituye, sin duda, una de las cuestiones más polémicas habidas sobre la materia en España, y también en otros Países,¹

Todo empieza cuando los huéspedes-clientes de los pisos turísticos terminan causando diversas molestias a los vecinos de la comunidad, no tanto por lo que aquéllos hacen dentro del piso, sino por lo que hacen con los elementos comunes del inmueble (cfr., art. 1117 Codice italiano)²; molestias tales como daños en las

¹ Este trabajo se centrará en España, atendiendo a sus leyes y a su jurisprudencia; aunque también se hará particular referencia, aunque de forma accesorio, al Derecho italiano.

² Que dice: “Sono oggetto di proprietà comune dei proprietari dei diversi piani o porzioni di piani di un edificio, se il contrario non risulta dal titolo: (...) 1) il suolo su cui sorge l’edificio, le fondazioni, i muri maestri, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni d’ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e in genere tutte le parti dell’edificio necessarie all’uso comune; (...) 2) i locali per la portineria e per l’alloggio del portiere, per la lavanderia, per il riscaldamento centrale, per gli stenditoi e per altri simili servizi in comune; (...) 3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere che servono all’uso e al godimento comune, come gli ascensori, i pozzi, le cisterne, gli acquedotti e inoltre le fognature e i canali di scarico, gli impianti per l’acqua, per il gas,

escaleras y en los ascensores, así como ruidos por fiestas, bullicios, salidas y entradas intempestivas en el inmueble, defecaciones, preservativos, vómitos, botellas y demás basura arrojados en los elementos comunes (portal, escaleras, ascensor, ...); todo lo cual genera gastos de reparación y de limpieza extra.

Sin necesidad de acudir a la imaginación, son todos ellos casos que han llegado a los tribunales. Pues la reacción en la mayoría de aquellos casos por parte de las comunidades de vecinos ha sido la de demandar al dueño del piso turístico amparándose en el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal española, que regula las comunidades en los edificios y que, en particular, dice en su primer párrafo: *“Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.”* (Y de modo similar el art. 553-40.1 del Código Civil de Cataluña)³. En los siguientes párrafos de aquel art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal se regula la posibilidad de que el presidente de la comunidad aperciba al dueño del piso molesto y de que, si persiste, pueda acudirse a la vía judicial, a fin de que el juez ordene el cese de la actividad molesta, o de que incluso condene al desalojo del piso si se persiste en tal molestia⁴.

per l'energia elettrica, per il riscaldamento e simili, fino al punto di diramazione degli impianti ai locali di proprietà esclusiva dei singoli condomini”.

³ Que, bajo el título *“Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes”*, comienza diciendo: *“1. Los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa”.*

⁴ *“El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.(...) Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.(...) Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la*

Fue lo que, en efecto, sucedió en la mayoría de los casos resueltos por los tribunales de justicia, en los que la comunidad había dejado acreditado que tales actividades molestas (como ruidos, mayor suciedad, desperfectos, ... antes referidos como ejemplos reales), se habían producido. Y así lo admitieron como demostrado los tribunales, aunque con la advertencia, consolidada con el tiempo en jurisprudencia, de que los alquileres de pisos turísticos, como cualquier otra actividad profesional o empresarial (como despachos, clínicas, o locales abiertos al público), no son, de suyo o por sí mismos, una actividad molesta, aunque, en la práctica de ciertos casos puntuales, pueda degenerar en tales molestias para los vecinos (véase, por todas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 8 octubre 2003, confirmada luego, tras ser recurrida en casación, por la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 noviembre 2008, o más recientemente las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 febrero 2012, 19 mayo 2016 y 13 septiembre 2018)⁵.

Ante tal realidad, no han sido pocas las comunidades de vecinos que han querido prevenir el daño, la molestia efectivamente producida, entendiendo que la actividad de alojamiento turístico es impropia de una comunidad de vecinos destinada a residencia, especialmente por lo que afecta a los pisos, y donde solo los locales, que como tales se califiquen en el título consti-

Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local. (...) Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento”.

⁵ No así, por lo visto, fue en la primera jurisprudencia menor formada hace tiempo, donde parece que el alojamiento turístico, o de hospedaje que solía llamarse por entonces, sí era estimado de suyo como una actividad molesta, según puede verse, por ejemplo, en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada de 19 abril 1975 o la de Oviedo de 12 abril 1976.

tutivo o en los Estatutos de la comunidad (equivalente al conocido como “regolamento di condominio” del art. 1138 Código italiano), podrían tener tal destino, como cualquier otro que consista en una actividad profesional o empresarial.

La cuestión, así, se centraría en ver qué se dice en tales títulos y estatutos, y en el modo de interpretarlos. Veámoslo.

2. Estatutos de las comunidades de vecinos y alojamientos turísticos: entre la voluntad de la comunidad y la libertad de cada vecino.

2.1. Evolución en la jurisprudencia española: desde la suficiencia de destinar el piso a “vivienda” hasta la exigencia de una prohibición expresa y clara de la actividad turística. – Al inicio, y desde hace mucho, a la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo español bastaba con que en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad de vecinos se empleara el término “vivienda” como para interpretar que el único destino admitido del piso era para tal fin, de residencia, hogar o morada, que, como tal, se contradecía con el del fin turístico, y que solo sería compatible con un arrendamiento más estable y duradero (para vivienda, o por temporada más duradera).

Tal fue su posición desde su sentencia de 28 abril 1978, pasando por la de 10 octubre 1989, hasta la posterior, y más específica sobre el tema que nos ocupa, de 23 de noviembre 1995⁶.

Pero pronto esta jurisprudencia cambiará (no en vano, aquella sentencia del Tribunal Supremo español de 23 noviembre 1995

⁶ La sentencia del Tribunal Supremo español de 10 octubre 1989, aunque sin tratar el problema específico convivencial, ya entendía que los arrendamientos de apartamentos para turistas no son arrendamientos de vivienda, en cuanto “habitación” o “morada” estable, a modo de residencia o domicilio, del inquilino y de su familia, sometido a la LAU, sino arriendos de ocio o distracción por períodos breves para el alojamiento, pero no para la vivienda, con desconocimiento de personas, sometidos por ello a las reglas comunes sobre arrendamiento y hospedaje contenidas en el Código Civil español. Lo mismo había dicho antes la sentencia del Tribunal Supremo español de 28 abril 1978, para un caso en que pretendía arrendarse un piso para vivienda, cuando la cláusula estatuta de la comunidad decía: “*Los pisos habrán de destinarse a viviendas*” (“habrán”, decía, según recalca insistentemente aquella sentencia del Tribunal Supremo español de 1978).

resolvía “en este caso concreto”, según comenzaba diciendo en sus argumentos – en nota de pie de página anterior transcritos –).

Al fin y al cabo, precisar el destino de los elementos privativos (pisos y locales) del régimen de propiedad horizontal es algo que la propia Ley española contempla como voluntario (cfr., los aps. I y III del art. 5 Ley de Propiedad Horizontal)⁷; de modo que se hable, o no, de los pisos como “viviendas” en el título constitutivo o

Más específica fue la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 noviembre 1995: en ella el pleito gira en torno a dos pisos de alquiler turístico dispuestos por un matrimonio, quienes habían sido ellos mismos los promotores del edificio y habían realizado obras de reforma en tales pisos (convirtiendo cocinas y salones en dormitorios). Centrada la cuestión en lo que describía el título constitutivo como “*planta de sótano, y plantas bajas, con destino a locales comerciales, y siete plantas altas, destinadas a vivienda*”, deduciría de tal descripción el Tribunal Supremo español diciendo: “*Así las cosas, no parece en este caso concreto que la expresión de destino a viviendas de los pisos de las plantas altas fuera utilizada en acepción genérica y usual equivalente a piso o departamento singular, como entiende el Juzgador de instancia, no puede olvidarse que en las mencionadas escrituras notariales se hace una clara y cuidada diferenciación entre piso, concepto genérico, y vivienda, locución específica... , término que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio 1970, de acuerdo con el diccionario oficial de la lengua significa morada, habitación, hogar, y que por venir gramaticalmente establecido en el título constitutivo, la expresión «destino a vivienda», excluye cualquier otro destino, a salvo que en cada caso concreto pueda conjugarse, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias*”. Además, “*la industria de hospedaje – del caso – resta mucho de ser la acogida de huéspedes en la propia vivienda o la modesta pensión que en ocasiones pudiera entenderse encuadrada en la finalidad de habitación o morada*”. “*En consecuencia – concluye el Tribunal Supremo español –, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3º de la Ley de Propiedad Horizontal – hoy, art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal –, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros*”; daños, además, que en el caso se produjeron efectivamente, y así fueron acreditados, como el desorden de horarios de entrada y salida de huéspedes, el uso intensivo de luces y ascensor.

⁷ En tal norma, el ap. I, referido al título constitutivo, no exige la mención de tal cuestión, que solo prevé en su ap. III, al decir que “*El título podrá – dice – contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios*”.

en los estatutos de la comunidad no deja de ser una descripción muy genérica, en nada determinante para que, por sí sola, afecte, restringiéndolo, al destino de cada piso o local (así también, en cierto modo, lo afirma la Corte de Casación civil italiana en sus sentencias n. 24707, de 20 noviembre 2014, y n. 22711, de 28 septiembre 2017, al considerar que el destino de “vivienda” – “destinazione a civile abitazione”, se decía – impuesto en un reglamento de una comunidad de vecinos no impide destinar el apartamento a alquiler turístico)⁸. Por encima de tan genérica descripción, o de cualquier otra, y en contra de tan generosa interpretación, se sitúan el derecho a la propiedad privada, consagrado como derecho fundamental por el art. 33.1 de la Constitución española, y la libertad de empresa, que reconoce en su art. 38 (como así lo consagran también los arts. 41 y 42 de la Constitución italiana). Tales normas, aunadas por el resto del ordenamiento jurídico (vigente en materia de servidumbres, de prohibiciones de disponer, ...), hacen que en Derecho rija como regla, como principio general del Derecho, la libertad del dominio en su ejercicio, y que tal libertad se presuma, salvo que se demuestre lo contrario, es decir, que se acredite que tal libertad en el modo de ejercitar la propiedad está sujeta a limitaciones; y puesto que

⁸ En la más reciente sentencia de la Casación italiana, la de 2017, se decía que *“l’interpretazione del giudicato è congruamente motivata con riferimento al tenore complessivo della clausola annullata – pretermesso nell’esposizione del motivo in esame ma ricavabile dalla lettura della sentenza qui impugnata (fol. 5) – che faceva divieto di «destinare i locali ad uso diverso di privata civile abitazione, attesa la destinazione dell’immobile a luogo di riposo e di villeggiatura e pertanto è fatto divieto di darli in affitto o subaffitto sotto forma di pensione o di albergo», con ciò mettendosi in relazione il diverso uso intensivo dei locali allorché fossero stati destinati a pensione o albergo rispetto all’uso non abitativo in generale.(...) Sicché la motivazione della sentenza risulta effettivamente immune da errori giuridici e vizi di logica, essendosi limitata a ritenere che la clausola del regolamento condominiale annullata non si riferisse ad un divieto assoluto di adibire i singoli vani dell’immobile ad uso diverso da quello di privata abitazione, e che, pertanto, fosse consentita la locazione per brevi periodi, come dimostrato anche dal tenore letterale del regolamento condominiale e dal fatto che in istruttoria si era accertato che la clausola era stata modificata proprio per chiarire tale aspetto, e che gli stessi appellanti avevano ammesso che la previsione regolamentare consentiva gli affitti saltuari, cui avevano dovuto ricorrere, conseguendo minori guadagni rispetto a quelli derivanti dall’esercizio della preclusa attività alberghiera”*.

tales limitaciones constituyen la excepción a la regla (que es la del libre ejercicio de la propiedad), toda duda que genere tal limitación, habrá de ser interpretada restrictivamente, esto es, en contra de la limitación y a favor de la libertad del dominio. De modo que lo que no esté claramente limitado o prohibido para el dominio, se ha de entender permitido.

Así las cosas, para esta nueva jurisprudencia (véase, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 noviembre 2008, o las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 febrero 2012, 19 mayo 2016 y 13 septiembre 2018), solo cabe que el destino turístico de los pisos en una comunidad de propietarios quede restringido o totalmente proscrito cuando en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad se contenga una prohibición clara y expresa (así también, en cierto modo, lo afirma la Corte de Casación civil italiana en su sentencia n. 24707 de 20 noviembre 2014⁹, así como en su sentencia n. 22711, de 28 septiembre 2017, donde se entiende admitido el alquiler turístico porque en el Reglamento de la comunidad expresamente solo se prohibía el destino de pensión o albergue, lo que, estricta o técnicamente, no comprende aquel otro supuesto); una prohibición, además, que solo afectará a terceros adquirentes, dada su innata trascendencia real al limitar la facultad de disfrute de la propiedad de cada elemento privativo, siempre que tal prohibición estatutaria se inscriba en el Registro de la Propiedad (ex art. 5.III Ley de Propiedad Horizontal in fine; de modo similar, el art. 1138.III Codice italiano)¹⁰.

De lo contrario, el dueño de cada piso o local tendrá libertad para destinarlo a tal fin vacacional o turístico, o a cualquier otro

⁹ Cuando dice: *“Le norme contenute nei regolamenti condominiali posti in essere per contratto possono imporre limitazioni al godimento ed alla destinazione di uso degli immobili in proprietà esclusiva dei singoli condomini. Peraltro, le disposizioni contenute nel regolamento condominiale contrattuale che si risolvano nella compressione delle facoltà e dei poteri inerenti al diritto di proprietà dei singoli partecipanti, devono essere espressamente e chiaramente manifestate dal testo o, comunque, devono risultare da una volontà desumibile in modo non equivoco da esso”*.

¹⁰ Cuando dice: *“Il regolamento deve essere approvato dall’assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell’art. 1136 e trascritto nel registro indicato dall’ultimo comma dell’art. 1129”*.

no prohibido expresa y claramente, pudiendo luego cambiarlo, también, a cualquier otro destino (de vivienda a oficina, o a la inversa), siempre y cuando, según dice la jurisprudencia española, no se trate de un cambio sustancial de destino (como pudiera acontecer, según ejemplos tomados de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español, si un local destinado a almacén se quiere transformar en garaje, o unos trasteros en viviendas)¹¹.

¹¹ Permítaseme aquí solo traer los pronunciamientos judiciales que llevan tales afirmaciones al tema que nos ocupa, el de los pisos turísticos, siendo, sin duda, a tal respecto destacable como pionera, la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 noviembre 2008, de la que merecen ser transcritos casi íntegramente sus Fundamentos Jurídicos 2º y 3º: comienza diciendo en el Fundamento 2º que *“en un sistema en el que la propiedad privada está reconocida constitucionalmente (art. 33 de la Constitución española) y en el que los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización sobre su inmueble, las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo (sentencias del Tribunal Supremo español 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007). Tal conclusión determina que la mera descripción del uso y destino del edificio en los Estatutos o en el Título, no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello es necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, pero la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad constituye un elemento relevante en la labor interpretativa que debe llevarse a cabo para determinar el alcance de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de comunidad de los conceptos que la Ley utiliza para acotar los elementos comunes llamados esenciales (sentencias del Tribunal Supremo español de 23 de febrero 2006; 10 de octubre de 2007)”. Y añade en su Fundamento 3º: “La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con absoluta reiteración la libertad de los derechos dominicales y la posibilidad que cada uno de los propietarios bajo el régimen de la Propiedad Horizontal pueda realizar cuantas actividades parezcan adecuadas sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, por lo que ningún interés casacional justifica un pronunciamiento que sienta la doctrina adecuada. Esta es y ha sido la línea constante seguida por esta Sala, como recuerda la sentencia de 23 de febrero de 2006, respecto a la facultad de decisión de cada titular: así, la sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de febrero de 1989 permitió el cambio de cine a discoteca; la sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de julio de 1992 ha acogido la modificación del destino de una vivienda a consulta radiológica; la sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de abril*

2.2. *Y la solución en los Derechos autonómicos en España, en su mayoría, conforme a la jurisprudencia; y el singular caso de las Islas Baleares.* – Esa posición consolidada en la más reciente jurisprudencia ha sido, finalmente, también la adoptada en la mayoría de normas autonómicas habidas en España sobre pisos turísticos¹²,

de 1997 admitió la instalación en un piso para vivienda de una oficina – o, al revés, de oficina en vivienda, según la posterior sentencia del Tribunal Supremo español de 12 septiembre 2013 (añadimos nosotros) –; la de 29 de febrero de 2000, en similar circunstancia, ha consentido el ejercicio de la profesión de médico; y la sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de mayo de 2001 lo declaró también para la práctica profesional de quiromasaje. Ahora bien, una cosa es que lo excepcional sea la prohibición o límite al ejercicio de los derechos y otra que no se actúen aquellas prohibiciones de cambio por voluntad unilateral de su propietario... No estamos, por tanto, ante un supuesto en el que puede conjugarse un uso diferente del que resulta de la propia configuración de la vivienda, “sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias”, sino ante un cambio sustancial y prohibido en sí mismo de destino, que esta Sala ha negado en otros casos: sentencia de 9 de mayo de 2002 (almacén, a que estaba destinado, en garaje para guarda y circulación de vehículos), o la más reciente de 20 de septiembre de 2007 (locales industriales o almacenes en garaje: la modificación interesada – dice – conllevaría no solo “la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes”, sino que alteraría la naturaleza del local, pues tal destino, pues tal destino se deriva de la propia configuración de los mismos”). Secundando tal jurisprudencia, cabe citar, entre otras, refiriéndose también específicamente a los pisos turísticos, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 febrero 2012, 19 mayo 2016 y 13 septiembre 2018.

¹² Así, por ejemplo, en Canarias, dirá el art. 12.2 de su Decreto 113/2015, de 22 mayo, por el que se regula el Reglamento de viviendas vacacionales, que “*Cuando se trate de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal, solo podrán comercializarse como viviendas vacacionales aquellas en las que expresamente no se prohíba dicha actividad por los estatutos de la comunidad de propietarios*”. En Aragón, el art. 14.2 de su Decreto 80/2015, de 5 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas de uso turístico, cuando dice: “*La declaración responsable contendrá, como mínimo, lo siguiente: ... f) En el caso de viviendas ubicadas en los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, declaración responsable acerca de que los estatutos de la comunidad de propietarios no prohíben ni establecen restricciones del uso del inmueble al destino de vivienda de uso turístico*”. En Galicia, el art. 41.5 de su Decreto 12/2017, de 26 de enero, de ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas, siguiendo a la norma catalana (que se reproduce en la nota siguiente), dice: “*El destino como vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido ... por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al*

incluida la catalana¹³, que también la comprende implícitamente en su Código Civil cuando regula, en general, el régimen de propiedad horizontal, tras ser este modificado por el art. 1 de la Ley 5/2015, de 13 de mayo (cfr., arts. 553-10.2.c, 553-11, aps. 1.b y 2.e, o el 553-40.1)¹⁴. En todas ellas basta con que no haya prohibición estatutaria expresa al respecto, como para que sea posible conceder licencia administrativa para el destino turístico de los pisos en un régimen de propiedad horizontal.

Y a fin de eludir cualquier problema vecinal o convivencial, ingenuamente se contentan algunas de tales normas autonómicas con que el anfitrión-dueño del piso turístico informe al turista-cliente sobre las normas de régimen interno de la comunidad en que el piso se encuentra, a fin de asegurar que las cum-

régimen de propiedad horizontal". O en La Rioja, cuyo art. 67.1 del Decreto 10/2017, de 17 marzo, General de Turismo, dice: "No podrá destinarse una vivienda para un uso turístico cuando, en su caso, estuviera prohibido por los estatutos de la comunidad de propietarios".

¹³ Cuyo Decreto 159/2012, de 20 noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico, dispone en su art. 68.6: "El destino de una vivienda al uso turístico no es posible si ... está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal".

¹⁴ Así, por ejemplo, en el art. 553.10 Código Civil de Cataluña, cuando dice: "2. No es preciso el acuerdo de la junta de propietarios para la modificación del título de constitución si la motivan los siguientes hechos: ... c) Las alteraciones del destino de los elementos privativos, salvo que los estatutos las prohíban expresamente". O el art. 553-11 Código Civil de Cataluña, cuando dice que "1. Los estatutos regulan los aspectos referentes al régimen jurídico real de la comunidad y pueden contener reglas sobre las siguientes cuestiones: a) El destino, uso y aprovechamiento de los elementos privativos y de los elementos comunes. b) Las limitaciones de uso y demás cargas de los elementos privativos... 2. Son válidas las siguientes cláusulas estatutarias, entre otras: ... e) Las que limitan las actividades que pueden realizarse en los elementos privativos". O el art. 553-40 Código Civil de Cataluña, que, bajo el título "Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes", comienza diciendo: "1. Los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa." (Expresa, obsérvese que dice, intencionadamente, además, como reflejo de la jurisprudencia antes explicada que el Código Civil de Cataluña, tras su reforma de 2015, segunda).

pla, haciendo así un uso diligente y adecuado de los elementos e instalaciones comunes¹⁵.

Frente a tan mayoritario régimen, algunas normas autonómicas se ha decantado por la prohibición legal de la actividad turística llevada a cabo dentro de regímenes de comunidades de vecino (como sucede en Asturias)¹⁶, y otras, como la de las Islas Baleares tras su modificación en julio de 2017, se han mantenido en una posición intermedia, al conjugar la ausencia de prohibición estatutaria con la exigencia posterior de un permiso expreso y concreto por parte de la comunidad de vecinos a quien de entre los vecinos quiera destinar su piso a alojamiento turístico¹⁷; todo ello al margen de que, efectivamente, si así está

¹⁵ Así, como simple botón de muestra, el art. 7.5 *in fine* del Decreto andaluz 28/2016, de 2 febrero, se preocupa de exigir el deber de informar al huésped, con la entrega de llaves, *“sobre las normas de uso de elementos e instalaciones comunes del bloque o urbanización...”*.

¹⁶ Cuyo Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico, dispone en su art. 4, al definir las viviendas vacacionales: *“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 7/2001, de 22 de junio, de Turismo, son viviendas vacacionales aquellas en las que, reuniendo los requisitos establecidos en este decreto, se presta únicamente el servicio de alojamiento mediante precio, de forma habitual y profesional, y no se encuentran comprendidas en alguna de las modalidades reguladas en los artículos 32, 35, 37 y 41 de aquella.(...) En todo caso, se referirán sólo al alojamiento íntegro y no por habitaciones, con la exclusión de pisos”*; termina diciendo.

¹⁷ Así lo dice en su nuevo art. 50.7: *“7. No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios, en el sentido de que determinen la no posibilidad de uso para finalidades diferentes a las de vivienda. Para uso diferente del de vivienda se tiene que entender todo uso que permitiría una utilización diferente a la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda. Para las modificaciones de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior, o estos no existen, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solo a estos efectos, un acuerdo de la junta de propietarios en el cual la mayoría de personas propietarias, que al mismo tiempo constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que la mayoría misma puede modificar. En este supuesto, resulta de aplicación el régimen determinado en el artículo 17.7 de*

permitido, al huésped se le informe de las normas convivenciales de la comunidad¹⁸.

3. *La dispar reacción de promotores y de comunidades de vecinos ante tal realidad jurisprudencial y normativa.* – Como cabía esperar, la reacción en la práctica posterior de promotores de vivienda y de comunidades de vecinos en España ha sido antagónica: por una parte, no son pocas las Promotoras de viviendas que, al disponer unilateralmente el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios al amparo del art. 5.º II Ley de Propiedad Horizontal, incluyen una cláusula admitiendo

la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Este acuerdo se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceras posibles personas adquirentes de viviendas. Este acuerdo no es necesario si el título constitutivo o los estatutos ya admiten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas. Para la modificación de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. En todos los casos, en el momento de cambios en los estatutos o acuerdos de la junta de propietarios que impidan la comercialización turística, esta tiene que cesar y se tiene que comunicar a la administración”.

¹⁸ Así lo dice en la nueva letra a) del art. 16 (sobre deberes de los usuarios), introducida tras la modificación de julio de 2017, cuando exige al huésped “Respetar las normas de uso y de régimen interior de los establecimientos turísticos y las reglas particulares de los lugares objeto de visita y de las actividades turísticas; asimismo, tienen que respetar las normas básicas de convivencia y, con respecto a las viviendas objeto de comercialización turística, también los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y espacios en copropiedad determinados en las normas de régimen interior de las comunidades de propietarios de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal”. Para ello, en la nueva letra m) del art. 19 se incluye como novedad el deber de informar por escrito de tales normas y deber del turista, y que éste así lo firme, “de manera – dice – que no se produzcan perjuicios o molestias al resto de personas alojadas o al vecindario”. Y así lo justifica en la Exposición de Motivos de la reforma de 2017: “también se modifican varios artículos de la Ley 8/2012 para procurar que los comercializadores de viviendas turísticas vigilen que la clientela alojada conozca y respete las normas de convivencia, en particular las que puedan constar en las normas de régimen interior de la comunidad de propietarios en casos de viviendas sometidas a propiedad horizontal, y que hagan una utilización adecuada de los servicios y de las cosas comunes, de manera que no se produzcan vulneraciones de derechos del resto de personas propietarias o residentes en el inmueble”.

expresamente que los pisos y locales del inmueble se destinen al fin turístico (o a cualquier otro profesional o empresarial)¹⁹.

Pero frente a tal reacción, la mayoritaria viene de las propias Comunidades de vecinos que pretenden aprobar, o modificar en su caso, unos estatutos en que se incluya de forma clara y expresa la prohibición de destinar los pisos a alojamiento turístico²⁰. Una práctica que ya venía intentándose realizar desde hace algún tiempo y que, siendo la más común, ha sido, y sigue siendo, la que más problemas plantea.

4. En particular, la opción de prohibir estatutariamente la actividad turística.

4.1. ¿Es lícita tal prohibición prevista en la normativa autonómica? Su fundamento en el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal y en la función social de la propiedad, ex art. 33.1 de la Constitución española. – Sería la sentencia del Tribunal Superior de Justi-

¹⁹ Así, por ejemplo, disponiendo lo siguiente: *“Los elementos privativos podrán tener el destino y uso que sus propietarios determinen, incluso destinarlos al aprovechamiento turísticos o alquileres vacacionales, cumpliendo en este último caso, los requisitos establecidos en la legislación vigente; pudiendo, en especial los locales comerciales, ser destinados a cualquier actividad de lícito comercio, en especial la hostelera o de restauración, pudiendo cambiar la misma sin necesidad de consentimiento alguno de la Comunidad de Propietarios.”* (Según consta en una escritura pública, aquí ofrecida por deferencia de D. José Eduardo García Pérez, notario en Ceuta).

²⁰ Así puede verse en abundante jurisprudencia menor, donde la redacción de tales cláusulas estatutarias resuelta de lo más variopinta. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 octubre 2015, donde la cláusula a enjuiciar decía: *“En cada uno de los pisos o elementos privativos a excepción de los locales no se podrá realizar actividad alguna que venga relacionada con la hostelería, apartamentos turísticos, pensión, fonda o cualquier otro que se relacione con negocio económico de pernocta para terceros a título gratuito o remunerado”*. O la cláusula abordada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 mayo 2015, que decía: *“Actividades Prohibidas. En especial los propietarios y ocupantes de los pisos o locales del inmueble no podrán desarrollar en los mismos actividades molestas, inmorales, insalubres, nocivas o peligrosas, y muy especialmente los pisos o locales no podrán destinarse a actividades de juego, salas de fiesta, espectáculos, saunas, masajes, relax, ejercicio de la prostitución, y en general cualquier actividad relacionada con el sexo, hospedería, pensiones, viviendas de uso turístico, hostales, residencias de estudiantes o geriátricos, turísticas o guarderías”*.

cia de Cataluña de 19 mayo 2016, la que, apropiadamente, comenzó recordando que según la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (en sus sentencias 301/1993, de 21 octubre, y 28/1999, de 8 marzo) las restricciones, legales o estatutarias, al derecho de goce de los pisos en las comunidades de vecinos no es, de suyo, inconstitucional, no es, en particular, de antemano contraria el art. 33 de la Constitución española, siempre que tales limitaciones obedezcan a la función social a que el propio art. 33.1 de la Constitución española somete la propiedad privada (cuando dice, de modo similar a los arts. 42 y 44 de la Constitución italiana: *“La función social de estos derechos – a la propiedad privada y a la herencia – delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”*)²¹.

Así las cosas, no parece en general que la prohibición estatutaria del destino turístico de los pisos sea ilícita, pues, a la vista de toda la casuística generadora de problemas vecinales (antes vista), con tal prohibición se estaría tomando una medida preventiva a fin de evitar que los pisos turísticos generen actividades molestas que el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal prohíbe expresamente. No se trataría, por tanto, de prohibir el alquiler sin

²¹ Se refería, efectivamente, aquella sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 mayo 2016, a las sentencias del Tribunal Constitucional español 301/1993, de 21 octubre – donde se abordaba la constitucionalidad de la sanción contenida en el art. 19.1 Ley de Propiedad Horizontal – y la sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1999, de 8 marzo – que hacía lo propio sobre la sanción contenida en el art. 7 Ley de Propiedad Horizontal, sobre cese por actividades molestas, ... – . Y ya decía la primera que la propiedad horizontal *“es un tipo de propiedad, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares”*. Lo que, por tanto, legítima cualquier limitación o prohibición, legal o estatutaria, es el interés común o general de la comunidad y que éste sea prevalente sobre el interés individual de cada vecino. Así lo recuerdan, refiriéndose al tema de los pisos turísticos, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 20 octubre 2011 y 21 mayo 2015 (aunque con resultados en cada caso dispares, pues en el primero, la comunidad, sin prohibir en general aquel destino, acordó en estatutos evitar el uso de algunas instalaciones comunes, como piscina y gimnasio, exigiendo la identificación con huella digital y de que en caso de inquilinos éstos fueran acompañados del dueño).

más, sino de hacerlo en evitación de potenciales molestias para la comunidad, concretando así esa posible molestia, tan genéricamente mencionada por el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal.

Esta, precisamente, ha sido la justificación contenida en el nuevo art. 50.7 de la Ley de las Islas Baleares sobre viviendas de fin turístico, cuando dice: *“No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios”*. Y así lo justifica en su Exposición de Motivos: *“... es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciudadanía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, no tan solo diferentes configuraciones legales que tengan que ver con el urbanismo, la ordenación del territorio, el medio ambiente, etc., pueden limitar el derecho de propiedad, sino que también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas. Estas razones pueden afectar incluso a derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la seguridad de los residentes habituales o el derecho al medio ambiente adecuado. En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales, etc. Vistos estos efectos directos sobre el vecindario residente ... se impone la necesidad de que los poderes públicos procuren, mediante una intervención delimitadora general, no solo intentar reforzar el deber de vigilancia o control de los comercializadores respecto de la clientela e impedir que se produzcan molestias”*, termina, precisamente, diciendo. La lógica aplastante de tal explicación es, sin duda, extensible a todo el territorio nacional español al amparo de los arts. 33 de la Constitución española y 7.2 Ley de Propiedad Horizontal.

4.2. *¿Qué mayoría se requiere para tal prohibición?; y, en su caso, ¿cabría computar a favor de la prohibición el silencio de los vecinos ausentes, o habría que contar con su consentimiento expreso?* – En principio, como se trata de incluir, *ex novo* o por modificación, tal cláusula prohibitiva en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad, al no haber regla singular al respecto contenida en la Ley de Propiedad Horizontal, habría que aplicar la regla general contenida en el art. 17.6 Ley de Propiedad Horizontal, que para cualquier modificación del título constitutivo o de los estatutos exige unanimidad²² (para el Código italiano basta mayoría que represente la mitad del valor del edificio; cfr., art. 1138.III en su remisión al art. 1136.II²³; pero solo para los acuerdos que afecten a las materias previstas en el art. 1138.I²⁴, esto es, para las reglas que afecten a los elementos comunes del edificio; porque si los acuerdos afectan a los elementos privativos, como sería nuestro caso que afecta al goce de cada apartamento, la jurisprudencia italiana exige la unanimidad – cfr., Cass. 17886/2009; Cass. 10523/2003; Cass. 395/1993; Cass. 4905/1990; Cass. 19212/2016 e Cass. 22310/2016 –)²⁵.

A su vista, podría parecer ilusoria, prácticamente imposible, que se llegue, entonces, a incluir tal cláusula estatutaria, sobre todo, si ya en la comunidad había algún vecino que viniese

²² “Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”, dice dicha norma.

²³ Dice el art. 1138.III Codice italiano: “Il regolamento deve essere approvato dall’assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell’art. 1136”, el cual dispone: “Sono valide le deliberazioni approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell’edificio”.

²⁴ “Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l’uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino...”.

²⁵ En la doctrina italiana, por todos, F. RUSCELLO, en *Trattato dei diritti reali*, vol. III, *Condominio negli edificio e comunione*, a cargo de M. Basile, Milán, 2012, pp. 133, 163 y ss.

destinando su piso al alojamiento turístico, o tuviera la intención de hacerlo²⁶.

Sin embargo, resulta muy común, a la vista de los casos planteados en el foro, que tales vecinos no suelen acudir a la Junta de propietarios, para allí mostrar su voto contrario, y que luego tampoco impugnen el acuerdo aprobado en dicha Junta.

Y es en tales casos donde se plantea el problema de si tal silencio del vecino puede, o no, computarse como voto positivo, favorable a la aprobación de la prohibición estatutaria, al amparo del art. 17.8 Ley de Propiedad Horizontal española²⁷.

En contra de la aplicación de tal norma, empieza a consolidarse la exigencia del consentimiento expreso y particular del posible vecino perjudicado por tal acuerdo prohibitivo que, precisamente, podría así ver limitada su propiedad privada. A tal respecto, se recuerda, para aplicarla aquí por su analogía, una abundante jurisprudencia, procedente de la Dirección General de los Registros y del Notariado español, que exige tal consentimiento expreso y, por tanto, una unanimidad real, individualizada de todos y cada uno de los vecinos, para casos en que el acuerdo comunitario afecta también a la propiedad de cada elemento privativo; tal como sucede en los casos de modificación de la cuota de participación (que, además, afecta a la condición de comunero), de conversión de un local en elemento común, o en los de conversión de trasteros en pisos, entre otros²⁸.

²⁶ Así lo cree A. ROMÁN MÁRQUEZ, *Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la LAU*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 6, 2014, p. 17 (tomado de westlaw).

²⁷ Según dicha norma, *“Salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción”*.

²⁸ Por todas, que son muchas, y que pueden verse mencionadas y en buena parte transcritas, por J.M. GARCÍA GARCÍA, (p. 1759 ss), según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado español de 19 abril

A tal doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado español, y a mayor abundamiento, algunos²⁹ añaden la jurisprudencia del Tribunal Supremo español formada en torno a multitud de casos de cerramientos de elementos comunes que, en aquellos casos que el Tribunal Supremo español resolvía, impedían, o al menos dificultaban en exceso, la vista o el acceso a los locales comerciales situados en los bajos del edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, y en los que el Tribunal Supremo español vino a exigir el consentimiento expreso de los dueños de tales locales afectados (así, entre otras, en sus sentencias de 23 marzo 1991, 2 abril 1993, 31 marzo 1995, 30 enero 1996, 20 mayo y 16 julio 2009, 13 diciembre 2011 5 marzo 2014, ...).

No es ya, sin embargo, hoy argumento que abunde en tal posición el art. 553.25.4 Código Civil de Cataluña. Cuando ahora dice que: *“Los acuerdos que modifiquen la cuota de participación, los que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja requieren el consentimiento expreso de los propietarios afectados”*. Téngase en cuenta que tal norma catalana ha sido con tal redacción reformada por el art. 1 de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, para concretar, y limitar, la exigencia de consentimiento expreso al caso en que la limitación acordada por la Junta de propietarios afecte al goce de *“elementos comunes”*, para así zanjar una anterior disputa provocada por su anterior redacción, más general, que no contenía tal precisión (cuando antes de su

2007: *“Cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2.001, 12 de diciembre de 2.002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo y 5 de julio de 2005), en materia de propiedad horizontal, debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la Junta como órgano comunitario; y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los de los artículos 3 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal. Cfr., también, el último inciso del apartado 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente)”*.

²⁹ Como J. MARTÍ MARTÍ, *La modificación de la regulación de la propiedad horizontal en Cataluña por Ley 5/2015*, Barcelona, 2015, pp. 131 y 132.

reforma decía: “Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente”³⁰.

Hoy, pues, en Cataluña, para la aprobación, o modificación, de los estatutos basta con una mayoría cualificada de 4/5, pudiéndose en tal mayoría computar los votos ausentes (ex art. 553-26, aps. 2.a y 3.b Código Civil de Cataluña)³¹, sin que para el caso de la prohibición estatutaria del destino turístico se exija ya el consentimiento expreso³².

4.3. *La prohibición estatutaria, de ser aprobada, ¿tiene efectos retroactivos?* – Tanto por razones de seguridad jurídica, como por exigencias de respetar los derechos adquiridos, la jurisprudencia menor³³ y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia

³⁰ Disputa que puede verse expuesta por J. MARTÍ MARTÍ, *El acuerdo comunitario de limitación de uso de las entidades de la finca como pisos turísticos, en Propietat horitzontal Catalunya: cuaderno jurídico*, n. 45, 2016, pp. 12-16; y por R. ARNÁIZ RAMOS, *Las viviendas de uso turístico y el Registro de la Propiedad*, en el *Boletín del Servicio de Estudios Registrales*, n. 185, 2017, pp. 162-167, donde también se exponen las numerosas Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas (por todas, como última de todas ellas, conviene la lectura de su Resolución de 15 octubre 2015), y que se manifestaban en favor de exigir el consentimiento expreso de todos los propietarios por aplicación de aquel art. 553-25.4 Código Civil de Cataluña (antes de su actual reforma, operada tras mayo de 2015).

³¹ Dice el art. 553-26: “2. Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para: a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario”. Y añade luego: “3. Los acuerdos de los apartados 1 y 2 se entienden adoptados: ... b) Si se requieren las cuatro quintas partes, cuando han votado favorablemente la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se alcanza la mayoría cualificada contando como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que, en dicho plazo, no se han opuesto al acuerdo mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente”.

³² Según explican recientemente A. FUENTES-LOJO LASTRES, A. FUENTES-LOJO RIUS, *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña: comentarios, problemática y jurisprudencia*, Barcelona, 2015, pp. 335 ss.

³³ Según puede verse, entre otras, en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 30 junio 2004 y de 21 mayo 2015, que llega a

de Cataluña de 13 septiembre 2018 entienden que la prohibición de destinar a actividad turística los pisos aprobada por modificación de los estatutos opera para el futuro, sin efectos retroactivos.

II. UNA POSIBLE SOLUCIÓN “ALTERNATIVA”

1. *El posible “uso excesivo” en los elementos comunes provocado por el destino turístico, admitido en la propia solución “oficial”.* – Al margen de otras posibles objeciones que pudieran hacerse a la solución “oficial” hasta aquí expuesta, nos parece que el error más grave de tal solución ha sido el de enfocar el problema como una cuestión que solo afecta a la propiedad privada de cada piso o local (en concreto, a su facultad de disfrute: de obtención de frutos civiles). Pero por encima, o, sobre todo, también afecta a la propiedad de los elementos comunes (en particular, a su facultad – y deber – de uso – adecuado –).

No en vano, cuando la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 noviembre 2008, pionera sobre el nuevo rumbo jurisprudencial en materia de pisos turísticos, afirma, con fundamento en abundantes casos tomados del propio Tribunal Supremo, que cabe cualquier cambio de destino de los pisos o locales, siempre que no se trate de un cambio sustancial, señala al respecto dos casos (resueltos en sus sentencias de 9 mayo 2002 y de 20 septiembre 2007), en que no se admitió el cambio por ser en aquellos casos tal cambio sustancial (se trataba de unos locales destinados a almacén que se quería transformar en garajes). Pero si se observan detenidamente tales casos, y se leen de primera mano aquellas dos sentencias del Tribunal Supremo español de 9 mayo 2002 y de 20 septiembre 2007, o se observan otros casos similares, como el de la sentencia del Tribunal Supremo español de 22 junio 2009 (donde se trataba de unos trasteros

decir: *“Evidentemente la Comunidad es soberana, dentro del marco de sus competencias, para establecer las normas de convivencia que entienda oportunas, mas la limitación de las actividades de los comuneros deben justificarse atendiendo al interés general y siempre, añadimos, que esta regulación se refiera a actividades futuras”.*

que quería transformarse en vivienda), se observa que lo sustancial no es el cambio en sí de destino, sino que tal cambio implicaba modificaciones estructurales de los elementos comunes y, también, afectaba al uso mismo de tales elementos comunes, haciéndolo excesivo tras aquella mutación³⁴. Al contrario, en otros de los casos donde el Tribunal Supremo español sí admite el cambio de destino, en el fondo, no es porque tal cambio sea o no consustancial, sino porque resulta inocuo para el uso de los elementos comunes³⁵.

³⁴ Amén de que, además, en la sentencia del Tribunal Supremo español 9 mayo 2002 se considerase que la actividad de garaje pudiera estimarse como peligrosa (ex art. 7 Ley de Propiedad Horizontal), en la sentencia del Tribunal Supremo español de 20 septiembre 2007 se llegaría a decir que *“la modificación interesada conllevaría no solo la realización de importantes obras que afectarían a los elementos comunes, sino que alteraría la naturaleza del local, pues tal destino se deriva de la propia configuración de los mismos, amén de que implicaría una ampliación considerable del número de plazas previstas en el mismo, causándose molestias en el uso de los accesos”*, ¡terminaba diciendo! Así también la sentencia de 22 junio 2009, donde el Tribunal Supremo español no admite la conversión los trasteros en viviendas por estimarlo como incómodo y perjudicial para los vecinos al aumentarse la densidad de viviendas, pensada desde su construcción para 24 viviendas, que pasarían a ser 48, sin que al respecto los elementos comunes estuviesen preparados.

³⁵ Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo español de 12 septiembre 2013, que permitió en el caso la conversión de oficina en vivienda, amén de por no estar prohibido en los Estatutos, porque en el caso *“no afecta a la estructura del edificio y no compromete elementos comunes ni supone una actividad peligrosa o incómoda”*. Y así sucede con otras sentencias anteriores, que la de 27 noviembre 2008 cita: como con la sentencia de 21 abril 1997, donde se admite la conversión de vivienda en oficina (que se alquila como tal), amén de por no estar prohibido tal destino en los Estatutos, porque se trataba, en el caso particular, de una oficina que no desarrollaba actividades comerciales ni públicas (esto es, que no implicaba un excesivo trasiego de clientela que supusiera un mayor uso de los elementos comunes y causase posibles molestias a los vecinos). En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo español de 29 febrero 2000: se trataba de un piso destinado por su dueño a consulta médica, y en cuya fachada éste había colocado rótulos y paneles publicitarios, arguyendo su legitimidad para ello en que también los locales bajos, arrendados por la comunidad al Ayuntamiento, éste también había colocado carteles anunciadores. Ante ello, el Tribunal Supremo español, si bien no ve prohibida la actividad médica en el piso, sí considera ilícitos los carteles, aceptando el motivo del recurso de casación de que unos y

Precisamente, ¡así sucedió en el caso particular sobre pisos turísticos resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de noviembre de 2008! Tratándose en aquel caso de dos empresas hoteleras que arrendaban para alojamiento turístico 18 pisos del edificio, el Tribunal Supremo español aceptará del razonamiento de la Audiencia Provincial recurrida (la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 octubre 2003), tanto que, en abstracto, el alquiler turístico no es por sí misma una actividad molesta, como que, sin embargo, en aquel caso *“el uso excesivo de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, – resultaba – inherente a la propia explotación”*. No en vano, en tal sentencia del Tribunal Supremo español de 2008 se apoyarán las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 11 marzo 2010 y de 9 octubre 2015, para decir, como si de algo consabido se tratara, lo siguiente: *“Es constante la jurisprudencia que proclama la cesación de los apartamentos turísticos, porque no se trata de que un local o una vivienda cambien de destino, sino de la inserción de una explotación hotelera en una parte considerable de un edificio destinado mayoritariamente a un uso residencial privado, “uso*

otros carteles no son asimilables, según dice, *“pues los locales del Ayuntamiento están situados en los bajos del edificio con entrada independiente, mientras que el de la actora – la médico – en el primer piso y con entrada por el portal y escalera común... En consecuencia, no puede establecerse una equiparación entre la colocación de uno y otros carteles”*. O el caso de la sentencia del Tribunal Supremo español de 30 mayo 2001, referido a un caso en que una vivienda se destina, en parte, a actividad de quiromasaje. En tal caso, el Tribunal Supremo español parte de una cláusula estatutaria en que de forma enunciativa se prohibía en todo el inmueble *“la instalación de colegios, residencias, internados de enfermos, clínicas, almacenes, locales de subasta, casinos o clubes, talleres con fines comerciales u hospederías”*. De tal cláusula, dirá la AP, y aceptará el Tribunal Supremo español, que los vecinos *“no deseaban el desarrollo de actividades que pudiesen implicar afluencia de público... por resultar incompatibles con la tranquilidad y sosiego que se presumen inherentes al destino residencial del edificio”*. Por eso, en aquel caso el Tribunal Supremo español admite la actividad de quiromasaje que estima como actividad *“modesta”* y *“de reducido alcance”* frente a las actividades prohibidas estatutariamente, donde se atiende a *“la presencia simultánea de un número mayor o menor de personas que... por sus constantes entradas y salidas, intensiva utilización de los elementos y servicios comunes, generación de ruidos, etc., podrían afectar seriamente a la tranquilidad de los vecinos”*.

excesivo” de las instalaciones comunes, para el que no está preparada la finca, y que no es sino el reflejo de una de las consecuencias ineludibles de la explotación industrial (sentencia del Tribunal Supremo español de 22/11/2008)”.

Más determinante, aunque en la línea de la primera jurisprudencia, fue la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 noviembre 1995: en ella el pleito giraba en torno a dos pisos de alquiler turístico dispuestos por un matrimonio, quienes habían sido ellos mismos los promotores del edificio y habían realizado ellos mismos obras de reforma en tales pisos (convirtiendo cocinas y salones en dormitorios). Y sentenciaba así el Tribunal Supremo español: *“En consecuencia, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3º de la Ley de Propiedad Horizontal – hoy, art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal –, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros”*; daños, además, que en el caso se produjeron efectivamente, y así fueron acreditados, como el desorden de horarios de entrada y salida de huéspedes, el uso intensivo de luces y ascensor.

A la vista de toda esta casuística y jurisprudencia, ¿no será que de suyo la actividad de alojamiento turístico es molesta por abusiva en el uso de los elementos comunes?

2. El alquiler turístico como actividad molesta por ser presumiblemente abusiva en el uso – excesivo – de los elementos comunes: la aplicación combinada de los arts. 7.2 del Código Civil español y de la Ley de Propiedad Horizontal. – Sabido es por todos que, en todo régimen de propiedad horizontal, cada dueño-vecino, aparte de su propiedad privada y exclusiva (sobre su piso o local), tiene una cuota de participación sobre la copropiedad de los elementos comunes, una cuota que le da derecho a usar tales elementos comunes, pero que también le impone el deber *propter rem* de conservarlos y usarlos de forma diligente y adecuada, según exige el

art. 9.1 de la Ley de Propiedad Horizontal española, en su letra a), donde dice: “Son obligaciones de cada propietario: a) Respetar las instalaciones generales de la comunidad y demás elementos comunes, ya sean de uso general o privativo de cualquiera de los propietarios, estén o no incluidos en su piso o local, haciendo un uso adecuado de los mismos y evitando en todo momento que se causen daños o desperfectos” (y también en su letra g), cuando dice: “Observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados”). Y de modo similar, para el Derecho catalán, lo expresa el art. 553-42 de su Código Civil³⁶ (y, para el Derecho italiano, así lo expresan los arts. 1101.II³⁷, 1102³⁸ y 1103.I³⁹ de su Código, sobre copropiedad en general, que son también aplicables a la copropiedad de edificios ex art. 1139 del mismo Codice)⁴⁰.

Acerca del significado de aquella exigencia de uso diligente adecuado, dirá Zurilla Cariñana (en los comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal dirigidos por Bercovitz, p. 278): “La exigencia de uso adecuado (que equivaldría a comportamiento prudente y diligente) trata de impedir cualquier uso desproporcionado – o inadecuado (añade luego) – o ilimitado de los elementos comunes que moleste o impida a los demás propietarios servirse de ellos según su destino. Se encuentra conectada con el

³⁶ “El uso y disfrute de los elementos comunes corresponde a todos los propietarios de elementos privativos y debe adaptarse al destino establecido por los estatutos o al que resulte normal y adecuado a su naturaleza, sin perjudicar el interés de la comunidad”.

³⁷ “Il concorso dei partecipanti, tanto nei vantaggi quanto nei pesi della comunione, è in proporzione delle rispettive quote”.

³⁸ “Ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. A tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il migliore godimento della cosa. (...) Il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso”.

³⁹ “Ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota”.

⁴⁰ “Per quanto non è espressamente previsto da questo capo si osservano le norme sulla comunione in generale”.

sentido social que la propiedad tiene en nuestros días y con la doctrina del abuso del derecho, que recoge el art. 7.2 Código Civil español”.

Se trata, pues, de que el uso de los elementos comunes se haga en proporción a la cuota.

Pues bien, si el año tiene 52 semanas, el potencial de clientes-huéspedes en cualquier piso turístico es enorme. Y salvo casos aislados en que el acceso y uso del piso apenas implique la utilización de los elementos comunes (por ejemplo, por tener dicho piso o local acceso independiente a la vía pública o muy cercana a tal salida), piénsese en el trasiego de personas con maletas, a veces a deshoras y con errores de llamadas en los timbres de acceso, utilizando las escaleras, el ascensor, la azotea, ... Pero piénsese también en el uso de instalaciones de recreo, de ocio o deportivas (como piscinas o saunas, pistas de tenis o pádel, ...), que, sin duda, el vecino-anfitrión tendrá muy en cuenta para fijar el precio del alquiler turístico (según advertía, con alcance general, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 noviembre de 2013, al hablar de *“los consustanciales inconvenientes que puede suponer para el normal desarrollo de la vida comunitaria el continuo trasiego de personas con empleo de elementos comunes. Y ... que en todo caso se aprovecha la infraestructura de la comunidad para la realización de una actividad lucrativa de explotación con fines hoteleros”*). ¿Habría, pues, en tales casos, tan habituales, proporcionalidad entre el derecho de uso que el dueño del piso turístico tiene sobre los elementos comunes y el potencial uso efectivo que de ellos hagan los numerosos clientes-huéspedes? ¿Acaso no habría, más bien, desproporción, uso excesivo de los mismos, y, por consiguiente, un claro abuso de derecho?

Sobre el abuso del derecho, en general, nos dice el art. 7.2 del Código Civil español: *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

Por supuesto, para su aplicación al caso de los pisos turísticos, no importa, ni es determinante, que el dueño de tales pisos actúe con buena o mala fe. Aunque aún hoy haya jurisprudencia del propio Tribunal Supremo español que exija tal mala intención para el abuso de derecho aplicado en el régimen de propiedad horizontal⁴¹, tal consideración no se hace más que por mimetismo de un tiempo en que parecía imponerse esa tesis subjetivista del abuso de derecho, pero que, tras ser introducido aquel art. 7.2 en el Código Civil español tras la reforma de su Título Preliminar en 1974, conscientemente (según se justifica en su Preámbulo)⁴², se aúnan las tesis subjetivista y objetivista para así admitir el abuso de derecho sea o no por la intención de quien abusa de su derecho.

Tampoco parece que la actividad turística sea abusiva por “su objeto” (en el decir de aquel art. 7.2 Código Civil español): no parece ilegítimo, en principio, el ejercicio de la facultad de disfrute contenida en la propiedad. Pero sí puede resultar “por las circunstancias en que se realice – de modo que – sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho – como sería el derecho de uso de los elementos comunes en nuestro caso –, con daño para tercero”.

Así lo entiende, y justifica en su Exposición de Motivos, la normativa de las Islas Baleares recientemente modificada para introducir importantes restricciones en los apartamentos turísticos, cuya lógica es extensible a todo el territorio nacional; cuando dice: “... es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciuda-

⁴¹ Por ejemplo, es muy común decir que “en materia de propiedad horizontal, el abuso de derecho se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma” (así, entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo español de 1 febrero 2006, 13 diciembre 2011, 9 enero 2012, ...).

⁴² Cuando dice: “siempre se parte del desbordamiento de los límites normales del ejercicio y del daño para tercero, si bien el hecho probador de tal situación puede proceder tanto del dato subjetivo representado por la intención del agente –que no ha de consistir, sin embargo, en un comportamiento doloso y culposo, porque entonces se penetraría en la ilicitud por el cauce de la responsabilidad civil– como de otros datos de naturaleza distinta cuales son el objeto o las circunstancias concurrentes”.

danía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, ... también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas ... En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales, etc.”.

Pues observada, de antemano, la ubicación de cada piso o local en cuestión y la entidad de los elementos comunes, puede presumirse un uso abusivo de tales instalaciones comunes, lo que, sin duda, supone un ejercicio antisocial, contrario al interés general de la comunidad de vecinos (según vimos, admite la propia solución “oficial” al problema de los pisos turísticos).

Con esta última observación, no se quiere decir que el abuso de derecho sea por sí mismo presumible, ni tampoco que sea apreciable de oficio por el juez, cuando es consabida la exigencia, consagrada por nuestra jurisprudencia, de su prueba indubitante –“*que sobrepase manifiestamente*”, dice el art. 7.2 Código Civil español – a instancia de parte⁴³. Sino de que probada aquella ubicación (como situación fáctica), de ella, por la vía de los hechos, quepa deducir, o presumir, salvo prueba en contrario, aquel uso excesivo de los elementos comunes. No en vano, el art. 553-45.4 del Código Civil de Cataluña, al prever un posible incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local, ya no exige, tras su reforma en 2015, que tal uso intensivo exista “*de forma probada*” (que decía antes de tal reforma, pero que ahora silencia).

⁴³ Por todos, C. GETE-ALONSO, (en su Comentario al art. 7.2 Código Civil español, dirigido por ALBALADEJO GARCÍA y por DÍAZ ALABART, tomados aquí de vlex, pp. 39, 41-58 ss.).

En cierto modo, así lo decía, recordémosla de nuevo, la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 noviembre 1995: en ella el pleito giraba en torno a dos pisos de alquiler turístico dispuestos por un matrimonio, quienes habían sido ellos mismos los promotores del edificio y habían realizado ellos mismos obras de reforma en tales pisos (convirtiendo cocinas y salones en dormitorios). Y sentenciaba así el Tribunal Supremo español: *“En consecuencia, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3º de la Ley de Propiedad Horizontal – hoy, art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal –, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros”*.

Tampoco de tal presunción fáctica del abuso cabe derivar un daño inmediato. Ni siquiera la jurisprudencia española formada en torno al art. 7.2 del Código Civil español, cuando éste se refiere al *“daño para tercero”*, entiende que el daño deba ser presente, inmediato, pudiendo serlo, en cambio, solo potencial, futuro, como en el caso de los pisos turísticos puede suceder, funcionando así, incluso, su aplicación como medida preventiva, antes de que los daños (en escaleras, ascensor, ...), se produzcan y deban ser reparados.

Pues si, en general sobre la copropiedad, el Tribunal Supremo español admite como uso abusivo el uso exclusivo que un comunero haga de la cosa común sin el previo permiso de los demás comuneros, ¿por qué no también estimar como abusivo el uso que es, no exclusivo, sino excesivo?⁴⁴.

⁴⁴ Así, por ejemplo, sucedió en la sentencia del Tribunal Supremo español de 30 noviembre 1988, que, efectivamente, calificó como uso abusivo el uso exclusivo de un solo copropietario, por considerar que *“viene ocupando en exclusiva el piso propiedad de la comunidad e impidiendo a los demás partícipes su disfrute, incumbiéndole, por tanto, a él probar que dicho uso era por acuerdo de la mayoría, ya que lo contrario implicaría un abuso de derecho – artículo 7 del Código civil –, sin que, por otra parte, se pueda poner en duda la existencia de un perjuicio para la comunidad desde el momento en*

A tal efecto, es de reconocer, por supuesto, que el art. 7.2 Código Civil español, si bien puede servir para centrar el problema de los pisos turísticos, y calificarlo como presumiblemente abusivo en el uso de los elementos comunes, no lo resuelve específicamente. Sin duda, las consecuencias que para el abuso del derecho en tal norma se prevén son muy genéricas (recuérdese, cuando se limita a decir que el abuso de derecho “*dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”). No en vano, el art. 7.2 del Código Civil español, por su contenido y por su propia ubicación, contiene una norma general, consagra un principio que como tal solo es aplicable residualmente, como recurso de último grado (cfr., arts. 1.4 y 4.3 Código Civil español)⁴⁵, para cuando no haya una norma específica que concrete aquellas consecuencias. Pero sucede que, en nuestro caso, sí existe tal norma, precisamente una norma que, durante mucho tiempo, antes de que se introdujera en 1974 aquel art. 7.2 del Código Civil español, servía, junto a otras normas, para deducir en nuestro Derecho la prohibición del abuso de derecho: esa norma es, de nuevo, el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal español, que, recuérdese, dice en su primer párrafo: “*Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.*” (Y de modo similar el art. 553-40.1 Código Civil de Cataluña)⁴⁶.

que se reclama al recurrente el abono de los gastos comunitarios producidos por el piso mencionado, dado que dicho gasto debe ser satisfecho por quien excediéndose en el ejercicio de los derechos comunitarios se ha aprovechado en exclusiva del piso y no por la comunidad”. Y, ¿acaso tales consecuencias no son predicables también del uso excesivo que de los elementos comunes suelen suponer los pisos turísticos?

⁴⁵ Dice el art. 1.4 CC español (con cierta similitud al art. 12 del Código italiano): “*Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley y de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*”. Y dice en su art. 4.3: “*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*”.

⁴⁶ Que, bajo el título “*Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes*”, comienza diciendo: “*1. Los propietarios y los ocu-*

Pues, ¿acaso no puede estimarse que los pisos turísticos, en tanto sean abusivos en el uso de los elementos comunes, no son por ello “*actividades ... dañosas para la finca*” – según decía la sentencia del Tribunal Supremo español de 23 noviembre 1995 –⁴⁷ y “*actividades molestas*”, en el decir del art. 7.2 Ley española de Propiedad Horizontal?

Por un lado, recuérdese que el daño no ha de ser actual, presente, sino potencial, posible.

Y, por otro, que lo de las actividades molestas mencionada en el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, junto a otras (como las nocivas, peligrosas, ...), constituye, sobre todo hoy, un concepto jurídico indeterminado civil y amplio, en el propio sentir de nuestra jurisprudencia⁴⁸.

En efecto, según el Tribunal Supremo español el concepto de actividad molesta, a que se refiere la Ley de Propiedad Horizontal, por su propia ubicación constituye un concepto civil que no necesariamente ha de coincidir con el concepto administrativo, y que, por eso mismo, ha de ser apreciado según cada caso por el juez, sin que tampoco, a tal efecto, la concesión, como la denegación, de la pertinente licencia administra-

pantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa”.

⁴⁷ “*En consecuencia, se considera que los demandados han actuado incurriendo en una situación de abuso de derecho, puesto que esto en sí ya supone la abusiva implantación hotelera realizada por los mismos que, se encuadra sin necesidad de prueba concreta en la prohibición que establece el art. 7 párr. 3º de la Ley de Propiedad Horizontal – hoy, art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal –, que impide a todo propietario desarrollar en el piso actividades no permitidas por los estatutos o incómodas para la finca, pues cabe presumir la consecuencia dañosa de la incomodidad para el resto de comuneros”.*

⁴⁸ En lo que a continuación se diga, por todos, A. CARRASCO PERERA, P. ÁLVAREZ OLALLA, (en los comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal dirigidos por BERCOVITZ, pp. 245-250, 594 ss.); F. INFANTE RUIZ, (en el Cap. 45, sobre *Actividades Molestas*, del *Tratado de servidumbres* que yo mismo dirigí, pp. 1899 s.); con cita todos ellos de abundante doctrina y jurisprudencia (menor y también del Tribunal Supremo español, entre las que cabe destacar las sentencias del Tribunal Supremo español de 22 noviembre 1960, 14 febrero 1989, 30 mayo 2007 y 12 enero 2011).

tiva sea determinante en modo ninguno⁴⁹. No lo es así, en general (como pueden ser licencias de obra, ...), como tampoco debe de serlo en el tema particular de los pisos turísticos, aunque, ciertamente, la mayoría de las normas autonómicas sobre pisos turísticos condicionen la llamada declaración responsable a que previamente el dueño del piso que pretende destinarlo al fin turístico acredite la no prohibición estatutaria de tal actividad en su comunidad, y cuya legalidad administrativa tampoco incide en la civil.

No ha de quedar, pues, limitada la concepción de actividad molesta del art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal a posibles ruidos, vibraciones, ni a humos, gases y otras sustancias a que se refería expresamente el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se regulaba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas⁵⁰, o a que se refieran cualesquiera de las normas, sobre todo autonómicas, que han venido después a suplir tal Reglamento en tal materia, que sigue siendo eminentemente administrativa.

Si bien tales son definiciones orientativas, no son determinantes, ni impiden la indeterminación que en la simple mención de las actividades molestas presenta el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal, que bien puede entenderse en sentido amplio (más amplio, al menos, de lo que indican aquellas normas

⁴⁹ Sonada, en tal sentido, en los medios de comunicación de la época fue la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 24 septiembre 2004, que admitió la resolución y cese del arrendamiento de un local (un pub, en cuyos alrededores se organizaban bulliciosos botellones), frente a la defensa del local de que tenía licencia administrativa y no había sido cerrado el local por el Ayuntamiento, pues, aunque efectivamente en los diversos controles policiales no se registró nivel de ruido superior a los límites establecidos por la Administración, recordaba como jurisprudencia constante, en materia de Arrendamientos Urbanos y de Propiedad Horizontal, la que se proclama *“por la autonomía del orden jurisdiccional civil, respecto de la reglamentación administrativa, en la fijación de la tolerancia debida por razones de vecindad a las invasiones sonoras, defendiendo su puntual determinación en función de las circunstancias de cada caso”*.

⁵⁰ En cuyo primer párrafo de su art. 3 decía: *“Serán calificadas como «molestas» las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen”*.

administrativas). Así lo demuestra la propia casuística llegada en abundancia al foro; incluso al mismísimo Tribunal Constitucional español, en cuya sentencia 28/1999, de 8 marzo, admitió como actividad molesta, a fin de que resultara aplicable aquel art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal, los insultos y amenazas constantes que un vecino profería a los demás vecinos de la misma comunidad de propietarios. Ni siquiera pudiera objetarse indefensión para el vecino molesto, como a la dicha sentencia hizo un voto particular⁵¹, por entender que se estaba aplicando por analogía una norma prohibitiva, restrictiva de derechos y sancionadora (en contra del art. 4.2 Código Civil español)⁵², como sin duda lo es el art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal, pues ni siquiera se trata de una interpretación extensiva de tal norma⁵³, sino tan solo de una interpretación declarativa lata o amplia de la palabra “molesta”, que en absoluto se sale de la lógica, o espíritu, de la norma, y ni de su letra siquiera. Porque, como decía el propio Tribunal Constitucional español en aquella sentencia, tal actividad molesta *“puede adaptarse lógicamente al texto y sentido de la ley”*. Añádase que, al tratarse de un límite, de una prohibición (la de realizar actividades molestas), que la propia norma prevé (en aquel art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal), se está ante un límite legal que moldea de forma natural la propiedad (la de los elementos privativos), por una razón de función social (ex art. 33.1 de la Constitución española), como es el superior interés general de la comunidad de vecinos, todo lo cual permite cualquier interpretación por su resultado según requiera la lógica de la propia norma (y los demás criterios interpretativos del art. 3.1 Código Civil español, incluida la realidad social)⁵⁴, sin obligar a

⁵¹ Del Magistrado García Manzano, al que se adhirió el Magistrado Jiménez de Parga.

⁵² Que, regulando la analogía, dice: *“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”*.

⁵³ Como, en cambio, han creído algunos para salvar el escollo del art. 4.2 Código Civil español (como RODRÍGUEZ TAPIAS, citado por ÁLVAREZ OLALLA, en BERCOVITZ, pp. 249-250, nota 84, quien también sigue tal opinión).

⁵⁴ Téngase en cuenta que, según el art. 3.1 del CC español: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el con-*

interpretaciones restrictivas en caso de duda (como, en cambio, sí sucede para el caso de limitaciones o prohibiciones voluntarias, o pactadas).

Esa era, en realidad, la doctrina asentada por la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 noviembre 2008, que, tras aceptar aquello de que las limitaciones al dominio han de interpretarse restrictivamente, pues en caso de duda hay que presumir su libertad, termina matizando (con otras sentencias del Tribunal Supremo español, como la de 23 febrero 2006, por ejemplo), que la descripción en el título o en los estatutos *“constituye un elemento relevante en la labor interpretativa para determinar el alcance de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de propiedad horizontal”*.

E idéntico comentario cabe hacer del art. 553-40.1 del Código Civil de Cataluña⁵⁵, en su referencia a *“actividades contrarias a la convivencia normal”*⁵⁶.

texto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

⁵⁵ Que, bajo el título *“Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes”*, comienza diciendo: *“1. Los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa”*.

⁵⁶ Que según explican recientemente A. FUENTES-LOJO LASTRES, A. FUENTES-LOJO RIUS, (pp. 342-344 ss.), se han de entender en sentido amplio, para comprender cualquier actividad molesta, insalubre o peligrosa para los vecinos. *“Pero no tienen necesariamente que estar contemplados en las disposiciones o normativas de carácter general medioambiental o de carácter cívico que elaboren las Administraciones”*; pues para eso está la referencia de aquel art. 553-40.1 Código Civil de Cataluña a *“la normativa urbanística o la ley”*. Así las cosas, concluyen tales autores, *“con buen criterio el legislador catalán ha dejado una puerta abierta para que las comunidades puedan impedir todas las actividades que en un momento determinado, con arreglo a la realidad social, se consideren contrarias a la convivencia. Sin sujetarse al corsé de la regulación administrativa sobre actividades que molestan o sean perjudiciales”*. Precisamente, con todo ello, concluyen que entre las actividades molestas caben incluir, entre otras muchas que enumeran, las viviendas de uso turístico.

3. Consecuencias de tal consideración.

3.1. *La posible, pero prescindible, prohibición estatutaria como simple pacto "secundum legem", que, por su trascendencia real, es inscribible, y que, por su justicia social, cabe interpretar ampliamente y aplicar con efectos retroactivos.* – Así las cosas, siendo potencialmente molesta por abusiva la actividad de alojamiento turístico incardinada en un inmueble sometido a régimen de propiedad horizontal, para que efectivamente el dueño de un piso o local pueda realizar aquella actividad, en nuestra opinión ni basta con que no haya prohibición expresa y clara al respecto en los estatutos, ni es necesario para impedirlo que exista tal prohibición. Es la propia ley, con sus arts. 7.2 del Código Civil español y de la Ley de Propiedad Horizontal, la que lo impide por tratarse de una actividad presumiblemente abusiva en el uso, potencialmente excesivo por desproporcionado a la cuota, de los elementos comunes del inmueble.

Por supuesto, si se quiere asegurar tal resultado será posible, aunque *ad abundantiam*, aquella prohibición estatutaria, expresa y clara en cuanto sea posible, pero sin olvidar que tal cláusula estatutaria se muestra *secundum legem*, como subrayado de la ilicitud por abusiva, molesta y dañosa, que ya implícita, aunque genéricamente, contiene la Ley de Propiedad Horizontal en su art. 7.2. Así las cosas, con tal prohibición se estaría tomando una medida preventiva a fin de evitar que los pisos turísticos generen actividades molestas, por abusivas, que el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal prohíbe expresamente. No se trataría, por tanto, de prohibir el alquiler sin más, sino de hacerlo en evitación de potenciales molestias para la comunidad, concretando así esa posible molestia, tan genéricamente mencionada por el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Se trataría, a lo más, de una interpretación o concreción consensuada, voluntaria, de lo que ya en general prevé la propia norma, evitando así cualquier nimia duda que pudiera plantearse. De modo que nada impediría una interpretación amplia por su resultado de tal cláusula estatutaria prohibitiva, en tanto esa sea la voluntad de la comunidad, sin que al respecto haya apriorismos que obliguen a su necesaria interpretación restrictiva.

Ese apoyo legal de tal prohibición estatutaria y su consiguiente apoyo en una razón de interés general para la comuni-

dad de vecinos, que legitima la restricción en el disfrute de cada piso o local, justifica también la trascendencia real y la consiguiente inscribibilidad de tal pacto, ex art. 5.III de la Ley de Propiedad Horizontal. Porque también, aunque indirectamente, aquella cláusula prohibitiva merma la facultad de disfrute de la propiedad de los elementos privativos; de ahí que tal prohibición deba constar en el título constitutivo o en los Estatutos de la comunidad, por exigencias del art. 5 Ley de Propiedad Horizontal, cuando en su párrafo tercero dice que *“El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad”*.

Todo lo dicho también sirve de argumento para que aquella prohibición estatutaria opere con efectos retroactivos.

Primero, porque tal acuerdo estatutario, como acto normativo para la comunidad, es ley entre las partes (que obliga a todos los vecinos ex art. 17.9 Ley de Propiedad Horizontal⁵⁷, de modo similar a como dispone el art. 1137 Codice italiano), que, como tal ley, obedece a razones de justicia (de protección del interés general de la comunidad de vecinos), que hace que dicho acuerdo, prohibitivo, pero justo, se entienda aplicable tácitamente de forma retroactiva (por aplicación analógica del art. 2.3 Código Civil español *in fine*, cuando, a diferencia del art. 11 del Código italiano, prevé: *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”*). Y no parece que quepa anteponer a tan justa retroacción razones de seguridad, como pudiera ser la protección de derechos ya adquiridos por el dueño del piso turístico que viniese ya antes de la prohibición realizando tal actividad, porque, amén de que tal límite a la retroactividad de las leyes no se prevea en el art. 9.3 de la Constitución española⁵⁸, en nuestra tesis sería inconcebible admitir como previamente adquirido el derecho al abuso.

⁵⁷ Cuando dice: *“Los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en este artículo obligan a todos los propietarios”*.

⁵⁸ Cuando dice que *“La Constitución garantiza ... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*.

Además, al tratarse de alquileres tan breves, aunque se admitiera que la prohibición estatutaria solo opera para el futuro, según vimos entiende la jurisprudencia española, desde su aprobación, ya ningún vecino podría de nuevo alquilar su piso con fines turísticos sin infringir tal prohibición.

Porque, en efecto, haya o no prohibición estatutaria previa, solo el permiso expreso es lo que legitima el destino turístico de los pisos o locales. Veámoslo.

3.2. El necesario permiso de la comunidad para el destino turístico de los pisos o locales, con el consiguiente incremento en la contribución a los gastos de mantenimiento de los elementos comunes. La conformidad del Derecho catalán con la Ley española de Propiedad Horizontal. – En nuestra tesis, alternativa a la “oficial”, y en consonancia con la lógica del Derecho balear, solo hay un modo para que los pisos turísticos dejen de ser por sí mismos actividades dañosas y molestas, por aplicación del art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal: que haya permiso expreso para tal destino.

El permiso ha de proceder de la propia comunidad constituida. La normativa autonómica – vimos – que así lo exige, solo admite tal permiso en caso de que previamente no haya prohibición estatutaria expresa y clara. A salvo, habría que añadir, que quiera modificarse tal cláusula estatutaria restrictiva para, al contrario, conceder un permiso expreso generalizado, para todo vecino; en dicho caso, evidentemente, sería necesaria la modificación estatutaria por acuerdo unánime (o por mayoría cualificada de 4/5, en Cataluña, según vimos arriba, y repetiremos luego). En tal caso, el permiso general, así como sucede con su contrario (la prohibición generalizada), tendrá fuerza de ley para todos los vecinos, presentes y también futuros dada la licitud y trascendencia real, y consiguiente inscribibilidad, del permiso general, así como retroactivamente para el pasado, con efectos convalidantes, o subsanadores si se quiere, para aquellos vecinos que antes de la concesión de aquel permiso viniesen desempeñando tal actividad turística en sus pisos.

Por supuesto, también cabría que tal permiso fuese puntual, *ad personam*, siendo, este sí, el supuesto que solo cabe admitir si previamente no hay prohibición estatutaria. Pues en ningún

caso cabe por vía de acuerdo en Junta modificar los Estatutos de la Comunidad.

Por último, y aunque así no lo prevea ninguna norma autonómica sobre pisos turísticos, pero así empieza a hacerse en la práctica, tampoco habría inconveniente en que aquel permiso generalizado fuese previsto en el propio título constitutivo, no solo cuando éste es dispuesto por la propia comunidad de vecinos, sino cuando también lo es por el propio Promotor⁵⁹.

En todo caso (y en todas las hipótesis indicadas: de permiso generalizado o particular, concedido por el Promotor o por la propia comunidad de vecinos), no bastará con tal permiso para que el uso de los elementos comunes deje de ser molesto por abusivo. Es más, de ser suficiente con tal permiso, el proveniente del promotor sería, entonces, él mismo abusivo, porque al conceder tal licencia, renunciaría a su derecho a un uso adecuado y proporcional de cada cuota suya en perjuicio de terceros (cfr., el art. 6.2 Código Civil español⁶⁰, o el más específico art. 553-9.5 Código Civil de Cataluña)⁶¹.

Además del permiso es necesario, también, compensar el incremento o exceso previsible en el uso de los elementos comunes. No se trata con ello de establecer sanción alguna, como, por ejemplo, sería la privación en el uso de algunos elementos comunes (como piscina, gimnasio, ...), que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 octubre 2011 rechazó por gravosa e injusta, con el siguiente impecable razonamiento:

⁵⁹ Así, por ejemplo, disponiendo lo siguiente: *“Los elementos privativos podrán tener el destino y uso que sus propietarios determinen, incluso destinarlos al aprovechamiento turísticos o alquileres vacacionales, cumpliendo en este último caso, los requisitos establecidos en la legislación vigente; pudiendo, en especial los locales comerciales, ser destinados a cualquier actividad de lícito comercio, en especial la hostelera o de restauración, pudiendo cambiar la misma sin necesidad de consentimiento alguno de la Comunidad de Propietarios”* (según consta en una escritura pública, aquí ofrecida por deferencia de D. JOSÉ EDUARDO GARCÍA PÉREZ, notario en Ceuta).

⁶⁰ Cuando dice: *“La excusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”*.

⁶¹ Cuando dice *“las estipulaciones establecidas en la constitución del régimen ... a favor del constituyente, que le permitan decidir en el futuro asuntos de competencia de la junta de propietarios, es nula”*.

“En la utilización de espacios comunes, que además requieren de importantes gastos de mantenimiento, la aportación de la misma cantidad por todos los usuarios beneficia sin duda a aquellos que hacen un mayor uso de las prestaciones ofrecidas, y castiga a aquellos que hacen un uso esporádico. Por ello, para mitigarlo en algunos casos se establecen contribuciones adicionales para cada vez que se usan que mitigan en alguna medida el inevitable desequilibrio que siempre se produce. Alcanzar soluciones equitativas no resulta fácil. (...) Lo que en este caso concreto resulta obvio es, que no es lo mismo alquilar un apartamento con todas las prestaciones complementarias derivadas del acceso a las zonas comunes, que alquilarlo sin acceso a piscina, gimnasio, sauna, etc. pues el precio que se puede establecer es más alto en el primero de los supuestos, y el atractivo para conseguir clientes aumenta con todos esos servicios. Y no puede negarse que el acuerdo comunitario supone en consecuencia un perjuicio grave para el titular del apartamento turístico quien, de mantenerse el acuerdo, no podría alquilarlo con el nivel de prestaciones que supone que sus clientes tengan acceso a las zonas comunes. De mantener el acuerdo se permitiría de hecho la negación del uso en todo caso, dado el destino de la vivienda como apartamento turístico. Y debe entenderse que esta es una medida excesivamente gravosa y drástica, máxime cuando pueden arbitrarse otras que permitan la coexistencia de los intereses de los residentes de todo el año, y de los de temporada”.

No obstante, también conviene tener presente que para casos de morosidad la jurisprudencia sí ha admitido tal sanción, siempre que tal privación del uso sea provisional en tanto se mantenga la morosidad, y no afecte a los que sean imprescindibles para el uso del piso o local, considerando que, en aquellos casos, tal sanción sí es proporcional, y acorde al espíritu del art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal, y complementaria a las sanciones que la propia Ley de Propiedad Horizontal prevé para la morosidad (véase, por todas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado español de 23 octubre 2012).

Mutatis mutandis, no parece que haya inconveniente en aplicar tal doctrina al caso que nos ocupa cuando el dueño-anfitrión del piso turístico se niegue al pago de un incremento en su cuota de gastos (que pasamos a ver a continuación).

Ni siquiera se trata de aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto, ni la de la responsabilidad por daños (salvo, naturalmente, cuando en efecto se produzca el daño por manos de los clientes-huéspedes). Sino de compensar el mayor uso que de los elementos comunes previsiblemente resulte de los pisos destinados a alquiler turístico.

Tal previsión, y cálculo, no será fácil, desde luego; pero tampoco será imposible determinar el incremento de gastos *ex ante*. No en vano, el art. 5.II *in fine* de la Ley española de Propiedad Horizontal, para fijar la cuota sobre los elementos comunes, entre otros posibles criterios, atiende al *“uso que se presume racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes”*. De modo similar, el art. 553-3.2 del Código Civil de Cataluña prevé que *“Las cuotas de participación correspondientes a los elementos privativos ... se asignan de forma proporcional ... teniendo en cuenta el uso y destino y los demás datos físicos y jurídicos de los bienes que integran la comunidad”*. Y más específico se muestra el art. 553-45.4 del Código Civil de Cataluña, cuando dice: *“El título de constitución puede establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local”* (en donde la referencia empresarial o profesional cabe ser entendida en sentido amplio, no estrictamente mercantil, pudiendo, entonces, incluir la actividad de hospedaje y turismo)⁶². De modo similar, se muestra, en Italia, el art. 1123.I y II, sobre gastos de mantenimiento del edificio, en relación con el art. 1138.I de su Codice, referido este a los estatutos de la comunidad – *“il regolamento di condomini”* –⁶³.

⁶² Según explican los FUENTES LOJO (citados, p. 404).

⁶³ Dice el art. 1123 italiano en tales párrafos primero y segundo: *“Le spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell’edificio, per la prestazione dei servizi nell’interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione. (...) Se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diver-*

Tal referencia normativa, sin embargo, no significa que siempre haya que aprobar o modificar el título constitutivo o los estatutos por afectar tal acuerdo a la cuota de participación, en aplicación del art. 17.6 Ley de Propiedad Horizontal (como, en cambio, han defendido las sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia de 23 enero 2007 y de Barcelona de 11 marzo 2010, aunque bien es verdad que en los casos por ellas resueltos el destino turístico de los pisos requería de obras de segregación del local y de obras estructurales que afectaban, invadiéndolos, a los elementos comunes, todo lo cual implicaba una modificación del título constitutivo y, también, de las cuotas de participación). Tal modificación estatutaria, en principio, solo será necesaria cuando el permiso para el destino turístico quiera ser generalizado (o imprescindible, si previamente había una prohibición estatutaria expresa al respecto). Mas porque se quiera que tal acuerdo afecte a todos los vecinos, presentes y futuros adquirentes, siendo por ello necesario que conste en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad. Pero no porque afecte a la cuota de participación.

Al contrario, aun con tal permiso de la actividad turística (en cualquiera de sus modalidades indicadas: generalizado o particular, concedido por el Promotor o por la propia comunidad de vecinos), por principio, la cuota de participación en los elementos comunes seguirá siendo la misma, sin aumento de derechos, ni de obligaciones. No se va a tener más cuota copropietaria en ningún sentido. Tan solo se trataría de modificar, en su cuantía, el modo de contribución a los gastos de administración de los elementos comunes. Así lo admite, en general, el art. 9.1.e) de la Ley de Propiedad Horizontal española, cuando dice que *“Son obligaciones de cada propietario: ... Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o – dice, en lo que nos importa – a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de*

sa, le spese sono ripartite in proporzione dell'uso che ciascuno può farne”. Y dispone, por su parte, el art. 1138.I: “Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino...”.

individualización". A su vista, desde hace tiempo ya que el Tribunal Supremo español ha admitido la distinción entre cuotas de participación y cuotas de gastos⁶⁴, como también hace, expresamente, el Código Civil de Cataluña (cfr., arts. 553-3.4⁶⁵ y 553-26, en sus aps. 1.a y 2.e Código Civil de Cataluña), entre las que, precisamente, se incluye como ejemplo el incremento de cuotas por uso intensivo de los elementos comunes, en su art. 553-45.4 (cuando, recuérdese, dice: "*El título de constitución puede establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local*"). De modo similar, se muestra, en Italia, el art. 1123.I y II, sobre gastos de mantenimiento del edificio, en relación con el art. 1138.I de su Codice, referido este a los estatutos de la comunidad – "*il regolamento di condomini*" –⁶⁶.

La razón de ser de tal incremento nos parece evidente: si desde hace un tiempo que el Tribunal Supremo español admite por acuerdo en Junta la exoneración en la contribución de ciertos gastos comunes al vecino que no usa ciertos elementos comunes (por ejemplo, los pisos o locales bajos que no usan el ascensor), ¿por qué no admitir un incremento en tal contribución si el uso se prevé mayor del adecuado, o proporcionado a la cuota?

⁶⁴ Abundantemente mencionada y transcrita por J.M. GARCÍA GARCÍA, (pp. 588, 961-963, 1389-1391 ss.).

⁶⁵ "*Pueden establecerse, además de la cuota de participación, cuotas especiales para determinados gastos*".

⁶⁶ Dice el art. 1123 italiano en tales párrafos primero y segundo: "*Le spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione. (...) Se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa, le spese sono ripartite in proporzione dell'uso che ciascuno può farne*". Y dispone, por su parte, el art. 1138.I: "*Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino...*".

3.3. Régimen de mayorías necesario para la concesión de tal permiso, según sea generalizado o puntual, y se contenga, respectivamente, en los estatutos o en un acuerdo de Junta. El peculiar régimen catalán, y la conformidad del Derecho balear con la Ley española de Propiedad Horizontal. – Para alcanzar la mayoría necesaria, conforme a las hipótesis que venimos manejando, hay que distinguir entre los siguientes supuestos: si se pretende conceder un permiso general, impersonal, en favor de todos los vecinos, presentes y posibles futuros, así como sucede con su reverso (el de la prohibición), al tener que constar tales acuerdos (según hemos dicho en anteriores epígrafes) en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad, su aprobación, o modificación en su caso, requerirá unanimidad (ex art. 17.6 Ley de Propiedad Horizontal)⁶⁷. En dicho posible acuerdo hay que comprender, no solo el permiso concedido *in abstracto*, sino también el posible incremento en las cuotas de gastos por mantenimiento, y en su caso reparación, de los elementos comunes.

No será, en cambio, necesaria tal unanimidad si se trata de conceder un permiso particularizado, a determinado vecino que solicita destinar su piso a alojamiento turístico, y así también acordar en particular el incremento de su cuota de gastos de administración del inmueble, atendidas en particular la ubicación de su piso y el potencial uso de las instalaciones y servicios comunes que los clientes-huéspedes puedan llegar a hacer de los mismos. Para tal acuerdo, que específicamente no se comprende en la Ley de Propiedad Horizontal, bastará con la mayoría simple de los vecinos, por aplicación del art. 17.7 Ley de Propiedad Horizontal⁶⁸.

Tan lógica y conforme al régimen común es la regla propuesta que, inevitablemente en nuestra opinión, ha sido recogida, con-

⁶⁷ “Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”.

⁶⁸ Que dice: “Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes”.

validada por el nuevo art. 50.7 de la Ley balear del Turismo, reformada en julio de 2017, cuando dice: “7. No se pueden presentar declaraciones responsables para comercializar turísticamente viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal si lo impiden el título constitutivo o los estatutos de la comunidad de propietarios, en el sentido de que determinen la no posibilidad de uso para finalidades diferentes a las de vivienda. Para uso diferente del de vivienda se tiene que entender todo uso que permitiría una utilización diferente a la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda. Para las modificaciones de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. (...) Si el título constitutivo o los estatutos no impiden la comercialización turística de las viviendas en los términos expuestos en el párrafo anterior, o estos no existen, es necesario, para llevar a cabo la comercialización turística, y solo a estos efectos, un acuerdo de la junta de propietarios en el cual la mayoría de personas propietarias, que al mismo tiempo constituyen la mayoría de cuotas de propiedad, acepten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas, acuerdo que la mayoría misma puede modificar. En este supuesto, resulta de aplicación el régimen determinado en el artículo 17.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. Este acuerdo se tiene que inscribir en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceras posibles personas adquirentes de viviendas. (...) Este acuerdo no es necesario si el título constitutivo o los estatutos ya admiten expresamente la posibilidad de comercialización turística de las viviendas. Para la modificación de estas previsiones se deberá estar al régimen determinado en el artículo 17.6 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal”. Y así se justifica tal norma en su Preámbulo: “Vistos estos efectos directos sobre el vecindario residente y con independencia de la posibilidad de interposición de las acciones que la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, en su artículo 7.2, otorga a las comunidades de propietarios, se impone la necesidad de que los poderes públicos procuren ... velar por que el resto de miembros de la comunidad de propietarios puedan tener una potestad efectiva de decisión respecto a la posibilidad de admitir o no la comercialización turística de una o de varias vi-

viendas pertenecientes a la comunidad, lo que les afectará directamente..., lo cual pasa por atender, no tan solo a lo que disponga el título constitutivo o los estatutos, sino por reconocer capacidad efectiva a los acuerdos tomados válidamente por las juntas de propietarios al respecto. (...) Por lo tanto, esta norma parte de exigir que en primer lugar se estará a lo que pudieran determinar los estatutos, en el sentido de que si determinan la no posibilidad de uso de los inmuebles para uso diferente al de vivienda, no se podrá llevar a cabo la comercialización turística. También establece que, si admiten expresamente la posibilidad de comercialización turística, esta se podrá llevar a cabo. Para la modificación de estas previsiones se estará al régimen determinado en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal. En caso de que los estatutos no establezcan ninguna de estas previsiones, la norma advierte que para permitir llevar a cabo comercializaciones turísticas se estará a un acuerdo de la mayoría de propietarios, adoptado de conformidad con lo que determina el artículo 17.7 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal”.

Para el Derecho catalán, en cambio, no hay que hacer tales distinciones, pues tanto para la modificación estatutaria, como para la fijación del incremento de cuotas de gastos, se requiere la mayoría de 4/5, según previene el art. 553-26.2 (letras a y e) del Código Civil de Cataluña (y no por la unanimidad que para modificar la cuota de participación exige esa misma norma en su ap. 1.a): “2. Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para: a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario... e) Acordar cuotas especiales de gastos, o un incremento en la participación en los gastos comunes correspondientes a un elemento privativo por el uso desproporcionado de elementos o servicios comunes, de acuerdo con lo establecido por el artículo 553-45.4”; norma ésta, recuérdese, que, precisamente, se refiere a la cuestión que nos ocupa, y que, además, da la opción de que tal incremento se prevea de antemano en el título constitutivo o se determine *a posteriori* en un acuerdo de la Junta de propietarios, fijando en ambos casos un tope legal en el posible incre-

mento⁶⁹. Tampoco parece que para el Derecho italiano haya que hacer distinciones, pues al tratarse de una regla que afecta a los gastos a realizar sobre los elementos comunes, bastaría con la mayoría (por aplicación del art. 1138.I y III, este en su remisión al art. 1136.II Codice)⁷⁰.

3.4. *¿Es, en todo caso, necesario el consentimiento expreso del vecino afectado por el acuerdo – permisivo o prohibitivo – de la comunidad? – Con la solución aquí propuesta, que prácticamente hace depender la solución (permisiva o no de la actividad turística), de la voluntad de la comunidad, cuya falta solo se suple entendiéndose prohibida la actividad turística en cuanto molesta y dañosa por abusiva en el uso de los elementos comunes del inmueble, ¿acaso tal vez se propicia, a la inversa, el abuso de derecho por parte de la comunidad?; ¿conformará la voluntad comunitaria una voluntad abusiva, por mayoritaria, pero tiránica, que perjudica la propiedad privada de cada vecino, impidiéndole disfrutar de su piso o local como desee?; y, a fin de evitar tal posible abuso, ¿acaso no será necesario, conforme a la opinión “oficial”, el consentimiento expreso del dueño del piso turístico afectado por el acuerdo comunitario, sobre todo cuando dicho acuerdo es prohibitivo, o no alcanza la mayoría suficiente para permitir tal actividad?*

Según el Tribunal Supremo español, en general, para que no haya abuso de derecho en los acuerdos de una comunidad de

⁶⁹ *“El título de constitución puede establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local. Este incremento también puede acordarlo la junta de propietarios. En ninguno de los dos casos, el incremento puede ser superior al doble de lo que le correspondería por la cuota”.*

⁷⁰ Art. 1838 Codice Italiano: *“Quando in un edificio il numero dei condomini e superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l’uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino...”*. Y dispone en su párrafo tercero: *“Il regolamento deve essere approvato dall’assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell’art. 1136”*, el cual dispone: *“Sono valide le deliberazioni approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell’edificio”.*

propietarios, se exigen dos condiciones: como primera, que tal acuerdo atienda al interés común o general de la comunidad, y, como segunda, que tal acuerdo sea conforme al principio de igualdad, es decir, que sea igual para todos los vecinos, de modo que será abusivo cuando en similares circunstancias los acuerdos sean diferentes para unos y otros vecinos⁷¹.

A su vista, no parece que en el caso de los acuerdos referidos a la actividad turística haya de suyo abuso: la primera condición se cumple siempre, pues siempre se estará protegiendo el uso adecuado y diligente, o proporcional, de los elementos comunes; y la segunda condición se cumplirá siempre que en semejantes circunstancias (atendida fundamentalmente la ubicación de los pisos y locales), no se permita a unos vecinos y se prohíba a otros el destino turístico, o que las cuantías en el incremento de los gastos sean distintas en aquellas idénticas circunstancias.

Antes, al contrario, si se respetan ambas condiciones, ¿no habría más bien abuso de derecho – al voto – del vecino disidente que, afectado por el acuerdo, se oponga al mismo?

Por eso mismo, si por tal oposición abusiva, ya se requiera unanimidad o mayoría, no se alcanzara el acuerdo pertinente, siempre cabría la opción de la vía judicial de equidad que el propio art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal española prevé en su segundo párrafo (tras aquel ap. 7 antes transcrito), donde dice: *“Cuando la mayoría no se pudiere lograr por los procedimientos establecidos en los apartados anteriores, el Juez, a instancia de*

⁷¹ En efecto, es jurisprudencia generalizada (y nacida de abundantes casos en que se permite a unos vecinos y se prohíbe, en cambio, a otros la realización de ciertas obras, como la colocación de aires acondicionados, el cierre de balcones, ...), la de relacionar el posible abuso de derecho por parte de la propia comunidad de vecinos con el principio de igualdad, que prohíbe la desigualdad – entre vecinos – que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables – de protección de los intereses comunes –, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y se traduce en el uso de una norma por parte de la comunidad de propietarios o de un propietario con mala fe, en perjuicio de otro u otros propietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma (por todas, así se dice en la sentencia del Tribunal Supremo español de 1 febrero 2006, a la que siguen otras muchas, como las sentencias del Tribunal Supremo español 9 enero 2011, 4 enero 2012, 17 junio 2015, ..., y de otras muchas que pueden verse recogidas por M^a.J. POLO PORTILLO, *El abuso de derecho en las comunidades de propietarios*, en *Sepín, Cuaderno Jurídico*, n. 4, 2017, pp. 51 s.).

parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas". La actual redacción de la norma lo deja claro conforme a la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo español como de la Dirección General de los Registros y del Notariado español⁷², que venía admitiendo tal recurso a la equidad tanto si no se alcanzaba la mayoría como tampoco la unanimidad cuando los votos contrarios al acuerdo eran abusivos (del derecho a votar) por perjudiciales para el interés de la comunidad (lo que haría que aquel derecho al voto se ejerciera antisocialmente). En nuestro caso, el de los pisos turísticos, está, precisamente, en juego evitar o permitir compensatoriamente el uso excesivo, desproporcionado de los elementos comunes.

Así puede verse, entre otros pronunciamientos, en las sentencias del Tribunal Supremo español de 19 diciembre 2008⁷³, o en la de 9 diciembre 2010⁷⁴. Pero el más reseñable, por su parecido con el caso de los pisos turísticos, es el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo español de 13 marzo 2003: se trataba de modificar los estatutos de la comunidad para introducir una nueva cláusula que prohibiese cambiar el uso de los pisos a cualquier otro destino que no fuese el de vivienda, sino cualquier otro de negocio o profesional⁷⁵. Y señalaba el Tribu-

⁷² Que en parte aquí tomamos de A. CARRASCO PERERA, (en los comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal dirigidos por BERCOVITZ, pp. 656 s.).

⁷³ Se trataba en el caso de un régimen de propiedad horizontal con solo dos propietarios y en que la división física era lógica, al tratarse de dos edificios unidos, siendo la acción de división interpuesta por uno de los copropietarios y denegada por el otro argumentando que no cabe tal división al requerirse unanimidad por tenerse que modificar el título constitutivo, entendiendo entonces el Tribunal Supremo español *"que la postura – de tal copropietario – carece de fundamento y determina un ejercicio abusivo de los derechos establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal"*.

⁷⁴ Referida a una obra de escalera que se pretendía realizar entre dos plantas que no afectaba a la seguridad, ni a la estética de la comunidad.

⁷⁵ Literalmente decía: *"Se prohíbe cambiar el uso de los pisos a otro destino distinto que no sea vivienda. Se prohíbe instalar en los pisos cualquier tipo de oficina, negocio o actividad profesional, aunque se viva en ellos, para eso están las oficinas y los locales comerciales"*.

nal Supremo español que el posible juicio de equidad previsto por la Ley de Propiedad Horizontal podía ser interpretado conforme a la realidad social (ex art. 3.1 Código Civil español), *“para evitar supuestos de abuso notorio del derecho, como sucede cuando se hace preciso la modificación o cumplimiento de las reglas estatutarias con la inclusión de las precisas y necesarias para lograr la más ordenada convivencia de los cotitulares y preservar la paz vecinal, la que no se logra por la oposición tenaz de un copropietario, movido por razones de capricho, otras por egoísmo y acomodo a sus intereses que contradicen los comunes y, en muchos casos, por el simple móvil de causar molestias, incordiar y hostigar a los demás”*.

Así las cosas, no hay razón ninguna para exigir el consentimiento expreso e individualizado a fin de evitar cualquier abuso de derecho por parte de la Comunidad de vecinos. Tampoco cabe exigirlo por aplicación analógica de otros supuestos en que sí rige tal exigencia (como, vimos, parece defender la solución “oficial”).

Ante todo, como punto de partida, los casos en que la propia norma exige tal consentimiento expreso e individualizado vienen tasados legalmente (vgr., en el art. 10.5, o en los diversos del art. 17 Ley de Propiedad Horizontal), de modo que fuera de tales casos, cabe computar en favor de las mayorías los votos ausentes. Así lo dice, recuérdese, el art. 17.8 de la Ley de Propiedad Horizontal (y en la misma línea, el art. 553-25.4 Código Civil de Cataluña)⁷⁶: *“Salvo en los supuestos expresamente previstos en los que no se pueda repercutir el coste de los servicios a aquellos propietarios que no hubieren votado expresamente en la Junta a favor del acuerdo, o en los casos en los que la modificación o reforma se haga para aprovechamiento privativo, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al*

⁷⁶ *“Los acuerdos que modifiquen la cuota de participación, los que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja requieren el consentimiento expreso de los propietarios afectados”*.

procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción". Siendo, entonces, la regla tal computación del silencio como positivo, y lo contrario la excepción, ¿cómo puede ésta aplicarse por analogía a casos diversos de los legalmente contemplados, en contra de la prohibición contenida en el art. 4.2 Código Civil español, que impide aplicar por analogía normas excepcionales, o singulares?

Aun obviando tal escollo indicado, y admitiendo el intento de aplicación analógica, resulta que tampoco hay analogía entre nuestro caso, el de los pisos turísticos, y aquellos otros en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y de la Dirección General de los Registros y del Notariado español exige aquel consentimiento individual.

Comencemos por el caso de cerramientos de elementos comunes que, en los casos que el Tribunal Supremo español resolvía, impedían, o al menos dificultaban en exceso, la vista o el acceso a los locales comerciales situados en los bajos del edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, y en los que, efectivamente, el Tribunal Supremo español vino a exigir el consentimiento expreso de los dueños de tales locales afectados (así, entre otras, en las sentencias de 23 marzo 1991, 2 abril 1993, 31 marzo 1995, 30 enero 1996, 20 mayo y 16 julio 2009, 13 diciembre 2011, 5 marzo 2014, ...). La única similitud de tales casos con el de los pisos turísticos es que también en aquéllos se observa el posible abuso de derecho, pero, adviértase, no solo el posible abuso cometido por la comunidad de propietarios al acordar aquellos cierres sin verdadero beneficio propio, sino también el posible abuso de los dueños de los locales al negarse y no permitir tal cerramiento cuando éste sí era beneficioso para la seguridad del edificio (como así, por ejemplo, se consideró en las sentencias del Tribunal Supremo español de 31 marzo 1995 y 13 diciembre 2011). Pero en lo demás, todo son diferencias: para empezar, en tal jurisprudencia se tiene presente, a fin de observar si hay o no perjuicio para los locales situados en los bajos del edificio, el destino propio, originario y connatural de los locales; en particular, si su actividad comercial se realizaba

de cara al público, pues si así no lo era, no cabía ver abuso ninguno de parte de la comunidad, ni perjuicio para el local, si se acordaban aquellos cerramientos. El caso, pues, como se ve, es diverso del de los pisos turísticos, donde tal destino no es conatural al piso o local, sino por voluntad de su dueño. Por eso mismo, en aquella jurisprudencia sobre cerramientos se impone el respeto a los derechos adquiridos, lo que, según vimos en nuestra tesis, no existe en el caso de los pisos turísticos al no poderse estimar como legítimamente adquirido el derecho al abuso de los elementos comunes.

Además, en aquella jurisprudencia sobre cerramiento de elementos comunes, el Tribunal Supremo español, a fin de considerar lícito el cierre, observa si la obra de cierre es o no necesaria para la seguridad del edificio (a fin de ver si hay o no interés legítimo en la comunidad para tal cierre), y si tal obra afecta o no a la estructura o a la configuración del edificio, esto es, si se trata de un acto de disposición o de mera administración al amparo del art. 388 Código Civil español (a fin de determinar si se exige o no unanimidad en el acuerdo comunitario)⁷⁷; y a fin de ponderar los intereses en juego, con aquella jurisprudencia sobre cerramientos se pretende asegurar que el cierre no impida o dificulte el uso normal de los elementos comunes a que tiene acceso el local. En cambio, en el caso de los pisos turísticos el interés superior a ponderar afecta al uso excesivo, desproporcionado – ¡no al normal! – de tales elementos comunes por manos de los clientes-huéspedes de los pisos turísticos, y que por eso mismo, a diferencia de aquel otro caso, no afecta tanto a la disposición, sino a la administración (al uso) de aquellos elementos comunes.

Por esta última razón, tampoco es trasladable al tema de los pisos turísticos aquella doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado español que afecta a la condición de comunero y se refiere a actos de disposición de los elementos privativos o comunes (como son, recuérdese, la modificación de la cuota de participación, o la conversión de elementos pri-

⁷⁷ Dice el art. 388 CC español: *“Todo propietario tiene derecho a cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas”*.

vativos en comunales o a la inversa). Porque el acuerdo sobre el posible destino turístico de los pisos y locales ni afecta a la condición de comunero (pues la cuota de participación se mantiene idéntica), ni implica disposición, por alteración, de los elementos comunes, afectando tan solo a su administración a fin de ponderar su uso desproporcionado. Precisamente, por afectar tan solo a tal administración, pudiendo originar, en caso de permisión, un incremento en las cuotas especiales de gastos (no en la de participación), más bien resulta aplicable la jurisprudencia de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado español que no exige para tal modificación el consentimiento expreso e individualizado, permitiendo la computación de los ausentes no disidentes, al tratarse de un acto colectivo, que afecta a la Junta como órgano comunitario, y que no se imputa a cada propietario singularmente por no afectar al contenido esencial de su dominio (véanse, por todas, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado español de 23 mayo 2001, 19 abril 2007, ...)⁷⁸.

Por supuesto, si en la decisión tomada por la comunidad al fijar dicho incremento en tales cuotas de gastos observara el vecino afectado desproporción o exceso en su cuantía, podrá éste acudir a la vía judicial para impugnar el acuerdo por posible abuso de derecho por parte de la comunidad, al amparo del art. 18.1 Ley de Propiedad Horizontal española, en cuya letra c), precisamente se contempla tal posible impugnación por abuso de derecho⁷⁹.

Tal es la solución también hoy adoptada por el art. 553.25.4 del Código Civil de Cataluña. Cuando ahora dice que: *“Los acuerdos que modifiquen la cuota de participación, los que priven a cualquier propietario de las facultades de uso y disfrute de elementos comunes y los que determinen la extinción del régimen de la propiedad horizontal simple o compleja requieren*

⁷⁸ Que aquí tomamos de J.M. GARCÍA GARCÍA, (pp. 1747, 1748, 1759 ss.), A. CARRASCO PERERA, (en BERCOVITZ, pp. 594, 654, 655-663 ss.).

⁷⁹ *“1. Los acuerdos de la Junta de Propietarios serán impugnables ante los tribunales de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general, en los siguientes supuestos: ... c) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho”.*

el consentimiento expreso de los propietarios afectados”. Téngase en cuenta que tal norma foral ha sido con tal redacción reformada por el art. 1 de la Ley 5/2015, de 13 de mayo, para concretar, y limitar, la exigencia de consentimiento expreso al caso en que las limitaciones acordadas por la Junta de propietarios “*priven*” del goce de “*elementos comunes*”, para así zanjar una anterior disputa provocada por su anterior redacción, más general, que no contenía tal precisión (cuando decía: “*Los acuerdos que disminuyan las facultades de uso y goce de cualquier propietario o propietaria requieren que este los consienta expresamente*”)⁸⁰.

Hoy, en Cataluña, para la aprobación, o modificación, de los estatutos y para la fijación de la cuota especial de gastos basta una mayoría cualificada de 4/5, pudiéndose en tal mayoría computar los votos ausentes (ex art. 553-26, aps. 2.a y 3.b Código Civil de Cataluña)⁸¹⁻⁸².

⁸⁰ Disputa que puede verse expuesta por J. MARTÍ MARTÍ, *El acuerdo comunitario de limitación de uso de las entidades de la finca como pisos turísticos*, en *Propietat horitzontal Catalunya: quadern jurídic*, n. 45, 2016, pp. 12-16 ss.; y por R. ARNÁIZ RAMOS, *Las viviendas de uso turístico y el Registro de la Propiedad*, en el *Boletín del Servicio de Estudios Registrales*, n. 185, 2017, pp. 162-167 ss., donde también se exponen las numerosas Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas (por todas, como última de todas ellas, conviene la lectura de su Resolución de 15 octubre 2015), y que se manifestaban en favor de exigir el consentimiento expreso de todos los propietarios por aplicación de aquel art. 553-25.4.

⁸¹ Dice el art. 553-26: “2. *Es preciso el voto favorable de las cuatro quintas partes de los propietarios con derecho a voto, que deben representar a la vez las cuatro quintas partes de las cuotas de participación, para: a) Modificar el título de constitución y los estatutos, salvo que exista una disposición legal en sentido contrario*”. Y añade luego: “3. *Los acuerdos de los apartados 1 y 2 se entienden adoptados: ... b) Si se requieren las cuatro quintas partes, cuando han votado favorablemente la mayoría simple de los propietarios y de las cuotas participantes en la votación y, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo, se alcanza la mayoría cualificada contando como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que, en dicho plazo, no se han opuesto al acuerdo mediante un escrito enviado a la secretaría por cualquier medio fehaciente*”.

⁸² Según explican recientemente A. FUENTES-LOJO LASTRES, A. FUENTES-LOJO RIUS, *Comentarios al régimen jurídico de la propiedad horizontal en Cataluña: comentarios, problemática y jurisprudencia*, Barcelona, 2015, pp. 335 s.

4. *Y un final abierto... a la expansión de la solución alternativa propuesta.* – Con todo, tal vez se pudiera cuestionar a la tesis alternativa hasta aquí defendida, si la misma es también aplicable a cualquier otra actividad que pudiera implicar un mayor uso, en proporción al previsto estatutariamente, de los elementos comunes.

Así lo ha previsto, hemos visto, tras su reciente reforma en mayo de 2015, el Derecho Catalán en el art. 553-45.4 de su Código Civil, cuando dice: *“El título de constitución puede establecer un incremento de la participación en los gastos comunes que corresponde a un elemento privativo concreto, en el caso de uso o disfrute especialmente intensivo de elementos o servicios comunes como consecuencia del ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el piso o el local.”* (En donde la referencia empresarial o profesional cabe ser entendida en sentido amplio, no estrictamente mercantil)⁸³.

De tan novedosa norma, dirá, con cierta ironía, Martí Martí (p. 43): *“Difícil futuro les espera a los despachos profesionales de los pisos altos del edificio en relación con los gastos de ascensor y limpieza de escalera”*.

Por nuestra parte, y dada la lógica fundamental contenida en tal norma (ya deducible, vimos, del art. 9.1.e Ley de Propiedad Horizontal), para el resto del territorio nacional no se nos ocurre más que recordar, y traer aquí como anillo al dedo, aquel sabio refrán español que dice: *“Cuando las barbas de tu vecino veas cortar, pon las tuyas a remojar”*.

⁸³ Según explican los FUENTES LOJO (p. 404).

IL DIRITTO ALL'OBLIO: FONDAMENTO, NATURA E TUTELE

SOMMARIO: 1. Il diritto ad essere dimenticati. - 2. Il riconoscimento giurisprudenziale del diritto all'oblio: il dialogo tra le Corti nazionali ed europee. - 3. Il riconoscimento legislativo: il Regolamento UE n. 679/2016 sul trattamento e sulla libera circolazione dei dati personali delle persone fisiche. - 4. L'inquadramento controverso nel sistema dei diritti fondamentali. - 5. Le tutele risarcitorie penali e civili, in sede giudiziale ed extragiudiziale.

1. *Il diritto ad essere dimenticati.* – I recenti approdi delle Corti nazionali ed europee in materia di tutela del c.d. diritto all'oblio, in specie nell'era digitale, offrono lo spunto per indagare una "nuova frontiera" della mediazione civile e commerciale, tanto obbligatoria quanto facoltativa, nell'ambito dei meccanismi apprestati dall'ordinamento a tutela di diritti fondamentali della persona quali l'onore, la reputazione, la riservatezza, l'identità personale e, appunto, il diritto all'oblio.

Precisamente, con l'espressione "diritto all'oblio" si suole intendere il diritto di ciascuno ad essere "dimenticato" dalla memoria collettiva in relazione a notizie che, se pur veritiere e *ab origine* legittimamente pubblicate, non rispondono più all'identità personale e sociale dell'interessato e in relazione alle quali non sussiste più un interesse pubblico attuale di conoscenza. Detto altrimenti, il diritto all'oblio s'identifica con il legittimo interesse di ognuno a non restare esposto a tempo indeterminato a lesioni del proprio onore, della propria reputazione e/o della propria identità personale in ragione della reiterata pubblicazione di notizie, pur in passato legittimamente pubblicate, e però non più pertinenti.

Il riconoscimento del diritto all'oblio, peraltro, ha scontato fino a tempi recenti una tangibile frammentarietà dovuta all'assenza di una norma di diritto positivo che espressamente e puntualmente lo contemplasse, a fronte delle significative istanze di

tutela che tale situazione soggettiva da tempo reclamava, intensificate dall'avvento dell'era digitale.

Per lungo tempo, pertanto, è stato compito dell'interprete individuare il fondamento normativo del c.d. *right to be forgotten* e gli strumenti apprestati dall'ordinamento a sua protezione. Il riconoscimento del diritto all'oblio, invero, si deve in prima istanza alla giurisprudenza nazionale ed europea, costantemente alla ricerca di un solido fondamento normativo di tale situazione giuridica soggettiva e di un sicuro punto di equilibrio nel bilanciamento con il contrapposto diritto, garantito dal Costituente e dal diritto internazionale ed europeo, di informare e di essere informati di cui agli artt. 21 Cost., 10 Cedu e 11 Carta di Nizza¹.

Solo con l'emanazione del Regolamento europeo n. 679 del 27.04.2016², relativo alla protezione delle persone fisiche con ri-

¹ Il riferimento è, in particolare, ai primi due commi dell'art. 21 Cost. («*I. Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione; II. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure*»), all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea («*1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati*») e all'art. 10 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («*1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario*»).

² Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (*"regolamento generale sulla prote-*

guardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali, il diritto all'oblio è stato normativamente definito (dal legislatore europeo) e dotato di un compiuto regime giuridico.

Già da tali preliminari considerazioni appare di tutta evidenza l'attualità delle questioni afferenti al diritto all'oblio, così come degli strumenti di tutela invocabili da chi ne lamenta la lesione, anche in relazione al rapporto tra il diritto di ciascuno ad essere dimenticato, rispetto a fatti e notizie non più attuali, e altri diritti fondamentali della persona.

Peraltro, indiscussa l'attualità della tematica, se ne intende agevolmente la complessità. Per un verso, il diritto all'oblio interseca tanto norme pubblicistiche quanto privatistiche, sia di fonte interna che sovranazionale. Per altro verso, l'avvento e la sempre crescente pervasività della tecnologia digitale conferisce alla tutela del diritto all'oblio un'importanza e un'attualità dirompente nell'ordinamento municipale ed europeo.

A monte s'impone, pertanto, l'inquadramento del diritto all'oblio nel sistema dei diritti fondamentali della persona umana, così come dapprima enucleato dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale e, quindi, recepito dal legislatore europeo. Invero, prima dell'approvazione del Regolamento UE n. 679/2016, in assenza di un organico intervento legislativo nazionale e sovranazionale, il processo di riconoscimento del diritto all'oblio e l'individuazione delle tutele ad esso applicabili si coglieva nel "dialogo" tra le Corti nazionali ed europee. Da tale confronto è infatti emerso un primo "statuto giurisprudenziale" municipale, internazionale ed europeo del diritto all'oblio, in specie per quanto attiene al bilanciamento con la libertà di informare ed essere informati "in rete" garantita, a livello sovranazionale, dagli artt. 11 Carta di Nizza e 10 Cedu.

zione dei dati"), in attuazione del quale il legislatore italiano, con il d.lgs. 10.08.2018 n. 101 recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)" ha novellato il d.lgs. n. 196/2003 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali".

2. *Il riconoscimento giurisprudenziale del diritto all'oblio: il dialogo tra le Corti nazionali ed europee.* – La giurisprudenza nazionale e sovranazionale si confronta da anni con le problematiche inerenti al riconoscimento del diritto ad essere dimenticati dall'opinione pubblica e, quindi, con l'individuazione del fondamento normativo di tale situazione giuridica soggettiva, se pur solo relativamente di recente si sia spinta a definirla espressamente "diritto all'oblio".

Il *trait d'union* delle pronunce della giurisprudenza nazionale in materia si ravvisa nel bilanciamento tra il diritto all'oblio e i diritti di libertà, di cui all'art. 21 Cost., di informare ed essere informati, *sub specie* di diritto di cronaca, soprattutto giudiziaria.

Per un verso, peraltro, i principi di diritto enucleati dalla Corte di Cassazione e dalle Corti di merito appaiono, sotto alcuni profili, non univoci. Per altro verso, le (variegate) posizioni espresse dalla giurisprudenza municipale sul diritto all'oblio devono necessariamente contemperarsi con i principi di diritto affermati, al riguardo, dalle Corti europee.

Al fine di dar conto dell'evoluzione giurisprudenziale che, tanto in ambito nazionale quanto europeo, ha segnato il riconoscimento del diritto all'oblio, s'impone la sintetica ricognizione delle più significative pronunce edite in materia.

Quanto alle Corti interne, uno dei primi casi di (implicito) riconoscimento del diritto all'oblio risale al 1995, quando il Tribunale di Roma ha riconosciuto la tutela risarcitoria alla situazione giuridica soggettiva lesa dalla ripubblicazione, sulla medesima testata giornalistica ed a fini meramente commerciali, della notizia (vera) di un grave fatto di cronaca nera accaduto molti anni prima³.

Precisamente, nel caso di specie, la responsabilità della testata giornalistica era stata invocata in relazione alla riproduzione, nell'ambito di un gioco promozionale, della prima pagina di una vecchia edizione del quotidiano ove è perfettamente visibile la notizia che l'attore, indicato con nome, cognome e fo-

³ Il riferimento è alla pronuncia del Tribunale di Roma del 15.05.1995, in *Foro it.*, I, 1996, c. 2566 s.; e in *Dir. informatica*, 1996, pp. 422 ss., con nota di G. NAPOLITANO, *Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice)*; e in *Dir. famiglia*, 1998, pp. 76 ss., con nota di G. CASSANO, *Il diritto all'oblio esiste: è diritto alla riservatezza*.

tografia, aveva confessato di aver commesso un omicidio. Il reo confesso, nel frattempo, era stato condannato in via definitiva per l'omicidio in questione e aveva scontato la pena inflittagli⁴.

Il Tribunale capitolino, accogliendo le doglianze dell'attore, affermava il principio di diritto per cui la ripubblicazione di un grave fatto di cronaca nera, dopo svariati anni dall'accaduto, con fotografia del reo confesso ed a fini di mera promozione commerciale, integra il reato di diffamazione a mezzo stampa di cui all'art. 595 cod. pen.⁵. Invero, trattandosi di notizia priva di pubblico interesse, e per ciò inidonea ad integrare gli estremi della scriminante del legittimo esercizio del diritto di informazione ex art. 51 cod. pen., la (illecita) ripubblicazione obbligava l'editore del quotidiano al risarcimento del danno⁶.

L'iter motivazionale della sentenza di merito si snoda attraverso l'affermazione dell'esigenza di bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di essere informati (art. 21 Cost.) con la tutela di altro diritto inviolabile dell'individuo: il diritto alla dignità morale (art. 3 Cost.). Il criterio di bilanciamento tra tali interessi costituzionalmente protetti viene individuato, conformemente ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, nell'esimente dell'esercizio del diritto di cronaca.

⁴ Peraltro, il soggetto era tornato anticipatamente in libertà in forza di un provvedimento di grazia condizionale, ottenuto in virtù della condotta irreprensibile e operosa tenuta durante la permanenza in carcere. Da quel momento, il soggetto era riuscito reinserirsi positivamente nella società, ricostruendosi un contesto di affetti e professionale soddisfacente. La rinnovata pubblicazione della notizia dell'omicidio commesso trent'anni prima suscita, peraltro, un clima di diffidenza attorno all'attore, tanto sul piano dei rapporti personali che di lavoro: di qui la citazione in giudizio della società editrice del quotidiano per vedersi refusi i danni patrimoniali e morali lamentati.

⁵ Si legge nella sentenza richiamata che «*Non costituisce legittimo esercizio del diritto di cronaca, per mancanza di utilità sociale della notizia, la riproduzione, nel contesto di un gioco a premi, della prima pagina di un'edizione d'epoca del quotidiano in cui sia evidente un titolo contenente il nome e la fotografia di un individuo reo confesso di omicidio*».

⁶ In tale caso, peraltro, il Tribunale riconosce all'attore il solo risarcimento per equivalente del danno morale, *sub specie* di sofferenza *transeunte* cagionata dalla condotta penalmente illecita della parte convenuta, ex comb. disp. artt. 2059 c.c. e 185 c.p. I Giudici di merito non ritengono invece dimostrato, né nell'an né nel *quantum*, il danno patrimoniale lamentato dall'attore in relazione alla perdita del posto di lavoro.

Il diritto di cronaca giornalistica rende peraltro obiettivamente lecita la lesione dell'altrui onore e reputazione, ex art. 51 cod. pen., allorquando siano positivamente riscontrate tre condizioni: la veridicità (anche putativa) della notizia riportata; la continenza della narrazione, che deve riferire la notizia attraverso un linguaggio corretto e rigoroso; la pertinenza della notizia, la cui divulgazione deve rispondere a un interesse sociale attuale di conoscenza. Solo in presenza (congiunta) di tali presupposti la giurisprudenza ritiene la prevalenza del diritto di informare ed essere informati, *sub specie* di diritto di cronaca, sul diritto alla dignità morale dell'individuo⁷.

Nel caso di specie, viceversa, difettava secondo il Tribunale il requisito della pertinenza della notizia, vera e riportata correttamente, ma ripubblicata a distanza di più di trent'anni in un contesto in cui non appare più rispondente ad alcun interesse sociale di conoscenza.

La sentenza, pertanto, s'inserisce nel solco di quella giurisprudenza (oggi assolutamente recessiva) che tendeva ad appiattare la tutela risarcitoria delle lesioni a diritti fondamentali della persona cagionate a mezzo stampa (o altri mezzi di pubblicità) su un pregiudizio penalmente rilevante all'onore e alla reputazione⁸. Peraltro, la medesima pronuncia, pur senza mai riferirsi testualmente al diritto all'oblio, appare evocativa dello stesso nel mo-

⁷ Si v., tra le tante, Cass. civ., sez. I, 19.08.2015, n. 16899 in *Dir. & Giust.*, 2015, 25 agosto; Cass. civ., sez. III, 27.08.2015, n. 17211 in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. civ., sez. III, 27.01.2015, n. 1435 in *Guida al dir.*, 2015, 18, pp. 68 ss.

⁸ Di opposto avviso, peraltro, appare chiaramente già Cass. civ., sez. I, 18.10.1984 n. 5259, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 355, in cui si legge che «Quando un reato – come quello della diffamazione a mezzo stampa – è punibile solo a querela della persona offesa, nessuna norma o principio di logica giuridica impedisce di preferire all'esercizio del diritto di querela, ed al conseguente esercizio dell'azione penale contro l'autore dell'offesa, l'esercizio contro di lui dell'azione civile in sede civile per il risarcimento dei soli danni patrimoniali conseguenti all'illecito in cui il reato medesimo si compendia». Il riferimento della pronuncia *de qua* ai soli danni patrimoniali da illecito extracontrattuale si riallaccia all'interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 2059 c.c. in tema di risarcimento dei danni non patrimoniali, come è noto oggi superata dalla giurisprudenza della Consulta e della Cassazione, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata della norma: sul punto vedi *amplius, infra*.

mento in cui afferma che la ripubblicazione di una notizia di cronaca, vera e corretta, può assumere carattere (penalmente) illecito, lesivo di diritti fondamentali del soggetto a cui la notizia si riferisce, laddove non sia più diretta a soddisfare un interesse sociale attuale di conoscenza.

A conferma dell'importanza della pronuncia appena richiamata nell'ambito dell'evoluzione giurisprudenziale che ha caratterizzato il riconoscimento pretorio del diritto all'oblio nell'ordinamento nazionale, si ricordano altresì due sentenze conformi, di poco successive, emesse dallo stesso Tribunale capitolino. Con tali pronunce di merito, invero, è stata accordata tutela al diritto dei familiari di un soggetto, condannato per omicidio, ad essere "dimenticati" in relazione ai gravi fatti di cronaca giudiziaria riprodotti, dopo alcuni anni, per via televisiva, in assenza di un attuale interesse sociale a conoscerli⁹. In tal caso, invero, il diritto leso veniva testualmente chiamato dalla Corte di merito «diritto all'oblio».

Peraltro, le pronunce da ultimo richiamate "slegavano" la tutela del diritto all'oblio da quella penalistica del diritto all'onore e alla reputazione, per ricondurla all'ingiusta lesione del diritto all'identità personale¹⁰. In questo contesto, tuttavia, la tute-

⁹ Il riferimento è a due pronunce del Tribunale di Roma del 1996. Con la prima, resa il 20.11.1996 (in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 1979 ss., con nota di L. CRIPPA, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di un'autonoma definizione*), il Giudice capitolino afferma il principio secondo cui «La riproduzione di vicende attinenti alla vita privata del condannato è suscettibile di produrre un danno ingiusto al diritto all'oblio dei familiari in difetto di un interesse pubblico attuale alla conoscenza di tali vicende». Con la seconda, resa il 21.11.1996 (in *Dir. famiglia*, 1999, I, pp. 141 ss., con nota di G. CASSANO, *Soluzioni controverse di casi concernenti i diritti della personalità nelle trasmissioni televisive*), si riconosce che, se pur «La rappresentazione (televisiva), dopo oltre vent'anni dall'accaduto, di un grave e clamoroso fatto di cronaca nera giudiziaria per porlo all'riflessione del pubblico costituisce legittimo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, del diritto di cronaca e dello "jus narrandi", nell'osservanza dei limiti di verità e continenza, la riproduzione (televisiva) di vicende attinenti alla vita privata del condannato può ledere il c.d. diritto all'oblio dei familiari, qualora manchi un interesse pubblico attuale a conoscere le vicende stesse, sì da legittimare il ricorso ex art. 700 c.p.c.».

¹⁰ «Qualora sorga conflitto tra l'interesse del singolo al rispetto della propria identità personale e l'interesse pubblico all'informazione, deve prevalere quest'ultimo ove si accerti che sussista in concreto l'interesse pubblico alla

la invocata e irrogata dal giudice non è stata quella risarcitoria, bensì quella cautelare inibitoria ex art. 700 cod. proc. civ. in funzione della cessazione della riproduzione televisiva degli sceneggiati lesivi del diritto all'oblio dei ricorrenti¹¹.

Nello stesso anno, la Corte di Cassazione disconosce, pur senza denominarlo espressamente tale, il diritto all'oblio di un gioielliere romano, noto alle cronache per aver sparato e ucciso, negli anni 70', un calciatore che, entrato nella gioielleria, si era finto per scherzo un rapinatore¹². Il gioielliere, presto assolto con formula piena dall'accusa di eccesso colposo in legittima difesa, diversi anni dopo l'accaduto cita in giudizio la Rai s.p.a., lamentando la lesione della propria (e della di lui moglie) identità personale a cagione della realizzazione di uno sceneggiato televisivo afferente alla drammatica vicenda che lo aveva visto come protagonista diversi anni prima. I Giudici di legittimità, confermando le conclusioni della Corte d'Appello, ritengono infondata tanto la richiesta dell'attore di distruzione del filmato, quanto quella di risarcimento dei danni per lesione dell'identità personale. Invero, nel caso di specie, la Cassazione ha ritenuto il perdurante interesse sociale a conoscere la vicenda, pur risalente a quasi venti anni prima, unitamente alla veridicità

conoscenza, sempre che la vicenda sia narrata dopo attento controllo delle fonti ed in modo tale da non realizzare un risultato denigratorio»: così Trib. Roma 20.11.1996, cit. Nel caso di specie, il giudice di merito riconosce la pretesa sostanziale dei ricorrenti a «riappropriarsi in via esclusiva delle informazioni della propria vita privata che, benché pubblicizzate, abbiano perso di attualità» e che i protagonisti dei filmati televisivi si sono frattanto «ricostruiti un ambiente affettivo» e una «positiva immagine sociale» nel medesimo ambiente, che «rimarrebbe irrimediabilmente pregiudicata dalla propalazione di notizie relative a fatti penali da ritenersi ormai privi, dato il tempo trascorso, di interesse sociale».

¹¹ Al riguardo, peraltro, il Tribunale di Roma non inibisce alla convenuta (RAI s.p.a.) la trasmissione degli interi sceneggiati, come richiesto dagli attori, ma ordina in via cautelare di omettere la trasmissione di alcune sequenze, perché riconosciute lesive del diritto all'oblio.

¹² Il riferimento è alla nota vicenda di cronaca nera risalente al 1977: un gioielliere della Capitale, a fronte dell'ingresso di due individui nel proprio negozio dei quali uno, con la mano in tasca, per "gioco" simula un tentativo di rapina minacciando altrimenti di sparare, afferra la propria pistola sparando e uccidendo un noto calciatore della Lazio, autore del tragico scherzo.

e alla continenza delle notizie riportate dallo sceneggiato¹³. In questo senso, la pronuncia richiamata individua il limite della tutela del diritto all'oblio nella riscontrata pertinenza della riproposizione della notizia, pur risalente, per mezzo della televisione: l'esercizio del diritto di cronaca giornalistica è dunque obiettivamente lecito e prevalente sul preteso diritto all'oblio dell'attore¹⁴.

Successivamente, lo stesso Collegio torna a puntualizzare l'importanza dell'attualità dell'interesse pubblico a conoscere notizie risalenti a molti anni prima, e oggetto di nuova pubblicazione, in relazione alla tutela del giusto interesse di ciascuno, espressamente chiamato «diritto all'oblio», a non restare indeterminatamente esposto ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata¹⁵. La Suprema Corte

¹³ «Il diritto all'identità personale, pur essendo un diritto soggettivo perfetto, fondato sull'art. 2 Cost., può essere limitato in conseguenza dell'esercizio di altri diritti fondamentali, anch'essi costituzionalmente garantiti. In particolare, il diritto di cronaca, tutelato dall'art. 21 Cost., può liberamente esplicarsi e prevalere su quello all'identità personale, ove ricorrono cumulativamente le seguenti condizioni: a) l'utilità sociale della notizia; b) la verità dei fatti divulgati; c) la forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio. Prevalendo altrimenti – in difetto di alcuna di tali condizioni – la garanzia della identità personale: intesa, peraltro, tale "identità" non in senso soggettivo, come opinione cioè che il soggetto abbia del "proprio io", bensì in senso oggettivo, in riferimento appunto alla "identità" dell'individuo che, nella realtà sociale generale o particolare, è percepita e conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza o della buona fede soggettiva»: così Cass. civ., sez. I, 07.02.1996, n. 978, in *Giust. civ.*, 1996, I, pp. 317 ss.

¹⁴ Sul punto, la Suprema Corte condivide l'assunto della Corte di merito circa «l'esistenza di un attuale interesse sociale del filmato (già dal tribunale, del resto, riconosciuto) per il carattere emblematico che la vicenda assume nella rappresentazione di un particolare periodo storico segnato, nella comune memoria, da una diffusa violenza ed attitudine aggressiva, che appunto l'opera vede del pari manifestate sia nel comportamento dell'aggressore che in quello stesso (lo scherzo "violento") della vittima».

¹⁵ Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 09.04.1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1834; e in *Giust. civ.*, 1998, p. 778, con nota di A. SALERNO, *Il diritto all'oblio nella più recente giurisprudenza*, in cui si legge che «La divulgazione a mezzo stampa di notizie che arrecano pregiudizio all'onore e alla reputazione

pone l'accento sulla circostanza che quando il fatto precedente, per altri eventi sopravvenuti, ritorna di attualità, rinasce un nuovo interesse pubblico all'informazione, non necessariamente legato alla stretta contemporaneità fra divulgazione e fatto pubblico¹⁶. Tale "rinnovato" interesse pubblico, allora, deve bilanciarsi con le esigenze di tutela del diritto all'oblio, anzitutto attraverso la verifica, da parte del giornalista, della perdurante esattezza e completezza delle informazioni riportate¹⁷.

Ancora, non può omettersi di richiamare la nota sentenza con cui la Cassazione penale ha affermato che il servizio giornalistico televisivo realizzato su un grave e clamoroso fatto di cronaca nera giudiziaria, dopo anni dall'accaduto, costituisce

altrui deve, in base al diritto di cronaca, considerarsi lecita quando ricorrono tre condizioni: la verità oggettiva della notizia pubblicata, l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (cosiddetta pertinenza) e la correttezza formale dell'esposizione (cosiddetta continenza). Il diritto di cronaca può poi risultare limitato dall'esigenza dell'attualità della notizia, quale manifestazione del diritto alla riservatezza, intesa quale giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata, salvo che per eventi sopravvenuti il fatto precedente ritorni di attualità e rinasca un nuovo interesse pubblico all'informazione».

¹⁶ Sulla stessa linea si pone anche la recente Cass. civ., sez. III, 26.06.2013, in *Danno e resp.*, 2014, 3, pp. 271 ss., con nota di M.C. DAGA, *Diritto all'oblio: tra diritto alla riservatezza e diritto alla identità personale*, inerente ad un caso di diritto all'oblio invocato in relazione ad un'antica militanza del soggetto in bande terroristiche: «*In tema di diffamazione a mezzo stampa, il diritto del soggetto a pretendere che proprie, passate vicende personali siano pubblicamente dimenticate (nella specie, c.d. diritto all'oblio in relazione ad un'antica militanza in bande terroristiche) trova limite nel diritto di cronaca solo quando sussista un interesse effettivo ed attuale alla loro diffusione, nel senso che quanto recentemente accaduto (nella specie, il ritrovamento di un arsenale di armi nella zona di residenza dell'ex terrorista) trovi diretto collegamento con quelle vicende stesse e ne rinnovi l'attualità. Diversamente, il pubblico e improprio collegamento tra le due informazioni si risolve in un'illecita lesione del diritto alla riservatezza, mancando la concreta proporzione tra la causa di giustificazione (il diritto di cronaca) e la lesione del diritto antagonista».*

¹⁷ Nel caso di specie, secondo la Cassazione, le informazioni "riproposte" all'attenzione dei lettori dal giornalista convenuto in giudizio risultano "superate", nella loro correttezza, al tempo del giudizio, per essere frattanto intervenuta l'archiviazione a favore del soggetto accusato di reati di mafia, ma non anche al tempo della contestata (ri)pubblicazione.

legittimo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto di cronaca solo se, posta la veridicità e contenenza delle notizie riportate, si fondi su un persistente o rivitalizzato interesse pubblico di conoscenza¹⁸. Come sottolinea la Suprema Corte, tuttavia, la rinnovata attualità dell'interesse del pubblico a conoscere i fatti narrati deve necessariamente contemperarsi con il diritto all'oblio, inteso anche come «*legittima aspettativa della persona coinvolta ad essere dimenticata dall'opinione pubblica e rimossa dalla memoria collettiva*»¹⁹. In questo senso, si afferma che la «*riattualizzazione dell'interesse pubblico*» può giustificare una «*nuova compressione della reputazione altrui*», ma deve trovare un nuovo punto di equilibrio con il diritto all'oblio la cui maturazione, nel frattempo, può aver lenito o rimarginato l'offesa arrecata alla reputazione dalla notizia a suo tempo diffusa ovvero, addirittura, ricostituito la stessa reputazione, ove questa, per la gravità della vicenda, fosse stata distrutta dalla legittima informazione²⁰.

¹⁸ Il servizio giornalistico riconosciuto dai Giudici di legittimità come diffamatorio e lesivo del diritto all'oblio si riferiva al noto caso, al tempo della sentenza *de qua* ancora irrisolto, del c.d. omicidio dell'Olgiata, avvenuto molti anni prima. La Cassazione ha accolto le doglianze del marito della vittima contro il servizio giornalistico mandato in onda durante la trasmissione televisiva "Porta a Porta" riconoscendo che la morte della vittima era stata «*gratuitamente accostata ad una serie di ipotesi oggettivamente diffamatorie, in un contesto oscuro e inquietante di Servizi Segreti, con conseguenziale pregiudizio per l'onore e la reputazione dei familiari della vittima*».

¹⁹ Così Cass. pen., sez. V, 17.07.2009, n. 45051 in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, p. 1060, con nota di S. PERON, *La verità della notizia tra attualità e oblio*, in cui testualmente si afferma il principio di diritto secondo cui «*Il persistente o rivitalizzato interesse pubblico che ? in costanza di attualità della notizia ? doveva equilibrarsi con il diritto alla riservatezza, all'onore od alla reputazione, deve trovare ? quando la notizia non è più attuale ? un contemperamento con un nuovo diritto, quello all'oblio (...), anche nell'ulteriore accezione semantica di legittima aspettativa della persona ad essere dimenticata dall'opinione pubblica e rimossa dalla memoria collettiva*».

²⁰ Nel stesso senso v., più di recente, Trib. Milano, sez. I, 26.04.2013 in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, secondo cui «*Nel bilanciamento tra il diritto all'informazione ed il diritto all'oblio deve essere accordata maggiore tutela a quest'ultimo ogni qualvolta i fatti narrati nell'articolo oggetto di contestazione non corrispondano integralmente a verità, ed altresì difetti integralmente il requisito dell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia*».

Le pronunce della giurisprudenza nazionale degli ultimissimi anni si caratterizzano per un crescente ed esplicito riconoscimento del diritto all'oblio, che appare sempre più spesso invocato in relazione alla pubblicazione (soprattutto) sul web di notizie più o meno risalenti, tanto con riferimento alle testate giornalistiche online (così come a pagine di forum o social network), quanto con riferimento ai links che, attraverso i motori di ricerca, consentono a chiunque di accedere a tali notizie nella rete.

Nel 2012, invero, i giudici della Suprema Corte sono stati chiamati a decidere in ordine alle doglianze di un personaggio politico dovute alla reperibilità sul web, attraverso i motori di ricerca, di una notizia di cronaca giudiziaria, pubblicata a mezzo stampa circa venti anni prima, afferente a un suo arresto per corruzione, poi sfociato nel proscioglimento. L'articolo in questione era stato frattanto inserito nell'archivio on line dello stesso quotidiano: per questa ragione, la notizia dell'arresto per corruzione in esso contenuta, ma non anche quella del successivo proscioglimento, risultava altresì indicizzata dai motori di ricerca e, quindi, rintracciabile da chiunque anche solo digitando on line il nome del politico²¹.

Nel caso di specie la Cassazione puntualizza importanti principi di diritto in relazione al riconoscimento del diritto all'oblio (anche e soprattutto) nell'era digitale. In particolare, la Corte di legittimità afferma che deve riconoscersi al soggetto a cui si riferiscono i dati oggetto di memorizzazione in rete il diritto all'oblio come «*controllo a tutela della propria immagine sociale, idoneo a tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento dei dati medesimi*» e, «*se del caso, pure alla relativa cancellazione*»²². Pertanto, in ipotesi di trasferimento di notizia,

²¹ Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 05.04.2012, n. 5525, in *Corr. giur.*, 2012, 6, pp. 764 ss., con nota di A. DI MAIO, *Il tempo siamo noi*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 10, pp. 836 ss., con nota di A. MANTELETO, *Right to be forgotten e archivi storici dei giornali: la Cassazione travisa il diritto all'oblio*; e in *Danno e resp.*, 2012, 7, pp. 747 ss., con nota di F. DI CIOMMO e R. PARDOLESI, *Notizia vera, difetto di attualità e diritto all'oblio*.

²² Con tale pronuncia la Cassazione contraddice tanto il giudice di merito, quanto il Garante per la privacy. Invero, il giudice di prime cure aveva respinto l'opposizione proposta dall'attore nei confronti del provvedimento

già oggetto di cronaca, in un archivio online, «*il titolare di detto archivio è tenuto ad osservare i criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza dell'informazione, nonché a garantire la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia a tutela dell'identità personale del soggetto a cui i dati si riferiscono e a salvaguardia del diritto degli utenti a ricevere una completa e corretta informazione*». A tal fine, conclude la Cassazione, il titolare dell'archivio online è tenuto a predisporre un sistema di indicizzazione che sia idoneo a segnalare, nel documento contenente la notizia (a corpo o a margine), la sussistenza dell'eventuale seguito o sviluppo della vicenda narrata, attraverso modalità operative stabilite, in mancanza di accordo tra le parti, dal giudice di merito.

Sulla stessa linea tracciata dai Giudici di legittimità nel 2012 si è posta anche la Corte d'Appello di Milano che ha riconosciuto il diritto del soggetto leso nel proprio onore e nella propria reputazione da un articolo di stampa, la cui natura diffamatoria è stata riconosciuta con sentenza definitiva, a ottenere dall'editore della testata giornalistica l'inserimento, nell'articolo archiviato online, di un link che consenta a chiunque di accedere al dispositivo della sentenza che ha accertato in via definitiva il carattere diffamatorio dell'articolo medesimo²³. Tanto si riallaccia, per la Corte di merito, alla circostanza che se (come affermato dalla Cassazione) un diritto all'aggiornamento della notizia negli archivi online delle testate giornalistiche sussiste con riferimento al contenuto di articoli non diffamatori, che hanno riferito fatti veri se pur poi

del Garante di rigetto dell'istanza di «*blocco dei dati personali che lo riguardavano, contenuti nell'articolo intitolato "Arrestato per corruzione M.T., psi, ex presidente municipalizzata di Seregno", pubblicato sul (omissis) del (omissis), consultabile nell'archivio storico del (omissis), anche in versione informatica, mediante accesso al sito (omissis)*», in ordine al quale era stata richiesta la «*rimozione dei dati giudiziari*». Avverso la sentenza del Tribunale il soggetto ha quindi proposto ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 152 del d.lgs. n. 196/2003.

²³ Così Corte d'Appello di Milano del 27.01.2014, in *Danno e resp.*, 2014, 7, pp. 731 ss., con nota di G.E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, che nel bilanciare il diritto all'oblio dell'appellante con il diritto di informare ed essere informati, non riconosce il diritto alla cancellazione dell'articolo dall'archivio storico on line del quotidiano.

superati dagli sviluppi della vicenda di cui la cronaca giudiziaria si era occupata, a maggior ragione questo diritto deve riconoscersi in relazione al contenuto di un articolo giornalistico dichiarato diffamatorio con sentenza passata in giudicato.

Se quelle appena richiamate sono le principali posizioni espresse fino a pochi anni or sono dalla giurisprudenza italiana sul riconoscimento del diritto all'oblio, s'impone la ricognizione dei principi di diritto espressi al riguardo dalla Corte di Giustizia Europea e dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

In questo contesto, appaiono di grande rilievo le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 16 luglio 2013 (ricorso n. 33846/2007)²⁴ e della Corte di Giustizia Europea del 13 maggio 2014 C-131/12 (nota come "sentenza Google Spain")²⁵.

Per un verso, la Corte Edu ha negato che negli artt. 8 e 10 Cedu (che riconoscono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e la libertà di espressione) possa ravvisarsi il fondamento normativo di un diritto soggettivo a ottenere la cancellazione, dall'archivio telematico di una testata giornalistica, di un articolo che si assume essere lesivo della propria reputazione, neanche in caso di accertamento giudiziario definitivo del carattere diffamatorio dello stesso. Tanto, laddove l'interessato possa chiedere l'aggiornamento o la rettifica dell'articolo online, anche mediante l'inserimento dell'espresso riferimento alla sentenza che abbia accertato in via definitiva la natura diffamatoria della notizia.

Precisamente, la Corte Edu ha rigettato il ricorso con cui due avvocati polacchi lamentavano la lesione del proprio diritto al rispetto della vita privata, ex art. 8 Cedu, da parte dello Stato di

²⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, IV Sez., sentenza 16 luglio 2013, caso *W?grzynowski e Smolczewski contro Polonia* (ric. n. 33846/2007) in *Guida dir.*, 2013, 40, pp. 103 ss., con nota di C. MELZI D'ERIL, *Se ci sono altri strumenti per tutelare la reputazione giusto negare la rimozione di un articolo diffamatorio*.

²⁵ Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, sentenza del 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, in *Guida dir.*, 2014, 24, pp. 14 ss., con nota di G. BUSIA, *La sentenza Google apre una nuova pagina per la tutela dei diritti delle persone sul web* e con nota di M. CASTELLANETA, *Così l'oblio mette a rischio la libertà di espressione*; e in *Danno e resp.*, 2014, 7, pp. 734 ss., con nota di G.E. VIGEVANI, *cit.*

appartenenza. Invero, i giudici polacchi avevano respinto la loro richiesta di cancellazione, dall'archivio online di un giornale, di un articolo contenente notizie la cui natura diffamatoria, nei confronti dei ricorrenti, era stata accertata con sentenza passata in giudicato.

Nel motivare la propria decisione, i Giudici di Strasburgo soddisfano l'esigenza di bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata (art. 8 Cedu) e la libertà di espressione, di ricevere e fornire informazioni (art. 10 Cedu) a favore della seconda, intesa (anche) come interesse collettivo alla preservazione della memoria. In quanto tale, il diritto riconosciuto dall'art. 10 Cedu deve prevalere sull'interesse individuale al rispetto della vita privata laddove, quest'ultimo, possa trovare adeguata tutela secondo modalità non incisive della conservazione della memoria storica collettiva.

Invero, ammettere il riconoscimento da parte dell'ordinamento internazionale di un diritto alla cancellazione della notizia (pur diffamatoria) dagli archivi giornalistici online farebbe assurgere il giudice al ruolo di soggetto deputato a «*riscrivere la storia*»²⁶. In questo senso, la Corte Edu afferma il fondamentale valore documentaristico degli archivi telematici delle testate giornalistiche e riconosce che tale valore sussiste anche in presenza di dati non "corretti" o non aggiornati.

Pertanto, la rimozione di uno più dati, pur diffamatori, si risolverebbe in un'amputazione della memoria storica collettiva assicurata da quell'archivio digitale: amputazione non consentita laddove sia possibile proteggere la reputazione del singolo attraverso l'inserimento di una precisazione o di un aggiornamento nella notizia scorretta e diffamatoria. Tale ultimo meccanismo di tutela viene quindi ritenuto dai Giudici di Strasburgo idoneo a tutelare l'onore e la reputazione del singolo (diffamato), ex art. 8 Cedu, senza per questo incidere sulla libertà di espressione *sub specie* di interesse collettivo alla conservazione della memoria storica (anche) digitale, ex art. 10 Cedu.

²⁶ Precisamente, afferma la Corte che «*Non è compito dell'autorità giudiziaria riscrivere la storia, ordinando di far scomparire dal pubblico dominio tutte le tracce di una pubblicazione che pure è stata ritenuta, da sentenze definitive, costituire una ingiustificata violazione della reputazione di un individuo*».

Per altro verso, la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata sul diritto all'oblio dei cittadini dell'Unione, invocato dall'interessato come diritto a ottenere la cancellazione dal web di dati veri e continenti, inerenti a una propria vicenda fallimentare risalente al 1998, e però non più pertinenti.

In tal caso, peraltro, la richiesta di cancellazione dei dati è stata promossa dall'interessato, dinanzi all'Autorità garante nazionale per la protezione dei dati personali, non solo nei confronti della testata giornalistica "colpevole" di conservare (anche) nel proprio archivio digitale la notizia, ma, altresì, nei confronti di un noto motore di ricerca, per ottenere la rimozione dei links di rimando alla notizia contenuta nell'archivio web del giornale²⁷. In occasione del ricorso pregiudiziale presentato dal Giudice nazionale, a cui si è rivolto il motore di ricerca "condannato" dal Garante per la privacy alla deindicizzazione dei dati, la Corte di Giustizia ha affermato importanti principi in punto di diritto all'oblio, da cui le Corti nazionali non potranno prescindere.

Per un verso, invero, i Giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che il gestore di un motore di ricerca deve ottemperare alle richieste dei cittadini dell'Unione che invocano il proprio diritto all'oblio e, quindi, rimuovere dall'elenco dei risultati resi disponibili online dal motore di ricerca i links di rimando a pagine pubblicate da terzi sul web, contenenti notizie sul richie-

²⁷ Precisamente, la controversia giudiziaria trae origine dal reclamo presentato nel 2010 da un cittadino spagnolo all'Agencia Española de Protección de Datos, nei confronti del quotidiano La Vanguardia e di Google Spain e Google Inc., con cui il ricorrente si doleva del fatto che, digitando il proprio nome nel popolare motore di ricerca, apparivano i links a pagine del giornale risalenti a oltre 10 anni prima, in cui si dava notizia di una vendita all'asta di immobili a lui pignorati. Pertanto, il ricorrente chiedeva all'Autorità garante di ordinare all'editore di rimuovere le pagine on line del quotidiano e al motore di ricerca di cancellare i links di rimando a tali pagine. Il Garante spagnolo ha accolto esclusivamente il reclamo nei confronti di Google Spain e Google Inc., ordinando a tali società di adottare le misure necessarie alla deindicizzazione. Avverso tale provvedimento, sono quindi stati proposti, da parte di Google Spain e Google Inc., due ricorsi all'autorità giudiziaria spagnola. Il Giudice spagnolo ha sottoposto alla Corte di Giustizia Europea le questioni pregiudiziali oggetto della pronuncia: dinanzi ai giudici di Lussemburgo si sono confrontati, oltre alle parti originarie, anche la Commissione Europea e i governi spagnolo, greco, austriaco, polacco nonché quello italiano, costituitosi su sollecitazione del Garante italiano per la privacy.

dente. Per altro verso, afferma la Corte di Giustizia che l'obbligo di cancellazione dei links sussiste indipendentemente dalla circostanza che il titolare delle pagine *web* originarie abbia o meno provveduto alla rimozione dei dati e finanche quando le informazioni ivi contenute siano veritiere.

La pronuncia della Corte di Giustizia Europea si fonda su una precisa lettura della Direttiva n. 95/46/CE sulla protezione dei dati personali²⁸, in attuazione della quale il legislatore italiano ha approvato il d.lgs. 196/2003, c.d. Codice della privacy. In estrema sintesi, il giudice europeo riconosce che l'attività di un motore di ricerca, che consiste tipicamente nell'esplorazione automatizzata e sistematica della rete, nonché nell'estrazione, registrazione e indicizzazione dei dati, deve essere qualificata come "trattamento di dati personali" ai sensi dell'art. 2, lett. b) della Direttiva²⁹. Pertanto, il gestore del motore di ricerca è tenuto al rispetto della Direttiva europea sulla protezione dei dati, anche per quanto concerne le richieste legittimamente avanzate dai titolari dei dati medesimi.

Tanto comporta che, sussistendo le condizioni previste dalla Direttiva, il gestore del motore di ricerca è obbligato, su richiesta dell'interessato, a rimuovere dall'elenco dei risultati, originati dalla digitazione online del nome di una persona, i links di rinvio a pagine *web* contenenti informazioni relative alla stessa.

Ancora, la Corte di Giustizia Europea ha riconosciuto il carattere autonomo e distinto del trattamento dei dati effettuato dal motore di ricerca online rispetto al trattamento, anche lecito, degli stessi dati (già) effettuato dall'editore delle pagine *web*, a cui il motore di ricerca automaticamente rinvia attraverso specifici links. Da tanto discende l'autonomia dell'obbligo giuridico del

²⁸ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

²⁹ Ai sensi dell'art. 2, lett. b) della Direttiva n. 95/46/CE, per "trattamento di dati personali" ("trattamento"), si intende «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione».

motore di ricerca di rimuovere i links di rinvio ai dati personali dell'interessato, in forza della propria posizione di "responsabile del trattamento" ai sensi dell'art. 2, lett. d) della Direttiva³⁰.

In ultima analisi, alla luce di tali principi di diritto, i Giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto all'interessato il diritto, fondato sugli artt. 7 («*Rispetto della vita privata e familiare*»)³¹ e 8 («*Protezione dei dati di carattere personale*»)³² della Carta di Nizza, di chiedere direttamente al motore di ricerca che i dati relativi alla propria persona non vengano più messi a disposizione degli utenti della rete. In questo senso, la Corte di Giustizia ravvisa il fondamento normativo europeo del diritto all'oblio nel diritto che l'Unione assicura, ad ogni persona, al rispetto della vita privata e familiare e alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Il bilanciamento tra il diritto all'oblio e il diritto alla libertà di espressione, di opinione e di ricevere informazioni di cui all'art. 10 Carta di Nizza viene risolto dai Giudici di Lussemburgo a favore del primo, salvo che il ruolo pubblico rivestito dall'interessato non sia idoneo a giustificare l'ingerenza degli utenti della rete nei suoi dati personali, in funzione del soddisfacimento di un interesse sociale (allora preponderante) alla conoscenza di tali dati³³.

³⁰ Ai sensi dell'art. 2, lett. d) della Direttiva 95/46/CE per "responsabile del trattamento" si intende «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali. Quando le finalità e i mezzi del trattamento sono determinati da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o comunitarie, il responsabile del trattamento o i criteri specifici per la sua designazione possono essere fissati dal diritto nazionale o comunitario».

³¹ «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni».

³² «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

³³ Precisamente, la Corte di Giustizia Europea afferma che i diritti fondamentali garantiti, ai cittadini dell'Unione, dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea «prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma

A tali principi di diritto espressi dalla Corte di Giustizia Europea appaiono essersi uniformate le più recenti pronunce delle Corti nazionali in materia di diritto all'oblio.

Già nel 2015, invero, il Tribunale di Roma³⁴, chiamato a pronunciarsi sul diritto alla deindicizzazione di links che riportavano a siti *web* contenenti notizie di cronaca giudiziaria circa il coinvolgimento di un avvocato in una recente vicenda penale, rispetto alla quale non era stata pronunciata alcuna condanna, ha dato attuazione alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia Europea del 2014. In particolare, il Tribunale capitolino ha negato la pretesa deindicizzazione in quanto, nell'ottica del bilanciamento tra diritti di pari rango, appurato il non apprezzabile lasso di tempo trascorso dall'evocata vicenda processuale e il carattere di persona pubblica rivestito dal ricorrente, l'interesse pubblico a essere informati deve prevalere sul diritto all'oblio.

Sempre in applicazione dei principi sanciti dalla Corte di giustizia Europea, ma con esito favorevole per il ricorrente, si sono espressi successivamente la Corte di Cassazione e il Tribunale di Milano. La prima, ha in particolare affermato che determina violazione del diritto all'oblio la pubblicazione di notizie (nella specie, attinte illegittimamente dagli atti di un fascicolo custodito nell'archivio del Consiglio Superiore della Magistratura, al fine di darne copia a un giornalista per la divulgazione) relative a procedimenti disciplinari su vicende riguardanti la vita privata di un magistrato e assai risalenti nel tempo, in mancanza di interesse pubblico attuale alla conoscenza del fatto³⁵.

anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

³⁴ Tribunale di Roma, sez. I, 03.12.2015, n. 23771, in *Resp. civ. e prev.*, 2, 2016, p. 583, con nota di G. CITARELLA, *Diritto all'oblio e rilevanza del tempo*.

³⁵ Cass. pen., sez. VI, 07.07.2016, n. 39452, in *Foro it.*, 2016, 11, II, c. 621, con nota di R. PARDOLESI. Nel caso di specie, le notizie erano state attinte illegittimamente dagli atti di un fascicolo custodito nell'archivio del Consiglio Superiore della Magistratura, al fine di darne copia a un giornalista per la divulgazione.

Il secondo, ha riconosciuto il diritto dell'interessato di rivolgersi al gestore del motore di ricerca al fine di ottenere la rimozione dei risultati ottenuti inserendo come criterio di indagine il nome del soggetto cui si riferiscono le informazioni che, tenuto conto dell'insieme delle circostanze caratterizzanti il caso oggetto della richiesta, risultino inadeguate, non pertinenti o non più pertinenti ovvero eccessive in rapporto alle finalità per le quali sono state trattate e al tempo trascorso³⁶.

Più di recente, i Giudici di legittimità si sono pronunciati sulla riproposizione giornalistica di un noto fatto di cronaca giudiziaria, risalente a quasi trent'anni prima e riguardante l'erede dell'ultimo Re d'Italia, negando il diritto all'oblio in ragione della contenenza di espressione utilizzata nell'evocare la vicenda occorsa (uso colposo di un'arma da fuoco durante un diverbio e ferimento di un soggetto deceduto dopo alcuni mesi di agonia) e della rilevanza pubblica attuale della notizia (dovuta alla connessione con la riapertura della reggia di Venaria, alla quale il ricorrente aveva partecipato). Nel caso di specie, la Suprema Corte ha affermato, in particolare, la prevalenza del diritto della collettività ad essere informata e aggiornata su fatti da cui dipende la formazione dei propri convincimenti, sul diritto all'oblio della persona a cui la riproposizione della vicenda possa recare discredito³⁷.

In ultima analisi, dal dialogo tra le Corti nazionali ed europee emerge la sicura cittadinanza del diritto all'oblio tra i diritti fondamentali della persona con i quali, tuttavia, deve essere necessariamente bilanciato in funzione di tutela del diritto della collettività di essere informata e aggiornata su fatti dotati di rilievo sociale pubblicistico.

3. Il riconoscimento legislativo: il Regolamento Europeo n. 679/2016 sul trattamento e sulla libera circolazione dei dati personali delle persone fisiche. – Gli orientamenti espressi dalla giuri-

³⁶ Tribunale di Milano, sez. I, 04.01.2017, n. 12623 in *Dir. dell'Informazione e dell'Informatica*, 2016, 6, p. 959.

³⁷ Cass. pen., sez. V., 22.06.2017, n. 38747, in *Foro it.*, 2017, 11, II, c. 645, con nota di R. PARDOLESI.

sprudenza nazionale, internazionale ed europea sul diritto all'oblio hanno trovato positivo riconoscimento nel «Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati – GDPR)», effettivo in tutti gli Stati membri dal 25 maggio 2018³⁸.

Il legislatore europeo, infatti, testualmente riconosce il diritto all'oblio, inteso come diritto a ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei propri dati personali.

Il rilievo attribuito dal legislatore europeo al diritto all'oblio emerge anzitutto dai "Considerando" del Regolamento in cui si legge che «Un interessato dovrebbe avere il diritto di ottenere la rettifica dei dati personali che la riguardano e il diritto all'oblio se la conservazione di tali dati violi il presente regolamento o il diritto dell'Unione o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento ...» (n. 65); «Per rafforzare il diritto all'oblio nell'ambiente online, è opportuno che il diritto di cancellazione sia esteso in modo tale da obbligare il titolare del trattamento che ha pubblicato dati personali a informare i titolari del trattamento che trattano tali dati personali di cancellare qualsiasi link verso tali dati personali o copia o riproduzione di detti dati personali» (n. 66); «...Gli Stati membri dovrebbero essere autorizzati a fornire, a specifiche condizioni e fatte salve adeguate garanzie per gli interessati, specifiche e deroghe relative ai requisiti in materia di informazione e ai diritti alla rettifica, alla cancellazione, all'oblio, alla limitazione del trattamento, alla portabilità dei dati personali, nonché al diritto di opporsi in caso di trattamento di

³⁸ Il Regolamento sostituisce, inoltre, la Direttiva sulla protezione dei dati (Direttiva n. 95/46/CE) e abroga le norme del Codice per la protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) che risultino con esso incompatibili. Gli obiettivi principali della Commissione europea sono quelli di restituire ai cittadini degli Stati membri il controllo dei propri dati personali e di semplificare il contesto normativo unificando e rendendo omogenea la normativa sulla privacy all'interno dell'Unione Europea. A differenza della Direttiva n. 95/46/CE, inoltre, il Regolamento si applica anche a società, aziende, imprese ed enti con sede legale fuori dall'Unione Europea che trattino dati personali di residenti nell'Unione, a prescindere dal luogo dove sono collocati i server e le banche dati.

dati personali per finalità di archiviazione nel pubblico interesse, per finalità di ricerca scientifica o storica o per finalità statistiche ...» (n. 156).

Sulla base di tali premesse l'art. 17 del Regolamento definisce il diritto all'oblio come diritto dell'interessato di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo, a fronte del quale il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, qualora sussista uno dei seguenti motivi:

- a) *i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati;*
- b) *l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento;*
- c) *l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2;*
- d) *i dati personali sono stati trattati illecitamente;*
- e) *i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo legale previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento;*
- f) *i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1».*

In ogni caso il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato a cancellarli, deve adottare, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione, le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali.

L'espressa previsione dell'obbligo del titolare del trattamento di cancellare i dati lesivi del diritto all'oblio si compendia con la tutela extragiudiziale amministrativa irrogata dall'Autorità Garante per

la protezione dei dati personali³⁹ alla quale l'interessato potrà rivolgersi per ottenere la cancellazione in caso di inosservanza (ex artt. 77 Regolamento UE n. 679/2016 e 154 nuovo cod. privacy), in alternativa all'insaturazione di un ordinario processo civile per ottenere una sentenza di condanna alla cancellazione (art. 78 Regolamento UE n. 679/2016 e 152 nuovo cod. privacy).

Peraltro, il legislatore europeo configura il diritto all'oblio non in chiave di absolutezza, bensì in un'ottica di necessario bilanciamento con i diritti, di rango parimenti europeo, di espressione e di informazione, nonché con le esigenze di conservazione necessarie per adempiere ad obblighi previsti dal diritto europeo o nazionale o per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità, della ricerca scientifica e storica o a fini statistici, così come per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Precisamente, lo stesso art. 17 del Regolamento esclude la cancellazione dei dati personali nella misura in cui il trattamento sia necessario:

- «a) per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione;*
- b) per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento;*
- c) per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell'articolo 9, paragrafo 3;*
- d) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all'articolo 89,*

³⁹ Al riguardo appare di particolare importanza il provvedimento dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali n. 557 del 21 dicembre 2017 che ha riconosciuto come al fine di rendere effettiva la tutela assicurata dal diritto europeo al diritto all'oblio, il provider è tenuto a dare seguito alle istanze di rimozione degli URL anche con riguardo alle versioni extraeuropee del motore di ricerca, così estendendo l'ambito applicativo del diritto alla deindicizzazione anche oltre l'ambito dell'Unione Europea, a livello globale.

paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria» (par. 3).

Proprio all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento e alla luce della intervenuta positivizzazione del diritto all'oblio da parte del legislatore europeo, la Corte di Cassazione, con ordinanza n. 28084 del 5 novembre 2018⁴⁰, ha da ultimo rimesso alle Sezioni Unite la questione di massima particolare importanza *«concernente il bilanciamento del diritto di cronaca – posto al servizio dell'interesse pubblico all'informazione – e del c.d. diritto all'oblio – posto a tutela della riservatezza della persona – alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale negli ordinamenti interno e sovranazionale».*

Precisamente, preso atto di come il bilanciamento tra il diritto di cronaca ed il diritto all'oblio incide sul modo di intendere la democrazia nella nostra attuale società civile, la Suprema Corte ha ritenuto che il *«delicato assetto dei rapporti tra diritto all'oblio e diritto di cronaca o di manifestazione del pensiero assume così – alla luce del vigente quadro normativo e giurisprudenziale, nazionale ed europeo, il primo dei quali come di recente innovato, a garanzia del generale principio della certezza del diritto – i contorni della questione di massima di particolare importanza, parendo ormai indifferibile l'individuazione di univoci criteri di riferimento che consentano agli operatori del diritto (ed ai consociati) di conoscere preventivamente i presupposti in presenza dei quali un soggetto ha diritto di chiedere che una notizia, a sè relativa, pur legittimamente diffusa in passato, non resti esposta a tempo indeterminato alla possibilità di nuova divulgazione; e, in particolare, precisare in che termini sussiste l'interesse pubblico a che vicende personali siano oggetto di (ri)pubblicazione, facendo così recedere il diritto all'oblio dell'interessato in favore del diritto di cronaca».*

⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 05.11.2018, n. 28084 in *Dir. & Gius.*, 2018, 6 novembre con nota di D. BIANCHI, *Oblio, diritto di cronaca e diritto alla storia in perenne contrapposizione*; e in *Foro it.*, 1, I, c. 227 con nota di R. PARDOLESI, *Diritto di cronaca e diritto all'oblio: possibile assegnazione alle sezioni unite per particolare importanza della questione.*

Indiscussa, pertanto, la rilevanza dell'oblio come diritto della persona protetto a livello costituzionale ed europeo, la recente rimessione al Giudice nomofilattico della questione sui limiti della sua tutela nel bilanciamento con il diritto di cronaca esprime tutta la complessità e l'importanza degli interessi che alla tutela del diritto all'oblio sono sottesi.

4. *L'inquadramento nel sistema dei diritti fondamentali.* – L'inquadramento del diritto all'oblio nel sistema dei diritti fondamentali della persona appare controverso, come accennato, in primo luogo in ragione dell'assenza (fino a oggi) di un testuale riconoscimento da parte del diritto positivo di tale situazione soggettiva; in secondo luogo, in ragione delle posizioni differenziate espresse, sul punto, dalla giurisprudenza.

Il recente Regolamento UE n. 679/2016, peraltro, appare qualificare il diritto all'oblio come espressione del diritto alla protezione dei dati personali, in linea con la più recente giurisprudenza nazionale ed europea.

La questione della natura giuridica del diritto all'oblio, in ogni caso, non assume rilievo sul piano meramente dogmatico per ripercuotersi, viceversa, sul piano delle tecniche di tutela esperibili da chi lamenta la lesione del proprio diritto all'oblio.

L'individuazione del fondamento giuridico del diritto all'oblio nel sistema dei diritti fondamentali si innesta nel solco del consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e di legittimità che assegna all'art. 2 Cost., con cui la Repubblica «*riconoscere e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», letto in combinato disposto con la garanzia di tutela del «*pieno sviluppo della persona umana*» di cui all'art. 3 Cost., il ruolo di clausola aperta, con cui il Costituente ha posto al centro dell'ordinamento la persona umana nella sua complessità ed unitarietà, secondo un approccio dinamico ed evolutivo⁴¹. In questo senso, la clau-

⁴¹ V., tra le tante, Cass. civ., sez. n. 978/1996, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1317, che intende il precetto dell'art. 2 Cost. nella sua più ampia dimensione di «*Clausola generale aperta all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti*

sola generale contenuta nell'art. 2 Cost., lungi dal rivestire un ruolo meramente riepilogativo e rafforzativo delle testuali garanzie costituzionali d'inviolabilità, è posta a tutela della libera e piena esplicazione della persona umana.

L'espressa enunciazione costituzionale di diritti inviolabili della persona (come il diritto al lavoro, alla libertà personale, alla libertà e segretezza della corrispondenza, alla libera manifestazione del pensiero, alla salute: artt. 4, 13, 15, 21 e 32 Cost.), pertanto, non esaurirebbe la garanzia d'inviolabilità della persona espressa dalla Costituzione. Tanto comporta l'apertura della clausola generale ex art. 2 Cost., idonea a ricomprendere nel suo ambito di operatività nuovi interessi emergenti della persona umana, purché essenziali della medesima⁴².

In questo contesto si colloca concettualmente l'inquadramento giurisprudenziale del diritto all'oblio nel sistema dei diritti fondamentali che, come è noto, sono diversamente intesi, quanto a struttura e tutele, dai sostenitori della teoria c.d. monista e dai sostenitori della teoria c.d. pluralista.

In base alla prima impostazione, monistica, i diritti della personalità sono riconosciuti dal Costituente in funzione di garanzia di una tutela complessiva e unitaria della persona umana, considerata nella sua totalità e nelle sue manifestazioni fonda-

della personalità in correlazione all'obiettivo primario di tutela del pieno sviluppo della persona umana, di cui al successivo art. 3 capoverso». Più di recente v., nel medesimo senso, Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in Giust. civ., 2009, I, p. 913, in cui si legge che «Il catalogo» dei diritti fondamentali della persona non costituisce «un numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complesso sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana»; e Cass. civ., sez. III, 11.01.2011, n. 450, in Foro it., 2011, 2, I, c. 394.

⁴² Così Corte Cost., 16.02.2006, n. 61 in Foro it., 2006, I, c. 1673; Corte Cost. 12.04.1973, n. 38 in Giur. cost., 1973, p. 362. Sull'apertura dell'ordinamento giuridico a "nuovi diritti" della persona v., in dottrina, spec. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 21; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2002.

mentali, che tutte vanno a comporre il “diritto della personalità” di cui ogni individuo è titolare⁴³. In questo senso, i diritti fondamentali della persona costituiscono manifestazioni di un unico e totalizzante diritto della personalità che trova la sua base normativa nell'art. 2 Cost.⁴⁴.

In quest'ottica, il diritto all'oblio si inquadreerebbe nel sistema dei diritti della personalità come una delle molteplici manifestazioni fondamentali della persona umana tutelata dal Costituente nella sua unitarietà e totalità e, quindi, anche sotto l'aspetto del diritto a essere dimenticati dall'opinione pubblica (sempre che, s'intende, nel bilanciamento con altri interessi della persona costituzionalmente protetti, l'oblio debba nel caso concreto ritenersi prevalente). Il diritto all'oblio, pur non testualmente contemplato dal Costituente né dal legislatore ordinario, troverebbe fondamento nella clausola generale d'inviolabilità dell'art. 2 Cost., anche letta in combinato disposto con la garanzia di pieno sviluppo della persona umana di cui all'art. 3 Cost., quale situazione giuridica soggettiva “emergente” di sicuro rilievo fondamentale per la persona, in specie nell'era digitale. In questo senso, il diritto all'oblio rileverebbe quale componente dell'unico diritto della personalità di cui, tanto le manifestazioni testualmente e specificamente contemplate dal diritto

⁴³ In relazione al valore unitario della persona umana nell'ordinamento, v. D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, pp. 355 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 66 ss.

⁴⁴ Per la dottrina sulla teoria monista dei diritti della personalità, v. G. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, cap. VIII; A. DI MAJO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, pp. 69 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato Rescigno*, 2, I, Torino, 1999, pp. 66 ss.; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Id.*, *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1987; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 465, secondo cui «non esistono diritti della personalità ma esiste il diritto della personalità: un diritto unico, a contenuto indefinito e vario» che «non si identifica con la somma delle molteplici sue esplicazioni protette da norme particolari»; V. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, 436 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XIII, 1995, p. 436; *Id.*, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 154.

positivo, quanto le manifestazioni “emergenti” riconducibili alla clausola d’inviolabilità ex art. 2 Cost., rappresenterebbero espressione.

In base alla seconda impostazione, pluralistica, la personalità dell’individuo sarebbe viceversa tutelata dall’ordinamento nella sola misura in cui sia possibile individuare singole e specifiche situazioni protette dal legislatore, costituzionale o ordinario, che (sole) costituiscono plurimi e autonomi diritti della personalità⁴⁵. In questo contesto, l’art. 2 Cost. rivestirebbe il ruolo di clausola meramente ricognitiva e rafforzativa dei diritti inviolabili della persona, già testualmente e specificamente contemplati dal Costituente: ciò che non consentirebbe di accordare cittadinanza (né, quindi, tutela) nell’ordinamento al diritto all’oblio, non previsto testualmente dal diritto positivo.

Peraltro, la teoria pluralista dei diritti della personalità si è affermata non già nella sua versione rigida, bensì in una versione più aperta ed “elastica”.

Per un verso, si disconosce il valore meramente “riepilogativo” dell’art. 2 Cost. Per altro verso, si ammette l’apertura dell’ordinamento a riconoscere dignità (e tutela) anche a quelle manifestazioni della persona umana ricavabili per analogia, *legis* o *iuris*, ovvero in via d’interpretazione estensiva, da norme e principi che espressamente contemplano e tutelano diritti della personalità⁴⁶. Il diritto all’oblio troverebbe allora cittadinanza

⁴⁵ Per la dottrina sulla teoria pluralista dei diritti della personalità, v. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982; G. GIACOBBE, *L’identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, pp. 810 ss.; F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, pp. 20 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 5 ss.; G. TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, Torino, 1990, p. 87.

⁴⁶ Aderisce a tale impostazione pluralistica “temperata”, tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile 1. La norma. I soggetti*, Milano, 2002, 142 s., che, per un verso, ripudia l’assunto in base al quale l’art. 2 Cost. si risolverebbe in una mera «formula di rinvio ai singoli diritti specificamente menzionati», in quanto ciò «priverebbe la norma di un suo autonomo significato», né terrebbe conto di quanto «in essa si esprime», cioè dell’«esigenza della tutela integrale dell’uomo attraverso la tutela di tutti quegli interessi che gli sono essenziali alla stregua della coscienza sociale». Per altro verso, l’A. sottolinea che «L’esigenza di un’integrale tutela della persona umana ha indotto una parte

nell'ordinamento in virtù dell'applicazione analogica o estensiva delle norme e dei principi che riconoscono e garantiscono altri diritti della personalità con cui, l'oblio, appare condividere una medesima *ratio* di tutela⁴⁷.

La giurisprudenza nazionale che si è espressa sul diritto all'oblio appare abbracciare la teoria monista dei diritti della personalità, a scapito della teoria pluralista. Ciò che si coglie nella tendenza delle Corti italiane a inquadrare il diritto all'oblio in chiave di "manifestazione" del diritto alla reputazione o del diritto alla riservatezza o, più di recente, del diritto all'identità personale⁴⁸.

*della dottrina a negare lo schema di una pluralità di diritti inviolabili e a ravvisare piuttosto un unico diritto della personalità avente ad oggetto la persona umana quale valore unitario e indivisibile»: tuttavia, «L'affermazione di un generale principio di tutela della dignità umana non importa che i singoli diritti della personalità possano ricondursi ad un diritto unico». Invero, «La pluralità dei diritti fondamentali si spiega in ragione dei diversi interessi fondamentali dell'uomo. La diversità di questi interessi diversifica il contenuto e la disciplina dei singoli diritti e pone un problema di gerarchia per la soluzione dei conflitti tra interesse e interesse». In questo senso v., in giurisprudenza, ad es., Cass. civ., sez. I, 22.06.1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, 465: «Nel nostro diritto positivo non è dato qualificare i vari diritti della personalità come profili od aspetti di un unico ed onnicomprensivo diritto della personalità, essendo ciascuno di essi riconosciuto a tutela della varietà degli interessi fondamentali dell'uomo, ma, pur costituendo tali diritti distinte ed autonome situazioni giuridiche soggettive, si riconducono tutti al valore integrale ed unitario della persona umana, così come è, questa, intesa nell'art. 2 della Costituzione».*

⁴⁷ In questo senso sembra esprimersi G. SPOTO, *Note critiche sul diritto all'oblio e circolazione delle notizie in rete*, in *Contr. e impr.*, 2012, 4-5, p. 1048, a parere del quale «Il mancato riconoscimento del diritto all'oblio come autonoma situazione giuridica soggettiva non comporta un indebolimento di tutela degli interessi coinvolti nell'ipotesi di circolazione di notizie obsolete e non rispondenti più alla verità attuale, perché le esigenze di protezione possono essere pur sempre realizzate attraverso differenti modalità di tutela della riservatezza o dell'identità personale».

⁴⁸ In dottrina, peraltro, non manca chi ritiene che il diritto all'oblio appaia «del tutto autonomo e distinto» dal diritto alla riservatezza e dal diritto all'identità personale, pur «risentendo» delle caratteristiche proprie di tali situazioni giuridiche soggettive: così M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio*, Napoli, 2009, p. 81. In questo senso v. anche E. TUCCI, *Riservatezza e identità personale: diritti minacciati dal web 2.0*, in *Dir. e giur. comm.*, 4, 2013, secondo cui «Il diritto all'oblio ha il suo fondamento proprio nel diritto all'identità

In questo contesto, appare recessiva l'impostazione giurisprudenziale che riconosce e garantisce (anche implicitamente) il diritto all'oblio quale manifestazione del diritto all'onore e alla reputazione penalmente protetti, rispettivamente intesi come valore sociale dell'individuo all'interno della società e come opinione sociale, stima, di cui l'individuo gode nel proprio ambiente.

In questo senso, il diritto all'oblio si inquadrirebbe nel sistema dei diritti fondamentali come manifestazione del diritto all'integrità morale garantito dagli artt. 2 e 3 Cost. e dagli artt. 594 e 595 cod. pen., *sub specie* di diritto a non restare indeterminatamente esposti a lesioni del proprio onore e della propria reputazione in ragione della reiterata pubblicazione di notizie, in passato legittimamente o illegittimamente pubblicate, ma comunque non più pertinenti. Il diritto all'oblio, destinato come tale a entrare in conflitto con i diritti costituzionalmente garantiti di informare ed essere informati, potrebbe pertanto ricevere riconoscimento e tutela solo a fronte di pubblicazioni diffamatorie, non scriminate dall'esimente del diritto di cronaca giornalistica⁴⁹. L'assenza di pertinenza della notizia oggetto di nuova pubblicazione, su supporto cartaceo ovvero digitale, determinerebbe un'ingiusta lesione del diritto all'onore e alla reputazione del soggetto che rilevarebbe, sul piano penale, tanto se in origine la pubblicazione fosse resa obiettivamente lecita dalla scriminante del diritto di cronaca, quanto se, e a maggior ragione, la notizia fosse diffamatoria *ab origine*.

In generale, tale orientamento si innesta nella tendenza, oggi superata, a risolvere ogni lesione di diritti della personalità in una lesione dell'onore e della reputazione, penalmente tutelati dalle norme sui reati di ingiuria (art. 594 cod. pen.) e diffamazione (art. 595 cod. pen.), in funzione di garanzia della tutela pubblicistica dei diritti fondamentali della persona, assicurata

personale, distinguendosi da quest'ultimo per l'esigenza di attualizzazione della proiezione sociale diversa rispetto a quella rilevabile nel momento di divulgazione dell'informazione. Maggiore, invece, è la distanza rispetto al diritto alla riservatezza poiché lo stesso diritto all'oblio ha ad oggetto notizie relative al soggetto interessato al trattamento già sfuggite, all'atto della loro messa in circolazione, alla tutela della disciplina in materia di riservatezza».

⁴⁹ In questo senso appare l'orientamento espresso da Trib. Roma 15.05.1995, *cit.*

dal diritto penale⁵⁰. Tanto, anche in vista del risarcimento dei danni non patrimoniali che, in base alla lettura restrittiva originaria del comb. disp. degli artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen., si riteneva limitato alla positiva dimostrazione del danno morale da reato.

Peraltro, l'identificazione del diritto all'oblio unicamente come espressione del diritto all'onore e alla reputazione penalmente rilevanti finisce con l'appiattare e limitare il riconoscimento e la tutela di tale situazione giuridica soggettiva alle ipotesi in cui sia dato riscontrare, giudizialmente, gli estremi del reato di diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, *in primis* via *web*⁵¹. Invero, se il difetto di pertinenza della notizia oggetto di ripubblicazione rappresenta uno degli elementi che esclude l'operatività dell'esimente del diritto di cronaca, lo stesso elemento non appare per ciò solo sufficiente all'integrazione della diffamazione ex art. 595 c.p. che, in quanto reato, richiede altresì il positivo accertamento del fatto tipico descritto dalla norma penale e della colpevolezza dell'imputato (nel caso di specie, il dolo).

Altra parte della giurisprudenza pone l'accento sulla spiccata inerenza del diritto all'oblio, più che alla riservatezza, all'identità morale e sociale della persona, che ciascuno ha diritto a che non

⁵⁰ Su tale (recessivo) orientamento v., per tutti, V. ZENO ZENCOVICH, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985, pp. 297 ss.; ID., *Personalità (diritti della)*, cit., p. 442, che, dopo aver efficacemente sottolineato come «Se si dovesse interpretare alla lettera il brocardo *ubi jus, ibi remedium*, si sarebbe portati a ritenere che, almeno per lungo tempo, il diritto (o i diritti) della personalità si sia ridotto a ben poca cosa», pone anche l'accento, tra l'altro sull'«ostacolo rappresentato dal tradizionale inquadramento penalistico dei più risalenti attributi della personalità, l'onore e la reputazione, la cui lesione veniva colpita con la previsione dei reati di ingiuria e diffamazione. In questa ottica era inevitabile che il profilo sanzionatorio facesse premio su quello risarcitorio. La condanna dell'offensore aveva una funzione satisfattoria dell'ingiuriato e di ristabilimento della tranquillità sociale turbata dalla diffusione di addebiti infamanti».

⁵¹ Sul punto v. già A. GAMBARO, *Falsa luce agli occhi del pubblico – False light in the public eye*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, pp. 84 ss., che pone l'accento sulla «Asfissia dei rimedi penalistici» che ha prodotto «l'effetto di costituire un potere generale di espropriazione delle reputazioni altrui in capo ai detentori dei mezzi di comunicazione di massa».

venga alterata attraverso la divulgazione di notizie (anche veritiere) a terzi⁵².

Numerose pronunce esprimono infatti la tendenza a inquadrare il diritto all'oblio nel sistema dei diritti fondamentali come "nuovo profilo" del diritto all'identità personale fondato sull'art. 2 Cost.⁵³ Il diritto all'identità personale, inteso dalla giurisprudenza come interesse giuridicamente rilevante e meritevole di tutela a non veder travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico e professionale⁵⁴, ha trovato

⁵² Invero, come sottolinea V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Digesto civ.*, XI, 1993, 3 ss. «*Il confronto fra riservatezza e identità personale mette invece in evidenza una importante distinzione fra i diversi aspetti della personalità: mentre la riservatezza attiene al complesso delle vicende private del soggetto, sottratte all'altrui scrutinio, l'identità personale consiste nel complesso delle attività pubbliche del soggetto, rilevanti per la connotazione della sua personalità*»; pertanto, prosegue l'A., «*Le due aree sono quindi governate da principi opposti, in una il segreto, nell'altra la verità, nell'una l'apparenza, nell'altra la realtà; e parallelamente i rimedi tenderanno ad essere diversi, nell'uno caso di divieto di fare, nell'altro l'obbligo di compiere atti riparatori*».

⁵³ Esprimono tale orientamento, in particolare, App. Milano 27.01.2014 in *Foro it.*, 2014, 9, I, c. 2612; Cass. civ., sez. III, 05.04.2012, n. 5525 in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 456; Cass. civ., sez. I, 07.02.1996, n. 978, *cit.*

⁵⁴ V., tra le tante, Cass. civ., sez. I, 07.02.1996, n. 978, *cit.*: «*Il diritto all'identità personale può essere configurato come bene o valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, alla quale si collega un interesse del soggetto a essere rappresentato, nella sua vita di relazione con gli altri consociati, con la sua vera identità, e a non veder travisato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, religioso, professionale*»; e, prima ancora, il *leading case* giurisprudenziale rappresentato da Cass. civ., sez. I, 22.06.1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 3049 con nota di F. MACIOCE, *L'identità personale in Cassazione: un punto di arrivo e un punto di partenza* e di M. DOGLIOTTI, *Il diritto all'identità personale approda in Cassazione*, in cui si legge che «*Ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con la applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato, contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale*». In dottrina v., tra i tanti, V. ZENO ZENCOVICH, *op. loc. ult. cit.*, che definisce l'identità personale come «*Una sin-*

cittadinanza nell'ordinamento grazie ad un'evoluzione interpretativa per certi versi speculare a quella che ha interessato il diritto alla riservatezza⁵⁵, poi sfociata (anch'essa) nel positivo riconoscimento di tale situazione giuridica soggettiva ad opera dell'art. 2 Cod. privacy⁵⁶, che trova oggi il suo corrispondente nel nuovo art. 1 Cod. privacy, come novellato dal d.lgs. n. 101/2018, in base al quale «*Il trattamento dei dati personali avviene secondo le norme del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, di seguito «Regolamento», e del presente codice, nel rispetto della dignità umana, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona*».

In questo senso, il diritto all'oblio è inteso come manifestazione del diritto, fondato sul combinato disposto degli artt. 2-3 Cost. e 2 (oggi 1) Cod. privacy, al controllo della propria immagine sociale⁵⁷, in cui, come sottolineato da attenta dottrina, l'ele-

tesi della "storia" di ciascun soggetto che consente ai consociati di identificarlo con una persona ben precisa la cui vita passata e presente è caratterizzata da talune vicende».

⁵⁵ Su tale percorso interpretativo, della dottrina e della giurisprudenza, v., *ex multis*, G. ALPA, *Diritti della personalità emergenti: profili costituzionali e tutela giurisdizionale: il diritto all'identità personale*, Giur. merito, 1989, p. 464; T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984; ID., *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, 1984; V. ZENO ZENCOVICH, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁶ L'art. 2 citato, invero, esplicitava le finalità del cod. privacy che «*Garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali*».

⁵⁷ In questo senso v., in particolare, Cass. civ., sez. III, 05.04.2012, *cit.*, in cui, posta la premessa che il sistema introdotto con il d.lgs. n. 196/2003 «*È caratterizzato dalla necessaria rispondenza del trattamento dei dati personali a criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza allo scopo (quest'ultimo costituendo un vero e proprio limite intrinseco del trattamento lecito dei dati personali), che trova riscontro nella compartecipazione dell'interessato nell'utilizzazione dei propri dati personali, a quest'ultimo spettando il diritto di conoscere in ogni momento chi possiede i suoi dati personali e come li adopera, nonché di opporsi al trattamento dei medesimi, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta, ovvero di ingerirsi al riguardo, chiedendone la cancellazione, la trasformazione, il blocco, ovvero la rettificazione,*

mento da salvaguardare è il legittimo interesse della persona a ch  il governo dei propri “dati” corrisponda ai valori ad essa immanenti⁵⁸.

L’identit  personale costituzionalmente protetta, si pone, pertanto, come valore da cui scaturisce il diritto all’oblio quale situazione soggettiva capace di esprimere la natura intrinsecamente dinamica, e giammai statica, dell’identit  morale e sociale. Ovvero, nella prospettiva inversa, l’identit  personale reclama, sotto forma di oblio, esigenze di contestualizzazione delle informazioni idonee a “tracciare” la personalit  dell’individuo nella societ , in funzione della corretta rappresentazione all’esterno della persona. Tali esigenze di contestualizzazione divengono sempre pi  forti e pressanti nell’era digitale che se moltiplica in modo esponenziale la quantit , la velocit  e la facilit  delle informazioni rese e acquisite, si connota molto spesso per la decontestualizzazione dei dati caricati sulla rete.

Altra impostazione, accolta recentemente anche dalla Corte di legittimit , inquadra invece il diritto all’oblio nel sistema dei diritti fondamentali come manifestazione del diritto alla reputazione e del diritto alla riservatezza. Tale ultimo diritto, invero, si distingue dal diritto all’integrit  morale in quanto il primo soddisfa l’esigenza della persona a che i fatti riguardanti la sua vita privata non siano oggetto di pubblica divulgazione, a prescindere dalla natura infamante dei fatti medesimi⁵⁹.

l’aggiornamento, l’integrazione (art. 7 d.lgs. n. 196 del 2003), a tutela della proiezione dinamica dei propri dati personali e del rispetto della propria attuale identit  personale o morale», si afferma che «Anche in caso di memorizzazione nella rete internet, mero deposito di archivi dei singoli utenti che accedono alla rete e cio  dei titolari dei siti costituenti la fonte dell’informazione (c.d. siti sorgente), deve riconoscersi al soggetto cui pertengono i dati personali oggetto di trattamento ivi contenuti il diritto all’oblio, e cio  al relativo controllo a tutela della propria immagine sociale, che anche quando trattasi di notizia vera, e a fortiori se di cronaca, pu  tradursi nella pretesa alla contestualizzazione e aggiornamento dei medesimi, e se, del caso, avuto riguardo alla finalit  della conservazione nell’archivio e all’interesse che la sottende, financo alla relativa cancellazione».

⁵⁸ Cos  A. DI MAIO, *Il tempo siano noi*, cit., p. 771.

⁵⁹ Al riguardo v., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 24.04.2008, n. 10690 in *Resp. civ. e previdenza*, I, 2009, p. 148, in cui si legge che «Il diritto alla riservatezza si distingue rispetto al diritto all’integrit  morale, in quanto il divieto della

Come è noto, il percorso dottrinario e giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento del diritto alla riservatezza nel nostro ordinamento è stato lungo e complesso. Tale percorso interpretativo è sfociato, dapprima, nel riconoscimento, ad opera della Consulta, del fondamento normativo del diritto alla riservatezza nell'art. 2 Cost., inteso come clausola generale idonea a consentire l'interpretazione estensiva dei diritti inviolabili testualmente previsti dalla Costituzione tra cui, in particolare, la libertà personale, l'invulnerabilità del domicilio, la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. Dall'interpretazione sistematica di tali disposizioni costituzionali, alla luce dell'art. 2 Cost., sarebbe dato evincere la reale intenzione del Costituente di garantire (anche) l'invulnerabilità della riservatezza di ciascuno.

Solo in un secondo momento, il diritto alla riservatezza personale è stato oggetto di testuale previsione e garanzia, grazie all'approvazione del Codice della privacy (d.lgs. n. 196/2003), con cui il legislatore italiano ha dato attuazione alla Direttiva n. 95/46/CE.

Quanto alla "idoneità" del diritto alla riservatezza ad "esprimere" le istanze di tutela sottese al diritto all'oblio è bene precisare che chi invoca la lesione del diritto alla riservatezza lamenta un pregiudizio derivante dalla divulgazione di notizie che, viceversa, avrebbero dovute restare, appunto, riservate. Chi invoca la lesione del diritto all'oblio, lamenta un pregiudizio derivante dalla rinnovata o reiterata divulgazione di notizie che già sono "uscite", legittimamente o no, dalla propria sfera di riservatezza. Potrebbe quindi prima facie ritenersi che la riservatezza non possa a rigore coprire i fatti già oggetto di divulgazione al pubblico che, in quanto tali, non possono più essere considerati come "riservati".

Il diritto all'oblio, tuttavia, non può che costituire espressione non solo della reputazione, ma anche della riservatezza dell'individuo in quanto, se tali valori possono essere legittimamente

diffusione dei fatti della vita privata prescinde dalla loro attitudine infamante; attiene ad un valore essenziale della persona e rientra nei diritti inviolabili dell'uomo proclamati dall'art. 2 Cost.; la violazione del diritto alla riservatezza quale diritto assoluto costituisce un illecito civile e comporta l'obbligo del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale».

compressi dall'esercizio del diritto di cronaca, in presenza di un interesse pubblico alla conoscenza dei fatti afferenti alla vita personale di terzi, gli stessi valori possono riespandersi in virtù del maturato oblio su tali vicende personali, laddove il decorso del tempo abbia fatto venir meno l'attualità dell'interesse sociale a conoscerle. Tale impostazione consente, pertanto, di "sganciare" il riconoscimento e la tutela del diritto all'oblio nell'ordinamento dall'illiceità penale del fatto lesivo, che può assumere viceversa rilievo anche sull'esclusivo piano dell'illecito civile: la riservatezza è infatti destinataria di una specifica tutela giurisdizionale non solo penalistica (ex artt. 167 ss. nuovo cod. privacy), ma anche civilistica (ex comb disp. artt. 77-79 e 82 Regolamento UE n. 267/2016), oltre che amministrativa attraverso il Garante per la privacy (ex artt. 77 Regolamento UE n. 267/2016 e 154 nuovo Cod. privacy).

Al riguardo, va inoltre posta in rilievo l'evoluzione contenutistica in senso "dinamico" del diritto alla riservatezza, dovuta all'approvazione di norme nazionali e sovranazionali idonee a conferire a tale situazione giuridica soggettiva anche un più preciso significato di "diritto alla protezione dei dati personali"⁶⁰. Tanto è avvenuto in risposta alle mutate e intensificate esigenze di tutela della sfera riservata della persona a fronte dell'evoluzione tecnologica dei mezzi d'informazione, capaci di "raccolgere" e selezionare un numero sempre più elevato di dati personali per le finalità più diverse (commerciali, di controllo etc.).

In questo senso, il diritto all'oblio rileverebbe quale manifestazione del diritto alla riservatezza, nel suo significato dinamico di diritto alla protezione dei dati personali. Di tali dati, se pur già fatti oggetto di divulgazione, il legislatore europeo garantisce infatti al

⁶⁰ Il riferimento è, in particolare, alla Convenzione di Strasburgo del 28 gennaio 1981 n. 108 sulla protezione della persona rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, ratificata dall'Italia con l. n. 98/1989; alla Direttiva n. 95/46/CE del Parlamento e del Consiglio europeo; alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, all'art. 8, sancisce il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano; alla l. n. 675/1996 sulla Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, oggi sostituita dal d.lgs. n. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) e, da ultimo, al già richiamato Regolamento UE n. 679/2016.

titolare, tra l'altro, il diritto di ottenerne l'integrazione e la cancellazione (artt. 16-17 Regolamento UE n. 267/2016. cod. privacy).

5. *Le tutele risarcitorie penali e civili, in sede giudiziale ed extra-giudiziale.* – La tutela risarcitoria del diritto ad essere dimenticati appare rivestire un ruolo chiave nella protezione dell'oblio se solo si consideri come, anche laddove il titolare dell'illegittimo trattamento dei dati provveda alla loro cancellazione ai sensi dell'art. 17 del Regolamento UE n. 679/2016, la lesione del diritto ad essere dimenticati si è comunque realizzata e perpetrata per tutto il tempo in cui tali dati, in assenza della pertinenza della notizia, sono stati resi pubblici e accessibili.

Peraltro, l'inquadramento del diritto all'oblio nel sistema dei diritti fondamentali della persona reca con sé differenti ricadute applicative sul piano delle tecniche e sedi della tutela risarcitoria laddove si ritenga di addivenire a tale inquadramento aderendo all'impostazione monistica, ovvero all'impostazione pluralistica sui diritti della personalità.

L'accoglimento della teoria pluralistica, invero, consente di riconoscere tutela alla persona umana esclusivamente nelle manifestazioni della personalità espressamente contemplate dalla legge in via diretta, ovvero "indiretta", in virtù dell'analogia o dell'interpretazione estensiva di tali esplicite previsioni normative. Peraltro, a rigore, lo stesso indirizzo permette di accordare protezione a più diritti della persona invocati dallo stesso soggetto. La tutela del diritto all'oblio, pertanto, non escluderebbe, in linea di principio, la tutela della reputazione e dell'onore eventualmente invocati nel caso concreto, ovvero della riservatezza, laddove si ritenga di accogliere l'indirizzo prevalente in giurisprudenza che riconduce il diritto all'oblio nell'alveo dell'identità personale.

L'accoglimento della teoria monistica, viceversa, consente di riconoscere tutela alla persona umana anche nelle sue manifestazioni non testualmente contemplate (né ricavabili per analogia), purché tali da ritenersi "fondamentali" ai sensi dell'art. 2 Cost. Peraltro, il valore unitario che tale indirizzo assegna tanto alla persona, quanto al complessivo e totalizzante diritto della personalità di cui ciascun individuo è titolare ex artt. 2 e 3, 2° co.

Cost., non consente, a rigore, di accordare autonoma e distinta tutela a più diritti, *rectius* manifestazioni, fondamentali del singolo che ne lamenti la lesione. In questo senso, e sempre nel solco dell'orientamento che inquadra il diritto all'oblio come manifestazione dell'identità personale, la tutela dell'oblio precluderebbe la tutela della reputazione e dell'onore, eventualmente invocati nel caso concreto, ovvero della riservatezza, perché tutti costituiscono espressione dell'unico diritto della personalità di ciascun soggetto.

Tuttavia, le differenze che, sul piano della tutela del diritto all'oblio, recano con sé i diversi approcci richiamati, tendono a sfumare nell'ambito dell'impostazione accolta dalla giurisprudenza che comunque disconosce l'autonomia del diritto all'oblio rispetto al diritto alla reputazione, alla riservatezza o all'identità personale di cui, a seconda dei casi, si ritiene che l'oblio costituisca espressione.

Secondo l'indirizzo, recessivo, che riconduce il diritto all'oblio all'onore e alla reputazione penalmente protetti, la tutela dell'oblio sarebbe quella giudiziale penalistica accordata dal reato di diffamazione a mezzo stampa, tv o internet, ex artt. 595-597 cod. pen.

In questo senso, il diritto all'oblio troverebbe cittadinanza e tutela nell'ordinamento (solo) a fronte della rinnovata divulgazione di notizie, inerenti a vicende passate, diffamanti *ab origine* (in quanto geneticamente non vere o non pertinenti) ovvero divenute tali in virtù del decorso del tempo, che abbia fatto venir meno l'attualità dell'interesse pubblico a conoscerle. Sempre che, s'intende, la pertinenza della notizia non si colleghi alla sopravvenienza di nuove vicende, idonee a rendere nuovamente attuale il diritto di essere informati in relazione ai "vecchi" fatti.

La protezione penale pubblicistica del diritto all'oblio si compendia, in quest'ottica, dell'irrogazione di una pena detentiva e pecuniaria a fronte della positiva dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi del reato: fatto tipico (della comunicazione a mezzo stampa o internet con più persone, con nocumento, percepito dai terzi, per l'onore e la reputazione del diffamato), anti-giuridicità obiettiva; colpevolezza (dolo, anche eventuale, della diffamazione).

Proprio con riguardo all'obiettiva antiggiuridicità della condotta di diffamazione realizzata attraverso la stampa, la televisione o il web, si pone l'esigenza di provare la non operatività dell'esimente del diritto di cronaca ex art. 51 cod. pen., tipicamente invocata dall'imputato del reato di diffamazione a mezzo a stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità. Con specifico riferimento all'illecita lesione della reputazione *sub specie* di diritto all'oblio del diffamato, la prova della mancanza di attualità della notizia oggetto di cronaca, la cui divulgazione non appaia sorretta da un attuale interesse pubblico di conoscenza, rappresenta il *proprium* dell'antigiuridicità obiettiva della condotta, per la quale resta così esclusa l'operatività della scriminante del diritto di cronaca.

La repressione penale del fatto illecito lesivo della reputazione/oblio del diffamato consta, altresì, della tutela risarcitoria dei danni patrimoniali e non patrimoniali cagionati dal reato, ai sensi dell'art. 185 cod. pen., allegati e provati dall'offeso.

Al riguardo giova ricordare come, per un verso, sul versante del risarcimento in forma specifica per danno da diffamazione, il giudice possa condannare l'autore del reato alla pubblicazione, a proprie spese, della sentenza di condanna «*qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato*», ex art. 186 cod. pen. Per altro verso, la tutela della diffamazione commessa con il mezzo della stampa rappresenta una fattispecie di danni anche punitivi che, in quanto testuale, come chiarito dalle Sezioni Unite⁶¹, può essere applicata nel nostro ordinamento. Invero, ai sensi dell'art. 12 della l. n. 47/1948⁶² sulla stampa, in tal caso la persona offesa può chiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 cod. pen., una somma a titolo di riparazione, determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato: tale somma, come chiarito dalla giurisprudenza, non rientra nel risarcimento del danno, né costituisce una duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma integra una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge,

⁶¹ Cass. civ, sez. un., 05.07.2017, n. 16601 in *Resp. civ. e previdenza* 2017, 4, pp. 1198 ss. con nota di A. BRIGUGLIO; e in *Banca borsa tit. di credito*, 2017, 5, II, p. 568; e in *Guida al dir.*, 2018, 5, p. 24.

⁶² Art. 12 Legge 8 febbraio 1948, n. 47 (in *Gazz. Uff.*, 20 febbraio, n. 43) – *Disposizioni sulla stampa*.

che come tale può aggiungersi al risarcimento del danno autonomamente liquidato in favore del danneggiato⁶³.

Al di fuori della diffamazione e, quindi, della rilevanza penale della condotta lesiva, il diritto all'oblio può comunque trovare tutela giudiziale risarcitoria in sede solo civile, come garantito dagli artt. 77-79 e 82 del Regolamento UE n. 267/2016 e 174 nuovo cod. privacy. Tale tutela, peraltro, trova fondamento già negli artt. 2043 e 2059 cod. civ. per ingiusta lesione di un diritto fondamentale della persona, tanto sul piano delle conseguenze patrimoniali, che non patrimoniali.

A tale ultimo riguardo, infatti, il risarcimento del danni non patrimoniali da lesione del diritto ad essere dimenticati, afferenti al fare aredituale della persona, direttamente si riallaccia alla nota e ormai consolidata interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., alla luce dell'art. 2 Cost., fondata sulla lettura del concetto di «legge», esplicitamente richiamato dall'art. 2059 cod. civ. ai fini del risarcimento dei danni non patrimoniali, come comprensivo anche delle norme costituzionali, quali fonti legislative di rango supremo (subordinate solo al diritto europeo)⁶⁴. In questo senso, l'ingiusta lesione del diritto all'oblio come espressione del diritto alla riservatezza e/o all'identità personale è fonte di un danno non patrimoniale risarcibile in quanto il danno-evento della incisione della sfera non patrimoniale della persona si traduce nella violazione di un diritto inviolabile dell'individuo, anche al di fuori delle ipotesi in cui il fatto illecito assuma rilievo penale (come in caso di diffamazione).

In ogni caso, le controversie in materia di risarcimento del danno da lesione del diritto all'oblio rappresentano un importante spazio di operatività per la mediazione civile e commerciale di cui al d.lgs. n. 28/2010⁶⁵, in funzione della loro risoluzione stragiudiziale.

⁶³ Cass. civ., sez. III, 12.12.2017, n. 29640 in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

⁶⁴ Tale "riconcettualizzazione" del danno non patrimoniale risarcibile si deve, come è noto, alle c.d. "sentenze di san Martino": Cass. civ., sez. un., 11.11.2008, nn. 26972 e 26973 in *Foro it.*, 2009, 1, I, c. 120 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, R. SIMONE, G. PONZANELLI, E. NAVARRETTA.

⁶⁵ D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 (in *Gazz. Uff.*, 5 marzo, n. 53). – *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.*

Differente è, tuttavia, la natura del tentativo di mediazione in ipotesi di diffamazione, avente rilievo penalistico, rispetto a tutte le altre ipotesi aventi rilievo solo civilistico. Nel primo caso, infatti, la mediazione è obbligatoria, costituendo una condizione di procedibilità del giudizio ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. n. 28/2010⁶⁶ (salvo che la persona offesa non si costituisca parte civile nel processo penale: art. 1, comma 2-*bis*, lett. g).

Negli altri casi, la mediazione è facoltativa e deve ritenersi esperibile in considerazione del carattere disponibile del diritto ad essere dimenticati. La celerità della procedura di mediazione, i suoi costi ridotti rispetto all'instaurazione di un giudizio, la flessibilità delle soluzioni stragiudiziali a tutela del diritto all'oblio, così come la riservatezza del procedimento e dell'accordo di conciliazione racchiuso nel decreto di omologa (che, diversamente dalla sentenza, non è soggetto a pubblicazione) fanno della mediazione anche facoltativa delle controversie in

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis* d.lgs. n. 28/2010, infatti, «*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. A decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni del presente comma. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni».*

S. Schiaparelli

materia di risarcimento del diritto all'oblio una forma di tutela extragiudiziale altamente appetibile, in piena aderenza alle esigenze di effettività, celerità e riservatezza della tutela reclamate del diritto all'oblio così come delineato dal legislatore europeo.

ROKSOLANA VASYLIUK

SCELTE CONDIVISE PER MIGLIORARE LA GIUSTIZIA
NELL'ESPERIENZA DEI PAESI POST SOVIETICI
(FEDERAZIONE RUSSA, REPUBBLICA DELLA BIELORUSSIA
E UCRAINA): LE PRIME PIETRE FONDATRICI
DEL SISTEMA DELLA MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. Istituzione della mediazione nello spazio europeo. - 2. La mediazione nella Federazione Russa. - 3. La mediazione in Bielorussia. - 4. Il progetto di legge sulla mediazione in Ucraina. - 5. Conclusioni.

1. *Istituzione della mediazione nello spazio europeo*¹. – A partire dal 2008, con la Direttiva relativa a determinati aspetti della

¹ Le prime tappe per l'istituzione dei metodi di risoluzione amichevole dei conflitti sono richiamate in materia consumeristica. La prima iniziativa comunitaria fu la Dichiarazione dei Capi di Stato e Governo, resa a conclusione del Vertice di Parigi del 19-20 ottobre 1972, che conferì l'incarico alla Commissione europea di stendere un programma a tutela dei consumatori, puntualmente pubblicato nel 1975, *“Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore”*: fu approvata con la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975, pubblicata in G.U.C.E., C 92/1, del 25 aprile 1975. L'importanza di tutelare e rafforzare i diritti dei consumatori, rendendo più efficace l'accesso alla giustizia si prospetta attraverso numerose iniziative delle istituzioni europee, tra le quali le più significative sono quelle del Consiglio, che è intervenuto nel campo consumeristico con le seguenti risoluzioni: Risoluzione del Consiglio del 23 giugno 1986 recante *“Futuri orientamenti della politica comunitaria per la tutela e la promozione degli interessi dei consumatori”*, in G.U.C.E., C 167, del 5 luglio 1986; Risoluzione del Consiglio del 15 dicembre 1986 *“L'integrazione della politica dei consumatori nelle altre politiche comuni”* in G.U.C.E., C 3, del 7 gennaio 1987; Risoluzione del Consiglio del 25 giugno 1987 *“Accesso dei consumatori alla giustizia”*, in G.U.C.E., C 176, del 4 luglio 1987; Risoluzione del Consiglio del 9 novembre 1989, *“Future Priorità del Rilancio della politica di tutela dei consumatori”*, in G.U.C.E., C 294, del 22 novembre 1989; Risoluzione del Consiglio del 13 luglio 1992, *“Future priorità per lo sviluppo della politica di protezione del consumatore”*, in G.U.C.E.,

mediazione in materia civile e commerciale², il legislatore europeo ha aperto la strada per gli Stati membri al fine di utilizza-

C 186, del 23 agosto 1992. Una particolare attenzione merita la “*Carta Europea di protezione dei consumatori*”, promossa dal Consiglio d’Europa nel 1975. Nel 1993 venne pubblicato Il Libro Verde “*sull’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico*”. Tra gli scritti dedicati al Libro verde del 1993, si segnalano: B. CAPPONI, *Il Libro Verde sull’accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti e Giustizia* 1994, pp. 361 s.; P. MARTINELLO, *Libro Verde sull’accesso dei consumatori alla giustizia: appunti per un’analisi critica*, in *Documenti e giustizia*, 1994, pp. 340 s.; G.E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Rivista trimestrale del diritto civile*, 2010, pp. 653 s. L’accrescimento della consapevolezza di quanto le procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie possano contribuire ad un deciso miglioramento dell’accesso alla giustizia da parte dei cittadini, ha un momento di svolta nel 1999, al Consiglio europeo di Tampere, relativo alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea. Furono emanate due Raccomandazioni di carattere fondamentale (la Raccomandazione del 1998 riguardante *i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo* e la Raccomandazione del 2001/310/CE *sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*), dettando i principi generali delle tutele extragiudiziali di tipo aggiudicativo e facoltativo. Vedi F. SANTAGNA, *La conciliazione nelle controversie civili*, Bari, 2008, p.148 s.; G.P. IMPAGNATELLO, “... Con le raccomandazioni del 1998 e del 2001, il legislatore comunitario aveva maturato una piena consapevolezza dei modelli conciliativi utili alla tutela dei diritti dei consumatori. Sennonché, i tempi erano ormai maturi per valicare gli angusti confini della materia consumeristica e per avviare una riflessione più ampia sui metodi di alternative dispute resolution ...” nella *La mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d.lgs n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it. Nell’aprile del 2002 è stato pubblicato il Libro Verde “*sulla risoluzione alternativa delle controversie nell’ambito della cooperazione giudiziaria civile*”. Per la prima volta venne usato l’acronimo ADR per definire tutti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

² 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 è consultabile sul sito internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EL>.

Sulla direttiva 2008/52/CE, tra i numerosi commenti, si segnalano: E.M. APPIANO, *I sistemi ADR nell’ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, fasc. 1, 2009, pp. 59 s.; C. BESSO, *L’attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, fasc. 3, pp. 863 s.; S. CANNALIRE, *Giunge al traguardo la direttiva europea sulla mediazione*, in *Contratti*, 2008, pp. 853 s.; C. VACCA,

re il “nuovo”³ istituto di tutela extragiudiziale, non solo all'interno del singolo Paese ma in collaborazione con gli altri Stati membri, dando vita al “modello transfrontaliero di mediazione”⁴. Si

La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata?, in *Contratti*, fasc. 8-9, 2008, pp. 857 s.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Rivista dell'arbitrato*, fasc. 1, 2009, pp. 1 s.; V. VIGORITI, *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, in www.judicium.it; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?* (*Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE*), in *Rivista di diritto processuale*, 2009, pp. 367 s.; L. GRAZIANO, *Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, pp. 614 s.; G.P. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile nella cornice europea*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc.1, 2012, pp. 217 s.; G.P. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, fasc. 1, 2009, pp. 41 s.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, pp. 654 s.; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale comunitario e nazionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, fasc. 6, 2008, pp. 743 s.; D. VOLPINO, *La direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in V. VARANO, M. TARUFFO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, pp. 383 s.; 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*, N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *University Press*, Firenze, 2011, pp. 159 s.; A. PERA, G.M. RICCIO, *La direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale*, in G.M. RICCIO, A. PERA (a cura di) *Mediazione e conciliazione, diritto interno, comparato e internazionale*, Cedam, Padova, 2011, pp. 71 s.

³ Per una visione generale M. ALBERSTEIN, *Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution*, in *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, 2007; J. STEPHEN, *Ware, principles of alternative dispute resolution*, in *Thomson/West*, 2 edition, 2007; R.A. BARUCH BUSH, J.P. FOLGER, *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, published by Jossey-Bass, 2005; S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, in *The Journal of Legal Studies*, vol. 24, No. 1 (Jan., 1995), pp. 1-28 ss.; R.J. LEWICKY, S.E. WEISS, D. LEWIN, *Models of Conflict, Negotiation and Third Party Intervention: A Review and Synthesis*, in *Of organizational behavior*, 1992; H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in *Harvard Law Review*, vol. 99, No. 3 (Jan., 1986), pp. 668-684 ss.

⁴ Con riferimento alle “controversie transfrontaliere” possiamo ricordare il Libro verde “L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle

aprono i confini statali e si ampliano le possibilità per le parti di risolvere le controversie con un metodo rapido, efficace, poco costoso, facilmente accessibile a tutti: sia ai cittadini appartenenti ai diversi Stati membri che, per adesione, ai cittadini di Stati non europei. La Comunità Europea dettando i nuovi standard e principi del procedimento di mediazione, sanciti in un testo normativo generale, ha lasciato aperta l'opzione per i legislatori di ognuno degli Stati membri: o di modificare il sistema di mediazione antecedente all'adozione della Direttiva 2008/52/CE; o di completare la parcellizzata normativa della mediazione disciplinata nei diversi settori; o di attuare la nuova disciplina organica riguardante la mediazione.

Il primo considerando della Direttiva 2008/52/CE mette in evidenza l'obiettivo generale perseguito dalla Comunità Europea di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale sia garantita la libera circolazione dei beni, dei servizi e delle persone, la Comunità è tenuta ad adottare nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile le misure necessarie al corretto funzionamento del mercato interno.

I sistemi giudiziari ordinari ormai da tempo non sono ritenuti gli strumenti più adatti a risolvere una controversia, in tal senso è stata fatta la scelta in favore dei sistemi alternativi, tra i quali la media-

controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico" (COM (93) 576 def.) del 16 novembre 1993 e le due Raccomandazioni della Commissione del 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardanti i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (GU L 115 del 17.04.1998, p. 31) e del 2001/310/CE, del 04 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (GU L. 109 del 19.04 2001, p. 56). Con riferimento al M. MARINARI, *La mediazione nella prospettiva europea*, pubblicato in *Questione Giustizia*, n. 1, 2015 "... il secondo comma dell'articolo 1, la direttiva si applica alle controversie transfrontaliere, una limitazione che si collega all' articolo 67 del Trattato, in riferimento agli articoli 65 e 61, che richiama espressamente «le misure della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere» Questa limitazione, tuttavia, non è stata di ostacolo, in quasi tutti i Paesi membri, all'estensione alle mediazioni interne della legislazione nazionale applicativa dei principi della Direttiva (come la stessa auspica, al punto 8 del considerando che precede il testo, affermando che «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni ...»").

zione prende un posto privilegiato, essendo un metodo universale di risoluzione di conflitti che si può declinare in diversi campi.

L'obiettivo generale di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia si concretizza in quello di garantire un migliore accesso alla giustizia, che si deve intendere come "facilitare l'accesso⁵ alla risoluzione alternativa delle controver-

⁵ Per una visione approfondita sull'argomento riguardante "l'accesso alla giustizia" vedi le opere di: B.G. GARTH, M. CAPPELLETTI, N. TROCKER, *Access to Justice: Comparative General Report, Articles by Maurer Faculty*, 1976, disponibile sul sito <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2485>; B.G. GARTH, M. CAPPELLETTI, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, Articles by Maurer Faculty*, 1978, disponibile sul: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>; B.G. GARTH, M. CAPPELLETTI, *Foreward: Access to Justice as a Focus of Research, Articles by Maurer Faculty*, 1981, disponibile sul sito <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1131>; B.G. GARTH, M. CAPPELLETTI, N. TROCKER, *Access to Justice: Variations and Continuity of a World-Wide Movement. Articles by Maurer Faculty*, 1982, disponibile sul sito <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2483>; B.G. GARTH, M. CAPPELLETTI, N. TROCKER, *Access to Justice - Variations and Continuity of a World-Wide Movement* (1985). *Articles by Maurer Faculty*, disponibile sul: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1064>.

Il principio generale si colloca all'articolo 47 del capo "Giustizia" della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* e garantisce il diritto ad un accesso effettivo alla giustizia. L'accesso alla giustizia, nel senso più ampio dell'effettiva risoluzione delle controversie, attraverso procedimenti giudiziari o processi alternativi di risoluzione delle controversie, è un aspetto essenziale per garantire la realizzazione dei diritti fondamentali. A tal proposito, è opportuno ricordare la Sentenza della Corte di Giustizia del 18 marzo 2010 «Domanda di pronuncia pregiudiziale – Principio della tutela giurisdizionale effettiva – Reti e servizi di comunicazione elettronica – Direttiva 2002/22/CE – Servizio universale – Controversie tra utenti finali e fornitori – Tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale» nei procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, nelle cause Rosalba Alasini contro Telecom Italia spa (C-317/08) e Filomena Califano contro Wind spa (C-318/08) e Lucia Anna Giorgia Iacono contro Telecom Italia spa (C-319/08) e Multiservice Srl contro Telecom Italia spa (C-320/08); e la recente sentenza del 14 giugno 2017 «Rinvio pregiudiziale – Tutela dei consumatori – Procedure di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) – Direttiva 2008/52/CE – Direttiva 2013/11/UE – Articolo 3, paragrafo 2– Opposizione proposta dai consumatori nell'ambito di un procedimento per ingiunzione di pagamento promosso da un istituto di credito – Diritto di accesso alla giustizia – Normativa nazionale che prevede il ricorso obbligatorio ad una procedura di mediazione – Obbligo di essere assistito da un avvocato – Condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale» nella causa C-75/16 Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli contro Banco Popolare Società Co-

*sie e promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*⁶ quando una parte di almeno uno Stato membro è coinvolta in una controversia civile o commerciale con un'altra parte situata in un altro Stato. Ciò significa garantire un quadro giuridico prevedibile e, attraverso questo, promuovere l'uso di metodi amichevoli di composizione delle controversie in tutta l'Europa.

L'obiettivo esposto dall'art. 1, paragrafo 1 della Direttiva 2008/52/CE di *"facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa di controversie"*, fa riflettere sul fatto che il legislatore europeo non si riferisce solamente alla mediazione in senso stretto ma anche ai metodi risolutivi che hanno le caratteristiche dettate dalla stessa Direttiva⁷.

Secondo la Direttiva in esame per *"mediazione"*⁸ si intende *"un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore"*, e cioè un terzo neutrale, cui è richiesto di agire in modo efficace, imparziale e competente⁹.

La Direttiva 2008/52/CE mira ad instaurare un insieme di regole prevedibili¹⁰ e armonizzate sulla mediazione, che do-

operativa. In entrambi i casi è stata sollevata la questione dell'effettivo accesso alla giustizia.

⁶ Art. 1, paragrafo 1, Direttiva 2008/52/CE.

⁷ Vedi E.M. APPIANO, *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, fasc. 1, 2009, p. 73 ... *l'obiettivo così enunciato dal legislatore comunitario porta subito a chiedersi cosa effettivamente la Direttiva disciplina. Ci si domanda cioè se essa concerna tutti i sistemi A.D.R. ovvero solo alcuni di essi o unicamente la mediation, e dunque quel meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie avente le peculiarità già descritte. In altre parole, a prima vista il dubbio è che il legislatore abbia confuso l'insieme con uno dei suoi componenti, visto peraltro che la denominazione stessa della Direttiva cita solo il termine «mediazione» ...*

⁸ Art. 3, paragrafo 1, lett. a), nonché il Considerando n. 10, Direttiva 2008/52/CE.

⁹ Art. 3, paragrafo 1, lett. b), Direttiva 2008/52/CE.

¹⁰ Considerando n. 7, Direttiva 2008/52/CE. Nella versione inglese della Direttiva 2008/52/CE, parla di *"predictable legal framework"*.

vrebbero assicurare l'utilizzo di tale mezzo di risoluzione dei conflitti in tutta l'Europa. Ciò richiede l'introduzione di *"un quadro normativo che affronti, in particolare, gli aspetti chiave della procedura civile"*¹¹. Tuttavia, come chiarisce lo stesso titolo della Direttiva del 2008, non tutti gli aspetti della mediazione sono stati disciplinati. La Direttiva in esame si occupa solo di *"alcuni"* aspetti della mediazione in materia civile e commerciale¹², e ciò implica che questo quadro normativo riguarda soltanto le questioni considerate essenziali dal legislatore europeo.

Possiamo differenziare le diverse questioni chiave che sono trattate dalla Direttiva 2008/52/CE: in particolare, volontarietà¹³, qualità¹⁴, esecutività dell'accordo raggiunto dalle parti¹⁵, riservatezza¹⁶, processo di mediazione¹⁷ ed effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza¹⁸. Inoltre, nella Direttiva 2008/52/CE sono state incluse anche alcune norme relative alle questioni sulla formazione dei mediatori¹⁹ e alla pubblicità²⁰.

Oltre a introdurre un quadro giuridico e principi comuni per gli aspetti particolari della procedura civile nelle controversie civili e commerciali transfrontaliere, la Direttiva 2008/52/CE mira anche a stabilire un quadro comune per preservare la flessibilità della mediazione, che costituisce il vantaggio principale di tale metodo. L'adozione della Direttiva 2008/52/CE è stata anche considerata un'iniziativa importante e necessaria al fine

¹¹ Considerando n. 7, Direttiva 2008/52/CE.

¹² Ciò spiega i limiti imposti dalla Direttiva alle controversie che non possono essere oggetto della mediazione, ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, e il Considerando n. 10 e 11, Direttiva 2008/52/CE.

¹³ Art. 3, paragrafo 1, lett. a), nonché il Considerando n. 10, 13 e 19, Direttiva 2008/52/CE.

¹⁴ Art. 4, nonché i Considerando n. 17 e 18, Direttiva 2008/52/CE.

¹⁵ Art. 6, nonché i Considerando n. 20, 21 e 22, Direttiva 2008/52/CE.

¹⁶ Art. 7, Direttiva 2008/52/CE.

¹⁷ Art. 3, paragrafo 1, lett. a), articolo 5, Direttiva 2008/52/CE.

¹⁸ Art. 8, Direttiva 2008/52/CE.

¹⁹ Art. 9 e 10, Direttiva 2008/52/CE.

²⁰ Art. 9 e 10, Direttiva 2008/52/CE.

di armonizzare le pratiche di mediazione per le controversie transfrontaliere tra i 27 Stati membri (esclusa la Danimarca)²¹, con 23 diverse lingue ufficiali, oltre 500 milioni di persone e diversi sistemi giudiziari, tra cui 3 giurisdizioni di *common law* (Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord, Irlanda), 2 giurisdizioni miste e civili (Scozia e Malta) e un'ampia varietà di Paesi di diritto civile²². Bisogna dire anche che alcuni Stati membri hanno scelto di completare il quadro normativo delle tutele adeguando la normativa già esistente, mentre altri hanno dovuto emanare una nuova legge sulla mediazione²³.

La Direttiva 2008/52/CE è stata attuata nel periodo di tre anni dalla sua emanazione da parte degli Stati membri, ma ha oltrepassato i confini europei. Molti altri Paesi non europei, che non

²¹ Ai sensi del Considerando n. 30, Direttiva 2008/52CE "... la Danimarca non partecipa all'adozione della presente direttiva e non è vincolata da essa, né è soggetta alla sua applicazione", nonché l'art. 1, paragrafo 3, Direttiva 2008/52/CE "Nella presente direttiva per «Stato membro» si intendono gli Stati membri ad eccezione della Danimarca".

²² M. SCHONEWILLE, F. SCHONEWILLE, *The Variegated Landscape of mediation. A Comparative Study of Mediation Regulation and Practices in Europe and the World*, Printed in Eleven International Publishing, The Netherlands, 2014. Il libro offre una panoramica completa dei quadri normativi della mediazione civile e commerciale. Si tratta di una panoramica pratica sullo sviluppo della mediazione e sulle pratiche di mediazione in tutto il mondo. Questo libro consente un confronto diretto, basato su benchmark standardizzati per ciascun Paese.

²³ Secondo la Relazione della Commissione al Parlamento Europeo sull'applicazione della Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale, Bruxelles, 26.8.2016, COM(2016) 542 final, 4, Conclusioni: "L'entità dell'impatto varia a seconda del livello preesistente dei sistemi di mediazione nazionali: 15 Stati membri disponevano già di un sistema di mediazione completo prima dell'adozione della Direttiva. In questi Stati membri la Direttiva ha comportato poche o nessuna modifica del sistema; in 9 Stati membri la mediazione era disciplinata da norme sparse o, nel settore privato, si basava sull'autoregolamentazione. In questi Stati membri il recepimento della direttiva ha reso necessarie modifiche sostanziali del quadro di mediazione esistente; 4 Stati membri hanno adottato per la prima volta un sistema di mediazione a seguito del recepimento della direttiva. In questi Stati membri la direttiva ha determinato la costituzione di quadri legislativi adeguati per la disciplina della mediazione". Il testo è disponibile all'indirizzo internet: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/COM-2016-542-F2-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

avevano nel proprio sistema giuridico un istituto assimilabile a quello della mediazione, hanno approvato una legge sulla mediazione prendendo come esempio il modello europeo, mettendo in evidenza i principi cardine contenuti nella Direttiva 2008/52/CE. Tanto risulta anche se da parte degli Stati non veniva indicato il modello cui si erano ispirati per costruire la propria disciplina. Dall'analisi comparativa delle loro leggi-quadro sulla mediazione si riscontrano più punti comuni.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della Direttiva 2008/52/CE²⁴, in conformità con l'art. 11²⁵ della Direttiva 2008/52/CE si basa sullo studio analitico sulle prassi²⁶ effettuato dalla Commissione del Parlamento e

²⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, in materia di mediazione in materia civile e commerciale (c.d. "direttiva sulla mediazione") (2016/2066(INI)).

²⁵ Art. 11, Direttiva 2008/52/CE, denominato "Revisione", secondo il quale: "Entro il 21 maggio 2016 la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'attuazione della presente Direttiva. La relazione esamina lo sviluppo della mediazione nell'Unione europea e l'impatto della presente Direttiva negli Stati membri. Se del caso, la relazione è corredata di proposte di modifica della presente Direttiva".

²⁶ Sono stati analizzati i seguenti documenti: "La relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (COM(2016)0542); La raccolta di analisi approfondite della direzione generale delle Politiche interne dal titolo "The implementation of the Mediation Directive – 29 November 2016" (L'attuazione della direttiva sulla mediazione – 29 novembre 2016); Lo studio della Commissione dal titolo "Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the "Mediation Directive" (Studio per una valutazione e attuazione della direttiva 2008/52/CE – la "direttiva sulla mediazione") del 2014; Lo studio della direzione generale delle Politiche interne dal titolo "Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU" (Riesame della direttiva sulla mediazione: valutazione dell'impatto limitato della sua attuazione e proposta di misure per incrementare il numero di mediazioni nell'UE), la valutazione dell'attuazione europea della direttiva sulla mediazione elaborata dall'unità Valutazione d'impatto ex post dei Servizi di ricerca del Parlamento europeo (EPRS); Lo studio della direzione generale delle Poli-

dalla Direzione generale delle Politiche interne. Nella Risoluzione citata, il Parlamento rivolge agli Stati membri delle Raccomandazioni, tra le quali quella: *“di approfondire maggiori sforzi per incoraggiare il ricorso alla mediazione nelle controversie civili e commerciali, anche attraverso opportune campagne di informazione che forniscano ai cittadini e alle persone giuridiche informazioni adeguate e complete sulla validità della procedura e sui suoi vantaggi in termini di economicità dei tempi e delle spese, nonché per assicurare una migliore cooperazione tra i professionisti della giustizia a tal fine; sottolinea al riguardo la necessità di uno scambio di migliori pratiche nelle varie giurisdizioni nazionali, sostenuto da misure adeguate a livello di Unione, al fine di aumentare la consapevolezza dell'utilità della mediazione”*²⁷.

Non sono mancate difficoltà pratiche e legislative nel funzionamento dei sistemi nazionali di mediazione, specialmente per quanto riguarda le controversie transfrontaliere. L'attuazione della Direttiva 2008/52/CE da parte degli Stati membri è stata analizzata più volte da parte delle istituzioni europee. Secondo tali analisi, le criticità incontrate sono *“connesse principalmente alla mancanza di una cultura della mediazione”* negli Stati membri, ad una conoscenza insufficiente del modo in cui gestire i casi transfrontalieri, al basso livello di sensibilizzazione alla mediazione e al cattivo funzionamento dei meccanismi di controllo della qualità per i mediatori. Diversi partecipanti alla consultazione pubblica hanno sostenuto che la mediazione non è sufficientemente conosciuta e che è ancora necessario un *“cambiamento culturale”* per garantire che i cittadini abbiano fiducia nella mediazione. Hanno inoltre sottolineato che i giudici, gli organi giurisdizionali e gli avvocati sono ancora riluttanti a proporre la mediazione alle parti, a causa della scarsa conoscenza dell'istituto e dei suoi vantaggi²⁸.

Nel 2013 l'Unione Europea è intervenuta nella materia consumeristica, introducendo due importanti discipline al fine di tutelare i diritti dei consumatori e facilitare il loro accesso alla

tiche interne dal titolo “Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis” (Quantificare i costi derivanti dal mancato ricorso alla mediazione – un'analisi dei dati)”.

²⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017, cit., p. 11.

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017., cit.

giustizia attraverso la Direttiva sulle ADR²⁹ ed il Regolamento sulle ODR³⁰ per i consumatori. I due testi legislativi hanno un impatto progressivo e innovativo sulla normativa, l'organizzazione e il coordinamento dei sistemi europei di *Alternative Dispute Resolution* diretti alla tutela dei diritti dei consumatori.

La Direttiva 2013/11/UE mira a garantire ai consumatori europei la possibilità di proporre una procedura per la risoluzione alternativa delle controversie contrattuali contro un professionista dell'UE dinnanzi a un organismo ADR incaricato di gestire le procedure ADR, stabilisce requisiti armonizzati di qualità vincolanti per gli organismi e le procedure ADR, in modo da garantire, soprattutto l'accesso agli organismi e alle procedure ADR³¹, nonché i principi di trasparenza³², competenza, indipendenza e imparzialità³³, equità³⁴, legalità³⁵, efficacia³⁶ e libertà³⁷. La conformità a tali principi viene garantita dalle autorità nazionali competenti designate da ciascuno dei Paesi dell'UE³⁸. Si sta-

²⁹ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE. Disponibile per la consultazione sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0011>.

³⁰ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il Regolamento (CE) n.2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE. Disponibile per la consultazione sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32013R0524>.

³¹ Art. 5, nonché i Considerando n. 25, 26 e 45, Direttiva 2013/11/UE.

³² Art. 7, nonché il Considerando n. 39, Direttiva 2013/11/UE.

³³ Art. 6, Direttiva 2013/11/UE.

³⁴ Art. 9, Direttiva 2013/11/UE.

³⁵ Art. 11, Direttiva 2013/11/UE.

³⁶ Art. 8, Direttiva 2013/11/UE.

³⁷ Art. 10, Direttiva 2013/11/UE.

³⁸ Vedi il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori (GU L 364 del 9.12.2004, p. 11). Disponibile sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32004R2006>.

bilisce pure l'obbligo dei professionisti di informare i consumatori in merito alle ADR, precisando quando sono obbligati a usare le procedure ADR. Gli Stati membri dell'UE dovevano recepire la Direttiva 2013/11/UE entro il 9 luglio 2015³⁹.

Il Regolamento(UE) n. 524/2013 si collega alla Direttiva 2013/11/UE e mira a creare una piattaforma (sito web) per la risoluzione delle controversie online (*Online Dispute Resolution*) a livello europeo, attraverso la quale i consumatori ed i professionisti potranno tentare di risolvere le controversie quando si verifica un problema relativo a un prodotto o a un servizio che hanno acquistato in qualsiasi posto all'interno dell'Unione europea. Si può accedere alla piattaforma ODR attraverso il portale «La tua Europa»⁴⁰. La piattaforma ODR sarà collegata elettronicamente a tutti gli organismi di mediazione nazionali che sono stati istituiti e notificati, tramite le autorità statali competenti alla Commissione europea, in conformità con la Direttiva 2013/11/UE per i consumatori. Il Regolamento è in vigore dal 9 gennaio 2016. La piattaforma ODR è accessibile ai consumatori e professionisti dal 15 febbraio 2016.

Con due Direttive (del 2008 sulla mediazione e del 2013 sulle ADR) ed un Regolamento sulle ODR, l'Unione Europea cerca di costituire un sistema forte di ADR, basato sui principi di trasparenza, qualità, equità, efficienza ed efficacia (elencazione dei principi non esauriente), in quanto, le procedure extragiudiziali alternative, confidenziali e volontari, rappresentano non solo uno strumento facilmente accessibile per i cittadini, volto a risolvere diversi tipi di controversie ma anche ad alleviare il carico dei sistemi giudiziari. Tante volte l'Unione Europea ha segnalato il bi-

³⁹ Art. 25, Direttiva 2013/11/UE.

⁴⁰ La piattaforma di risoluzione online delle controversie (ODR) è fornita dalla Commissione europea per consentire a consumatori e professionisti dell'UE di risolvere le controversie riguardanti l'acquisto online di prodotti e servizi senza dover andare in tribunale. La piattaforma ODR non è collegata ad alcun professionista, si avvale solo di organismi per la risoluzione delle controversie autorizzati dai rispettivi governi nazionali in base a criteri qualitativi associati a equità, trasparenza, efficacia e accessibilità. La piattaforma ODR è di facile utilizzo e guida gli utenti attraverso l'intera procedura. È disponibile in tutte le lingue dell'UE. Accedere alla piattaforma ODR è possibile attraverso il sito: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=IT>.

sogno di procedure extragiudiziali, che siano in grado di raggiungere risultati notevoli e dare una tutela maggiore alle parti, non sminuendo il ruolo del sistema giudiziale dei Paesi. Deprimente è il fatto che dopo molto tempo dalla prima raccomandazione sui principi ADR in materia consumeristica⁴¹, le procedure ADR non sono state adeguatamente attuate in nessun Paese membro in maniera soddisfacente; ciò ha portato l'Unione Europea a rafforzare il quadro delle ADR con le ultime Direttive e Raccomandazioni.

Il problema dell'equità ed efficacia dei sistemi extragiudiziali non è stato pienamente risolto con gli ultimi interventi dell'UE ma nonostante questo si nutre la speranza di migliorare attraverso il maggior accesso alle procedure ADR ed il miglioramento qualitativo delle stesse.

Le tipologie delle procedure ADR variano notevolmente da uno Stato membro all'altro⁴² e le controversie transfrontaliere spesso non sono trattate in modo univoco ed efficace dagli organismi ADR, ciò comporta tante difficoltà e complicazioni nelle controversie tra Stati UE ed extra UE, anche in considerazione del fatto che, sebbene le Direttive riguardino i Paesi dell'Unione Europea, l'uso di esse all'estero (con i Paesi o cittadini contraenti extra UE) è possibile, non essendo prevista alcuna limitazione all'inserimento in contatto della "clausola" che prevede il ricorso alla mediazione ex Direttiva 2008/52/CE.

Nonostante questo, la consapevolezza delle persone nel ricorso ai metodi extragiudiziali sta crescendo notevolmente, non solo in Europa ma in tutto il mondo. Garantire la sicurezza delle persone che "navigano" nel mercato dei beni e servizi, attraverso la

⁴¹ Raccomandazione della Commissione 98/257/CE del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (GU L 115 del 17.04.1998, p. 31) e la Raccomandazione 2001/310/CE, del 4 aprile del 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo (GU L 109 del 19.04.2001, p. 56).

⁴² Vedi C. HODGES, I. BENÖHR, N. CREUTZFELD-BANDA, *Consumer ADR in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2012. Si tratta di un primo studio comparativo sistematico sui sistemi ADR dei consumatori, le diverse architetture nazionali all'interno delle quali operare e la possibilità di migliorare. Descrive i sistemi ADR in Belgio, Francia, Germania, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Slovenia, Spagna, Svezia e Stati Uniti Regno Unito nonché i programmi di risoluzione delle controversie.

costruzione di un sistema alternativo e facilmente accessibile in grado di garantire i risultati migliori in tempi più brevi di un ricorso al tribunale, rimane una delle prerogative dell'UE.

2. *La legge di mediazione nella Federazione Russa.* – Il sistema giuridico dei diversi Stati non europei cambia le prospettive sull'uso delle ADR. A seguito della Direttiva 2008, la Russia ha deciso di dotarsi di una legge sulla mediazione⁴³. Infatti non aveva ancora adottato questo metodo ADR, ma soltanto alcuni tipi di ADR inclusi nel codice civile: esisteva la norma che regola la stipulazione di un accordo conciliativo (chiamato "accordo di pace"), che le parti potevano concludere in corso di causa giudiziale, previa conferma del giudice ed in caso di mancata conferma la controversia proseguiva il suo corso in tribunale.

Il Consiglio della Federazione, camera alta del parlamento russo, ha approvato la legge n. 193-FZ del 27 luglio 2010 *"Su una procedura alternativa per la risoluzione delle controversie che coinvolgono un intermediario (procedura di mediazione)"*⁴⁴

⁴³ I.V. REHTINA, *Mediatsija v Rossiikakalternativnyjsposobrazrjeshhenijasporov i eljementintjegratsii v jevropejskojesoobshchjestvo*, v *Jurist*, n. 11, 2012, s. 40-43: "Spesso è possibile trovare dichiarazioni che il legislatore russo ha preso in prestito riguardo il meccanismo dei sistemi giuridici di altri Paesi in Europa e in America, in cui la mediazione è molto diffusa. Allo stesso tempo, questa istituzione non è nuova per la legislazione russa, ma è nota da diversi secoli. Una delle prime normative nazionali che regolano direttamente l'attività degli intermediari (mediatori), è il nome di un decreto "Sulla scelta dei mediatori per analizzare il caso di un tribunale arbitrale", l'11 novembre 1802 il comandante militare di San Pietroburgo del conte Kamensky, doveva scegliere un mediatore o un intermediario per risolvere il conflitto. (Cit. di autore: Raccolta completa delle leggi dell'Impero russo dal 1649. T. XXVII. SPb., 1830, n. 20504). In seguito, la procedura di composizione delle controversie, con la partecipazione di un mediatore (mediatore) è stata sancita dalle norme approvate dal regolamento il 15 aprile 1832. (Cit. di autore: Collezione completa di leggi dell'Impero russo. Il secondo incontro. Volume VI, SPb., 1832, n. 4500). La procedura per la risoluzione delle controversie con la partecipazione di un mediatore (mediatore) è durata fino al 1917 ed è stata successivamente esclusa dall'applicazione della legge nazionale. Nel XXI secolo il legislatore è tornato su questo meccanismo, diffuso e generalmente accettato nella pratica mondiale".

⁴⁴ Legge federale della Russia n. 193-FZ del 27 luglio 2010 *"Su una procedura alternativa per la risoluzione delle controversie che coinvolgono un interme-*

(da ora in poi "*legge federale sulla mediazione*"), entrata in vigore il 1° gennaio 2011⁴⁵.

Giuristi e avvocati⁴⁶ l'hanno accolta favorevolmente, poiché rappresentava un sistema di risoluzione consensuale dei conflitti diverso da quello esistente, alternativo al processo e che offriva un'ulteriore possibilità alle parti di risolvere la controversia.

Successivamente, con l'emanazione della legge federale sulla mediazione⁴⁷ sono state apportate modifiche al Codice di procedura civile⁴⁸, al codice del processo arbitrale⁴⁹, al codice

diario (procedura di mediazione)". Fonte reperibile sul sito: <http://base.garant.ru/12177508/>.

⁴⁵ Vedi la ricerca condotta da H. KATHRYN, *What If You Build It and No One Comes? The Introduction of Mediation to Russia*, 2012, Univ. of Wisconsin Legal Studies, Research Paper, n. 1203. Disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2139461>, secondo il quale "*I tribunali e i giudici russi erano ottimisti sul fatto che la mediazione avrebbe alleviato le questioni di sovraccarico del contenzioso giudiziario. L'esperienza iniziale ha dimostrato che i litiganti russi sono scettici nei confronti della mediazione. Le ragioni riguardano un complesso di disincentivi istituzionali e la mancanza di familiarità con la risoluzione alternativa delle controversie. I costi relativamente bassi associati all'approdo in Russia, misurati in termini di denaro, tempo e danni relazionali, hanno fatto ben poco per incoraggiare le parti in causa a optare per la mediazione. L'assenza di una cultura di negoziazione e di definizione anticipata delle sentenze della Corte contribuisce anche all'antipatia nei confronti della mediazione. Varie proposte sono state avanzate nel tentativo di incoraggiare un maggiore uso della mediazione*".

⁴⁶ T. SHAMLIKASHVILI, presidente del Centro per la Mediazione e il Diritto "... *l'adozione del progetto di legge sulla mediazione è significativa per la società legale e costituisce una prova del riconoscimento della mediazione a livello governativo ...*". In riferimento alla citazione: <https://www.mondoadr.it/ad- news/la-mediazione-ai-nastri-di-partenza-in-russia.html>.

⁴⁷ Legge federale della Russia n. 194-FZ del 27 luglio 2010 "*Sulle modifiche apportate negli atti legislativi con l'attuazione della legge Federale riguardante una procedura alternativa per la risoluzione delle controversie che coinvolgono un intermediario (procedura di mediazione)*". Fonte disponibile sul sito: <http://online.zakon.kz>.

⁴⁸ Con l'art. 1, legge federale della Russia n. 194-FZ del 27 luglio 2010 "*Sulle modifiche apportate negli atti legislativi ...*" è stato modificato l'articolo 202 parte prima del Codice civile della Federazione Russa (del 1994, n. 32).

⁴⁹ Con l'art. 2, cit., legge federale è stato modificato il Codice di procedura Arbitrale della Federazione Russa (del 2002, n. 30), apportando modifiche agli art. 56, 135, 138, 153 e 158 del Codice di procedura Arbitrale.

del processo commerciale⁵⁰, oltre alla legge sui tribunali arbitrali⁵¹ ed alla legge sulla pubblicità.

⁵⁰ Art. 4, cit., legge federale modificante l'art. 69, comma 3, punto 1, Codice di procedura civile della Federazione Russa, al riguardo della testimonianza dei mediatori: *"Non sono soggetti a interrogatori come testimoni: ... mediatori – circa le circostanze che sono diventati noti a loro in relazione all'esercizio delle funzioni"*; l'art. 150 denominato *"Le azioni del giudice durante la preparazione della causa per il processo"*, comma 1 punto 5 è stato modificato così: *"Nel preparare la causa per il processo, il giudice: 5) prende le misure per concludere un accordo transattivo tra le parti, compresi i risultati della procedura di mediazione stabilita dalla legge federale, che le parti hanno il diritto di condurre in qualsiasi fase del processo e spiega alle parti il loro diritto di ricorso per la risoluzione della controversia nel tribunale arbitrale e le conseguenze di tali azioni"*; nell'art 169 comma 1 è stato aggiunto quanto segue: *"Il giudice può rinviare il processo per un periodo non superiore a sessanta giorni, su richiesta di entrambe le parti in caso essi decidano di avviare una procedura di mediazione"*; l'art. 179 rilevante nel caso in merito da parte del giudice *"Quindi il giudice che presiede verifica se l'attore supporta le sue richieste, se il convenuto riconosce le richieste dell'attore e se le parti desiderano porre fine alla causa concludendo un accordo transattivo o conducendo una procedura di mediazione"*.

⁵¹ Art. 5, cit., legge federale apportante le modifiche anche alla legge federale russa *"A proposito di tribunali arbitrali nella Federazione Russa"*. Più precisamente, l'art. 5 è stato arricchito con il seguente punto: *"Una controversia non può essere sottoposta al tribunale arbitrale se esiste una clausola di mediazione nel contratto"*; nel capitolo I è stato aggiunto un art. 6.1 denominato *"Applicazione della procedura di mediazione ad una controversia presso un tribunale arbitrale"* composto da 5 commi: *"1. L'applicazione della procedura di mediazione è consentita in ogni fase del procedimento arbitrale. 2. In caso di decisione delle parti di condurre una procedura di mediazione, ciascuna delle parti ha il diritto di presentare una petizione al tribunale arbitrale. Allo stesso tempo, le parti devono presentare al tribunale un accordo sullo svolgimento della procedura di mediazione, concluso per iscritto e conforme ai requisiti previsti dalla legge federale "Sulla procedura di risoluzione alternativa delle controversie che coinvolge il mediatore (procedura di mediazione)". 3. Se il ricorso al tribunale arbitrale è presentato con l'accordo di cui al paragrafo 2 del presente articolo, il tribunale decide in merito alla procedura di mediazione condotta dalle parti. 4. Il termine per la procedura di mediazione è stabilito con l'accordo delle parti secondo le modalità previste dalla legge federale "Sulla procedura di risoluzione alternativa delle controversie che coinvolge un mediatore (procedura di mediazione)", ed è specificato nella sentenza del tribunale arbitrale. L'arbitrato è posticipato per questo periodo. 5. Un accordo di mediazione concluso dalle parti per iscritto in base ai risultati della procedura di mediazione in relazione ad una controversia che viene risolta in un tribunale arbitrale può essere approvato da un tribunale arbitrale come accordo transattivo secondo le regole stabilite dalla presente legge federale"*.

Il 28 aprile 2012 con Protocollo n. 3 del Presidium dell'Organizzazione nazionale dei mediatori è stato approvato *"Il Codice dei mediatori della Russia"*⁵² e con l'Ordinanza n. 1041 del 15 dicembre 2014 del Ministero del lavoro e della protezione sociale della Federazione Russa è stato definito lo Standard professionale *"Specialista nel campo della mediazione (mediatore)"*⁵³. Anche la Corte Suprema della Federazione Russa è intervenuta con riferimento alla prassi sull'ambito applicativo della legge federale sulla procedura alternativa per la risoluzione delle controversie con la partecipazione del mediatore (procedura di mediazione)⁵⁴.

L'VIII Congresso Nazionale della Magistratura, che ha avuto luogo il 19 dicembre 2012 dedicato allo *"Stato del sistema giudiziario della Federazione Russa e le principali direzioni del suo sviluppo"*, ha ribadito che, in molti casi, l'introduzione e lo sviluppo di una risoluzione alternativa delle controversie, migliorerà la qualità della giustizia, fornendo allo stesso tempo una garanzia affidabile in merito ai diritti dei cittadini ed un esito della controversia entro un periodo ragionevole. Tenendo presente ciò, lo sviluppo di procedure conciliative, compresa la mediazione, è una delle aree prioritarie per migliorare i meccanismi esistenti di risoluzione delle controversie e proteggere i diritti inviolabili dei cittadini⁵⁵.

Nel sito dell'Istituto Federale della Mediazione⁵⁶ si rileva che tra gli atti giuridici di base che regolano l'applicazione della procedura, con riferimento alla procedura di mediazione, sono indicati: la Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione⁵⁷; il Codice

⁵² Il codice è disponibile per consultazioni sul sito: <http://www.mediacia.com/files/Documents/Codex.pdf>.

⁵³ La fonte attualmente non è in vigore, ma è consultabile sul sito: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70743342/>.

⁵⁴ <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/616955/>.

⁵⁵ Come in molti Paesi europei, la mediazione si considera come uno strumento di deflazione del carico giudiziario. Per consultare la decisione del 19 dicembre 2012 dell'VIII Congresso Nazionale della Magistratura: https://pravo.ru/store/interdoc/doc/376/Postanovlenie_VII_VSS.pdf.

⁵⁶ <http://fedim.ru/biblioteka-mediatora/pravovye-akty/>.

⁵⁷ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civi-

Europeo di condotta per i mediatori⁵⁸ (Codice di condotta per mediatori), sviluppato per iniziativa da un gruppo di mediatori praticanti con il sostegno della Commissione europea, adottato in una conferenza a Bruxelles il 2 giugno 2004; il Regolamento (UE) n. 524/2003⁵⁹ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione online delle controversie in materia di consumo; la Direttiva 2013/11/UE⁶⁰ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie nel settore del consumo; la Legge modello UNCITRAL sulla conciliazione commerciale internazionale⁶¹ e l'*Uniform Mediation Act*⁶².

le e commerciale. La Direttiva è consultabile sul sito internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EL>.

⁵⁸ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf.

⁵⁹ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori). Disponibile per la consultazione sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32013R0524>.

⁶⁰ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). Disponibile per la consultazione sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0011>.

⁶¹ La legge modello UNCITRAL è stata inizialmente adottata nel 2002 ed era nota come "*Legge modello sulla conciliazione commerciale internazionale*" riguardante la procedura di conciliazione. La Legge modello è stata poi modificata nel 2018 con l'aggiunta di una nuova sezione sugli accordi transattivi internazionali e la loro applicazione. La legge modello è stata ribattezzata "*Legge modello sulla mediazione commerciale internazionale e accordi internazionali di transazione derivanti dalla mediazione*". Nei suoi testi e documenti pertinenti precedentemente adottati, UNCITRAL usava il termine "*conciliazione*" con la precisazione che i termini "*conciliazione*" e "*mediazione*" erano interscambiabili. Nel modificare la legge modello, UNCITRAL ha deciso di utilizzare il termine "*mediazione*" invece di adattare l'uso effettivo e pratico di entrambi i termini, con l'aspettativa che questo cambiamento faciliti la promozione e aumenti la visibilità della legge modello. Questo cambiamento terminologico non ha implicazioni sostanziali o concettuali. Per evitare l'incertezza derivante dall'assenza di disposizioni statutarie, la legge modello affronta aspetti procedurali della mediazione, compresa la nomina dei mediatori, l'inizio e la cessazione della mediazione, lo svolgimento della mediazione, la comunicazione tra il mediatore e le altre parti, la

La Legge federale russa sulla mediazione ha diversi punti in comune con la Direttiva 2008/52/CE ma sulla scelta del modello di mediazione sviluppato in Russia ha influito la legge modello UNCITRAL⁶³, come evidenziano le fonti bibliografiche⁶⁴. Per quanto attiene al contenuto normativo, il testo di legge si compone di venti articoli, riguardanti l'oggetto della regolamentazione

riservatezza e l'ammissibilità delle prove in altri procedimenti nonché questioni di post-mediazione, come il mediatore che agisce in qualità di arbitro e l'applicabilità degli accordi di transazione. La legge modello prevede regole uniformi per l'applicazione degli accordi di transazione e affronta anche il diritto di una parte di invocare un accordo transattivo in una procedura. Fornisce un elenco esaustivo dei motivi che una parte può invocare in una procedura coperta dalla Legge modello. Quest'ultima può essere utilizzata come base per l'attuazione della legislazione sulla mediazione, inclusa, ove necessario, per l'attuazione della Convenzione delle Nazioni Unite sugli accordi internazionali di transazione derivanti dalla mediazione. Info: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation.

Per consultare "Legge modello sulla mediazione commerciale internazionale e accordi internazionali di transazione derivanti dalla mediazione": http://www.uncitral.org/pdf/english/commissionssessions/51st-session/Annex_II.pdf.

⁶² *L'Uniform Mediation Act*, redatto in collaborazione con la Sezione sulla risoluzione delle controversie dell'ABA (American Bar Association), stabilisce un privilegio di riservatezza per mediatori e partecipanti. La legge è stata modificata nel 2003 per facilitare l'adozione da parte dello stato della legge modello UNCITRAL 2002 sulla conciliazione commerciale internazionale. <https://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>.

⁶³ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002*. La versione del 2002 è disponibile sul sito: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf.

⁶⁴ E.A. BORISOVA, *Rossiškaja protsedura mediatsii: kontsjeptsija razvitija*, v *Vestnik Moskovskogo Universiteta*, Seria 11, n. 5. 2011, s. 18-30, disponibile per consultazioni sul sito: <http://bgarf.ru/science/baltic-center-of-mediation-and-conflictology/publikacii/01.pdf>; S.I. KALASHNIKOVA., E.I. NOSYRJEVA, *Nauchno - praktičeskii kommentarii k federalnomu zakonu «Ob alternativnoi protsedure urjeglirovanija sporov s uchastijem posrednika (protsedure mediatsii)»*, 2011; S.K. ZAGAÏNOVA, *O gosudarstvjenno-pravovoï politikje intjegratsii mjediatsii v rossiškiju pravovuju kulturu, Tjendjentsii razvitija tsivilisticheskogo protsjessualnogo zakonodatjelstva i sudoproizvodstva v sovrjemjennoï Rossii*; *Matjerialy mjezhdu nar. nauch.-prakt. kdnf., posvjashchjennoï pamjati im. Zaïtsjeva ot 23 oktjabrja 2009, Saratov*, 2009, s. 195-198; S.K. ZAGAÏNOVA, *O kompleksnom podhodje k razvitiju mjediatsii v Rossi*, v *Zakon*, n. 3, 2012, s. 51-56; http://www.mediacia.com/news/dir_eu_ru.pdf.

e l'ambito di applicazione, le definizioni, i principi, il ricorso alla mediazione, la durata e le spese della procedura di mediazione, le norme sull'accordo di mediazione ed i requisiti per i singoli mediatori ed organismi⁶⁵.

Dall'art. 1, comma 1, legge federale sulla mediazione si evince lo scopo principale affidato alla legge di mediazione: la legge è stata sviluppata con l'obiettivo di creare condizioni legali per l'applicazione nella Federazione Russa di una procedura alternativa di risoluzione delle controversie con la partecipazione di un mediatore indipendente (procedura di mediazione), come intermediario, per la promozione dello sviluppo delle relazioni commerciali, la formazione di etica aziendale e l'armonizzazione delle relazioni sociali. Si può notare che lo scopo principale dell'attuazione della legge sulla mediazione non punta ad alleggerire il carico dei tribunali ma allo sviluppo dei rapporti economici e imprenditoriali, ossia alla crescita del mercato nazionale ed a dotare le aziende e gli imprenditori di un'ulteriore strumento di risoluzione dei conflitti.

La mediazione ha lo scopo di definire le controversie velocemente e a "*basso costo*", con specifico riferimento a quelle derivanti dai rapporti contrattuali.

⁶⁵ Il contenuto della legge federale sulla mediazione (ultime modifiche apportate nel 2013): Articolo 1. (Oggetto della regolamentazione e ambito di applicazione della presente legge federale); Articolo 2. (Concetti di base utilizzati in questa legge federale); Articolo 3. (Principi della procedura di mediazione); Articolo 4. Applicazione della procedura di mediazione per l'esame di una controversia da parte di (un tribunale o di un tribunale arbitrale); Articolo 5. (Riservatezza delle informazioni relative alla procedura di mediazione); Articolo 6. (Condizioni per la divulgazione da parte del mediatore di informazioni relative alla procedura di mediazione); Articolo 7. (Condizioni per l'applicazione della procedura di mediazione); Articolo 8. (Accordo sullo svolgimento della procedura di mediazione); Articolo 9. (Selezione e nomina di un mediatore); Articolo 10. (Pagamento per attività connesse allo svolgimento della procedura di mediazione); Articolo 11. (Procedimento per l'esecuzione della procedura di mediazione); Articolo 12. (Accordo di mediazione); Articolo 13. (Durata della procedura di mediazione); Articolo 14. (Risoluzione della procedura di mediazione); Articolo 15. (Requisiti per i mediatori); Articolo 16. (Realizzazione dell'attività di un mediatore su base professionale); Articolo 17. (Responsabilità dei mediatori e delle organizzazioni che svolgono attività per assicurare lo svolgimento della procedura di mediazione); Articolo 18. (Organizzazione autoregolatrice dei mediatori); Articolo 19. (Funzioni di base di un'organizzazione autoregolatrice dei mediatori); Articolo 20. (Entrata in vigore della presente legge federale).

Il Legislatore russo opta per una definizione di mediazione⁶⁶ assai stringente: nell'art. 2, comma 1, è stato indicato che *“la procedura di mediazione è un modo di risolvere le controversie con l'assistenza del mediatore sulla base del consenso volontario delle parti al fine di raggiungere una soluzione reciprocamente accettabile”*⁶⁷. Da ciò si può dedurre che la mediazione in Russia è solo consensuale, basata sui principi di libertà e volontà delle parti, che si prospetta anche nella soluzione dell'accordo, che dovrebbe essere reciprocamente accettabile dalle parti contraenti.

Il campo di applicazione della mediazione riguarda le controversie civili e commerciali, comprese le controversie individuali di lavoro e quelle in materia di rapporti familiari⁶⁸.

Abbiamo detto che l'art. 1 stabilisce l'obiettivo principale della legge e il campo di applicazione della mediazione, merita una

⁶⁶ A dare una definizione ampia ha provveduto il Presidium d'Organizzazione nazionale dei mediatori, con il succitato *“Codice dei mediatori della Russia”* nel punto 2.1: (Trad. in italiano): *“La mediazione è un modo alternativo per risolvere una controversia con la partecipazione di un terzo, neutrale, imparziale – un mediatore, che assiste le parti coinvolte nella disputa con la quale esse partecipano volontariamente al fine di sviluppare una soluzione reciprocamente accettabile e sostenibile di risoluzione della controversia sulla base del reciproco rispetto e riconoscimento dei diritti di ciascuno a proteggere i loro interessi”*. L'art. 1 della legge modello UNCITRAL del 2002 offre una definizione assimilabile a quella di mediazione, usando però il termine *“conciliazione”*: *“conciliation means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute”*. Invece, l'articolo 3 della Direttiva 2008/52/CE definisce la mediazione come *“un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”*.

⁶⁷ Art. 2, comma 1, punto 2), legge federale russa sulla mediazione *“procedura di mediazione – un metodo per risolvere le controversie con l'assistenza di un mediatore basato sul consenso volontario delle parti al fine di raggiungere una soluzione reciprocamente accettabile”*.

⁶⁸ Art. 1, comma 2, 3 e 4, legge federale sulla mediazione.

particolare attenzione in quanto, da un lato allarga il campo di applicazione della procedura di mediazione e dall'altro pone alcuni limiti. Possiamo stabilire i confini della legge sulla mediazione in questi termini: la procedura di mediazione non si applica nei casi in cui le controversie derivano da rapporti diversi da quelli specificati nel comma 2 del presente articolo ma è possibile stendere l'effetto di questa legge federale nei casi previsti da altre leggi federali, ossia trovando apposita norma che riferisce l'applicazione della mediazione al caso concreto e specifico⁶⁹. Il comma 5 indica che la procedura di mediazione non si applica alle controversie collettive di lavoro e alle controversie derivanti dal comma 2, se tali controversie influiscono o possono influire sui diritti e gli interessi legittimi dei terzi non coinvolti nella procedura di mediazione o su interessi pubblici⁷⁰ mentre il comma 6 stabilisce che la legge non si estende alle attività di un giudice civile o arbitrale nel corso di procedimenti civili o arbitrali portati per facilitare la riconciliazione delle parti della controversia, salvo diversa disposizione di legge federale⁷¹. Il com-

⁶⁹ Art. 3, comma 1, legge federale sulla mediazione *"In caso di controversie derivanti da altre relazioni non specificate nel comma 2 del presente articolo, l'applicazione della presente legge federale si applica ai rapporti connessi alla risoluzione di tali controversie applicando la procedura di mediazione solo nei casi previsti dalle leggi federali"*. Ad. es: possiamo indicare artt. 190, 225 e 225.5, Codice di procedura arbitrale della Federazione Russa dal 24.07.2002 n. 95-FZ (ultima modifica del 28.12.2017), che nelle controversie economiche derivanti da rapporti amministrativi e altri rapporti giuridici pubblici (art. 190), nelle controversie sui casi di insolvenza (art. 225) e nelle controversie societarie (art. 225.5) possono ricorrere alla procedura di mediazione. Il Codice di procedura arbitrale di Federazione russa disponibile per consultazioni sul sito: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/.

⁷⁰ Art. 1, comma 5, legge federale sulla mediazione *"La procedura di mediazione non si applica alle controversie collettive di lavoro, così come alle controversie derivanti dalle relazioni specificate nel comma 2 del presente articolo, se tali controversie influenzano o possono influenzare i diritti e gli interessi legittimi di terzi che non partecipano alla procedura di mediazione o interessi pubblici"*.

⁷¹ Art. 1, comma 6, legge federale sulla mediazione *"Le disposizioni della presente legge federale non si applicano ai rapporti che prevedono la partecipazione di un giudice o di un arbitro durante un procedimento giudiziario o arbitrale per la riconciliazione delle parti, se non diversamente previsto dalla legge federale"*:

ma 4 fa salvo il caso di applicazione della procedura di mediazione dopo che sia sorta la controversia, pendente davanti al tribunale civile e arbitrale⁷².

I principi fondamentali della mediazione sono elencati nelle norme iniziali della Legge, in particolare il carattere volontario della procedura, la riservatezza del procedimento, l'uguaglianza delle parti e il loro dovere di collaborare per l'esito positivo della mediazione, l'imparzialità, neutralità e l'indipendenza del mediatore⁷³. Alcuni dei principi sono generali e hanno carattere fondamentale e alcuni si applicano soltanto al processo o al mediatore o organismo, e possono essere anche trascurati se ci sono situazioni di particolari esigenze o casi eccezionali previsti dalle leggi russe; occorre ricordare che anche le parti possono concordare diversamente sull'applicazione o meno di certi principi⁷⁴.

Per quanto riguarda la persona del mediatore, il Legislatore russo ha previsto due categorie: mediatori professionisti e non professionisti, c.d. *ad hoc*, il cui status non viene indicato in modo chiaro. Professionisti e non professionisti si differenziano soltanto per i requisiti richiesti per lo svolgimento di tale carica e in relazione alla specifica controversia. Per i non professionisti si tratta per lo più di un'attività occasionale ed è sufficiente avere almeno diciotto anni, piena capacità d'agire e assenza di condanne pendenti.

Per i mediatori professionisti invece i requisiti per svolgere l'attività sono notevolmente più stringenti; è infatti richiesto il compimento del venticinquesimo anno di età, il conseguimento di una laurea (non necessariamente giuridica) ed il completa-

⁷² Art. 1, comma 4, legge federale sulla mediazione *"La procedura di mediazione può essere applicata dopo che sono sorte le controversie derivanti dai procedimenti civili e dai procedimenti giudiziari nei tribunali arbitrali"*.

⁷³ I principi fondamentali applicabili alla procedura di mediazione sull'accordo e sulla figura del mediatore e degli organismi dei mediatori sono descritte più dettagliatamente nei Codice del mediatore russo.

⁷⁴ Il principio di riservatezza, elencato nell'art. 3, legge federale sulla mediazione, riscontra alcuni limiti, indicati nell'art. 5, comma 1, legge federale sulla mediazione: *"Nel condurre la procedura di mediazione, tutte le informazioni relative alla procedura di cui sopra sono riservate, ad eccezione dei casi previsti dalle leggi e dai casi federali, a meno che le parti non abbiano concordato diversamente"*.

mento di un particolare percorso formativo previsto dalla legge.

In Russia si presta molta attenzione alla formazione e all'educazione del mediatore professionista⁷⁵, il suo ruolo di terzo indipendente, cioè intermediario delle parti, è molto importante per costruire un processo di mediazione nel rispetto dei principi dettati dalla legge e dal codice di condotta.

La legge federale sulla mediazione stabilisce possibili ipotesi d'incompatibilità⁷⁶: ad esempio, l'attività di mediazione non può essere svolta da funzionari pubblici⁷⁷ o da giudici in pensione⁷⁸, salvo casi in cui possano essere indicati dall'Organiz-

⁷⁵ La disciplina vigente in Russia riguardante la formazione e l'istruzione del mediatore è fonte di numerosi problemi: lo Stato vuole centralizzare il sistema di formazione dei mediatori e si scontra con i poteri di autoregolamentazione delle associazioni dei mediatori.

⁷⁶ Gli artt. 15 e 16, legge federale sulla mediazione prevedono i requisiti necessari per i mediatori, sia quelli professionali (l'art. 15 e l'art. 16) che quelli *ad hoc* (l'art. 15), indicando per entrambe le categorie le possibili ipotesi di incompatibilità.

⁷⁷ Art. 15, comma 4, 5 e 6, legge federale sulla mediazione.

⁷⁸ Secondo il parere del Consiglio dei giudici della Federazione Russa del 23 agosto 2012 *"Riepilogo delle domande e risposte"*: la domanda n. 6 *"Un giudice in pensione ha diritto di svolgere l'attività del mediatore? La risposta non era soddisfacente: secondo l'art. 15 della legge federale del 27.07.2010, n.193-FZ "Sul processo di risoluzione alternativa delle controversie che coinvolgono un mediatore (procedura di mediazione)" l'attività di mediatore può essere effettuata sia a titolo professionale e non professionale e non è un'attività imprenditoriale. La legge non proibisce esplicitamente le attività del mediatore da parte dei giudici che si dimettono. La restrizione generale per lo svolgimento dell'attività del mediatore è stabilita nel cl. 15 della legge, in cui si afferma che i mediatori non possono essere titolari di cariche pubbliche della Federazione Russa, le posizioni di servizio civile dello stato, le posizioni di servizio comunale, salvo diversa disposizione della legge federale. Allo stesso tempo, "Sulla Stato dei giudici nella Federazione Russa" Legge della Federazione Russa determina le attività che possono essere implementate dai giudici stabilendo che un giudice in pensione e che abbia esperienza lavorativa di almeno 20 anni, o abbia raggiunto l'età di 55 anni (per le donne 50), hanno il diritto di lavorare solo in specifici organi e posizioni specificati dalla legge, che sono formulati in modo esaustivo. Dall'interpretazione sistemica dei paragrafi. 3 e 4 dell'art. 3 della legge federale "Sullo status dei giudici nella Federazione Russa" emerge che il giudice in pensione, non può esercitare altre attività a pagamento, tranne che per l'insegnamento, attività scientifiche e altre di carattere creativo espressamente nominate nel par. 4 dell'art. 3*

zazione del mediatori o siano previsti dai codici di condotta. Inoltre i mediatori sono soggetti ad alcuni divieti, quale quello di prestare consulenza o assistenza a favore di una delle parti in conflitto ovvero quello di fornire a terzi informazioni sul merito della controversia rispetto alla quale si opera in veste di mediatore o, ancora, quello di rendere testimonianza su fatti e circostanze appresi nel corso del procedimento di mediazione.

I singoli mediatori possono operare a titolo individuale ma la legge federale prevede anche l'istituzione di organismi di mediazione. I mediatori e gli organismi di mediazione possono dar vita ad associazioni professionali dotate di un potere di autoregolamentazione: queste associazioni sono autorizzate a elaborare regolamenti di procedura comuni e codici di condotta uniformi e possono farsi carico della formazione dei mediatori ed assoggettarli a procedimenti disciplinari. L'autonomia riconosciuta alle associazioni professionali di mediatori è stata valutata positivamente sia dai mediatori stessi, sia dalla dottrina: a giudizio di chi scrive, tuttavia, lasciare al potere di autoregolamentazione aspetti molto delicati, quali la formazione del mediatore e i controlli sulla qualità della mediazione, non sembra essere una scelta opportuna. E, come si può facilmente intuire, anche questo genere di incertezze non favorisce lo sviluppo della mediazione⁷⁹.

*della legge federale sullo status dei giudici nella Federazione russa". In connessione con l'adozione della legge federale "Sulla procedura di risoluzione alternativa delle controversie che coinvolgono un mediatore (procedura di mediazione)" ogni cambiamento nella legge federale "Sulla Stato dei giudici nella Federazione Russa", che disciplina il diritto dei giudici, compresi quelli che sono in pensione, di effettuare la procedura di mediazione, non sono stati introdotti. Pertanto, a causa dell'attuale regolamentazione legale, un giudice in pensione non ha il diritto di svolgere l'attività di mediatore". Per consultare il sopra citato parere in lingua russa: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70118410/#ixzz5MMVY0J5X>. Sul ipotesi d'incompatibilità del mediatore vedi: T.A SHAMLIKASHVILI, *Kto mozhjet byt mjediatorom i pochjemu imi nje mogut byt gosslužhashchije i munitsipalnyje služhashchije?*, la pubblicazione è reperibile sul sito: <http://www.garant.ru/ia/opinion/shamlikashvili/474180/#ixzz5MMZsPrQJ>; V.E. GUSEV, *Pravovoj status mediatora, v Molodoj uchjennyj*, 11, 2011, s. 8-9, disponibile su: <https://moluch.ru/archive/34/3933/>.*

⁷⁹ V. ABOLONIN, *La mediazione in Russia: una nuova strada verso l'ignoto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffe, Anno LXV, Fasc. 4, 2011, p. 1113: "... non è chiaro, tuttavia, quale sia lo status giuridico di tali

L'intera procedura si basa sugli accordi fra le parti, sia scritti che orali, che corrispondono pienamente a uno dei principi fondamentali della mediazione: volontarietà e libertà di espressione. Il tentativo di mediazione può svolgersi in qualunque fase della controversia, anche quando vi è già una causa pendente dinanzi ad un giudice. Peraltro, anche in pendenza di un giudizio è riconosciuta al giudice la facoltà di invitare le parti ad esperire fuori dal processo un tentativo di mediazione (c.d. mediazione demandata dal giudice).

Tornando alla procedura, l'articolo 2, Legge federale sulla mediazione fornisce la definizione di tre atti che "accompagnano" l'intero procedimento di mediazione: per primo, ricordiamo l'atto con cui le parti concordano di ricorrere alla mediazione (accordo sull'applicazione della procedura di mediazione), che è un documento che fissa l'intenzione/l'obbligo per le parti in caso di controversia di utilizzare la procedura di mediazione (art. 2, comma 5, legge sulla mediazione). Si tratta di una clausola di mediazione inserita in un contratto o in un altro documento, anche separato. Inoltre, l'accordo (clausola di mediazione) può contenere l'obbligo di non rivolgersi ad un tribunale (civile o arbitrale) per la durata della procedura di mediazione.

Nella clausola di mediazione le parti sono libere di fissare un termine ragionevole, prima della scadenza, ai sensi del quale si impegnano a non agire in giudizio e ad adoperarsi per risolvere il conflitto tramite la mediazione. Tuttavia, la parte che non osserva tale termine ed inizia immediatamente la causa non incorre in alcuna sanzione, se dimostra che il ricorso all'autorità giudiziaria è essenziale per la tutela dei suoi diritti: una previsione di questo genere dimostra che il ricorso alla mediazione ha un carattere assolutamente volontario, come abbiamo detto prima, e che non viene meno neppure quando, almeno all'origine della controver-

organismi e neppure di quale tipo di mediatori (professionisti o occasionali) possano avvalersi. L'ambiguità della legge a questo riguardo costituisce un dato negativo, in quanto potrebbe consentire pratiche scorrette e poco trasparenti che, nel lungo periodo, finirebbero per impedire alla mediazione di consolidarsi come metodo alternativo di risoluzione delle controversie ..."; S.K. ZAGAJNOVA, V.V. JARKOV, Kommjentarij k fjedjeralnomu zakonu ob altjernativnoj protsjedurje urjeguľirovanija sporov s uchastijem posrjednika (protsjedurje mjediatsii), v Infotropic media, Mosca-Berlin, 2011.

sia, entrambe le parti si siano impegnate a non agire in giudizio per un certo periodo di tempo. La presenza di una clausola di mediazione costituisce soltanto un ostacolo per le parti di rivolgersi ad un tribunale arbitrale (l'art. 5, comma 5, Legge federale del 24 luglio 2002 n. 102-FZ "Sui tribunali arbitrali nella Federazione Russa") ma le stesse sono libere di ricorrere ad un tribunale civile per far valere i loro diritti (l'art. 7, comma 3, legge federale sulla mediazione). Il legislatore in tal modo si è impegnato a garantire il diritto fondamentale di ricorrere al tribunale.

Il secondo atto di cui all'art. 2, comma 6, Legge federale sulla mediazione è l'accordo sullo svolgimento della procedura di mediazione, che indica l'inizio della stessa procedura e deve contenere le informazioni specificate nell'art. 8, Legge federale sulla mediazione: la forma è necessariamente scritta ed è obbligatoria l'indicazione dell'oggetto della controversia, della persona del mediatore o organismo di mediazione, che si impegna a garantire lo svolgimento della procedura di mediazione, la modalità di regolamentazione della procedura⁸⁰, le condizioni di ripartizione delle spese⁸¹ e i termini di mediazione.

La mediazione, in genere, non dovrebbe superare i sessanta giorni. I termini specifici si stabiliscono contestualmente all'accordo sullo svolgimento della procedura di mediazione. Il tempo massimo stabilito dalla legge, previsto soltanto in casi eccezionali e con il consenso delle parti e del mediatore, non può superare i centottanta giorni.

Se la procedura di mediazione è stata avviata durante la pendenza della causa davanti al tribunale civile o al tribunale arbitrale, il termine massimo è di sessanta giorni e non può essere

⁸⁰ V. ABOLONIN, *La mediazione in Russia: una nuova strada verso l'ignoto*, cit., pp. 1114-1115 ss.: "... La legge sulla mediazione non detta norme specifiche relative al procedimento; le parti possono determinare liberamente le regole applicabili, o adottare il regolamento di procedura dell'organismo di mediazione al quale si sono rivolte, oppure affidare al mediatore il compito di stabilire come condurre il procedimento, tenendo conto dell'oggetto della controversia e delle esigenze della parti, e comunque nella prospettiva di giungere ad una composizione della controversia nel minor tempo possibile ...".

⁸¹ L'art. 10, comma 2, legge federale sulla mediazione "i costi che riguardano la procedura di mediazione vengono divisi tra le parti in modo eguale, se le stesse non hanno concordato diversamente".

prolungato per nessun motivo. Questo termine è collegato con quello di sospensione della causa pendente, possibile per un massimo di sessanta giorni (l'art. 4, comma 2, Legge federale sulla mediazione, l'art. 158, comma 7 del Codice di procedura arbitrale della Federazione Russa, l'art. 6.1, Legge federale "*Sui tribunali arbitrali nella Federazione Russa*"). Va ricordato che, ai sensi dell'art. 7, comma 4, legge federale sulla mediazione e dell'art. 202, comma 1, punto 5, Codice civile della Federazione Russa e dell'art 202, comma 4, Codice di procedura Civile della Federazione Russa, durante lo svolgimento della procedura di mediazione, il periodo di prescrizione è sospeso⁸². Nonostante le modifiche apportate, nei codici di procedura sono rimaste molte incongruenze per quanto riguarda i termini della procedura di mediazione e il collegamento tra processo civile e arbitrale⁸³.

⁸² Sui termini procedurali previsti nella legislazione russa, si è espresso V. ABOLONIN, cit., p. 1115 "... *La previsione dei termini entro i quali la mediazione deve concludersi riflette una tendenza tipica del diritto processuale russo, che è caratterizzato da una molteplicità di termini perentori previsti per le attività che tanto le parti, quanto il giudice sono tenuti a compiere. Nel campo della mediazione, però, la fissazione di termini di questo genere non appare del tutto giustificata e può prestarsi ad abusi, posti in essere da parti che agiscono in mala fede ...*".

⁸³ Dopo l'entrata in vigore della legge sulla mediazione e le modifiche apportate al Codice di procedura civile della Federazione Russa, al Codice di procedura arbitrale e ad una serie di altre norme procedurali, la pratica ha individuato una serie di lacune e imprecisioni nel meccanismo collegato alla procedura di mediazione. Un serio ostacolo allo sviluppo della mediazione è legato al problema della tempistica incoerente della mediazione. L'attuale Codice di procedura civile crea un conflitto tra i termini generali dei procedimenti civili (l'art. 154 del Codice di procedura civile) ed il periodo di 60 giorni della sospensione, se le parti hanno deciso di ricorrere a una procedura di mediazione. Secondo la regola generale, il tempo per il quale il processo è rinviato deve includersi nelle condizioni per l'esame e la risoluzione delle cause civili. La legge ha creato una situazione paradossale: se il giudice civile competente, per risolvere la controversia, ha rinviato il processo per lo svolgimento della mediazione, esso viola le condizioni del caso e, data la politica giudiziaria, il giudice deve rispettare correttamente i termini procedurali, elemento molto importante nella valutazione della qualità del lavoro dei magistrati. Questo problema è stato evitato nel processo arbitrale, perché secondo l'art. 152, comma 3, Codice di procedura arbitrale, il periodo per il quale il processo è stato rinviato a causa di mediazione non è in-

Il terzo atto è l'accordo di mediazione⁸⁴, raggiunto dalle parti all'esito della procedura di mediazione e si riferisce alla controversia o alle controversie, e necessita la forma scritta. Costituisce il risultato della risoluzione della controversia attraverso la procedura di mediazione e con esso le parti sono libere di formulare gli accordi che hanno raggiunto volontariamente.

Per quanto riguarda la natura giuridica e l'efficacia dell'accordo di mediazione, il legislatore russo ha previsto due tipi di accordo, che fra loro si differenziano per il modo in cui sono stati conclusi: 1) se l'accordo di mediazione è stato concluso mentre la causa era pendente davanti al tribunale ed il giudizio è stato sospeso, tale accordo può (l'art. 12, comma 3, legge federale sulla mediazione non stabilisce un obbligo)⁸⁵ essere approvato da parte del giudice come un accordo amichevole e può essere reso esecutivo dal giudice della causa con l'atto di approvazione che ha la forma dell'ordinanza⁸⁶; 2) se l'accordo di mediazione è concluso in seguito alla procedura avviata dalle parti prima di agire in tribunale, l'accordo ha natura di negozio giuridico, finalizzato alla creazione, alla modifica o cessazione dei diritti e degli obblighi delle parti. Per tale operazione è possibile applicare le norme del diritto civile in materia di risarcimento, novazione, cancellazione del debito. La protezione

cluso nel periodo complessivo del caso ma viene preso in considerazione per determinare il termine ragionevole del procedimento. Sembra logico unificare queste disposizioni e introdurre uno *standard* simile nel Codice di procedura civile. Vedi N.V. PERVYH, *Konfliktologija i mediatsija v grazhdanskom pravje. Problemnaja ljektsija*, Novosib. gos. agrar. un-t. jurid. fak, Novosibirsk, 2017.

⁸⁴ Art. 7, comma 2, legge federale sulla mediazione fornisce la definizione di tale atto e l'art. 12, legge federale sulla mediazione stabilisce la forma, la natura, l'efficacia e l'esecutività.

⁸⁵ Art. 12, comma 3, legge federale sulla mediazione "*L'accordo di mediazione raggiunto dalle parti a seguito della procedura di mediazione condotta dopo il deferimento della controversia ad un tribunale ordinario o ad un tribunale arbitrale può essere approvato dagli stessi come accordo transattivo in conformità al diritto processuale, alla legislazione sui tribunali arbitrali o alla legge sull'arbitrato commerciale internazionale*".

⁸⁶ L'accordo amichevole è regolato nell'art. 173, Codice di procedura civile della federazione russa.

dei diritti violati a seguito di inadempimento o esecuzione impropria di tale accordo di mediazione viene effettuata secondo le modalità previste dalla legge civile⁸⁷. In questo caso l'interessato all'adempimento, se l'altra parte si sottrae agli obblighi assunti con l'accordo, può avvalersi degli ordinari rimedi contrattuali. La sola prospettiva di dover agire in giudizio per ottenere un adempimento dell'accordo di mediazione riduce la volontà delle parti di avviare la procedura di mediazione.

La norma prevede le condizioni di validità ed efficacia dell'accordo di mediazione. L'accordo di mediazione deve essere necessariamente redatto in forma scritta e deve contenere informazioni riguardanti le parti, l'oggetto della controversia, la procedura di mediazione condotta, il mediatore, gli obblighi delle parti, le condizioni ed i termini della loro attuazione. L'esecutività dell'accordo di mediazione è soggetta ai principi di volontarietà e buona fede.

La norma di cui all'art. 14, Legge federale sulla mediazione prevede possibili esiti per la procedura di mediazione, diversi dalla risoluzione della controversia e dalla conclusione di un accordo di mediazione; in ogni caso trattasi di un atto scritto e sottoscritto dalle parti e/o dal mediatore: se le parti stipulano un accordo di rifiuto a proseguire la procedura di mediazione (richiamo del principio della partecipazione volontaria alla procedura di mediazione); se il mediatore dichiara per iscritto, previa consultazione con le parti, la chiusura del procedimento di mediazione, in considerazione dell'inappropriato proseguimento della procedura di mediazione; se una o più parti o tutte le parti fanno dichiarazione scritta, inviata al mediatore, di rifiuto di continuare la procedura di mediazione; se il tempo dato alla procedura di mediazione è scaduto.

Riassumendo, è possibile affermare che la legge federale sulla mediazione prevede tre forme di mediazione: quella volontaria o facoltativa in cui le parti stesse decidono di sottoporre la controversia alla mediazione; quella demandata dal giudice o meglio quella in cui il giudice invita le parti a ricorrere alla mediazione e quella contrattuale, previa clausola di mediazione inserita nel contratto concluso tra le parti. Il ruolo del mediatore

⁸⁷ Art. 12, comma 4, legge federale sulla mediazione.

è di facilitare le parti a risolvere la controversia, a meno che essi non decidano, previo accordo, di riconoscergli il potere di formulare una proposta, considerando che nel corso di tutto il procedimento il mediatore deve mantenere una posizione neutrale nei confronti delle parti; non ha il diritto di consultare le parti su questioni giuridiche, assicurando ad entrambe le medesime opportunità di far valere le proprie ragioni.

Alcuni problemi sono stati osservati⁸⁸: la scarsa conoscenza e fiducia da parte dei cittadini dei vantaggi della mediazione, i problemi di natura economica che, a loro volta, portano anche a una scarsa popolarità dell'istituzione in esame, determinati dall'alto costo dei mediatori professionali e dalla riluttanza delle parti a sostenere costi aggiuntivi. Nonostante tali problematiche non siano state risolte e le lacune nella legislazione non siano state eliminate, si nutre una certa speranza⁸⁹ nello sviluppo della mediazione in Russia.

3. *La mediazione in Bielorussia.* – La diffusione della mediazione nello spazio post – sovietico non ha lasciato indifferente il legislatore della Repubblica Bielorussa che nel 2013 ha emanato la legge sulla mediazione n. 58-Z del 12 luglio del 2013⁹⁰ (da ora in poi “*la legge bielorussa sulla mediazione*”).

⁸⁸ I.A. KARATAJEV, *Aktualnyje probljemy protsjedury mjediatsii v rossii i puti ih rjeshhenija*, Aktualnyje probljemy prava: matjerialy V Mjezhdunar. nauch. konf., Buki-Vedu, 2016, pp. 74-77 ss., URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/224/11437/>; V.V. KOLOMYTTSJEVA, *Mjediativnyj sposobu rjegulirovanija konfliktov: porjadok provjedjenija i njekotoryje probljemy rjealizatsii*, v *Vjestniktu*, 11, 2012, pp. 378-382 ss.; E. LUKJANOVA, T. HUIJDOJKINA, *Probljemy rjealizatsii mjediatsii v rossii*, disponibile sul sito internet: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-realizatsii-mediatsii-v-rossii>.

⁸⁹ O.J. GOLUB, *Pjerspjektivny razvitija mjediatsii v rossii*, Izv. sarat. un-ta. nov. sjer. sotsiologija, Politologija, 2017, pp. 33-37 ss.; L.A. SKORBUNOV, *Pjerspjektivny razvitija mjediatsii v rossijskoj fjedjersatsii*, v *Universum: ekonomika i juri-sprudjentsija: eljكتروn. Zhurn*, 8, 2016, URL: <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/3414>; L.V. MASLJENNIKOVA, J.A. TJEJESHJEVA, *Institut mjediatsii v rf: probljemy i pjerspjektivny*, v *Molodoj uchjennyj*, 13, 2017, pp. 462-464 ss., URL: <https://moluch.ru/archive/147/41247/>.

⁹⁰ Prima della sua attuazione, la legge “*Sulla mediazione*” in Bielorussia ha percorso alcune fasi: il 26 giugno 2013 la legge è stata adottata dalla Came-

Dal momento della sua emanazione, la legge bielorrussa sulla mediazione non è entrata in vigore pienamente, infatti gli articoli

ra dei rappresentanti dell'Assemblea nazionale della Repubblica della Bielorussia, il 28 giugno 2013 è stata approvata dal Consiglio della Repubblica dell'Assemblea nazionale della Repubblica della Bielorussia e successivamente presentata al Presidente della Repubblica della Bielorussia per la firma. Oltretutto è stata sottoposta al giudizio di conformità con la Costituzione della Repubblica della Bielorussia e secondo la Decisione della Corte Costituzionale della Repubblica della Bielorussia del 8 luglio 2013, n. P-841/2013 *“Sulla conformità della Costituzione della Repubblica della Bielorussia con la legge della Repubblica della Bielorussia “Sulla mediazione”* la legge risultava conforme ai principi Costituzionali. Nel punto 1 della Decisione della Corte Costituzionale della Repubblica della Bielorussia, La Corte afferma il principio comunitario dell'accesso alla giustizia secondo il quale: *“Le disposizioni della legge regolano le relazioni pubbliche, connesse con l'uso della mediazione per risolvere le controversie derivanti da rapporti civili, anche in relazione ad altre attività economiche di business e, come, ad esempio, le controversie derivanti dal lavoro e dalle relazioni familiari, se non diversamente previsto da atti legislativi e non, (articolo 2, paragrafo 1). La legge stabilisce il diritto dei cittadini, compresi i singoli imprenditori e le persone giuridiche, all'accesso alla giustizia alternativa (oltre che alla giurisdizione) per la risoluzione delle controversie, compresa la mediazione. Quest'ultima è intesa come il negoziato tra le parti assistite da un mediatore per risolvere la controversia delle parti attraverso lo sviluppo di un accordo reciprocamente accettabile (paragrafo 4, dell'articolo 1 della legge). La Corte costituzionale osserva che le disposizioni della Costituzione riguardanti lo stato di diritto della Repubblica proclamata della Bielorussia garantiscono a tutti il diritto alla tutela giurisdizionale, senza precludere l'applicazione di metodi alternativi di risoluzione dei conflitti. Tali metodi di risoluzione delle controversie, tra le quali è annoverabile la mediazione, non sono sostitutivi dei meccanismi giurisdizionali esistenti, ma complementari, fornendo ai partecipanti ulteriori opportunità per la risoluzione delle eventuali controversie. La possibilità di risolvere le controversie legali nell'ambito della procedura di mediazione è riconosciuta come pratica internazionale dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL). Il 24 giugno 2002 la Commissione ha adottato il modello uniforme “Conciliation Act”, appositamente progettato per la pratica della conciliazione in diversi Paesi e ne ha raccomandato agli Stati l'uso nella legislazione nazionale. Le raccomandazioni del Consiglio d'Europa Comitato dei Ministri del 16 settembre 1986 n.REC (86) 12 “sulle misure per prevenire e ridurre il carico di lavoro eccessivo nei tribunali”, hanno proposto che i governi degli Stati membri con i mezzi necessari adottino misure per facilitare l'accesso ai modi alternativi di risoluzione delle controversie al fine di migliorare la loro efficacia come procedura sostitutiva del processo. La Direttiva del 21 maggio 2008 n.2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione Europea relativa ad alcuni aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, afferma il principio*

da 1 a 17 e l'art. 19, comma 2 sono entrati in vigore sei mesi dopo la pubblicazione ufficiale della legge. L'art. 19 è strettamente collegato con l'art. 18 che prevede le misure di attuazione della legge e che il Consiglio dei ministri della Repubblica di Bielorussia congiuntamente alla Corte di Cassazione della Repubblica di Bielorussia, alla Corte Suprema della Repubblica della Bielorussia, al Centro nazionale per la legislazione e gli studi giuridici della Repubblica di Bielorussia entro un periodo di sei mesi devono assicurarsi che gli atti legislativi siano resi conformi alla presente legge e devono adottare altre misure per attuare le disposizioni della stessa. In questo modo il legislatore bielorusso ha garantito la piena attuazione delle leggi e dei decreti collegati al funzionamento della mediazione, lasciando il tempo per le modifiche necessarie degli atti normativi sulla procedura. La legge bielorusa sulla mediazione è attualmente in vigore dal 24 gennaio 2014⁹¹.

Ciò significa che i modi alternativi di risoluzione delle controversie esistevano già in Bielorussia, si trattava di un accordo di pace, sotto forma di mediazione *tout court*, approvato dal tribunale, sulla base di appositi articoli nel codice di procedura civile⁹² e

fondamentale dell'accesso alla giustizia, incoraggiando gli Stati membri a creare procedure extragiudiziali alternative e garantire così un migliore accesso alla giustizia comprensiva dei metodi giudiziari e stragiudiziali di risoluzione delle controversie. La Corte costituzionale ritiene che la creazione di condizioni giuridiche per l'applicazione nella Repubblica di Belarus delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie che coinvolgono i mediatori, in maniera complementare alla giurisdizione dei tribunali, aumenterà la capacità dei cittadini e dei soggetti economici di scegliere i mezzi di risoluzione dei conflitti, al fine di garantire i loro diritti e interessi". Per consultare la Decisione della Corte (lingua russa): <http://kc.gov.by/print.aspx?guid=31433>.

⁹¹ La legge della Repubblica di Bielorussia "Sulla mediazione", n. 58-Z del 12 luglio del 2013. Disponibile sul sito: http://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_mediatsii.htm.

⁹² Art. 61, denominato "Diritti processuali delle parti", Codice di procedura civile della Repubblica di Bielorussia, l'art. 61, comma 3: "Le parti possono concludere la controversia attraverso l'accordo di pace (alcune fonti traducono tale locuzione come "accordo amichevole"), o anche attraverso la mediazione entro il termine stabilito dal tribunale". Il codice è disponibile sul sito: <http://kodeksy.by/grazhdanskiy-processualnyy-kodeks/statya-61>. L'accordo di pace è una forma di giustizia basata sul consenso delle parti, una sorta di accordo concluso tra le stesse in pendenza della lite. Si sospende l'esame giudiziario della controversia per favorire la sua risoluzione pacifica

commerciale⁹³, che a partire dal 2004 hanno subito alcune modifiche, e successivamente con l'entrata in vigore della legge bielorusa sulla mediazione⁹⁴.

sulla base di concessioni e compensazioni reciproche. I tratti salienti dell'accordo di pace sono i seguenti: un accordo amichevole che può essere concluso in qualsiasi fase del processo giudiziario prima della decisione del tribunale; un accordo transattivo che stabilisce le condizioni e gli impegni che le parti devono reciprocamente rispettare; l'effetto dell'accordo transattivo consistente nella cessazione dell'esame della controversia giudiziaria. La Corte non approva l'accordo di pace, se le pattuizioni sono contrarie alla legge o violano diritti e interessi legalmente protetti.

⁹³ Nel Codice di procedura commerciale all'accordo di pace è dedicato l'intero Capitolo 10, suddiviso nel modo seguente: Articolo 121 (Conclusione di un accordo amichevole); Articolo 122 (Forma e contenuto di un accordo amichevole); Articolo 123 (Approvazione di un accordo amichevole da parte di un tribunale che considera le questioni economiche) e Articolo 124 (Esecuzione di un accordo amichevole). La fonte giuridica è disponibile sul sito: <http://kodeksy.by/hpk/l-glava-10>.

⁹⁴ *Bulletjen federalnogo instituta mediatsii 2013 goda*, Nauchnyĭ rjedaktor T. Shamlikashvili, izdatjelstvo OOO Mezhrjeganalnyĭ tsentrupravljenchjeskogo i politichjeskogo konsultirovanija, Moskva, 2013, s. 154-155 "... I tribunali commerciali si sono interessati al tema delle procedure conciliative con l'entrata in vigore della nuova edizione del Codice di procedura commerciale (in seguito – c.p.c.) del 2004 della Repubblica Bielorussia. In particolare, è stato inserito nel c.p.c. il capitolo 17 "Risoluzione delle controversie attraverso la conciliazione "mediazione", che ha permesso che la controversia pendente davanti al tribunale commerciale sia risolta fuori dall'udienza con l'assistenza di un conciliatore (mediatore) neutrale (ufficiale del tribunale). La procedura della "mediazione" è in vigore dal 2008. Fino al 2011 la legislazione bielorusa utilizzava la nozione di "mediazione giudiziaria", poi sostituita dalla nozione di "riconciliazione giudiziaria". Tuttavia, la legislazione non distingue tra mediazione giudiziaria e riconciliazione giudiziaria, infatti i funzionari usano questa terminologia in modo intercambiabile. Di conseguenza, nella presente revisione con riferimento alla Bielorussia, questi termini sono usati come sinonimi. La composizione amichevole di una controversia in conformità con la procedura del c.p.c. viene effettuata nell'ambito di procedimenti giudiziari commerciali e rappresenta un tipo di risoluzione alternativa. La procedura viene attuata in base ad una decisione del giudice che nomina uno specifico conciliatore giudiziario su domanda di parte. Lo svolgimento della procedura avviene sotto il controllo del tribunale. Il c.p.c. disciplina la finalità e gli obiettivi della procedura di riconciliazione (mediazione), la durata, le modalità e la forma di operare del conciliatore. Le modifiche apportate al c.p.c. della Repubblica Bielorussia nel 2011 contengono una serie di nuovi approcci alle procedure conciliative nella risoluzione delle controversie commerciali ...".

Durante la progettazione della legge bielorusa sulla mediazione si è tenuto conto del contenuto e dell'esperienza della legge della Federazione Russa del 27 luglio 2010 *"Sulla procedura alternativa per la risoluzione delle controversie che coinvolgono un intermediario (procedura di mediazione)"*⁹⁵ (da ora in poi *"la legge federale sulla mediazione"*) al fine di uniformare e armonizzare la legislazione bielorusa e russa rispetto al quadro dell'Unione, finalità indicata come prioritaria nel *"Perfezionamento del sistema legislativo della Repubblica di Bielorussia"*, approvato con Decreto del Presidente della Repubblica della Bielorussia del 10 aprile 2002 n. 205⁹⁶.

Tuttavia, la mediazione nella legge bielorusa è definita attraverso il concetto di *"negoziazioni"*⁹⁷: *"mediazione-negoziazione"*

⁹⁵ La legge federale della Russia n. 193-FZ del 27 luglio 2010 *"Su una procedura alternativa per la risoluzione delle controversie che coinvolgono un intermediario (procedura di mediazione)"* è disponibile sul sito: <http://base.garant.ru/12177508/>.

⁹⁶ Punto 22, Perfezionamento del sistema legislativo della Repubblica della Bielorussia del 10 aprile 2002, n205: *"L'unificazione e l'armonizzazione delle legislazioni bielorusa e russa nel quadro della creazione dello Stato dell'Unione come componenti del processo di ravvicinamento progressivo dei sistemi giuridici dovrebbero avere uno sviluppo coordinato, fondato scientificamente e arricchito reciprocamente"*. La fonte è disponibile sul sito: <http://www.sovrep.gov.by>.

⁹⁷ *Bulletten federalnogo instituta mediatsii 2013 goda*, Nauchnyĭ rjedaktor T. Shamlikashvili, cit., s. 155 *"... Tuttavia, allo stesso tempo, la mediazione nella legge bielorusa è definita attraverso il concetto di "negoziazione", così intesa: "la mediazione è la negoziazione delle parti con la partecipazione del mediatore al fine di risolvere la loro disputa sviluppando un accordo reciprocamente accettabile". Una delle caratteristiche fondamentali del modello bielorusso di sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie è il ruolo attivo del sistema giudiziario nella sua diffusione. Ciò vale per quanto attiene sia all'educazione del pubblico all'utilizzazione delle procedure di conciliazione, sia alle garanzie di rispetto dell'accordo stipulato dalle parti in causa durante tali procedure. In effetti, il concetto di legge e la stessa legge sono stati preparati dagli esperti della Corte economica suprema della Bielorussia. Ciò spiega la peculiarità della legge adottata, che consiste nell'intendere la mediazione principalmente come un modo per risolvere le controversie legali, nonché nell'attribuire alla mediazione un alto grado di "legalizzazione". Allo stesso tempo, la legge sulla mediazione non sostituisce il sistema esistente di conciliazione giudiziaria: sia la mediazione che la conciliazione giudiziaria sono metodi per risolvere le controversie riconosciute dalla legi-*

*delle parti con la partecipazione del mediatore al fine di risolvere la controversia (controversie), sviluppando un accordo reciprocamente accettabile*⁹⁸.

Una delle caratteristiche fondamentali del modello bielorusso di sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie è l'assistenza attiva nella loro diffusione da parte dei tribunali. Ciò riguarda sia le questioni relative all'educazione del pubblico sull'applicazione delle procedure conciliative, sia la garanzia della possibilità di esecuzione obbligatoria dell'accordo stipulato dalle parti in causa durante tali procedure.

Il concetto di legge bielorusa sulla mediazione e la legge stessa sono stati preparati dagli specialisti della Corte Suprema della Bielorussia. Ciò spiega la peculiarità della legge adottata, che consiste nel comprendere la mediazione principalmente come mezzo per risolvere le controversie legali, nonché per raggiungere un alto grado di "legalizzazione" della mediazione. Tuttavia, la legge sulla mediazione non sostituisce il sistema esistente di riconciliazione giudiziaria: sia la mediazione che la riconciliazione giudiziaria sono metodi per risolvere le controversie approvate dalla legislazione bielorusa. In relazione alla partecipazione attiva da parte degli enti governativi, lo sviluppo di tutte le forme di ADR è anche sotto il controllo dello Stato.

La legge bielorusa sulla mediazione si compone di 19 articoli, dei quali i primi 17 riguardano l'ambito di applicazione della mediazione, i principi fondamentali, la persona e lo *status* del mediatore, gli organi che controllano l'attività del mediatore, la commissione e il registro dei mediatori e degli organismi, il contenuto del procedimento di mediazione, l'accordo sull'applicazione della mediazione e l'accordo di mediazione, i termini, l'esecutività ed efficacia dell'accordo; gli ultimi due articoli contengono invece le misure per attuare le disposizioni e prevedono l'entrata in vigore della legge bielorusa sulla mediazione⁹⁹.

slazione bielorusa. A causa di tale ruolo attivo degli organismi statali, lo sviluppo di tutte le forme di ADR è anche sotto il controllo dello Stato".

⁹⁸ Art. 1, comma 3, della legge bielorusa sulla mediazione.

⁹⁹ Con riferimento alla legge bielorusa sulla mediazione, si riportano i contenuti dei singoli articoli che la compongono: Articolo 1 (Termini di base utilizzati in questa legge e le loro definizioni); Articolo 2 (Ambito di applica-

Successivamente all'attuazione della legge bielorusa sulla mediazione ed in conformità con la suddetta legge, sono state approvate le *"Regole sullo svolgimento della mediazione"*, con la Decisione del Consiglio dei Ministri della Repubblica di Bielorussia del 28 dicembre 2013, n. 1150¹⁰⁰. Queste regole sono sviluppate per definire le modalità ed i requisiti generali per lo svolgimento di mediazione e si compongono di 13 capitoli¹⁰¹, ognuno dei quali contenente le norme sulle fasi del procedimento di mediazione (attraverso la negoziazione delle parti e l'intervento minimo del mediatore), che garantiscono l'esatto funzionamento della mediazione.

In conformità con l'art. 4, comma 2, punto 6, legge bielorusa sulla mediazione è stato approvato il Codice etico del Mediatore con la Decisione del Ministero della Giustizia della Re-

zione della presente legge); Articolo 3 (Principi di mediazione); Articolo 4 (Requisiti per il mediatore); Articolo 5 (Commissione di qualificazione sui problemi di mediazione); Articolo 6 (Organizzazione dell'attività dei mediatori); Articolo 7 (Registrazione statale di istituzioni, registrazione di divisioni separate di entità giuridiche); Articolo 8 (Liquidazione di istituzioni e cessazione di attività di divisioni separate di entità giuridiche); Articolo 9 (Registro dei mediatori e registro delle organizzazioni che forniscono la mediazione); Articolo 10 (Accordo sull'applicazione della mediazione); Articolo 11 (Sospensione del termine di prescrizione); Articolo 12 (Selezione e nomina di un mediatore); Articolo 13 (Svolgimento della mediazione); Articolo 14 (Cessazione della mediazione); Articolo 15 (Accordo di mediazione); Articolo 16 (Riservatezza delle informazioni relative alla mediazione); Articolo 17 (Remunerazione del mediatore); Articolo 18 (Misure per attuare le disposizioni della presente legge) e Articolo 19 (Entrata in vigore della presente legge).

¹⁰⁰ La Decisione del Consiglio dei Ministri della Repubblica della Bielorussia del 28 dicembre 2013, n. 1150 è reperibile sul sito: <http://www.mediacia.by/pravila-provedeniya-mediacii>.

¹⁰¹ Le *"Regole sullo svolgimento della mediazione"* del 28 dicembre 2013, n. 1150 hanno una disciplina così strutturata: Capitolo 1 (Disposizioni generali); Capitolo 2 (Partecipanti alla mediazione); Capitolo 3 (Mediatore); Capitolo 4 (Preparazione per la mediazione); Capitolo 5 (Lo svolgimento della mediazione); Capitolo 6 (Avvio della mediazione); Capitolo 7 (Presentazione delle parti); Capitolo 8 (Discussione delle parti sull'elaborazione del ordine del giorno e problemi da discutere); Capitolo 10 (Elaborazione delle proposte sulla composizione della controversia); Capitolo 11 (Preparazione dell'accordo di mediazione); Capitolo 12 (Supporti complementari); Capitolo 13 (Esecuzione dell'accordo di mediazione).

pubblica di Bielorussia del 17 gennaio 2014 n. 15¹⁰², al fine di rafforzare le basi dell'attività del mediatore, migliorare la qualità della mediazione e assicurare la conformità con i principi fondamentali di mediazione. Il suddetto Codice contiene un insieme di norme che definiscono i requisiti del mediatore.

Per definire il quadro normativo della mediazione in Bielorussia, in particolare sulle regole dello svolgimento di tale forma di ADR, si è espressa la Corte Suprema della Repubblica di Bielorussia con la Decisione del Presidio del 29 giugno 2016 n. 3 *“Sulla riconciliazione delle parti durante l'udienza nei tribunali delle controversie civili e commerciali”*¹⁰³. Dopo aver discusso i risultati della generalizzazione della pratica di riconciliazione delle parti, al fine di garantire l'applicazione corretta e uniforme della legislazione processuale, la Corte si è soffermata sulle priorità dell'ottimizzazione del carico giudiziario e dell'ulteriore sviluppo dell'attività giudiziaria, sollecitando lo sviluppo di ogni forma di ADR ed incoraggiando la promozione di una cultura della risoluzione alternativa dei conflitti.

Lo scopo della legge sulla mediazione, se anche non è descritto nel corpo della legge, è quello di creare una base legale per l'applicazione della mediazione insieme alle procedure giudiziarie, come procedura alternativa per la risoluzione delle controversie e non sostitutiva, offrendo ai soggetti delle relazioni civili ulteriori opportunità di risoluzione dei conflitti che emergono negli ambiti civile e commerciale.

Nell'art. 1, legge sulla mediazione sono indicati i termini cardine, dando una definizione dell'accordo sull'uso della mediazione¹⁰⁴,

¹⁰² La Decisione del Ministero della giustizia della Repubblica della Bielorussia del 17 gennaio 2014, n. 15 *“Sull'approvazione del Codice etico del mediatore”* è reperibile sul sito: <http://www.mediacia.by/pravila-etiki-mediatora>.

¹⁰³ La Decisione del Presidio del 29 giugno 2016, n. 3 *“Sulla riconciliazione delle parti durante l'udienza nei tribunali delle controversie civili e commerciali”* è reperibile sul sito: <http://court.gov.by>.

¹⁰⁴ Art. 1, comma 5, legge bielorussa sulla mediazione: *“un accordo sull'uso della mediazione è un accordo sullo svolgimento della mediazione concluso tra le parti con la partecipazione di un mediatore allo scopo di risolvere la controversia (le controversie) delle parti nel modo prescritto dalla presente legge mediante i negoziati”*.

dell'accordo di mediazione¹⁰⁵ e descrivendo il mediatore¹⁰⁶ e la mediazione¹⁰⁷ nel suo complesso.

L'ambito applicativo della mediazione si articola nei cinque commi dell'art. 2, dai quali si desume che la mediazione si applica ai rapporti civili e commerciali (la norma parla dei rapporti derivanti dalle attività imprenditoriali e dalle attività connesse alla sfera del business) ed alle controversie derivanti dal diritto di lavoro e familiare. Il legislatore bielorusso ha lasciato uno spazio per la possibilità di applicare o non applicare la mediazione in una valanga di casi, indicando *“se non è diversamente previsto da atti legislativi o deriva dalla sostanza della relazione pertinente”*.

Pertanto, possiamo dedurre che la mediazione non si applica alla risoluzione delle controversie derivanti da rapporti amministrativi, fiscali e di altro genere, sempre *“salvo se diversamente previsto da atti legislativi”*. L'ampio contenuto dell'art. 2 ha messo in difficoltà i giuristi bielorusi, secondo i quali, se la norma non contiene un divieto imperativo di applicazione della mediazione in un certo caso, questa potrebbe applicarsi¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Art. 1, comma 1, legge bielorusca sulla mediazione: *“l'accordo di mediazione – un accordo stipulato dalle parti sulla base dei risultati di negoziati condotti secondo le modalità previste dalla presente legge, al fine di risolvere la controversia (controversie)”*.

¹⁰⁶ Art. 1, comma 2, legge bielorusca sulla mediazione: *“mediatore – un individuo che soddisfa i requisiti di questa legge, partecipando alle negoziazioni delle parti come terzo imparziale al fine di assisterle nella risoluzione della controversia (controversie)”*.

¹⁰⁷ Art. 1, comma 3, legge bielorusca sulla mediazione: *“la mediazione è una negoziazione delle parti con la partecipazione del mediatore al fine di risolvere la controversia (controversie) delle stesse parti per raggiungere un accordo reciprocamente accettabile”*.

¹⁰⁸ T.G. KINCHAK, v *Problemy i perspektivy primjenjenija mediatsii v bankrotstve*, discute il caso dell'applicazione della mediazione in materia d'insolvenza: *“Nel suo ambito di applicazione del paragrafo 1, dell'art. 2, della legge della Repubblica di Belarus “sulla mediazione, che stabilisce che la legge regola i rapporti connessi con l'uso della mediazione per risolvere controversie derivanti da rapporti civili, anche in relazione ad altre attività economiche e, se non altrimenti disposto da atti legislativi, a nostro avviso, non contiene un divieto imperativo sull'applicazione della mediazione in caso di fallimento. Tuttavia, la regola diretta che consente l'uso della mediazione in fallimento non*

La legge bielorusa sulla mediazione consente di attivare la procedura di mediazione sia prima di agire in tribunale che dopo o durante il procedimento giurisdizionale (mediazione stragiudiziale) ed in quest'ultimo caso, le specifiche della mediazione saranno determinate dal diritto processuale (codice di procedura civile e commerciale).

È molto interessante la disposizione dell'art. 2, comma 5 che consente di estendere l'ambito applicativo della mediazione ai ricorsi del pubblico ministero o di organi statali (vale a dire i ricorsi della pubblica amministrazione), al fine di proteggere gli interessi statali e pubblici, salvo nei casi indicati dal legislatore in altri atti legislativi. Nonostante ciò, il contenuto dell'art. 2 della legge bielorusa sulla mediazione non è del tutto chiaro, specialmente l'indicazione del legislatore dei "casi previsti in altri atti legislativi", che lascia ampio spazio ai giuristi nel definire quali sono veramente i margini del campo applicativo della mediazione.

Il legislatore bieloruso nell'art. 3, comma 1, ha sancito i principi fondamentali di mediazione, che si applicano sia alla mediazione che alle parti e/o al mediatore: la volontarietà è un principio fondamentale di carattere generale. La legge bielorusa prevede che nessuno possa essere costretto a ricorrere alla mediazione, le parti hanno il diritto di recedere dalla mediazione in qualsiasi momento senza ostacoli o sanzioni a loro cari-

è contenuta nel diritto processuale nazionale, né nella legge della Repubblica di Bielorussia del 13 luglio 2012 n. 415-W, "Sull'insolvenza economica (fallimento) (...) A nostro parere, la pratica positiva della mediazione nella risoluzione dei conflitti legali predetermina la possibilità di applicare l'istituto in materia di fallimento, al fine di cambiare la direzione dal fallimento con la liquidazione alla riabilitazione. Più volte la dottrina si è espressa sul punto, valutando la possibilità per le parti di risolvere la controversia attraverso la mediazione nel rispetto del quadro normativo, per esempio, delle norme di legge della Repubblica di Bielorussia "sull'insolvenza economica (fallimento)". Sussiste un numero rilevante di opere nazionali ed internazionali dedicate all'applicazione della mediazione nel fallimento, che però pur prendendo in considerazione i profili più significativi lasciano delle incertezze: quando è possibile avviare una mediazione tra le parti, in quali procedure di fallimento può essere applicata la mediazione, le conseguenze della firma di un accordo di mediazione, le conseguenze del suo inadempimento. Ciò richiede un'ulteriore riflessione scientifica". L'articolo è reperibile sul sito: <https://rep.polessu.by/bitstream/123456789/12696/1/11.pdf>.

co. Nessuna delle proposte avanzate dalle parti è vincolante, a meno che non sia inclusa in un accordo di mediazione. Il mediatore non ha il potere di impedire alle parti di prendere decisioni in merito alla risoluzione della controversia o alla procedura per condurre i negoziati. Un'eccezione è la conclusione di un accordo di mediazione che viola i diritti e gli interessi legittimi di terzi o che comunque contraddice i requisiti della legge.

I successivi tre principi fondamentali sono la buona fede, l'uguaglianza e la collaborazione delle parti da cui derivano diritti e doveri delle parti nella mediazione, direttamente applicabili durante la procedura. Ciascuna delle parti ha il diritto di esprimere opinioni, suggerire opzioni per risolvere il conflitto, rilasciare dichiarazioni, presentare documenti relativi alla controversia. Tali principi sono descritti anche nel capitolo 2 delle Regole sul funzionamento della mediazione.

I principi applicabili sulla persona del mediatore sono l'imparzialità e l'indipendenza: il mediatore deve svolgere la sua attività con estrema obiettività, secondo giustizia, senza lasciarsi influenzare da preconcetti, simpatie e interessi personali, rimanere indipendente e neutrale. A conferma di tali principi, il mediatore non ha il potere di proporre opzioni per la risoluzione del conflitto, né di obbligare le parti a prendere alcuna decisione o di prendere posizione e dare consigli circa le prospettive per la soluzione della controversia, anche in tribunale. Ultimo dei principi fondamentali è la riservatezza, alla quale il legislatore bielorusso ha dedicato l'intero art. 16, chiamato "*Riservatezza delle informazioni relative alla mediazione*". Durante la procedura, tutte le informazioni relative alla mediazione sono riservate a meno che le parti non decidano diversamente, ad eccezione delle informazioni sulla conclusione di accordi sull'applicazione della mediazione o sulla cessazione della stessa. Tale principio si estende non soltanto alle parti e al mediatore¹⁰⁹ ma anche ai terzi; secondo l'art. 16, comma 2, le parti, il

¹⁰⁹ Art. 16, comma 2, legge bielorusso sulla mediazione: "*Il mediatore non ha il diritto di rivelare informazioni relative alla mediazione di cui sia venuto a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni, senza il consenso scritto delle parti. Nel caso in cui il mediatore abbia ricevuto informazioni relative alla mediazione da una delle parti, può divulgare tali informazioni all'altra parte solo con il consenso della parte che ha fornito tali informazioni*".

mediatore, così come le altre persone coinvolte nella mediazione, indipendentemente dal fatto che il procedimento di mediazione sia collegato ad una controversia pendente davanti al tribunale o al tribunale arbitrale, non possono invocare l'informazione ricevuta durante il procedimento di mediazione, ad eccezione del caso in cui le parti non decidano diversamente.

Dopo aver indicato i principi fondamentali, il legislatore bielorusso nell'art. 3, comma 2 ricorda che *“la mediazione si basa sulla fiducia che le parti forniscono al mediatore come persona in grado di assicurare una negoziazione efficace”*.

Gli articoli 4-9 della legge bielorusa sulla mediazione sono dedicati alla persona del mediatore, agli organismi ed al registro dei mediatori ed alla Commissione di qualificazione sulla mediazione¹¹⁰, che ha il compito non solo di esaminare le domande per il rilascio del certificato di mediatore ma anche di svolgere una funzione importante di controllo e verifica dell'attività del mediatore.

Secondo l'art. 4, comma 1, legge bielorusa sulla mediazione, il mediatore può essere una persona fisica che ha la laurea in giurisprudenza o un'altra laurea¹¹¹, che sia formato nel campo della mediazione in conformità con la procedura stabilita dal Ministero della Giustizia della Bielorussia o avente esperienza come conciliatore in conformità con il diritto processuale e svolge la sua attività sulla base di un certificato rilasciato dal Ministero della Giustizia della Repubblica della Bielorussia, tenendo conto della decisione della Commissione di qualificazione sulla mediazione.

Il legislatore bielorusso ha rifiutato di dividere i mediatori in coloro che svolgono le loro attività su base professionale e non professionale a differenza di quanto fatto dal legislatore russo, lasciando la possibilità di svolgere l'attività del mediatore sol-

¹¹⁰ Regolamento sulla Commissione di Qualificazione per la mediazione, approvato con il Decreto del Consiglio dei Ministri della Repubblica di Bielorussia del 31 dicembre 2013, n.1184, disponibile sul sito: <http://moka.by>.

¹¹¹ Va segnalato che il mediatore può essere non solo un giurista o un avvocato, ma anche rappresentante di altre professioni, come uno psicologo, un economista, un manager. Allo stesso tempo, il mediatore deve avere una certa preparazione giuridica.

tanto alle persone esperte e preparate. La legge non stabilisce i requisiti che riguardano la cittadinanza della persona che dichiara di diventare un mediatore. Allo stesso tempo, la risoluzione del Consiglio dei Ministri della Repubblica di Bielorussia n. 1184 del 31.12.2013 ha approvato il Regolamento sulla procedura di emissione e sull'annullamento del certificato di un mediatore (entrata in vigore - 2014/01/24)¹¹². Ai sensi del paragrafo 4 di tale Regolamento, per ottenere il certificato di mediatore, il richiedente presenta la richiesta al Ministero della Giustizia della Bielorussia, in forma approvata, indicando il cognome, il nome, e il nome patronimico (se del caso), la nazionalità, i dati del passaporto del cittadino della Repubblica della Bielorussia – o il permesso di soggiorno nella Repubblica della Bielorussia – per i cittadini della Federazione Russa.

L'aspirante mediatore deve ricevere una formazione nel campo della mediazione, secondo la procedura stabilita dal Ministero della Giustizia della Repubblica della Bielorussia. L'eccezione è fatta per le persone che hanno esperienza come conciliatore in conformità con la legislazione procedurale. La legge non specifica un periodo minimo di lavoro come conciliatore. Il numero totale di ore accademiche del programma educativo dei corsi di formazione nel campo della mediazione dovrebbe essere di almeno 140 ore per i laureati in legge; per le persone che hanno una laurea diversa almeno 170 ore di studio (Decreto del Ministero della Giustizia della Repubblica di Bielorussia del 17.01.2014, n. 12 *"Su alcune questioni di formazione nel campo della mediazione"*)¹¹³.

Insieme ai requisiti indicati, il legislatore bielorusso ha previsto alcune cause d'incompatibilità¹¹⁴: in tal senso non può essere mediatore chi è dipendente pubblico, compresi i giudici di

¹¹² L'istruzione sulla procedura per il rilascio e la revoca di una certificazione per il mediatore, approvata dalla Risoluzione del Consiglio dei Ministri della Repubblica di Bielorussia del 31 dicembre 2013, n.1184, disponibile sul sito: <http://moka.by>.

¹¹³ Su alcune questioni relative alla formazione nel campo della mediazione è intervenuto il Decreto del Ministero della Giustizia della Repubblica di Bielorussia del 17 gennaio 2014, n.12. Disponibile sul sito: <http://kodeksyby.com>.

¹¹⁴ Art. 4, comma 2 e 3, legge bielorusa sulla mediazione.

tribunale, a meno che non sia diversamente previsto da atti legislativi; gli incapaci o gravemente inabili; gli aventi carichi penali pendenti; i pubblici ministeri, i membri dell'investigativo Comitato Bielorussia, del Comitato di Stato per gli esami di medicina legale della Bielorussia, delle agenzie presso gli affari interni, della sicurezza nazionale, del servizio di confine, degli organi Comitato di controllo statale della Bielorussia, degli organi relativi a tasse e autorità doganali, i notai pubblici, i notai privati e gli avvocati sono stati rescissi secondo la procedura stabilita da atti legislativi, per i motivi relativi alla commissione di reati incompatibili con la loro attività professionale – entro tre anni dalla data di adozione della relativa decisione, salvo diversa disposizione di atti legislativi. È stata inoltre prevista la regola di recedere dal certificato del mediatore in relazione alla violazione delle Regole dell'Etica del Mediatore.

Le cause d'incompatibilità non sono tassativamente indicate, così le parti nell'accordo di mediazione possono prevedere altre cause che ritengono incompatibili con l'attività del mediatore.

Durante il procedimento di mediazione il ruolo del mediatore è molto importante, in quanto non solo gestisce il processo di mediazione (negoziiazione) ma sostiene la natura costruttiva del processo, dà a ciascuna delle parti l'opportunità di esprimere la propria opinione sulle ragioni della controversia e sugli obiettivi che le parti intendono raggiungere attraverso la mediazione, controlla la cultura del processo negoziale, riduce il livello di aggressività delle valutazioni date dalle parti alle reciproche azioni, non consente l'inesattezza nelle dichiarazioni delle parti, crea un ambiente favorevole per le trattative¹¹⁵.

Per garantire le condizioni materiali, organizzative, legali e di altro tipo per l'esercizio dell'attività dei mediatori, possono essere create organizzazioni che garantiscono lo svolgimento della mediazione: si tratta specificamente dell'attività di supporto. Tale organizzazione può essere costituita come un organizzazione senza scopo di lucro sotto la forma d'istituzione o come

¹¹⁵ Il Capitolo 3, Regole sullo svolgimento della mediazione, cit., denominato "Mediatore", contiene l'indicazione dei diritti e degli obblighi del mediatore durante il procedimento di mediazione; i capitoli successivi completano la disciplina del ruolo del mediatore nella mediazione.

suddivisione separata di una persona giuridica. In conformità con l'articolo 6, comma 3, legge bielorusa sulla mediazione, sono state approvate le Regole tipiche sull'attività di supporto dell'organizzazione, che garantiscono lo svolgimento della mediazione¹¹⁶.

Il carattere volontario della mediazione nella Repubblica della Bielorussia si prospetta anche durante la fase della conclusione dell'accordo sul ricorso alla mediazione, attraverso il quale le parti esprimono la loro volontà reciproca di risolvere la loro controversia o il conflitto mediante la mediazione. La norma di legge non chiarisce se si tratta di una clausola inserita nel contratto; a quanto pare, la migliore modalità di inserimento nel contratto o in altro atto della clausola di mediazione è la forma scritta, che ha richiesto il legislatore, allo stesso tempo l'art. 10¹¹⁷, da ultimo, ha cercato di spiegare i modi che possono essere riconosciuti per la conclusione dell'accordo sul ricorso alla mediazione. Secondo la norma, l'accordo è considerato concluso, se è contenuto in un documento sottoscritto dalle parti o concluso, utilizzando un servizio postale o altri mezzi di comunicazione che forniscano la prova scritta della volontà delle parti, tra cui l'invio del reclamo, l'atto di citazione e le risposte ad essi, nei quali una parte propone di risolvere la controversia attraverso la mediazione e l'altra esprime il consenso/la volontà circa l'applicazione della mediazione. Una proposta per risolvere una controversia attraverso la mediazione può essere fatta su richiesta di una delle parti da parte del mediatore.

¹¹⁶ Le regole sull'organizzazione che fornisce la mediazione sono state approvate con la Risoluzione del Consiglio dei Ministri della Repubblica di Bielorussia del 31 dicembre 2013, n.1184, disponibile sul sito: <http://moka.by>.

¹¹⁷ Art. 10, comma 1, legge bielorusa sulla mediazione: *“L'accordo sull'uso della mediazione è redatto in forma scritta. Un accordo sull'uso della mediazione è considerato concluso se è contenuto in un documento firmato dalle parti, o concluso scambiando messaggi utilizzando la comunicazione postale o altri tipi di comunicazione, fornendo una registrazione scritta della volontà delle parti, tra cui l'invio di un reclamo, una dichiarazione di reclamo (dichiarazione) e le risposte ad esse, in cui una parte è invitata a risolvere la controversia attraverso la mediazione e l'altra parte ha espresso il proprio consenso all'uso della mediazione. Una proposta per risolvere una controversia attraverso la mediazione può essere fatta su richiesta di una delle parti da un mediatore”*.

Tornando alla definizione dell'articolo 1 della legge bielorusa sulla mediazione, l'accordo sul ricorso alla mediazione è un accordo tra le parti sullo svolgimento delle negoziazioni con la partecipazione di un mediatore per risolvere la controversia, secondo le modalità previste dalla legge. Soggetti dell'accordo, ai sensi dell'art. 2 e del comma 2 dell'art. 10 sono persone fisiche con piena capacità giuridica e/o persone giuridiche. L'accordo può essere concluso anche da parte dei rappresentanti delle parti della controversia.

Né dalla definizione data all'art. 1 né da quella dell'art. 10 si ricava se un accordo sul ricorso alla mediazione può essere concluso soltanto dopo il sorgere della controversia tra le parti o nella fase preliminare, in caso di necessità di risolvere il conflitto. Ciò considerato, si può presumere che le parti abbiano il diritto di stipulare un accordo sull'applicazione della mediazione in qualsiasi momento, sia prima che dopo la controversia.

La conclusione opposta deriva dall'analisi dell'art. 10, comma 3, legge bielorusa sulla mediazione, che stabilisce che un accordo sul ricorso alla mediazione dovrebbe contenere una disposizione che tutte o quantomeno alcune controversie sorte dal rapporto giuridico sotteso saranno risolte attraverso la mediazione. Data la formulazione letterale dell'art. 10, comma 3, ne consegue che la possibilità di concludere un accordo sul ricorso alla mediazione potrebbe sorgere soltanto dopo un conflitto tra le parti; ciò esclude la possibilità dell'esistenza della clausola di mediazione inserita preliminarmente nel contratto, quale ad esempio quello di compravendita¹¹⁸.

Vale la pena ricordare che la conclusione e sottoscrizione dell'accordo sul ricorso alla mediazione non crea condizione di procedibilità e che le parti sono libere di agire in tribunale, se non sono soddisfatte della procedura di mediazione.

Nonostante ciò, in caso di stipulazione di tale accordo, previa volontà delle parti di ricorrere alla mediazione, secondo quanto previsto dall'art. 11, l'accordo di utilizzare la mediazio-

¹¹⁸ T.C. TARANOVA, Presidente dell'Università economica statale bielorusa, dottore in legge, professoressa, all'interno della pubblicazione *Alcuni aspetti dell'accordo sul ricorso alla mediazione*, ha descritto le problematiche che riguardano il momento di conclusione dell'accordo. L'articolo è disponibile sul sito: <https://core.ac.uk/download/pdf/81662805.pdf>.

ne produce alcuni effetti: la sospensione del termine di prescrizione per i reclami derivanti dai diritti e dagli obblighi che costituiscono l'oggetto della controversia fra le parti, che si applica dal momento/giorno della sottoscrizione dell'accordo sul ricorso alla mediazione fino al giorno della cessazione della mediazione o scadenza del termine per essa previsto.

Gli effetti della sospensione non possono superare il termine di sei mesi previsto per la procedura di mediazione. Si presume che in caso di scadenza del termine indicato dalle parti o dal tribunale o del termine generale previsto dalla legge bielorusa sulla mediazione, la procedura debba ritenersi conclusa (si tratta della chiusura di mediazione a causa della scadenza del termine per essa previsto; in questo caso il verbale di mediazione si chiude senza indicazione dell'esito "positivo" o "negativo", la mediazione si intende terminata e per le parti non rimane altra scelta che agire in tribunale).

Il procedimento di mediazione è stato disciplinato nel capitolo 5, intitolato "*Regole sullo svolgimento della mediazione*", in cui il legislatore si è impegnato a stabilire e descrivere le sette fasi della mediazione: 1. Apertura della mediazione; 2. Rappresentanza delle parti (investigazione delle circostanze della controversia e degli interessi delle parti); 3. Discussione delle parti sullo sviluppo dell'ordine del giorno e sulle questioni da discutere; 4. Conversazione individuale del mediatore con ciascuna delle parti; 5. Sviluppo di proposte per la risoluzione della controversia; 6. Preparazione dell'accordo di mediazione e relativa sottoscrizione; 7. Conclusione della mediazione.

Dalla struttura della procedura di mediazione, con la descrizione degli obblighi e doveri delle parti e del mediatore, non si può non notare la somiglianza con la natura del processo civile: la scelta del legislatore bielorusso di impostare la procedura di mediazione in modo regolamentato e ben strutturato e di farlo assomigliare ad un sistema già conosciuto è volta a stimolare le parti a risolvere la loro lite attraverso un sistema extragiudiziale, ma con le caratteristiche del processo civile.

Il primo e il secondo comma dell'art. 15 della legge bielorusa sulla mediazione contengono i requisiti formali e sostanziali dell'accordo di mediazione; sono consentiti accordi soltanto in forma scritta con l'indicazione delle informazioni sulle parti, il mediatore

e l'oggetto della controversia, nonché gli obblighi assunti dalle parti per risolvere la controversia e i tempi della loro attuazione. L'accordo di mediazione deve essere sottoscritto dalle parti (o da loro rappresentanti, soltanto se in procura è stato specificamente attribuito il potere di sottoscrizione dell'accordo di mediazione) e dal mediatore. L'accordo di mediazione deve corrispondere ai requisiti speciali di legge e non può violare i diritti dei terzi¹¹⁹.

L'esecutività dell'accordo si basa sui principi di volontarietà e di buona fede e le parti liberamente possono stabilire le conseguenze del mancato adempimento dell'accordo di mediazione, decidendo il metodo e il carattere dell'esecutività di questo. Non manca il carattere obbligatorio dell'esecutività dell'accordo ma le norme che regolano tale carattere sono in disaccordo; si fa riferimento alle norme del codice di procedura civile e del codice di procedura commerciale. L'art. 262 del Codice di procedura civile stabilisce che il giudice nella fase preparativa del giudizio, è tenuto a spiegare alle parti i loro diritti ed obblighi procedurali, compreso il diritto alla risoluzione alternativa della loro controversia attraverso la mediazione, che le parti hanno il diritto di porre in essere in qualsiasi fase del procedimento. La stipulazione dell'accordo sul ricorso alla mediazione da parte

¹¹⁹ Il legislatore non specifica quali siano i requisiti di legge che devono essere rispettati e nemmeno cosa si intende con "*diritti dei terzi*". Pare possibile paragonare tali requisiti con i requisiti generali indicati per i negozi giuridici, previsti dal Codice civile di Bielorussia: a) il contenuto e il risultato del negozio non debbono essere in contraddizione con la legge e altri atti legali (ad es. il negozio non deve violare i requisiti stabiliti dalla legge e dagli statuti); b) il negozio deve essere compiuto da una persona capace, se la legge riconosce la volontà della persona come condizione necessaria ma non sufficiente per validità (i minori di età compresa tra i 14 ei 18 anni), la volontà di questi soggetti deve essere sostenuta da quella di altri soggetti individuati dalla legge (genitore, genitore adottivo, tutore); c) la volontà della persona che stipula corrisponde alla sua volontà reale e tramite questa la persona persegue l'intento di produrre conseguenze legali; d) la volontà deve essere formata nella forma prevista dalla legge per il negozio; e) la volontà della persona che stipula il negozio deve essere formata liberamente e non sotto l'influenza di terzi o impropria (violenza, minaccia, inganno), o sotto l'influenza di altri fattori che influiscano negativamente sul processo di formazione della volontà della persona (fattore fuorviante, malattia, intossicazione, circostanze eccezionali). Il mancato rispetto di queste condizioni comporta l'invalidità del negozio giuridico, se non diversamente previsto dalla legge.

delle parti richiede al tribunale la sospensione del procedimento (l'art. 160 del c.p.c. della Repubblica di Bielorussia). In caso di conclusione dell'accordo di mediazione nella fase di sospensione della causa in tribunale, tale accordo deve essere approvato dal tribunale. In questo caso, il tribunale riprende la procedura sospesa e, in presenza dei requisiti sostanziali e formali, approva l'accordo di mediazione (l'art. 285-1 del c.p.c. della Repubblica della Bielorussia). In conformità all'art. 461 del c.p.c. della Repubblica della Bielorussia, sono soggetti a esecuzione obbligatoria solo gli accordi amichevoli approvati dal tribunale. Pertanto, ai sensi del c.p.c. della Repubblica della Bielorussia, solo gli accordi di mediazione conclusi nell'ambito della mediazione giudiziaria sono soggetti ad esecuzione obbligatoria. Per quanto riguarda l'accordo di mediazione sulle controversie commerciali, il Codice di procedura commerciale della Repubblica della Bielorussia consente la mediazione extragiudiziale, come evidenziato dalle disposizioni di cui all'art. 151 secondo cui la dichiarazione delle parti circa la loro intenzione di risolvere la controversia in conformità con l'accordo sul ricorso alla mediazione, comporta l'automatico decadere degli effetti dell'atto di citazione. Se la controversia non può essere risolta con la procedura di mediazione, le parti possono rivolgersi al tribunale. Se l'accordo di mediazione concluso in questo modo non viene eseguito volontariamente, sarà possibile rivolgersi al tribunale commerciale per la sua esecuzione obbligatoria. Un tribunale commerciale può rifiutarsi di emettere un'ordinanza di esecuzione di un accordo di mediazione se determina che il contenuto dell'accordo di mediazione è contrario ai requisiti del Codice di procedura Commerciale sull'accordo amichevole (artt. 262-3).

A norma dell'art. 285-1 del c.p.c. della Repubblica della Bielorussia, gli accordi di mediazione che non sono stati approvati dal tribunale come accordi amichevoli nella fase giudiziaria o che non soddisfano i requisiti delle norme del codice di procedura commerciale sull'accordo di amichevole¹²⁰ o che ancora

¹²⁰ S. KULAKOVSKY, *Requisiti per i termini dell'accordo di transazione*, v *Juridicheskij mir*, 12, 2009, – il parere del giudice della Corte Commerciale Suprema della Repubblica della Bielorussia sui requisiti dell'accordo di pace: "In conformità con l'art. 121 del codice di procedura Commerciale della Repubblica di Bielorussia (di seguito – il COD) le parti possono raggiungere un

sono stati conclusi con la partecipazione di un mediatore non incluso nel Registro dei mediatori, non sono soggetti all'esecuzione, regolata dal codice di procedura civile.

In conclusione, il legislatore bielorusso ha mantenuto il carattere europeo della mediazione, indicando i principi di mediazione generalmente accettati come la volontarietà, la riservatezza, l'uguaglianza delle parti, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore. È stato previsto un sistema di misure volte a garantire la qualità della mediazione (l'art. 4, Direttiva 2008/52CE) che ha altresì assicurato che le parti che ricorrono alla mediazione non abbiano successivamente degli ostacoli nell'avvio di procedimenti giudiziari (l'art. 8, Direttiva 2008/52CE) e ha stabilito delle misure volte a garantire l'attuazione degli accordi raggiunti a seguito alla mediazione (l'art. 6, Direttiva 2008/52CE).

4. *Il progetto di legge sulla mediazione in Ucraina.* – Il termine “mediazione” in Ucraina è stato usato per prima volta negli anni 80, ancora durante il periodo sovietico¹²¹, ma non ci sono

accordo amichevole in qualunque fase del procedimento, anche nel procedimento di esecuzione. Un accordo amichevole può essere concluso sia per quanto riguarda tutti i punti che per quanto riguarda una parte delle richieste rivendicate. I termini dell'accordo amichevole devono essere definiti in modo chiaro, concreto e in modo da non consentire un'interpretazione diversa e generare successive controversie sul contenuto dell'accordo amichevole al momento dell'esecuzione. In virtù delle disposizioni dell'art. 193, comma 13, l'approvazione da parte del tribunale commerciale di soluzioni che condizionano e/o introducono alternative non è consentita”. Questo requisito in relazione agli accordi amichevoli è sancito dal punto 5 della Risoluzione del Plenum della Corte Commerciale Suprema della Bielorussia del 21 aprile 2006, n. 6 “*Sulla applicazione del Codice di procedura commerciale della Repubblica di Bielorussia per l'approvazione del accordo amichevole*”. Prima dell'approvazione dell'accordo amichevole, la Corte deve verificare se l'accordo non viola disposizioni di legge, diritti ed interessi protetti dalla legge. In presenza di queste circostanze, la conclusione di un accordo amichevole deve essere impedita dal tribunale commerciale, che deve rifiutarsi di accogliere la domanda di approvazione dell'accordo.

¹²¹ I primi tentativi di creare le basi per istituzionalizzare la pratica della mediazione in Ucraina furono fatti negli ultimi tempi della fase sovietica. Il crollo dell'Unione Sovietica ha causato il caos in tutte le sfere della vita sociale, compresi i rapporti di lavoro. Scioperi industriali su larga scala hanno

stati interventi legislativi in questo campo né esiste una legge speciale sulla mediazione, nonostante lo sforzo da parte delle associazioni di mediazione¹²². Sono stati presentati diversi progetti ma finora nessuno è stato adottato.

colpito nella regione di Donetsk l'industria del carbone. Cercando di prendere parte nella risoluzione dei problemi, un gruppo di psicologi da Donetsk è venuto in contatto con l'*American Arbitration Association*, con la mediazione federale e la conciliazione degli Stati Uniti e, alla fine degli anni '80, con loro ha tenuto una serie di seminari sovietico-americani comuni sulla risoluzione dei conflitti nelle regioni di Donetsk e Lugansk. I risultati di questa missione sono stati due, indipendenti tra loro. In primo luogo, nel 1994 a Donetsk il "*Psychological Center*" ha unito le forze con l'ONG americana «*Ricerca di Common Ground*», al fine di creare il primo Centro di mediazione in Ucraina. Come risultato di questa iniziativa, sono stati aperti otto centri di mediazione in tutta l'Ucraina con il sostegno di una serie di sovvenzioni da USAID, Fondazione Eurasia e altri donatori. I mediatori di uno dei centri (*Odesa Oblast Mediation Group*) hanno mediato il primo caso inviato dal tribunale nel 1997. Il secondo risultato riguardava le dispute sul lavoro. Al fine di contrastare gli scioperi industriali, nel 1998, il governo ucraino, con il sostegno del progetto di USAID-finanziato dall'UE, ha creato una nuova agenzia governativa – la mediazione e la riconciliazione nazionale – che era sotto la diretta responsabilità del Presidente dell'Ucraina e ha facilitato la risoluzione delle controversie collettive di lavoro. Tali informazioni sono consultabili nel Documento di Programma "*Integrazione della mediazione nel sistema giudiziario dell'Ucraina*", preparato da Tetyana Kyselyova nell'ambito del progetto del Consiglio d'Europa "*Sostegno all'attuazione della riforma giudiziaria in Ucraina*": <https://rm.coe.int/kyselova-t-mediation-integartion-ukr-new-31-07-2017/168075c1e7>.

¹²² "Nel 2002 a Kiev è stato registrato il Centro ucraino di comprensione (CUC), che ha iniziato le attività nel campo della mediazione penale, giustizia riparatrice, lo sviluppo della comunità e la mediazione nelle scuole. Il CUC ha creato una propria rete di 15 organizzazioni pubbliche ucraine ed è stata riorganizzata nell'Istituto di pace e comprensione nel 2012. Nel 2006, l'*International Finance Corporation del World Bank Group (IFCWBG)* ha condotto un sondaggio tra 1.200 aziende ucraine che hanno dimostrato un certo gradimento dei progetti di mediazione nella sfera bancaria in Ucraina. Di conseguenza, IFCWBG ha offerto una sovvenzione per l'apertura del Centro ucraino per la mediazione presso la *Kyiv-Mohyla Academia*. Inoltre, negli ultimi vent'anni, sono state registrate più di una dozzina di organizzazioni di mediazione in Ucraina, principalmente coinvolte nella promozione e nella formazione di mediatori. Il Centro Ucraino di Comprensione, il Centro Ucraino di Mediazione ed il Gruppo Mediazione di Odessa, insieme a diversi mediatori individuali hanno fondato una coalizione informale di mediazione in Ucraina, concentrando i propri sforzi sulle attività legislative. La Coalizione

Secondo il punto 5.4, comma 10 del Decreto del Presidente dell'Ucraina *"Sulla strategia per la riforma della magistratura, degli tribunali e delle istituzioni giuridiche collegate per il periodo 2015-2020"*, uno dei compiti per migliorare la giustizia è l'espansione di modi alternativi di risoluzione delle controversie, anche attraverso l'attuazione pratica degli istituti della mediazione e della conciliazione¹²³. L'adozione di tale strategia è il frutto dell'Accordo di associazione tra Unione Europea, Stati membri e Ucraina del 2014¹²⁴, entrato in vigore nel 2017, secondo il quale l'Ucraina deve compiere un'attività di ravvicinamento delle norme dell'Ucraina con quelle dell'Unione Europea nei 28 settori indicati nell'Accordo.

informale ha gettato le basi per l'associazione nazionale dei mediatori Ucraina (Namu), che è stato istituito nel 2014 ed attualmente rappresenta gli interessi dei mediatori ucraini a livello nazionale. Dal 2010 i mediatori ucraini hanno ricevuto il sostegno dei parlamentari e dei registrati nella Verkhovna Rada con dieci progetti di mediazione. Tuttavia, a causa della situazione politica instabile, dei continui cambiamenti nelle elezioni governative e parlamentari, la legge non è ancora stata adottata". Quanto Riportato sopra è il frammento (p. 6-7) del Documento di Programma *"Integrazione della mediazione nel sistema giudiziario dell'Ucraina"*, preparato da Tetyana Kyselyova, *op. cit.* L'informazione più dettagliata sulle associazioni: <http://ssrn.com/abstract=3012496>. Elenco delle organizzazioni e centri di mediazione: Centro di mediazione a Kyiv: <http://www.kyivcm.com/>; Centro di mediazione a Lviv: <http://www.mediation.lviv.ua/>; Odessa gruppo regionale di mediazione: <https://www.facebook.com/OdessaGroupMediation/>; Centro Podilsky di Mediazione: <https://www.facebook.com/PodolskyMediationCenter/>; Accademia Ucraina di mediazione, Odessa: <http://mediation.ua/en/>; Istituto ucraino per la pace e l'istruzione, Kyiv: <http://ipcg.org.ua/en/>; Centro ucraino di pace, Kyiv: <http://concordance.org.ua/>; Centro ucraino di mediazione, Kyiv: <http://ukrmediation.com.ua/en/>; Centro per la legge e la medicina, Kharkiv: <https://www.facebook.com/centerlawmediation/>; Centro finanziario e medicale, Kyiv: <http://www.fin-mediation.com/ua/>; Scuola di Mediazione presso Accademia di Advocacy dell'Ucraina, Kyiv: <http://aau.edu.ua/ua/mediation-school/>; Centro di mediazione e la moderazione all'Accademia di Kyiv-Mohyla, Kyiv: <https://www.facebook.com/Centre-for-Mediation-and-Moderation-1445578315737851>.

¹²³ La riforma della magistratura e del potere esecutivo, oltre che il deterioramento delle condizioni di accesso alla giustizia, incoraggiano sia le imprese che il Governo a cercare metodi meno costosi ma più efficaci per gestire i conflitti.

¹²⁴ L'accordo dell'associazione tra l'Ucraina, l'Unione europea e gli Stati membri, si può consultare sul sito: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

Nel sito ufficiale della Verkhovna Rada dell'Ucraina (VR – il Parlamento) si possono consultare due progetti di legge alternativi sulla mediazione: il primo è del 17.12.2015, n. 3665¹²⁵ e la legge è passata nella prima lettura nel 03.11.2016, per poi essere inclusa nell'agenda della sessione del parlamento¹²⁶ nel 20 marzo 2018, anche se finora non vi sono stati ulteriori sviluppi; il secondo è del 29.12.2015, n. 3665-1¹²⁷, che non ha avuto un gran successo in Parlamento.

Il progetto di legge sulla mediazione¹²⁸ mira a introdurre l'istituto della mediazione nella società, estendendo la pratica della risoluzione pacifica delle controversie attraverso metodi extragiudiziali e garantisce un rapporto equilibrato tra l'istituzione di mediazione e il sistema giudiziario; esso presenta la mediazione come un servizio con una base legale e professionale. Tale progetto si compone di 21 articoli¹²⁹.

¹²⁵ L'informazione è presa dal sito ufficiale del Parlamento dell'Ucraina: <http://w1.c1.rada.gov.ua/>.

¹²⁶ All'ordine del giorno dell'ottava sessione della Verkhovna Rada dell'Ucraina, nell'ottava convocazione, si trova il documento 2351-VIII: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2351-viii>.

¹²⁷ http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620.

¹²⁸ Sarà analizzato il progetto di legge sulla mediazione del 17.12.2015, n. 3665, disponibile sul sito: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3665&skl=9.

¹²⁹ Il contenuto del progetto di legge sulla mediazione del 17.12.2015, n. 3665: Articolo 1 (Regolamentazione legale della mediazione); Articolo 2 (Definizione di concetti); Articolo 3 (L'ambito della mediazione); Articolo 4 (Principi della mediazione); Articolo 5 (Partecipazione volontaria alla mediazione); Articolo 6 (Attività e autodeterminazione delle parti della mediazione); Articolo 7 (Indipendenza del mediatore); Articolo 8 (Neutralità del mediatore); Articolo 9 (Riservatezza delle informazioni della mediazione); Articolo 10 (Clausola di mediazione); Articolo 11 (Selezione e nomina del mediatore); Articolo 12 (Svolgimento della mediazione); Articolo 13 (L'accordo sul risultato della mediazione); Articolo 14 (Mediazione nel corso di procedimenti giudiziari o arbitrali); Articolo 15 (Testimonianza del mediatore in tribunale o procedimento arbitrale); Articolo 16 (Requisiti per ottenere lo status di mediatore); Articolo 17 (Preparazione speciale dei mediatori); Articolo 18 (Registro dei mediatori); Articolo 19 (Remunerazione del mediatore e altre spese per la mediazione); Articolo 20 (Responsabilità del mediatore); Articolo 21 (Controllo della qualità della fornitura di servizi da parte dei mediatori).

L'art. 2 fornisce una definizione del termine, con mediazione infatti si intende un metodo di risoluzione delle controversie alternativo, attraverso il quale due o più parti di una controversia tentano di raggiungere un accordo per risolvere la loro controversia, mediante un processo strutturato con la partecipazione del mediatore. In seguito si chiarisce chi sono: il mediatore, le parti, i partecipanti della mediazione, le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, le organizzazioni che offrono formazione per i mediatori, lo *status* giuridico e istituzione di associazioni dei mediatori.

L'ambito della mediazione, come definito nell'art. 3 del progetto di legge sulla mediazione, è sufficientemente ampio, in quanto questa può essere utilizzata in qualsiasi tipo di conflitto/controversia, comprese quelle civili, familiari, di lavoro, commerciali, amministrative, nonché in procedimenti penali (si tratta dei reati di scarsa gravità e di crimini previsti nell'ambito della disciplina del procedimento giudiziario privato)¹³⁰ e nei casi di illeciti amministrativi. Con particolare riferimento agli illeciti penali, il comma 4 del presente articolo precisa che, in caso di commissione di un crimine grave da parte del partecipante alla mediazione, l'accordo si limiti alla misura e al metodo di risarcimento del danno causato da questo crimine, cioè che non è possibile una riconciliazione tra la vittima e l'indagato. In un

¹³⁰ L'art. 477, Codice di procedura penale del 05.04.20012341-II, denominato "Il concetto di procedimento penale sotto forma di un procedimento privato". I procedimenti penali sotto forma di procedimento giudiziario privato sono procedimenti che possono essere avviati dall'investigatore pubblico o dal pubblico ministero solo sulla base della dichiarazione della vittima dei reati. Il procedimento penale presuppone una querela, nel senso che viene attivato solo dalla vittima del reato o dal suo rappresentante legale. Il ruolo dello Stato è quello di condurre le indagini preliminari ed amministrare la giustizia. Il procedimento penale, secondo l'articolo citato, mira ad accertare la sussistenza dei requisiti della responsabilità penale per la commissione del delitto e la sussistenza in capo alla vittima di un danno morale, fisico o materiale. È perciò prioritaria la tutela della salute, della libertà, dei diritti e degli interessi della vittima. In tali casi assume preminente importanza la volontà della vittima di sporgere denuncia, la sua valutazione in merito alla gravità dell'atto e la responsabilità della persona che lo ha commesso. Non è importante la riconciliazione fra l'imputato e la vittima, ma il perdono della vittima. Il ruolo centrale è attribuito alla vittima. Sul punto, si rimanda al commento disponibile sul sito: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

procedimento penale, la mediazione può essere condotta esclusivamente allo scopo di concludere un accordo sulla riconciliazione tra la vittima e l'indagato o imputato in conformità con la procedura specificata nel capitolo 35 del Codice di procedura penale ucraino¹³¹.

Secondo il comma 3 è possibile estendere l'ambito di applicazione della mediazione, prevedendo nel contratto la clausola di mediazione per i conflitti sorti tra cittadini residenti in Ucraina e persone non residenti; non è chiaro se si faccia riferimento ai cittadini stranieri, in quanto non è possibile essere cittadino ucraino e nello stesso tempo risiedere in un altro Paese.

Le parti possono ricorrere alla mediazione sia prima di agire in tribunale che durante il procedimento giudiziario o arbitrale ed anche nella fase esecutiva delle sentenze del tribunale, venendo così ampliata la possibilità di terminare una lite in modo pacifico e reciprocamente accettabile, anche in presenza di *res iudicata*.

I creatori del progetto di legge sulla mediazione si sono impegnati a descrivere i principi della mediazione dedicandovi ben sei articoli (artt. 4-9). La norma dell'articolo 4 stabilisce che la mediazione si effettua soltanto con il consenso reciproco delle parti ed enuncia i sei principi fondamentali della mediazione: la volontarietà (la norma chiama questo principio "*la partecipazione volontaria*")¹³², l'attività¹³³ e l'autodeterminazione delle parti della mediazione¹³⁴, l'indipendenza¹³⁵, l'imparzialità¹³⁶ e la riservatezza¹³⁷.

¹³¹ La Sezione VI "*Procedure speciali per procedimenti penali*" del Codice penale prevede un capitolo 35 definito "*Procedimenti penali sulla base di accordi*".

¹³² Art. 5, progetto di legge sulla mediazione.

¹³³ La traduzione dall'ucraino del principio enunciato nel progetto legge lascia un punto interrogativo, in quanto dal punto di vista linguistico sarebbe giusto usare la parola "*attività*", ma pare più opportuno utilizzare la parola "*dinamismo*", che significa esattamente un'attività costante, che dimostra lo spirito di iniziativa, rapidità, capacità di cambiamento, caratteristiche che vengono attribuite alla norma del progetto legge sulla mediazione.

¹³⁴ Art. 6, progetto di legge sulla mediazione.

¹³⁵ Art. 7, progetto di legge sulla mediazione.

¹³⁶ Art. 8, progetto di legge sulla mediazione.

¹³⁷ Art. 9, progetto di legge sulla mediazione.

La definizione di principio di volontarietà o “partecipazione volontaria” è contenuta nei quattro commi dell’articolo 5 del progetto e consiste nel carattere volontario della partecipazione o interruzione della procedura, con annessa proclamazione del divieto di qualsiasi forma di pressione nei confronti delle parti sulla decisione di partecipare o abbandonare la mediazione. Le parti hanno il diritto di organizzare la procedura di mediazione come ritengono opportuno, di porvi fine in qualsiasi momento e di ricorrere in tribunale ordinario o arbitrale per la protezione dei diritti violati. Il principio della partecipazione volontaria alla mediazione si estende al mediatore e agli altri partecipanti alla mediazione che, ai sensi dell’art. 2, sono: i delegati, i rappresentanti legali, i traduttori, gli esperti e anche altre persone, indicate dalle parti nel comune accordo.

L’ultimo comma dell’articolo 5 rafforza il carattere volontario della mediazione stabilendo che la partecipazione di una persona alla mediazione non può essere considerata come l’ammissione di colpa o come rinuncia alla citazione in giudizio.

Altri due principi riferiti alle parti della mediazione sono il principio di attività e di autodeterminazione. Il principio di attività prende la sua origine dal principio del contraddittorio del diritto processuale civile ucraino: le parti della mediazione autonomamente scelgono uno o più mediatori e determinano la gamma degli argomenti trattati, le opzioni per la risoluzione della controversia tra di loro, il contenuto dell’accordo sui risultati della mediazione, i termini e le modalità della sua attuazione ed altre questioni riguardanti la controversia sottoposta alla mediazione, tenendo conto dei consigli del mediatore e degli altri partecipanti alla mediazione. Le decisioni finali possono essere prese soltanto dalle parti.

I principi applicabili al mediatore sono l’indipendenza e l’imparzialità, sanciti agli articoli 7 e 8, progetto di legge. Un mediatore non può agire come avvocato, delegato o rappresentante legale delle parti della mediazione né dipendere dalle parti, da organismi statali o da altre entità giuridiche. La norma di legge vieta ogni tipo d’intervento degli organi statali, di persone giuridiche e di singoli individui nell’attività del mediatore durante la mediazione. Il principio d’indipendenza è collegato con quello d’imparzialità, tali principi garantiscono la piena neutralità del

mediatore nello svolgimento delle sue funzioni durante il procedimento di mediazione, assicurano alle parti che la loro partecipazione alla mediazione e la decisione conclusiva siano frutto della loro volontà, senza un intervento abusivo o di simpatia del mediatore verso una delle parti. Un mediatore deve assistere le parti nel raggiungimento di un accordo, dare il massimo supporto durante le fasi della mediazione e cercare di garantire un approccio imparziale nei confronti delle parti, tenendo conto di tutte le circostanze del caso. Il carattere volontario della mediazione permette al mediatore di fornire un consiglio alle parti esclusivamente sulla procedura per il proseguimento della mediazione e registrarne i risultati e non ha il diritto di risolvere la controversia, a meno che le parti non concordino diversamente, attribuendo al mediatore il potere di fornire indicazioni e raccomandazioni sulle opzioni per la risoluzione della controversia.

Il principio di riservatezza s'impone sia alle parti che ai terzi e dispone che le informazioni sulla mediazione sono riservate, pur potendosi prevedere un certo numero di eccezioni: ad esempio le parti possono decidere, di comune accordo e per iscritto, che la procedura venga sottratta, in tutto o in parte, all'obbligo di riservatezza. Le garanzie del principio di riservatezza coprono l'informazione sulla proposta ad una delle parti sull'applicazione della procedura di mediazione, la disponibilità delle parti a partecipare alla procedura di mediazione, i pensieri, i suggerimenti o le confessioni espresse durante la procedura di mediazione, la disponibilità di una delle parti ad accettare la proposta per la risoluzione delle controversie ed altre informazioni sul processo di preparazione e conduzione della mediazione. La norma contiene un divieto di divulgare informazioni sulla mediazione senza il consenso scritto delle parti, che si estende ai partecipanti alla mediazione, incluso il mediatore e coloro che sono coinvolti nell'organizzazione del processo di mediazione.

Il principio di riservatezza che grava sul mediatore, viene rafforzato dall'art. 15, in base al quale un mediatore non può essere costretto a testimoniare in un'audizione giudiziaria o arbitrale in merito a circostanze che gli sono state notificate nello svolgimento dei doveri del mediatore. Tale obbligo può essere

tuttavia disatteso se le parti della procedura di mediazione lo acconsentono o salvo quanto richiesto per garantire la protezione degli interessi dei minori o per prevenire il danno alla salute fisica o psichica della persona o ancora quando la divulgazione del risultato della mediazione è necessaria per l'esecuzione del presente contratto.

Allo *status* giuridico del mediatore è dedicato l'intero capitolo III (artt. 16-21) del progetto di legge sulla mediazione, contenente le norme riguardanti i requisiti per diventare un mediatore, la preparazione speciale necessaria per svolgere la mediazione, il registro dei mediatori, la retribuzione, la responsabilità ed il controllo sulla qualità dei servizi prestati. Innanzitutto la norma dell'articolo 16 non prevede l'esistenza dei mediatori *ad hoc*, stabilendo il livello professionale e personale necessari per ricoprire la carica del mediatore. I requisiti generali per ottenere lo *status* di mediatore sono il raggiungimento dell'età minima di venticinque anni, l'istruzione superiore ed una formazione professionale, che deve includere 90 ore per semestre di formazione iniziale, di cui almeno 45 di abilità pratiche.

Per diventare mediatore è necessario portare a termine una preparazione speciale, realizzata da persone fisiche e giuridiche, i cui programmi sono stati accreditati da associazioni di mediatori (non è chiaro lo *status* e la natura giuridica delle associazioni dei mediatori, a parte la definizione data nel art. 2¹³⁸ e l'attribuzione dei poteri e dei doveri nei confronti dei mediatori e si presume che la questione potrebbe essere regolata dalla legge Ucraina "Sulle associazioni pubbliche" n. 4572-VI del 22.07.2018. Sono previste una formazione "base" ed una "avanzata", il cui scopo è condurre le procedure di mediazione in modo efficace, imparziale e competente nei confronti delle parti. Tali requisiti non sono esaustivi e per questo l'art. 18, comma 3, attribuisce alle associazioni dei mediatori ed organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, il compito di prevedere requisiti più specifici, fatti salvi quelli generali.

¹³⁸ L'art. 2, progetto di legge sulla mediazione "*associazione di mediatori – associazioni locali, statali e internazionali stabilite in base alla legislazione dell'Ucraina da mediatori; organizzazioni che forniscono mediazione; organizzazioni che svolgono formazione professionale di mediatori*".

I limiti d'incompatibilità sono stabiliti nel comma 2 del sopracitato articolo, a norma del quale non può essere un mediatore chiunque: 1) sia stato giudizialmente dichiarato totalmente o parzialmente incapace; 2) abbia carichi penali pendenti; 3) sia stato licenziato dal ruolo di giudice, di pubblico ministero, di ricercatore, dal servizio civile o dal servizio negli enti locali di autogoverno, per violazione del giuramento, commettendo il reato di corruzione; 4) sia nel servizio civile; 5) sia stato escluso dal registro dei mediatori sulla base delle norme di cui all'art. 20 (norme sulle responsabilità del mediatore che stabiliscono la possibilità di rimozione dal registro, in caso dell'accertamento di violazioni o abusi da parte del mediatore nei confronti delle parti o di altri partecipanti) della presente legge, fino alla scadenza del termine di tre anni.

Bisogna ricordare che tale norma si sposa con l'art. 8 sull'imparzialità del mediatore, che ha sancito un ulteriore limite d'incompatibilità del mediatore, che non può essere l'avvocato, il delegato o il rappresentante legale delle parti e contemporaneamente svolgere la mediazione tra gli stessi.

Il registro dei mediatori ha per scopo quello di consentire ai fruitori dei servizi di mediazione di scegliere un mediatore adeguato per un caso particolare. In totale, tali registri costituiscono un elenco dei mediatori dell'Ucraina, comprendente delle informazioni generali o specifiche riguardanti ogni singolo mediatore.

Gli articoli 20 e 21 stabiliscono le norme funzionali e di garanzia contro gli abusi, i comportamenti scorretti e le violazioni da parte del mediatore durante il procedimento di mediazione e anche dopo (si ricordi il principio di riservatezza) e sanciscono le forme di responsabilità e le conseguenze sull'accertamento di questa, quali sono gli organismi abilitati a ricevere la denuncia e prendere una decisione (art. 20) e le regole sul controllo della qualità nella prestazione dei servizi del singolo mediatore (art. 21).

Si attribuisce agli organismi che forniscono servizi di mediazione il dovere di progettare il codice etico e le regole sullo svolgimento; i creatori del progetto, hanno stabilito i criteri minimi che necessariamente devono essere presenti nelle regole: 1) la tipologia dei conflitti; 2) la procedura di selezione di uno o più mediatori; 3) la procedura per le dimissioni del mediatore in

caso di circostanze che possono causare ragionevoli dubbi sulla sua imparzialità o indipendenza; 4) la procedura per la distribuzione delle spese relative alla procedura di mediazione; 5) la procedura di mediazione, i diritti e gli obblighi delle parti e le altre condizioni.

Il progetto di legge sulla mediazione stabilisce che il ricorso è facoltativo: le parti possono concordare preventivamente di includere nel contratto o in altro atto la clausola di mediazione (art. 10). Le parti possono trasferire alla mediazione tutte o alcune controversie che possono insorgere tra loro, indipendentemente dal fatto che abbiano un carattere contrattuale o meno. Le clausole contrattuali di ricorso alla mediazione spesso sono suscettibili di incidere sul diritto d'accesso alla giustizia, tentano di ritardare l'esperimento dell'azione giudiziale o peggio di impedirne l'accesso; in tal caso è necessario introdurre un regime di sospensione dei termini della prescrizione. Nonostante la presenza di una clausola di mediazione, quest'ultima non costituisce un ostacolo per le parti di ricorrere davanti al tribunale ordinario o arbitrale¹³⁹.

In assenza della clausola di mediazione, se una parte è interessata ad iniziare il procedimento, deve inviare una proposta per incontrare un mediatore. Tale proposta dovrebbe essere notificata alla parte opposta, ma né tale obbligo né il mezzo per attuarlo sono stati specificati dal legislatore ucraino. Si presume che si tratti di un invito scritto, con cui la parte si rivolge al mediatore, che deve contenere informazioni riguardanti almeno l'oggetto della controversia ed il termine per l'accettazione. La legge stabilisce un termine massimo di 30 giorni, nel corso dei quali la parte iniziatrice dovrebbe ottenere la risposta dell'altra che accetta di avviare la mediazione, salvo indicazione di un altro termine o un'altra data specificata. In caso di silenzio dell'altra parte nei tempi indicati nell'invito, la mediazione non può essere avviata e la proposta della parte iniziatrice si considera respinta o non accettata.

L'inizio della mediazione è collegato con il giorno in cui le parti hanno concordato di incontrare il mediatore per la proce-

¹³⁹ La norma di cui all'art 10 del progetto di legge sulla mediazione espressamente prevede il diritto delle parti di rivolgersi al tribunale, nonostante l'esistenza della clausola contrattuale che li invita a mediare.

dura di mediazione. Né i termini specifici né il termine massimo, entro il quale dovrebbe essere conclusa la mediazione sono stati indicati nel progetto di legge, in quanto tutte le questioni che riguardano il procedimento possono essere disciplinate dalle associazioni dei mediatori nelle apposite regole procedurali, da loro approvate.

La procedura di mediazione può avere tre diversi esiti: 1) il raggiungimento dell'accordo sui risultati della mediazione in qualsiasi forma¹⁴⁰; 2) la dichiarazione di entrambe le parti o di una sola di esse, indirizzata al mediatore, di volere interrompere la procedura; 3) la dichiarazione del mediatore, previa consultazione delle parti, di impossibilità di procedere, qualora gli sforzi fatti da parte dei partecipanti non siano sufficienti per raggiungere un accordo o negli altri casi previsti dalla legge.

La norma dell'articolo 13 del progetto di legge sulla mediazione viene chiamata "*L'accordo sul risultato della mediazione*", a norma del predetto articolo, gli accordi raggiunti dalle parti possono essere messi per iscritto nel contratto, non precisando tuttavia se tale contratto debba essere stipulato davanti a un pubblico ufficiale. L'unica esigenza sul contenuto del contratto riguarda il divieto di contenere disposizioni che contraddicano le leggi ucraine, gli interessi dello Stato e della società e le sue consuetudini (comma 1)¹⁴¹.

¹⁴⁰ L'accordo di mediazione può avere diverse forme: assume sempre la forma scritta, cambia soltanto l'ambito in cui trova applicazione l'accordo. Per es. nella mediazione delle cause penali o amministrative l'accordo amichevole sarà sottoscritto dalle parti (la persona accusata e la vittima) e regolato nelle apposite norme dei codici penale e amministrativo processuale dell'Ucraina.

¹⁴¹ Sarebbe opportuno fare riferimento al solo art. 203, Codice civile ucraino, che contiene i requisiti generali, la cui osservanza è necessaria per la validità del contratto: "*1. Il contenuto del contratto non può contraddire il presente Codice, altri atti di diritto civile, nonché gli interessi dello Stato e della società, i suoi principi morali. 2. La persona che stipula il contratto deve avere la capacità giuridica richiesta per tale tipo di contratto. 3. La volontà espressa dalla parte del contratto deve essere libera e coerente con la sua volontà personale. 4. Il contratto deve essere eseguito nella forma prescritta dalla legge. 5. Il contratto deve essere diretto a produrre le conseguenze legali, da esso previste. 6. Il contratto compiuto dai genitori (o genitori adottivi) non può essere in conflitto con i diritti e gli interessi dei propri figli, minori o figli disabili*".

Le regole speciali sono dettate sulla forma degli accordi raggiunti durante il procedimento penale, civile o arbitrale o durante la fase esecutiva¹⁴² delle decisioni dei tribunali; se tali accordi di mediazione sono direttamente correlati all'oggetto della citazione o all'oggetto della causa penale, i risultati di essi vengono trascritti nell'accordo di pace, nell'accordo transattivo o in altro tipo di documento espressamente prestabilito dalle leggi dell'Ucraina. Se invece le parti hanno raggiunto un accordo che non è collegato all'oggetto delle cause pendenti tra loro, queste possono stipulare su tali questioni altri accordi.

Gli accordi stipulati sui risultati della mediazione hanno efficacia obbligatoria *inter partes*, nei termini e nei modi da loro stabiliti e ciò, ancora una volta, conferma il principio di volontarietà, avendo le stesse parti scelto il metodo e le vie di risoluzione della loro lite e raggiunto un accordo con l'approccio consensuale, aumentando la possibilità di mantenere le promesse fatte. In ogni caso, per salvaguardare la parte nei confronti della quale non sono state mantenute le promesse, il progetto di legge sulla mediazione contiene il riferimento alla disciplina dell'inadempimento degli obblighi contrattuali, prevedendo l'esperimento di un'eventuale azione giudiziale dalla parte interessata¹⁴³.

Il costo della mediazione è a carico delle parti. Nell'accordo di mediazione le parti decidono sulle spese, che consistono nelle retribuzioni del mediatore e nei costi associati al supporto logistico ed organizzativo per lo svolgimento della mediazione. L'art. 19 stabilisce che le spese di mediazione si dividono in parti uguali, salvo che le parti nell'accordo non stabiliscano un altro principio di distribuzione. L'ammontare delle spese, nonché la procedura per i calcoli, devono essere stabiliti preventivamente nell'accordo di mediazione.

Analizzando il progetto di legge sulla mediazione ucraina, possiamo identificare alcuni punti comuni con la Direttiva

¹⁴² La legge dell'Ucraina "Sul procedimento esecutivo" del 2 luglio 2016, n. 1404-VIII, è disponibile sul sito: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.

¹⁴³ L'art. 16, codice civile ucraino definisce un elenco indicativo dei rimedi, per i quali ogni persona ha il diritto di rivolgersi al tribunale per la protezione dei suoi diritti e interessi legittimi.

2008/52/CE: la mediazione viene definita come un servizio, facilmente accessibile, attraverso il quale le parti possono raggiungere un accordo, che ha maggiori probabilità di essere rispettato volontariamente, tutelando i rapporti sociali fra le parti stesse; la mediazione si presenta altresì come un procedimento di volontaria giurisdizione, nel senso che le parti gestiscono il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento; viene garantito il principio dell'accesso alla giustizia, essendo le parti libere di ricorrere al tribunale in qualsiasi momento. Per quanto riguarda il resto dei principi, sono richiamati nel progetto di legge i principi dell'equità, dell'indipendenza, della neutralità, dell'esecutività, della riservatezza (l'art. 7, Direttiva 2008/52/CE), che grava su tutti i soggetti del procedimento, soprattutto sul mediatore.

Non mancano gli elementi negativi nel progetto: sarebbe utile, per incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione, stabilire che durante la mediazione i termini di prescrizione o decadenza non impediscano alle parti di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato, in caso di fallimento del tentativo di mediazione. Considerando che l'ambito applicativo della mediazione è molto ampio, sarebbe stato opportuno stabilire il rapporto tra le norme sostanziali e procedurali di diritto civile, commerciale, amministrativo e penale, descrivere meglio lo status giuridico delle associazioni dei mediatori, descrivere la tipologia degli accordi sul risultato della mediazione, al fine anche di armonizzare le norme relative alla specie degli accordi stipulati durante il procedimento amministrativo e penale.

Nonostante l'inerzia del parlamento nell'adottare la legge sulla mediazione, la mediazione in Ucraina si sta divulgando nelle società, che man mano si sta abituando alla cultura di mediare ed a trovare altri modi per risolvere la controversia, in cui non esiste la parte perdente, grazie al lavoro della comunità professionale dei mediatori in Ucraina, composta da oltre venti organizzazioni di mediazione¹⁴⁴, che ha dato un contributo significativo alla promozione della mediazione attraverso pubblicazioni nei media e nei social network e mediante la ricerca, la creazione di film educativi, di siti Internet, di presentazioni, di

¹⁴⁴ Vedi cit. 76.

tavole rotonde e di corsi di formazione presso scuole e istituti di istruzione superiore.

5. *Conclusioni*. – Le tecniche alternative al processo giurisdizionale nel mondo Europeo hanno avuto il forte sostegno da parte del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea. Le *Alternative Dispute Resolution* non vanno considerate come una forma di giustizia alternativa al processo ma come metodi di risoluzione delle liti che completano il quadro del sistema giudiziario, forniscono una risposta alle difficoltà di accesso alla giustizia e rappresentano maggiori garanzie per le parti.

La mediazione, come metodo di risoluzione extragiudiziale condotta da una parte neutrale, ha conosciuto uno sviluppo accelerato dopo l'adozione della Direttiva 2008/52/CE ed ha attirato l'attenzione crescente di un certo numero di osservatori esterni (l'attuazione della legge sulla mediazione ha avuto successo in molti Paesi post-sovietici, come Russia¹⁴⁵, Kirgistan¹⁴⁶, Kasakistan¹⁴⁷, Bielorussia¹⁴⁸, Moldova¹⁴⁹, altri tentano di attuare una legge sulla mediazione)¹⁵⁰.

I Paesi come la Russia e la Bielorussia hanno condiviso la scelta per la mediazione convenzionale, volontaria e demandata dal giudice, con ampio ambito applicativo, estendendolo an-

¹⁴⁵ Vedi il capitolo 2.

¹⁴⁶ La legge della Repubblica del Kirghizistan dal 28 luglio 2017, n.161 “Sulla mediazione” è disponibile sul sito: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111668>.

¹⁴⁷ La legge della Repubblica del Kazakistan dal 28 gennaio 2011, n.401-IV “Sulla mediazione” è disponibile sul sito: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376.

¹⁴⁸ Vedi il capitolo 3.

¹⁴⁹ La legge della Repubblica della Moldavia n. 137 “Sulla mediazione” è disponibile sul sito: <https://mediation-eurasia.pro/zakonodatelstvo/zakon-republiki-moldova-137-o-mediaci>.

¹⁵⁰ Vedi il capitolo 4 sull'Ucraina. Anche nella Repubblica della Uzbekistan è stato presentato il progetto di legge sulla mediazione, disponibile sul sito [https://nrm.uz/contentf?doc=507428_zakon_republiki_uzbekistan_o_mediacii_\(proekt\)](https://nrm.uz/contentf?doc=507428_zakon_republiki_uzbekistan_o_mediacii_(proekt)).

che alla materia amministrativa e penale. Si incontrano tanti punti in comune con gli aspetti fondamentali definiti nella Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale.

Quando in questi Paesi sono state adottate le leggi sulla mediazione, è stata ingenerata una grande aspettativa per gli affari, poiché i vantaggi che la mediazione offre al *business* sono evidenti. Dopotutto, per gli imprenditori, nella risoluzione dei conflitti è importante tenere conto degli interessi commerciali, controllare il processo e allo stesso tempo risparmiare tempo e denaro. La mediazione si sta evolvendo ma non così velocemente come si sperava. Gli esperti ritengono che una delle ragioni di questa situazione sia il lavoro effettivo dell'arbitrato e dei tribunali nella risoluzione delle controversie.

Il ruolo non secondario nel lento avanzamento della mediazione nella sfera civile e commerciale è giocato anche dall'opposizione degli avvocati che considerano la risoluzione delle controversie nei tribunali come la loro unica attività professionale e vedono i mediatori come concorrenti. La comunità ha certamente bisogno di tempo per capire ed apprezzare i reali benefici che la mediazione può apportare.

FERNANDO MORENO MOZO*, ASUNCIÓN MATIN VELARDE**

LA MEDIACIÓN COMO CAUCE PARA PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

SUMARIO: 1. Resumen. - 2. Normativa general sobre el interés superior del menor. Concepto de interés superior de menor. - 2.1. Normativa sobre los derechos del menor y el interés superior de éste. - 2.1.1. Normativa internacional. - 2.1.2. Normativa española. - 2.2. Concepto de “interés superior del menor”. - 2.2.1. Delimitación. - 2.2.2. Caracteres del principio “interés superior del menor”. - 2.2.3. El concepto de interés del menor en la Convención de los Derechos del Niño: la Observación general n. 14 (2013). - 2.2.4. El interés del menor en la LO de Protección Jurídica del Menor. - 2.2.5. Conclusiones sobre la cuestión. - 3. El interés superior del menor en las normas de derecho internacional privado relativas a la responsabilidad parental. La relevancia de la residencia habitual del menor. - 3.1. Competencia judicial internacional. - 3.2. Ley aplicable. - 3.3. Eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras. - 4. La defensa del interés superior del menor como finalidad principal en el ámbito de la sustracción internacional de menores. - 4.1. El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. - 4.2. El Reglamento Bruselas II Bis. - 4.2.1. Requisitos de aplicación. Concepto de menor. - 4.2.2. Concepto de traslado ilícito. El retorno. - 4.2.2.1. El traslado ilícito. - 4.2.2.2. El retorno. - 4.3. El interés del menor en de sustracción: custodia, derecho de visita y residencia. Relevancia del concebido y no nacido. - 4.3.1. El derecho de visita. - 4.3.2. Relevancia del concebido y no nacido. - 5. La mediación como instrumento favorecedor del interés del menor. - 5.1. El papel de la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores. - 5.1.1. Referencia a la mediación civil y familiar en España. - 5.1.2. Conexión de la sustracción internacional de menores y los conflictos familiares. - 5.2. La mediación en los instrumentos internacionales relativos a la sustracción internacional de menores. - 5.2.1. El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y La Guía de Buenas Prácticas de 2012 sobre mediación. - 5.2.2. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996. - 5.2.3. La Recomendación n. (98) del Consejo de Europa sobre Mediación familiar. - 5.2.4. El Re-

* Profesor Contratado-Doctor – Universidad de Sevilla.

** Profesora Titular de Derecho civil – Universidad de Sevilla.

glamento Bruselas II Bis. - 5.3. Espacio temporal de la mediación ante la sustracción internacional de menores. - 5.3.1. La mediación extrajudicial en la sustracción internacional de menores. - 5.3.2. La mediación intrajudicial en la sustracción internacional de menores. - 5.4. Idoneidad de la solución mediada en los conflictos en materia de sustracción internacional de menores.

ABSTRACT:

For a few decades, a new phenomenon has emerged in Western societies: the great increase in legal kidnapping, that is, the illegal transfer of children to a foreign country or their retention in it. Although the legal kidnapping of the child can be committed by any person, it is usually carried out by one of the parents, and implies the violation of the “best interests of the child”, consecrated in relatively recent dates as a general legal principle. This is what we will see in this study, for which purpose, in the field of Spanish private international law (but to a large extent predicable of comparative law), the most important legal aspects of these issues will be analyzed in the light of Spanish and international standards; as well as doctrine and jurisprudence.

In this study we can see how the best interest of the child lies in that it must be restored immediately (*prima facie* and exceptions admitted) to the country of habitual residence prior to the legal kidnapping, where the parent will also reside whose right of custody or visit has been violated because of the kidnapping.

The various interests at stake – too often incompatible – that underlie the legal kidnapping and war of the parents for having their children selfishly at all costs (proper to family law, but here increased), ignoring the interest (the most beneficial) of minors, frequently lead to the judicial route (delays, costs, litigation derived from the abduction itself) fail in the attempt to return the children to the country of origin. Therefore, here more than in other legal fields, mediation emerges as the most appropriate channel to reach the best possible solutions, which is why much of this chapter is devoted to the analysis of this legal concept.

1. *Resumen.* – Desde hace unas décadas ha irrumpido en las sociedades occidentales un fenómeno nuevo: el gran aumento de la sustracción internacional de menores, es decir, el traslado ilícito de éstos a un País extranjero o su retención en él. Aunque la sustracción del menor puede cometerla cualquier persona, normal-

mente se efectúa por uno de los progenitores, e implica la vulneración del “interés superior del menor”, consagrado en fechas relativamente recientes como principio jurídico de carácter general. Así lo veremos en el presente estudio, a cuyo efecto se analizarán, en el ámbito del Derecho internacional privado español (pero en gran medida predicable del Derecho comparado), los aspectos jurídicos más importantes de estas cuestiones a la luz de las normas españolas e internacionales, así como de la doctrina y jurisprudencia.

En el presente estudio podremos constatar cómo el interés superior del menor radica en que éste deba ser restituido inmediatamente (*prima facie* y a salvo las excepciones admitidas) al País de su residencia habitual previa a la sustracción, lugar en el que también tendrá su residencia el progenitor cuyo derecho de custodia o de visita ha sido vulnerado a causa de la sustracción.

Los diversos intereses en juego – demasiadas veces incompatibles – que subyacen en la sustracción y la guerra de los padres por tener egoístamente a sus hijos a toda costa (propias del Derecho de familia, pero aquí acrecentadas), desconociendo el interés (lo más beneficioso) de los menores, conducen frecuentemente a que la vía judicial (dilaciones, costos, litigios derivados de la propia sustracción) fracase en el intento de que los menores regresen al País de origen. Por ello, aquí más que en otros campos jurídicos, la mediación emerge como el cauce más adecuado para llegar a la mejor de las soluciones posibles, razón por la que gran parte del presente capítulo está dedicada al análisis de esta figura jurídica.

2. Normativa general sobre el interés superior del menor. Concepto de interés superior de menor.

2.1. Normativa sobre los derechos del menor y el interés superior de éste. – Declara el art. 39.4 CE que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”; y en el mismo sentido se pronuncia la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor¹.

¹ Modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y por la Ley 26/2015, de 28 de julio (ambas Leyes denominadas “de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”), dispone en su art. 3: “Referencia a Instrumentos Internacionales. Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que

Debemos tratar, por tanto, en primer lugar las normas de origen internacional.

2.1.1. *Normativa internacional.* – En numerosas normas internacionales (ya de carácter general, ya de carácter específico) se reconocen determinados derechos al menor. De entre las de carácter general destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (especialmente el art. 25.2); de las específicas sobresalen la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

Sin embargo, las normas supranacionales más importantes son dos: la Convención de los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de 7 de diciembre de 2000).

a) La Convención de los Derechos del Niño (CDN), la más relevante sobre la materia, proclama en su art. 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será *el interés superior del niño*”.

La Convención no concreta qué deba entenderse por “interés superior del niño”². Ahora bien, pueden inducirse deter-

España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”.

“La presente Ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”.

“Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente Ley y a la mencionada normativa internacional”.

² Esta expresión es utilizada en la Convención, además de en su art. 3.1, en los siguientes preceptos: art. 9 (derecho a mantener relaciones con ambos

minadas directrices y límites a la hora de fijar su contenido, teniendo en cuenta los derechos que en el resto de su articulado se reconocen al menor (algunos son meras obligaciones asumidas por los Estados Partes): así, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7); a relacionarse con ambos padres cuando éstos vivan en Estados diferentes (art. 10); a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (art. 8); el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño (art. 12.2) o el derecho a la educación (art. 28).

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación general n. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), publicada el 29 de mayo de 2013, considera por primera vez que este interés superior es un derecho, cuestión que posteriormente abordaremos.

b) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 y con vigor desde el 1 de diciembre de 2009)³ establece en su art. 24: “Derechos del niño:

1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.
2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, *el interés superior del niño* constituirá una consideración primordial.
3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

padres), art. 10 (reunión de la familia); el art. 18 (sobre las obligaciones de los padres); el art. 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); el art. 21 (adopción); el art. 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el art. 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales).

³ Versión consolidada publicada en el *DO C 202*, de 7 de junio de 2016.

2.1.2. *Normativa española.*

a) La norma esencial es la LO de Protección Jurídica del Menor, redactada de acuerdo con las dos reformas del año 2015, en la que se recoge tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los criterios de la Observación general n. 14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”⁴.

El precepto más importante es el art. 2 de la Ley, dedicado al “Interés superior del menor” y que se compone de cinco apartados en los que se efectúa una nueva regulación de la materia, destacando la consideración del citado interés superior como un principio de derecho sustantivo que primará sobre cualquier otro derecho.

En el resto de la Ley se regulan los diferentes derechos en concreto del menor: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), derecho a la información (art. 5), libertad ideológica (art. 6), derecho de participación, asociación y reunión (art. 7), derecho a la libertad de expresión (art. 8), derecho a ser oído (art. 9).

El Capítulo III de la Ley está dedicado a los “Deberes del menor”; y en el resto del articulado se regulan los más variados aspectos que afectan a la esfera jurídica de los menores.

b) Otras normas internas relevantes, al margen de la Constitución, son la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente los arts. 748-781 (sobre los procesos que afectan a menores); la Ley Orgánica 8/15 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; ma Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y, sobre todo, el Código civil, donde el “interés superior del menor” se contempla numerosas veces, utilizándose explícitamente esta expresión en seis preceptos: arts. 160.1, 172 bis 1, 173.3 a), 173.2 b) y 178.

Por otra parte, la legislación de las CC.AA. (incluidas las que no poseen Derecho propio o foral sobre la materia) es de proporciones colosales.

⁴ Así se afirma en el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, por la que se reforma la Ley del Menor.

2.2. Concepto de “interés superior del menor”.

2.2.1. Delimitación.

a) La doctrina suele afirmar que el origen del “interés superior del menor” se encuentra en el s. XIX en el Derecho anglosajón, cuando los tribunales ingleses empiezan a conceder, tras un divorcio, la custodia de los hijos no al padre (lo que era tradicional: la custodia paterna estaba ligada a los derechos de propiedad), sino a la madre. Baste con referirnos – por todos – a Otaegui, quien señala que esta posibilidad se incorporó al Derecho positivo inglés en 1839 en virtud de la Ley de Custodia de los Niños, la cual “otorgaba al juez un margen de discrecionalidad, en los supuestos de divorcio, en virtud del cual se establecía una presunción de atribución de la custodia de los hijos menores de siete años a las madres. En 1873, el Parlamento británico extendió dicha presunción a favor de las madres (salvo en los supuestos en los que ésta fuera adúltera o hubiese abandonado a los niños), hasta que los menores alcanzaran la edad de los dieciséis años. Este principio legal ha sido denominado ‘la doctrina de los años tiernos/temprana edad’ (*Tender years doctrine*)”; concluyendo que tal doctrina se extendió a otros Países. Continúa comentando que la doctrina citada fue sustituida a finales del s. XX por la del interés superior del menor porque la de los años tiernos vulneraba el principio de igualdad entre los progenitores⁵.

Protegidos los derechos de los niños en el ámbito internacional por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924, se avanza en la materia con la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el primer texto legal en el que se recoge por primera vez (Principio 2) la expresión “*interés superior del menor*”.

b) Sustener – y es habitual – que el principio del interés superior del menor tiene su origen en Inglaterra a principios del s. XIX por el hecho de que allí, entonces y a partir de esa fecha,

⁵ I. OTAEGUI AIZPURÚA, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la protección de los derechos del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 74-75 ss.

en caso de divorcio se le atribuyeran a la madre los hijos (normalmente menores de siete años), es simplemente una falacia. ¿Qué decir entonces del Derecho castellano, al menos desde el s. XIII? En Las Partidas, como pone de manifiesto Moreno Mozo, “si el matrimonio se había disuelto, anulado o separado legalmente, mediando culpa de uno solo de los esposos, era el cónyuge culpable el que debía alimentar a los hijos, tuvieren más o menos de tres años, correspondiéndole la tutela al cónyuge inocente. Si la madre los tiene por esta razón y contrae nuevo matrimonio, deberá entonces recibirlos el padre y criarlos. En cualquier caso, si el culpable de la separación es pobre y el otro es rico, éste deberá costear la crianza”⁶. En otras palabras: la igualdad de los padres en este ámbito hace que el régimen jurídico español del siglo XIII – y vigente durante muchos años – era, *mutatis mutandis*, el mismo que el que finalmente se logró en los Países anglosajones sólo hace unas décadas. Cuestión distinta es que se desconozca nuestro Derecho, nuestra historia y nuestra cultura (las razones son varias) y que, como en casi todo los ámbitos, la influencia anglosajona campe a sus anchas. En definitiva, es decir: podrá afirmarse que el uso del término “interés superior del menor” tenga un origen anglosajón, pero no el origen de su contenido en los términos señalados.

- c) Sea como fuere, la realidad es que, frente a las soluciones anteriores, el Derecho actual no sólo contempla en las normas el beneficio o el interés del menor y le reconoce determinados derechos, sino que el menor es considerado como el sujeto más digno de protección, tanto que sus intereses prevalecen sobre otros interés legítimos y se construye todo un sistema normativo en el que se consagra como principio (normativo e interpretativo) “*el interés superior del menor*”.

2.2.2. Caracteres del principio “*interés superior del menor*”. – El “*interés superior del menor*” es un concepto jurídico indetermi-

⁶ F. MORENO MOZO, *Cargas del matrimonio y alimentos, Comares, Granada*, 2008, p. 12, y con cita de las fuentes a pie en la nota 27, con el siguiente tenor: “Partida IV, Tít. XIX, Leyes 3-4”; y remitiendo también al “Fuero Real: Libro III, Tít. VIII, Ley III”.

nado⁷; y así se estima unánimemente, tanto en el Derecho español como en el comparado, por la doctrina⁸, la jurisprudencia⁹ e incluso el legislador¹⁰. Cuando se afirma que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, se pretende significar que lo que deba ser ese interés deberá determinarse según las circunstancias del caso concreto.

Numerosos autores han entendido el interés del menor como expresión equivalente a “beneficio del menor”. En palabras de Belloso, “la protección del menor se suele englobar en la expresión ‘protección integral’ la cual implica el respeto y garantía de derechos fundamentales del menor, la satisfacción de sus necesidades derivadas de su desarrollo físico y mental, y dentro de ellas, las necesidades básicas o vitales (alimento, vivienda, vestido, educación, asistencia médica, etc.), así como las necesidades espirituales (afectivas, educativas, religiosas). Por ‘interés del menor’ se puede entender aquello que le beneficia, entendido el beneficio

⁷ Para M. NÚÑEZ PACHECO, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013, p. 25, un concepto jurídico indeterminado “es un término jurídico que, debido a la ductilidad del derecho, está presente en toda estructura y rama de lo jurídico, y puede adoptar forma de valor o de principio jurídico, de derecho subjetivo, de deber u obligación jurídica, o simplemente estar incluido como una palabra más –sin definir de una manera concreta– en la norma, sea esta de carácter nacional o internacional y, cuya presencia en el derecho, tiene por causa o las características propias de vaguedad y ambigüedad que presenta el lenguaje común, a las que no es ajeno el lenguaje jurídico, o la intención premeditada del legislador de redactar de esta manera imprecisa la norma a modo de técnica de formación”.

⁸ Esencial es la obra de F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés superior del menor*, Dykinson, Madrid, 2ª ed., 2007.

⁹ Acerca del uso de estos conceptos por el Tribunal Constitucional, véase D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Dykinson, Madrid, 2009.

¹⁰ El Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, por la que se reforma la Ley del Menor, dice que “los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones”.

en el sentido más amplio posible y no solo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral, es decir, todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y a su desarrollo integral”¹¹.

Suele considerarse que el interés superior del menor, en la medida en que se integra de otros principios (especialmente del *favor filii* y del *favor minoris*), es un principio (a veces se afirma que es general) que impregna toda decisión que afecte a los menores. Águeda Rodríguez estima que el interés del menor “tiene un sentido sustantivo, interpretativo y procedimental, destacándose el carácter dinámico del concepto al deber ser concretado en cada contexto, dado que varía de un menor a otro, y, en el mismo menor, de un momento a otro, debiendo ser respetado siempre”¹².

Aunque se hayan destacado ventajas e inconvenientes en el uso de los conceptos jurídicos indeterminados¹³, es cierto que su indeterminación convierte en compleja y difícil no sólo su interpretación, sino también su aplicación, pues realmente no existe un interés superior del menor en abstracto, sino en cada caso concreto¹⁴. En este sentido, la STS 13 de febrero 2015, en

¹¹ N. BELLOSO MARTÍN, *La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? de la mediación familiar*, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá X, 2017, (pp. 1-42 ss.), p. 20. Sobre la determinación del interés del menor in concreto, véase RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 267 ss.

¹² R.M. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, *Concepto “favor filii”. Criterios legales y jurisprudenciales para determinar el interés superior del menor*, en *La guarda compartida y el interés superior del menor*, *HispaLex*, 2018, (pp. 165-298 ss.), p. 165.

¹³ Véase, por todos J. IGARTUA SALAVERRÍA, *El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados»*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 56, 2000, pp. 145-162 ss.

¹⁴ En cuanto a su aplicación, señala BELLOSO, *op. cit.*, p. 18, que “la utilización por parte del legislador de un concepto jurídico indeterminado impone al sujeto obligado a aplicarlo un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar in concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pre-tende resolver. A lo que cabe añadir la amplitud del arco cronológico que jurídicamente enmarca el estado de minoría de edad, lo que provoca una

un litigio sobre guarda y custodia de un menor, afirma que el interés del menor en abstracto no es suficiente, conclusión a la que llega considerando que el interés prevalente del menor está constituido por una suma de distintos factores, y que el interés que prevalece es el “de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”, concluyendo que el interés en abstracto no basta.

Por otra parte, el interés del menor es superior, lo que conduce, según numerosos autores, “a que, en caso de conflicto con otros intereses concurrentes en la misma situación, prime siempre, puesto que se le considera la parte débil y más necesitada de protección de cuantas puedan concurrir”¹⁵.

Podría pensarse *a priori* que el citado interés prevalece siempre y de manera absoluta frente a cualquier otro interés legítimo, pero esta idea debe ser matizada, pues, obviamente, a salvo posturas extremas, habrán de tenerse en cuenta y ponderarse todos los intereses en juego: baste considerar que el citado interés sea incompatible con los derechos fundamentales de otras personas.

2.2.3. *El concepto de interés del menor en la Convención de los Derechos del Niño: la Observación general n. 14 (2013)*. – La Observación general n. 14 (2013), del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, apdo. 1), considera por primera vez que el referido interés superior es un derecho. Este hecho es de gran trascendencia, pues, aunque las Observaciones Generales no son vinculantes, su valor posee gran relevancia, no sólo porque en ellas se establecen los criterios de aplicación de la Convención, sino porque son tenidas en cuenta por el in-

gran dificultad en orden a pretender sistematizar situaciones caracterizadas por su evidente heterogeneidad. Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza”.

¹⁵ M. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Dykinson, 2004, p. 44.

térprete del Derecho, por los tribunales¹⁶ y por numerosos Estados al incorporarlas a sus ordenamientos internos, como ha ocurrido en España, donde ha sido incorporada, entre otras normas, a la LO de Protección Jurídica del Menor en la reformas realizadas en 2015. Destaquemos cuatro aspectos de la referida Observación:

- 1º) En el apdo. 6 el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple, que abarca tres dimensiones: es un derecho sustantivo, es un principio jurídico interpretativo fundamental y es una norma de procedimiento¹⁷.
- 2º) Se trata de un principio complejo, flexible y adaptable. – El apdo. 32 dice: “El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. [...] Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta

¹⁶ Es frecuente su cita en las últimas sentencias del TEDH: véase STEDH 21 de julio de 2015, *asunto G.S. c. Georgia*.

¹⁷ “a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

“b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

“c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. [...]”.

a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto [...], respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos”.

- 3º) En cuanto a la colisión con otros derechos, señala la Observación que la expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones [...]” (apdo. 37). Pero es flexible, lo que debe tenerse en cuenta cuando entre en conflicto con otros intereses¹⁸.

Por lo que atañe a la evaluación y determinación del interés superior del menor, el Comité expone la necesidad de seguir dos pasos (apdo. 46):

- “1. Determinar cuáles son los elementos pertinentes para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”.
- “2. En segundo lugar, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del Derecho”¹⁹.

¹⁸ Dice el apdo. 39: “Sin embargo, puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”.

¹⁹ “Los elementos que deben tenerse en cuenta en la evaluación son de dos clases. En primer lugar (apdo. 47), las circunstancias específicas de cada menor (como “la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sen-

4º) En la medida en que el concepto es también en sí mismo una norma de procedimiento, para garantizar que su interés superior sea una consideración primordial, hay que aplicar garantías y salvaguardas procesales. Entre las que destacan “el derecho del niño a expresar su propia opinión”.

En la medida que el concepto es también en sí mismo una norma de procedimiento, para garantizar que su interés superior sea una consideración primordial, hay que aplicar garantías y salvaguardas procesales. Entre las que destacan “el derecho del niño a expresar su propia opinión”.

2.2.4. *El interés del menor en la LO de Protección Jurídica del Menor.* – La norma, en las dos reformas del año 2015, como hemos dicho, recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre la materia y, sobre todo, incorpora los criterios de la Observación general n. 14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”²⁰, hecho éste que se refleja incluso en la misma estructura del art. 2 de la Ley, precepto fundamental, y cuya rúbrica se intitula “Interés superior del menor” y que se compone de cinco apartados.

a) En el primer apdo. se concibe el referido interés como un derecho sustantivo que primará sobre cualquier otro derecho:

sorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores”, etc.). En segundo lugar (apdos. 52 ss.), ciertos elementos (no jerárquicos ni exhaustivos) entre los que figuran los principios (derechos) reconocidos por la Convención: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud, así como el derecho del niño a la educación”.

²⁰ Ya dijimos que así se asevera en el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, por la que se reforma la Ley del Menor. En consecuencia, continúa diciéndose en el Preámbulo que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial es un “concepto” que “se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo [...]. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo [...]. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente Ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

- b) El apdo. 2 regula el denominado *contenido* interpretativo (como principio general lo califica el Preámbulo de la Ley): “2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto”²¹; y, entre ellas, contempla: la protec-

²¹ Estas circunstancias son:

- “a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- “b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- “c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
- “d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

ción del derecho a la vida del menor, la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, la conveniencia de que su vida tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, la preservación de su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma.

Se completa el anterior con el apdo. 3, en el que se establece que “estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta” determinados “elementos generales” (agrupados en seis letras), entre los que se encuentran “a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad [...]; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad [...]; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”.

Y acaba este apdo. 3 señalando que “los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

c) En el apdo. 4 (de esencial importancia) se desarrolla el apdo. 1 al establecerse reglas para concretar la primacía del interés superior del menor: “4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes”.

“En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

“Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”.

d) En el apdo. 5 se desarrolla el interés superior del menor como norma de procedimiento: “5. Toda medida en el interés supe-

rior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: “a) los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente”, a las que añade otras (recogidas en las letras b, c, d y e).

2.2.5. Conclusiones sobre la cuestión.

- a) En las Observaciones no se concibe ya el principio del interés superior del menor con un carácter indeterminado (sino flexible, complejo y adaptable), al contrario que en la LO Protección Jurídica del Menor (como indeterminado lo califica en su Preámbulo). En ésta el principio tiene un carácter general, a diferencia de lo que acontece en la Observación donde es fundamental²².
- b) Destaca la diferente regulación del principio en el caso de colisión con otros intereses, pues en la Ley siempre será preferido aquel, lo que a buen seguro podrá acarrear problemas: no es anecdótico que en ésta se aluda, sobre el particular: a los derechos fundamentales de las demás personas. Y es que, como se ha dicho de este principio, “su indeterminación proviene más de su carácter principal que de la indefinición del concepto”²³.
- c) Ciertamente el principio comentado es ahora menos indeterminado, aunque no ha dejado de serlo totalmente, lo que entraña serios riesgos, y así han sido puestos de manifiesto por la Observación general n. 14 (2013)²⁴. Y por añadidura, el

²² Según nuestro criterio, el concepto que en la LO del Menor se contiene podría expresarse en los siguientes términos: el denominado interés superior del menor es un principio que ha de ser respetado siempre en todas las acciones, decisiones y medidas que afecten al menor (art. 4.1), con especiales garantías en las medidas procesales (art. 4.5), cuyo contenido está conformado por un conjunto de derechos (entre los que destacan los explicitados en los arts. 4 a 9), que debe ser interpretado de acuerdo con ciertos criterios generales (los del art. 4.2) ponderados teniendo en cuenta determinados elementos (los del art. 4.3) y que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (art. 4.1 y 4.4).

²³ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, L. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 6ª ed., 2013, p. 364.

²⁴ El apdo. 3 de la Observación general n. 14 (2013) concluye: “La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación

principio del interés superior del menor, además de ser más o menos indeterminado, es en DIPr. un concepto relativo, esto es, no uniforme²⁵.

- d) Se afirma generalmente que a partir de los años 80 del s. XX, el concepto jurídico del menor se ve modificado por una serie de cambios sociales. Anteriormente, “desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se había ido introduciendo la protección jurídica específica de los menores en la normativa nacional e internacional, con los primeros derechos de los niños en el ámbito laboral y educativo. El menor era en esos años un sujeto necesitado de protección, pero sin derechos propios. Con el paso del tiempo se ha ido forjando cada vez más la idea de que los derechos humanos también deben aplicarse a los menores como individuos con derechos propios”²⁶. En consecuencia, el interés superior del menor debe motivar todas las medidas y actuaciones que afecten a los menores. Por ello, “viene reconocido como criterio preferente en todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre menores de edad”²⁷. Como señala Armenteros León, “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad

de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia”.

²⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, L. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 364.

²⁶ A. DE RUITER, *La voz del menor*, en *La voz del menor en la sustracción internacional de menores*, Centro de Estudios Jurídicos, 2017, (pp. 5-8 ss.), p. 5.

²⁷ A.I. BERROCAL LANZAROT, *El interés del menor como criterio prevalente para la atribución de la guarda y custodia*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n. 746, (pp. 3284-3314 ss.), p. 3289.

de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”²⁸. En otras palabras, el interés superior del menor tendrá que ser concretado por aquel órgano que lo aplique, siendo, en todo caso, “clave de bóveda” en los procesos familiares²⁹.

- e) Es un error, frecuentemente cometido, considerar que el menor de edad en la actualidad se encuentra protegido en sus intereses frente a los mayores; y que eso es nuevo, superándose así su situación de épocas pasadas. Pues bien, esta idea, en los términos descritos, no es cierta. La distinción (y sus consecuencias jurídicas) entre mayores y menores de edad, en el ámbito que nos ocupa, es un criterio muy reciente. Pensemos, por ejemplo, en un aspecto esencial: el mantenimiento de los hijos, en el que en el Derecho histórico (por ejemplo en España hasta el Código civil, y en el resto de Países de manera análoga) el criterio distintivo realmente más importante (aunque no definitivo) no era, a estos efectos, la mayoría o minoría de edad, como lo es actualmente, sino el del sometimiento o no a la patria potestad. Limitándonos al Derecho español, pero también predicable para los demás Derechos, las obligaciones paternas de mantenimiento para con los hijos no se distinguían según la menor o mayor edad de estos.

En efecto, como indica Moreno Mozo, “el único criterio divisorio posible era, *prima facie*, el sometimiento o no del hijo a la patria potestad. Pero ésta, más cercana al Derecho romano que al actual, era un criterio a todas luces inhábil para tal finalidad. En primer lugar debemos tener presente que el matrimonio no fue causa de emancipación hasta las Leyes de Toro, y la mayoría de edad no lo fue hasta la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 (art. 64-2). De este modo, estando bajo patria potestad sometidos, por ejemplo, un hijo de cinco años y otro de cincuenta, su situación jurídica a estos efectos era la misma. Es decir, no podía utilizarse la edad

²⁸ M. ARMENTEROS LEÓN, *Derechos de los menores extranjeros*, en *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 2015, (pp. 13-29 ss.), p. 22.

²⁹ ÁGUEDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 168.

como criterio delimitador; y era indiferente que el hijo (pensemos en el de cincuenta años) tuviese ingresos económicos: sometido a la patria potestad, sus bienes eran usufructuados por quien la ejercía, lo que suponía la dependencia económica de este hijo. Se consagraba, pues, al no poderse distinguir jurídicamente entre el mantenimiento de los hijos mayores y menores, una situación social muy distinta de la instaurada a raíz de la publicación del Código civil”.

“En segundo lugar resultaba, además, que la patria potestad no constituía un criterio absoluto que permitiera distinguir entre ambas figuras jurídicas, puesto que no en todos los casos el padre usufructuaba los bienes del hijo sometido: se exceptuaba de este usufructo el peculio castrense y el cuasi-castrense. Por tanto, el sometimiento a la patria potestad tampoco podía constituir un criterio para distinguir entre ambas figuras: al contrario, se revelaba como insuficiente, en cuanto que los hijos sometidos a la patria potestad, pero con independencia económica, no debían ser mantenidos por los padres”³⁰.

- f) Aunque se pretenda que el principio del interés superior del menor rige en cualquier faceta jurídica que afecte al menor, ello no es cierto. Realmente se reduce a su consideración como persona (derechos fundamentales y otros que también tienen los mayores) y a las relaciones familiares. Fuera de este ámbito es difícil que ese principio entre en juego. Así, en el Derecho sucesorio, en el de las obligaciones o en los derechos reales es imposible. No cabe sostener que el menor, por serlo, herede más o tenga preferencia para ejercitar un derecho de retracto, etc. Es más: en ocasiones, el Dipr. le otorga un trato desfavorable, como ocurre en el caso en que

³⁰ MORENO MOZO, *op. cit.*, pp. 13-14 ss., con cita a pie de los textos legales correspondientes, entre los que destacan el recogido en la p. 13 (nota 30): “Según la Partida IV, Tít. XVIII, la patria potestad se extinguía por cuatro causas: muerte natural del padre, muerte civil de éste (esto es, por la condena a ciertas penas), por dignidad del hijo (es decir, por su acceso a ciertos cargos o empleos, que en concreto eran doce) y por emancipación. Ésta, salvo en algunos casos en que devenía obligatoria a causa del comportamiento reprochable del padre, era voluntaria. En cuanto a la muerte natural del padre, ha de entenderse sólo para el supuesto en que el propio padre (el difunto) no estuviere, a su vez, bajo patria potestad, pues entonces el nieto quedaba bajo la patria potestad del abuelo (Ley 1 de la citada Partida y Título)”.

entra en juego la figura denominada del interés nacional (véanse los arts. 10.8 CC y 13 Reglamento n. 593/2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales), en cuya virtud, en beneficio del otro contratante y en perjuicio del menor, un contrato, que sería ineficaz según la regla general (de acuerdo con la Ley que rija su capacidad: en España, su Ley nacional), será, sin embargo, plenamente válido.

- g) El Dipr. se desentiende totalmente del mayor de edad incapacitado (en parte también los Derechos nacionales), en la medida de que no es un menor. No parece ser ésta la más justa de las soluciones, pues en numerosas ocasiones su interés (pensemos en una sustracción internacional) es incluso “más superior” que el “interés superior del menor”.

3. El interés superior del menor en las normas de derecho internacional privado relativas a la responsabilidad parental. La relevancia de la residencia habitual del menor. – Las tres materias propias del DIPr (competencia judicial, Ley aplicable y la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras) relativas a la responsabilidad parental y vigentes en España se encuentran reguladas en dos instrumentos internacionales: el RBr. II Bis³¹ y el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 (CH1996)³². El principio que preside ambas normas es el del interés superior del menor.

3.1. Competencia judicial internacional.

- a) El instrumento fundamental sobre la materia es el RBr. II Bis, aplicable cuando el menor de edad (según su Ley nacional) resida en un Estado miembro del Reglamento. En él se consa-

³¹ Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (DOCE núm. L 338), de 23 de diciembre de 2003.

³² Convenio relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010), vigente en España desde el 1 de enero de 2011.

gra como criterio de conexión principal para determinar la competencia judicial internacional de la residencia habitual del menor, que se sólo se excepciona en determinados supuestos. Todos los foros de competencia judicial (tanto el general como las excepciones) están concebidos en función del interés superior del menor, y así se afirma tajantemente en los Considerandos (12) y (13) RBr. II Bis:

1) En los arts. 12 y 15 RBr. II Bis se regulan los supuestos en los que (no habiendo una previa sustracción del menor) el foro de la residencia habitual queda excepcionado, exigiéndose en todos ellos explícitamente como requisito necesario que concurra el interés superior del menor³³. En el primero de estos preceptos se contempla la prórroga de la competencia (competencia acumulada) en favor del tribunal que conoce de la separación o del divorcio (art. 12.1) o de otros tribunales diferentes (art. 12.3).

Por su parte, en el art. 15 se admite la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro mejor situado (*forum non conveniens*). La STJUE 27 de octubre de 2016, caso *Child and Family Agency*, señala que “la exigencia de que la remisión de un asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado deba servir al interés superior del menor” (apdo. 43) supone, en principio, “garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor” (apdo. 44). El Tribunal concluye que el art. 15.1 RBr. II Bis “se debe interpretar en el sentido de que: para poder estimar que tal remisión responde al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse, en particular, de que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor”; en concreto “sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor

³³ En el art. 9 RBr. II Bis, para el caso en que “un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último”, y cumpliéndose determinados requisitos, otorga competencia a los tribunales “del Estado miembro de la anterior residencia del menor [...], durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución sobre el derecho de visita dictada en este Estado miembro antes de que el menor haya cambiado de residencia”.

de que se trate" (apdo. 58) o sobre el derecho a la libre circulación "del menor de que se trate" (apdo. 67).

Por lo demás, la sentencia aclara que la cuestión debe circunscribirse *prima facie* al menor, por lo que "las consideraciones relativas a otras personas a las que pueda afectar el asunto, en principio no deben ser tenidas en cuenta, a menos que también resulten pertinentes para evaluar el riesgo del menor" (aptdo. 65).

- 2) El interés del menor cobra especial importancia en el caso de sustracción internacional. Para luchar contra ésta y proteger así el mencionado interés, la competencia de los tribunales del Estado de la nueva residencia habitual del menor (del País al que ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido) no serán competentes como regla general. En efecto, como dispone el art. 10 RBr. II Bis, los tribunales de la nueva residencia sólo serán competentes en dos supuestos: cuando los titulares del derecho de custodia hayan dado su consentimiento al traslado o la retención y cuando (dándose además otras condiciones) el menor haya residido habitualmente durante más de un año en ese tercer Estado y esté integrado en el nuevo entorno. Adviértase que en el primer caso (consentimiento de los titulares del derecho de custodia) no existe ya en sentido propio una sustracción ilícita y que en el segundo caso el cumplimiento de los requisitos exigidos implica el respeto al interés del menor.

Por lo demás, el art. 13.2 RBr. II Bis establece, para el caso en que "no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12", y como foro de necesidad, la competencia de los tribunales "del Estado miembro en el que esté presente el menor" (*forum presentiae*), lo que será aplicable también "a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su País" (art. 13.2. RBr. II Bis).

- b) De carácter subsidiario, el CH1996 rige cuando el menor tiene menos de 18 años (art. 2 CH1996) y no resida habitualmente en un Estado miembro del RBr. II Bis, pues el Convenio en cuestión – así se dice en su informe preliminar – no exige para su aplicación en esta materia que el menor resida

en un Estado parte del mismo. En consecuencia, puede que el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado o no tenga residencia habitual en ningún País.

Las normas sobre competencia en el CH1996 son similares a las del RBr. II Bis, pues éste se inspira en el primero. Así, el foro general de competencia judicial es el mismo (residencia habitual del menor: art. 5); y por ello idéntica o similar regulación (incluida la relevancia del interés superior del menor) tienen las reglas especiales sobre *el forum presentiae* (art. 6), el *forum no conveniens* (arts. 8 y 9), prórroga de la competencia en caso de separación y divorcio (art. 10) y la competencia prolongada en el caso de sustracción del menor (art. 7), si bien en el Convenio no se recogen las condiciones adicionales contenidas en el art. 10 b) RBr. II Bis.

3.2. *Ley aplicable.* – La Ley aplicable a la responsabilidad parental (a su contenido), así como al de las demás instituciones de guarda y protección de menores (por ejemplo, la tutela) se determinará en todo caso y de manera exclusiva en virtud del CH1996³⁴, vigente en España desde el 1 de enero de 2011 y al que se remite el Código civil, tras su última modificación (efectuado por la Ley núm. 26/2015, de 28 de julio) tanto en lo atinente a “la Ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental” (9.4, apdo. 2) como respecto de “la Ley aplicable a la protección de menores” (art. 9.6, apdo. 1)³⁵.

El Convenio establece, como regla general, que en el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia Ley (art. 15.1), que sólo se excepciona en favor de “la Ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho”

³⁴ Véase por todos M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Editorial LEX NOVA, S.A., Valladolid, 2004, especialmente p. 117 s.

³⁵ Por esta razón (remisión del Código civil al CH1996), éste se aplicará incluso cuando el mayor de 18 años fuere menor de edad según su Ley nacional; y, debido a su carácter *erga omnes*, se aplicará siempre, esto es, aunque la Ley designada como aplicable sea la de un Estado no contratante (art. 20 CH1996); en definitiva, no se tendrá en cuenta la residencia o nacionalidad del menor.

cuando “la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera” (art. 15.2), esto es, cuando ello obedezca, aunque no se diga explícitamente, al interés superior del niño.

Por su parte, la Ley de la residencia habitual del menor será la aplicable a la atribución o extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental sin intervención de una autoridad judicial o administrativa (art. 16.1), a su ejercicio (art. 17), así como a su modificación o extinción mediante medidas adoptadas en aplicación del Convenio (art. 18). En el caso de cambio de residencia habitual, la responsabilidad parental ya existente subsiste (art. 16.3), pero su ejercicio “se rige por la Ley del Estado de la nueva residencia habitual” (art. 17).

Es evidente que la Ley de la residencia del menor es, *a priori*, la más adecuada para amparar el interés superior del menor; y por ello no será aplicable sólo en cuando la misma vulnere este interés; como señala el art. 22 CH1996, “la aplicación de la Ley designada por las disposiciones del presente Capítulo sólo puede excluirse si es manifiestamente contraria al orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño”.

El referido interés del menor es, *a priori*, el de relacionarse con ambos padres, solución ésta general en el Derecho comparado y defendida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia. En el mismo sentido se pronuncian los instrumentos internacionales, como el art. 8 CEDH y la Observación general n. 14 (2013).

3.3.3. *Eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras.* – Tanto el RBr. II Bis, de aplicación preferente, como el CH1996 (cuando la resolución extranjera tenga su origen en un Estado parte del Convenio, pero que no sea miembro del Reglamento) consideran esencial el interés del menor en el reconocimiento de las resoluciones extranjeras en materia de responsabilidad parental; y por ello se deniega el reconocimiento si éste “es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor”: art. 23 a) RBr. II Bis y art. 23 d) CH1996 (en éste se alude al “niño”, en vez de al menor)³⁶.

³⁶ El interés del menor también se tiene en cuenta, si bien implícitamente, en la denegación del reconocimiento en la hipótesis en la que el menor, excepto en caso de urgencia, no ha tenido la posibilidad de ser oído, en violación de

Cuando no sean aplicables alguno de estos dos instrumentos internacionales y no exista un Convenio sobre el particular, a la misma conclusión habría de llegarse en virtud de nuestro Derecho autónomo, puesto que se deniega el reconocimiento cuando las resoluciones extranjeras “sean contrarias al orden público”, como así dispone el art. 46, a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

4. *La defensa del interés superior del menor como finalidad principal en el ámbito de la sustracción internacional de menores.* – Es evidente que el interés superior del menor se revela como el factor más importante en la sustracción internacional de menores. Por ello, su defensa es un objetivo principal y necesario en la regulación internacional sobre la materia. Así, el Preámbulo del CH1980 declara: “Deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita”.

Millares Sangro, define el secuestro como “el desplazamiento de un menor fuera del territorio del Estado en que tenga su residencia habitual, o retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca con violencia del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento en el lugar de la residencia habitual del menor”³⁷.

La sustracción internacional de los menores – nos dice Torres López – es un fenómeno que ha ido adquiriendo mayor importancia con el paso de los años, cada día más frecuente, sobre

principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido (art. 23 tanto del R.Br. II Bis como del CH1996).

³⁷ P.P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro Internacional de menores y su incidencia en España: especial consideración del Convenio de la Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, p. 101. Una síntesis sobre los distintos supuestos y causas de la sustracción puede verse en A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, t. II, 18 ed., Comares, Granada, 2018, pp. 488-491 ss.

todo en las crisis matrimoniales, cuando uno de los progenitores abandona el País de residencia habitual con sus hijos con el fin de evitar la resolución judicial que determine el régimen de custodia y derechos de visita. Por ello, el Derecho debe “responder adecuadamente a esta situación, arbitrando los medios necesarios para que dicha sustracción no se produzca o, producida ésta, pueda ser reparada de la manera más inmediata que se pueda, atendiendo siempre al interés del menor”³⁸.

4.1. *El Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980)*. – Vigente en España desde el 1 de septiembre 1987³⁹, es ciertamente en la materia estudiada uno de los dos instrumentos fundamentales y su finalidad principal es la de facilitar el retorno del menor al País en donde tenía su residencia habitual antes de haber sido trasladado o retenido ilícitamente⁴⁰.

Este Convenio (que posee eficacia meramente *inter partes* y ha sido ratificado por 90 Estados), no regula la Ley aplicable a la responsabilidad parental (por tanto, a los derechos de la guarda y visita ni la cuestión de la atribución o privación de la patria potestad), limitándose a establecer una estructura de cooperación internacional así como una acción para el retorno inmediato del menor al Estado de su residencia habitual⁴¹.

³⁸ G. TORRES LÓPEZ, *La sustracción internacional de menores en el ámbito internacional, El convenio de La Haya, El Derecho de familia en expansión*, [vLex], 2009, (pp. 147-174), p. 148.

³⁹ Fue adoptado en sesión plenaria celebrada el 24 de octubre de 1980, en el Decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de derecho internacional privado, por unanimidad, de los Estados presentes. Fue firmado por España el 7 de febrero de 1986 y ratificado el 28 de mayo de 1987. Finalmente fue publicado en el BOE el 24 de agosto de 1987 (hay varias rectificaciones de errores posteriores).

⁴⁰ Un análisis del CH1980 puede verse en: E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Publicaciones de la HCCH, La Haya, 1982*.

⁴¹ Por esta razón el art. 16 CH1980 dispone en su art. 16: “Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas a donde

- a) Los objetivos del Convenio son dos:
- 1º) Lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un País a otro;
 - 2º) Velar por el cumplimiento de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen.

b) En cuanto a los requisitos para su aplicación, “El Convenio se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años” (art. 4). En consecuencia, el Convenio no se aplicará si el menor tiene su residencia habitual en un Estado parte y es trasladado a otro Estado no parte, ni cuando el menor sea trasladado a un Estado parte desde un Estado no parte.

Son irrelevantes la nacionalidad del menor sustraído y la persona que sustrae al menor: padres, familiares o terceras personas, aunque lo habitual es que lo efectúe uno de los progenitores.

Por residencia habitual debemos entender el lugar donde el menor tiene su centro de intereses: es un concepto fáctico en el que no es concluyente el tiempo de duración de la estancia en un País.

c) Se considera que es ilícito el traslado cuando se ha producido éste o la retención con infracción del derecho de custodia (haya sido atribuida ésta por decisión judicial, por la Ley o por un acuerdo), correspondiendo la declaración de ilicitud a las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor.

La infracción del derecho de custodia se recoge en el art. 3 en los siguientes términos: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

“a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo,

haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”.

con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

“b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, bien de una atribución de pleno derecho, bien de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

d) Para la restitución del menor se contemplan dos supuestos: que haya transcurrido menos o más de un año desde que el menor debió ser restituido y la reclamación de la restitución realizada ante las autoridades del País donde el menor está retenido.

1º) Primer caso: menos de un año. El menor deberá ser restituido inmediatamente, salvo que se de alguna de las cuatro causas de denegación.

- Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido.
- Cuando el menor se oponga a la restitución.
- Cuando la restitución vulnere los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades públicas – Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o que lo coloque en una situación intolerable.

2º) Segundo supuesto: transcurso de más de un año desde el traslado.- En el presente supuesto, además de las recogidas en el anterior, hay otra causa más para denegar la restitución: la integración del menor en su nuevo medio, circunstancia ésta que hace posible tener en cuenta el interés del menor.

e) El interés del menor en el CH1980: especial referencia a la STC 16/2016, de 1 de febrero.

No cabe duda de que el interés del menor es el criterio vital en la sustracción internacional del menor. Como observara JIMénez Blanco, “producido un traslado ilícito de un menor, sería esperable que los Tribunales del Estado del traslado

ilícito solo denieguen la restitución del menor cuando exista una causa amparada por el Reglamento y que adopten las medidas cautelares necesarias para salvaguardar el interés del menor, lo que, en algún caso, puede conllevar su permanencia temporal en el Estado del secuestro”⁴².

Como resalta Castello, “las excepciones legales a la restitución del menor no operan de forma automática, sino que la autoridad judicial o administrativa debe – caso por caso – ponderar todas las concretas circunstancias concurrentes para acordar el retorno del menor. En este sentido, el CH1980 concede amplia discrecionalidad a la autoridad que conozca del asunto para decidir sobre la excepción planteada, si bien su decisión debe tomarse siempre en pro del superior interés del menor cuya restitución se solicita”⁴³.

Pero, como ya dijimos, el concepto del interés del menor es un concepto (tiene un contenido) relativo o no uniforme en DIPr., lo que, en la presente sede, puede tener consecuencias nefastas. En efecto, que sea un concepto relativo “significa que para el Derecho español, el interés del menor se edifica sobre parámetros constitucionales ‘españoles’ y ‘europeos’, como el libre desarrollo de la personalidad del menor (art. 10 CE 1978), el derecho del niño a su libertad de expresión, a su nombre y una nacionalidad, a tener una familia, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, etc. Por el contrario, el interés del menor en otros Derechos estatales es un concepto bien distinto. Así, en Derecho musulmán, el interés del menor radica en su derecho a ser educado en la fe del Islam y en el Derecho a mantener un ligamen con sus orígenes. El interés del menor no es un concepto único en todo el mundo”⁴⁴.

⁴² P. JIMÉNEZ BLANCO, *Medidas cautelares y sustracciones de menores*, *Diario la Ley*, ed. LA LEY, n. 7601, Sección Tribuna, 31 Mar. 2011, p. 10 s.

⁴³ J.J. CASTELLÓ PASTOR, *Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), vol. 10, n. 1, (pp. 561-567 ss.), pp. 563-564 ss.; y cita, “a modo a ejemplo, los Autos de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3^a, de 30 de abril de 2004, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 4 de abril de 2006 y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2^a, de 12 de septiembre de 2008”.

⁴⁴ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 429.

Según ha podido advertirse, para que entre en juego el art. 12 CH1980 y, en consecuencia, pueda denegarse el retorno del menor por su integración en el nuevo medio y, así tener en cuenta plenamente el interés superior del menor, es necesario que haya transcurrido un período de tiempo superior a un año entre la sustracción y el momento en que se presenta la solicitud de retorno del menor. Sin embargo, tal circunstancia, que parecía indiscutible, no ha sido seguida por el Tribunal Constitucional, que en la STC 16/2016, de 1 de febrero, al considerar, en un caso en el que no había transcurrido el año exigido desde la sustracción hasta la interposición de la demanda, que el juez debe tener en cuenta si la restitución del menor responde al interés superior de éste, valorando al efecto las circunstancias oportunas. Y señala que en caso contrario, se produce una “insuficiencia de motivación en la resolución” de restitución, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

La sentencia es criticable⁴⁵. Para Calvo Caravaca y Carrascosa González la “argumentación del TC obliga a una lectura constitucional del Convenio de la Haya de 1980, lo que resulta adecuado. Ahora bien, desde este prisma, el convenio pierde poder aplicativo directo”⁴⁶.

- f) Infracción del derecho de custodia, del derecho de visita e interés del menor. La sustracción o retención ilícitas suponen una privación del derecho de custodia el cual implica el de fijar la residencia del menor: se vulnera el interés de éste que, en circunstancias normales, su separación del progenitor custodio, implica una vulneración de su interés superior, lo que se reconoce unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia sin fisuras. Ahora bien, el progenitor que ostenta sólo un derecho de visita no siempre se encuentra protegido, sobre todo si no tiene, conjuntamente con el otro progenitor, la facultad de fijar la residencia del hijo.

⁴⁵ Una dura y certera crítica a esta sentencia puede verse en C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), vol. 8, n. 2, pp. 77-91 ss.

⁴⁶ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 515.

Este aspecto ha sido abordado por la Circular 6/2015, de la Fiscalía General de Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, considerando que hay una sustracción ilícita en el caso en que el menor haya sido trasladado desde España a un País extranjero unilateralmente por el progenitor custodio, pues el progenitor no custodio (al que le corresponde el derecho de visita) ostenta en el Derecho español la facultad de fijar conjuntamente con el otro progenitor, la residencia de los hijos⁴⁷.

4.2. *El Reglamento Bruselas II Bis*. – La inclusión de la sustracción de menores en el ámbito de aplicación material de este Reglamento causó enfrentamientos políticos importantes en el seno del Comité de Derecho Civil encargado de su elaboración⁴⁸.

4.2.1. *Requisitos de aplicación. Concepto de menor*.

a) El art. 60 RBr. II Bis establece que “en las relaciones entre los Estados miembros primará el presente Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a los Convenios siguientes: [...] e) Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”. En este sentido ciertamente “el Convenio de la Haya sigue siendo de aplicación en lo no dispuesto por el Reglamento (art. 62), cuyas disposiciones en este ámbito

⁴⁷ Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Y lo expresa en los siguientes términos (p. 86): “Un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer País sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún [sic] en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado”.

⁴⁸ Comenta L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (COORD.), *Sustracción Interparental de Menores*, (Asociación española de Abogados de Familia), Dykinson, Madrid, 2005, p. 82, que “mientras que algunos Estados como, Alemania, Reino Unido y Holanda cuestionaban la necesidad de la elaboración de reglas comunitarias en esta materia, teniendo en cuenta que ya existía el Convenio de la Haya que funcionaba razonablemente, otros Estados como Francia, apoyado por España sostenían que el Convenio de la Haya tenía importantes problemas de aplicación que podrían ser resueltos con la elaboración de reglas comunitarias”.

tienden más bien a perfeccionar y completar el régimen del Convenio de la Haya⁴⁹.

Por Estado Miembro debemos entender todos los Estados miembros de la Comunidad Europea con excepción de Dinamarca⁵⁰.

El Reglamento será aplicable a los mayores de edad (no se determina el concepto) cuando el Estado de la residencia habitual del menor y el del Estado a donde se traslada ilícitamente son Países miembros de la UE.

b) El RBr. II Bis no establece qué se entiende por menor a los efectos del mismo, por lo que la doctrina ha sostenido diversas tesis, entre las que cabe destacar las siguientes⁵¹:

1^a) Sostener una interpretación autónoma del Reglamento en virtud de la cual sería menor el que no ha alcanzado la edad de dieciocho años.

2^a) Remitirse a la legislación de los Estados miembros. En España se determinaría según la Ley nacional del menor (art. 9.1 CC).

3^a) Mantener en el ámbito comunitario el concepto de menor del CH1980.

4.2.2. *Concepto de traslado ilícito. El retorno.*

4.2.2.1. *El traslado ilícito.* – De manera ligeramente más precisa que el CH1980, en el que se inspira, el RBr. II Bis, nos ofrece un concepto de sustracción internacional del menor en el art. 2.11: “*Traslado o retención ilícitos de un menor, el traslado o retención de un menor cuando:*

“a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y

⁴⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 388.

⁵⁰ Véase ZARRALUQUI, *op. cit.*, p. 84.

⁵¹ Véase C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La mediación ante el secuestro internacional de menores*, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 1, año 2011, pp. 1-35 ss.

“b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la Ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor”.

4.2.2.2. *El retorno.* – El RBr. II Bis establece tres mecanismos diferentes con la finalidad de obtener el retorno del menor.

Cabe destacar, a estos efectos, el apdo. 5 del art. 11 RBr. II Bis, pues dispone que no se podrá determinar la no restitución sin que se haya dado la posibilidad de audiencia a la parte solicitante de la misma, pues obviamente el interés superior del menor está en juego. Es tan importante este hecho (exigencia de que se haya cumplido el requisito de audiencia) que es necesario su cumplimiento para que se le reconozca a las resoluciones de restitución la fuerza ejecutiva en otro Estado miembro⁵².

En la STJUE 22 de diciembre de 2010, caso Aguirre Zárraga contra Simone Pelz, trata sobre un supuesto típico de retención ilícita de menores. Los protagonistas son, el Sr. Aguirre Zárraga, de nacionalidad española y la Sra. Pelz, de nacionalidad alemana y Andrea, la hija de ambos. La residencia habitual de la niña se encontraba en España.

La sentencia falla estableciendo que el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor ilícitamente retenido, alegando que se ha vulnerado el art. 42 RBr. II Bis (la menor no fue oída, aunque se le dio esta posibilidad); y ello porque la apreciación de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen.

⁵² ZARRALUQUI, *op. cit.*, p. 88; CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 520, comentan que “no es necesario que, en todo caso, se haya practicado la audiencia del menor, sino que se haya dado al mismo la posibilidad real y efectiva de expresarse libremente, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional”.

4.3. *El interés del menor en de sustracción: custodia, derecho de visita y residencia. Relevancia del concebido y no nacido.* – En los procesos de sustracción internacional de menores el objetivo fundamental, como nos recalca Liébana Ortiz, es la preservación del interés superior del menor, “entendiéndose por tal el mantenimiento de los lazos familiares con ambos progenitores, puesto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. Así, debe partirse de que el derecho a relacionarse con los hijos, y el derecho de visitas en caso de no convivir, se integra en el derecho a la vida familiar reconocido en el art 8 CEDH, puesto que el disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar”⁵³.

La ya citada Circular de la Fiscalía, con referencia al interés superior del menor en el CH1980, afirma que “en abstracto y como principio general, ese interés se identifica con el retorno al lugar de procedencia, donde el menor tenía su residencia habitual y donde se ha quebrantado el status quo. Pero más allá de ese principio general, el Fiscal debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las concretas circunstancias concurrentes, pues las mismas pueden exigir otra posición procesal, partiendo de que la concreción del “interés del menor” es incompatible con generalizaciones abstractas, debiendo realizarse *ad casum*. La propia normativa convencional permite esa singularización al incorporar excepciones a la decisión de retorno, que precisamente se basan en la necesidad de salvaguardar el superior interés del menor”.

4.3.1. *El derecho de visita.*

a) Está claro que los dos instrumentos internacionales sobre la materia, al proteger el derecho de custodia, consideran que, si éste se vulnera (por ejemplo, el otro progenitor custodio lo secuestra), habrá una sustracción del menor. No plantea mayores problemas la cuestión, pues la custodia lleva aparejado el derecho a fijar la residencia del menor. En tal supuesto, derecho de custodia y facultad para fijar la residencia del menor

⁵³ J.R. LIÉBANA ORTIZ, *El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 13, diciembre 2015, (pp. 83-109 ss.), p. 86.

son, a efectos de la sustracción, equivalentes: es indiferente que se argumente que se ha infringido cualquiera de ellos.

b) Si el progenitor que ostenta el derecho de custodia se lleva consigo al menor al extranjero, vulnerando el derecho de visita del otro progenitor, surge la duda de si estamos ante una sustracción o no:

a') Si el otro cónyuge tiene también la facultad de decidir la residencia del menor, en el RBr. II Bis estaremos ante una sustracción, pero es dudoso que ésta sea la solución en el CH1980, a pesar – como vimos – de los términos de su Preámbulo. Así se defiende en ciertas ocasiones (por ejemplo, en la Circular de la Fiscalía ya estudiada)⁵⁴. En el caso referido, podría afirmarse que el secuestro implica bien la vulneración de un derecho de visita, o bien la facultad de decidir sobre la residencia del menor⁵⁵.

b') El problema surge cuando el derecho de visita del progenitor no custodio no implique la facultad de decidir sobre la residencia del menor; y, en tal supuesto, el progenitor custodio lo traslade o lo retenga en el extranjero. *¿Quid iuris?* La cuestión no es fácil.

1ª) Podría pensarse que existe en tal hipótesis una sustracción ilegal. De ser así, resultaría que la vulneración del derecho de visita no entrañaría una sustracción ilegal y que no se protege el derecho de visita en sí mismo considerado mediante la represión de la sustracción.

2ª) Por el contrario, si se estima que estamos ante una sustracción, resultaría que ésta no protege la vulnera-

⁵⁴ Para el Tribunal Supremo en la patria potestad, para el supuesto en que se ostente sólo el derecho de visita, se incluye la facultad de fijar la residencia de los hijos conjuntamente con el progenitor custodio, ya que esta decisión se enmarca dentro de los denominados actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad: véase STS 26 de octubre de 2012.

⁵⁵ La sentencia de la *Supreme Court US*, de 17 de mayo de 2010, consideró como ilícito el traslado desde Chile a EE.UU sin autorización del padre a causa de que éste, en virtud de la Ley chilena debe consentir (podía vetar) el cambio de residencia de un País a otro. En este mismo sentido se pronuncian los tribunales franceses: entre otras, la sentencia de la *Cour Suprême de Cassation* de 14 de marzo de 2012.

ción del derecho de custodia exclusivamente, sino también el de visita en sí mismo. Optar por una u otra opción es difícil. Los intereses en juego son varios, y habrá que tenerlos en cuenta. Veamos.

En primer lugar, el derecho del menor a relacionarse con ambos padres, recogida en los instrumentos internacionales, como la ya referida Observación general n. 14 (2013)⁵⁶ o el art. 8 CEDH, en el que se incluye el derecho de visita dentro del derecho a la vida familiar⁵⁷.

En segundo lugar, los derechos de custodia y visita ejercidos por sendos progenitores. Y habrá que decidir por uno u otro, pues éstos residen en Países diferentes. En principio, parece que debe primar el derecho de custodia, por lo que la fijación de la residencia en el extranjero por parte del progenitor custodio no implicaría una sustracción. Ésta parece ser, interpretada *a contrario*, la solución de la referida Circular de la Fiscalía y la del CH1980. Nos parece que ésta debe ser la solución siempre. En los casos en los que el cambio de residencia obedezca a causas justificadas (por ejemplo, un nuevo trabajo del padre custodio en el extranjero) no parece que exista ningún obstáculo, y deberá primar el derecho de custodia sobre el de visita. Cuando el cambio de residencia no encuentre una plena justificación, esto es, cuando se realice para vulnerar el derecho de visita (por ejemplo, progenitor de alto poder adquisitivo que se traslada con el hijo al extranjero con la ex-

⁵⁶ La Observación en su apdo. 67 declara: “El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la Ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”.

⁵⁷ STEDH 1 de diciembre de 2009, *asunto Eberhard y M. contra Eslovenia*; STEDH 21 de septiembre de 2010, *asunto Mijuskovi contra Montenegro*. Un estudio completo sobre la jurisprudencia en esta materia, puede verse en I. E. LÁZARO GONZÁLEZ, J.J. EZQUERRA UBERO, *El ‘derecho de custodia’ en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores*, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nn. 83-84, Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, pp. 291-336 ss.

clusiva finalidad de que el otro progenitor no pueda ejercer su derecho de visita) tampoco existiría una sustracción ilegal, pues la custodia le corresponde al progenitor que tiene consigo al menor en el extranjero, y el retorno efectivo de éste al País de la anterior residencia se nos presenta como un hecho complicado. ¿Con quién conviviría el menor? ¿Con el progenitor no custodio que sólo ostenta un derecho de visita y que ha pedido el retorno del hijo? En otras palabras: de admitir el retorno en estos casos para fijar la residencia nuevamente en el País desde donde fue trasladado el menor, estaríamos convirtiendo *ex lege* un derecho de visita en un derecho de custodia. De admitirse, como regla general, esta posibilidad (y adviértase que cabe decir lo mismo *mutatis mutandis* del caso en que el progenitor con derecho a visita ostente también la facultad de fijar la residencia del menor), que es frecuentemente defendida, en el fondo lo que se vislumbra es que la sustracción ilegal consistiría no en la vulneración de un derecho de custodia, sino del derecho del menor a permanecer en su residencia habitual, que primaría sobre todo otro derecho de los progenitores, los cuales sólo podrían fijar la residencia del menor en el extranjero cuando tal hecho fuere más beneficioso para éstos, lo que altamente es improbable que ocurra.

Es obvio que no se puede obligar al progenitor que se encuentra en el extranjero a volver al País de la residencia anterior, que se vería obligado a ello para poder ejercer efectivamente su derecho de custodia. La cuestión deberá resolverse atendiendo al interés superior del menor: si éste se ha visto vulnerado, entonces deberán emprenderse las acciones correspondientes, que tendrán como finalidad atribuir la guarda y custodia al otro progenitor o (como es el caso de España) a la Administración. En definitiva, sólo en estos casos – mediando la supresión de la custodia al progenitor que trasladó al hijo al extranjero –, en los que ya nos encontraríamos ante un supuesto de retención ilícita, debería retornar el menor.

Aciertan, pues, las resoluciones que deniegan el retorno al País del progenitor que sólo tiene un derecho de visita⁵⁸.

⁵⁸ Véanse las sentencias italianas de la *Corte di Cassazione*. de 4 de abril de 2006 y de 2 de julio de 2007. Véase también AAP Santa Cruz de Tenerife 22 noviembre de 2006.

Cuestión distinta es que se garantice el ejercicio del derecho de visita, lo que no implicaría el retorno del menor para fijar la residencia en el País de origen. Señala al respecto Reig Fabado, que “en este caso parte de la doctrina entiende que cuando se han infringido los derechos de visita no se podría utilizar la acción de retorno inmediato del menor, sino que se activaría el mecanismo previsto en el art. 21 del Convenio que obliga a las Autoridades Centrales a cooperar para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visitas”⁵⁹.

La cruda realidad es que es difícil, si no imposible, conciliar, cuando media la sustracción internacional de un menor, el interés del menor (que consiste en relacionarse con ambos progenitores) con la realidad: que éstos residen en diferentes Países.

4.3.2. *Relevancia del concebido y no nacido.* – Interesante es la cuestión de si el concebido o no nacido tiene una residencia. La respuesta es obviamente negativa. Así, en el caso resuelto por el Tribunal Federal Suizo (*Ile Cour de droit civil*) el 12 de junio de 2012 entendió que cualquier residencia supone presencia física en un lugar, siendo imposible que un concebido no nacido ostente una residencia habitual. Este mismo tribunal ha declarado que los Convenios de la Haya son aplicables a niños una vez que hayan nacido⁶⁰.

Diferente es el supuesto en el que la madre embarazada decida trasladarse a otro País para dar a luz allí y retenerlo. La sentencia de 26 de octubre de 2011 de la Corte de Casación francesa dio la razón al progenitor (de EE.UU.) que demandaba la restitución de su segundo hijo nacido en Francia, fruto de la relación con su mujer, de nacionalidad francesa. El argumento de la demanda era que la retención era ilícita en cuanto que él en ningún momento había consentido un traslado definitivo de sus hijos a Francia. Aclaremos que ambos padres tenían el derecho a decidir sobre la residencia habitual de sus hijos y no había causas para denegar el retorno. Esteremos en estos supuestos

⁵⁹ I. REIG FABADO, *El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores*, en *Rev. boliv. de derecho*, n. 20, julio 2015, (pp. 242-263 ss.), p. 246.

⁶⁰ *Caso 5A_346/2012, Ile Cour de droit civil, arrêt du TF du 12/06/2012.*

ante una retención ilícita. Aquí se habrá vulnerado el derecho de custodia, aunque no haya habido un traslado, lo que es diferente al caso en que haya traslado, en el cual el derecho de custodia (vulnerado) debe existir previamente al traslado (AAP Pontevedra 26 de marzo de 2007)⁶¹.

Contraria es la solución, basándose en el R.Br, II Bis, de la STJUE, 8 junio 2017, *caso OL contra PQ*. Los hechos son los siguientes: un matrimonio formado por un italiano y una griega residen en Italia y deciden trasladarse a Grecia a fin de que la esposa diera a luz en este País para poder contar con la ayuda familiar. La esposa da a luz y el marido posteriormente regresa a Italia, accediendo a que la niña permaneciera en Grecia hasta mayo de 2016 (no se fijó una fecha en concreto). En junio de ese año la madre unilateralmente decide permanecer en Grecia con la hija. El TJUE considera que la menor no tenía su residencia en Italia (como parecía sostener el tribunal griego), que la intención de los padres no es definitiva por sí sola para determinar la residencia de un menor. Y concluye diciendo que “la negativa de la madre a regresar con la menor no constituye traslado o retención ilícitos del menor”. Creemos que el Tribunal europeo acierta; pero entonces: ¿dónde queda la protección del derecho de custodia, que en este caso era compartido por ambos progenitores?

5. La mediación como instrumento favorecedor del interés del menor.

5.1. El papel de la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores. – Las consecuencias de la endémica lentitud de la resolución jurisdiccional de los conflictos, también presente en el ámbito internacional, adquiere dimensiones especialmente desfavorables cuando el sujeto o los sujetos involucrados en el conflicto son menores de edad: la lenta maquinaria judicial choca de frente con la protección del interés del menor. Ciertamente, ante cualquier realidad la justicia tardía o extemporánea es indudablemente menos justa, pero cuando nos hallamos, entre otros, ante supuestos de sustracción internacio-

⁶¹ Por ello no es admisible la afirmación de que para que se vulnere el derecho de custodia éste debe existir previamente.

nal de menores la dilatación en la solución del problema adquiere, a nuestro juicio, una dimensión singularmente lesiva.

Los ADR, *Alternative Dispute Resolution* o Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos (arbitraje, conciliación, mediación) constituyen, en muchas ocasiones⁶², instrumentos ágiles para la resolución de un muy considerable abanico de situaciones conflictuales. La UE considera que la mediación y el resto de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, son una respuesta válida con la que hacer frente a las dificultades de acceso a la justicia⁶³, pues los califica como una alternativa real y efectiva a la justicia ordinaria⁶⁴. Además la mediación en determinadas situaciones conflictivas, como las que nos ocupan, puede albergar una solución más adaptada a las necesidades e intereses de las partes en conflicto, que la que podría derivarse de la previsión legal, que en el ámbito de Derecho internacional presenta una especial complejidad. Por ello, la mediación es un instrumento especialmente ventajoso por su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas, rápidas y adecuadas a este tipo de situaciones. Estas premisas la sitúan como una alternativa real al proceso judicial o a la vía arbitral. En esta línea, de forma directa y contundente se pronuncia la Carta Magna de los Jueces Europeos, cuyo art. 15 establece que “el juez debe actuar para asegurar la

⁶² La Exposición de Motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece que “la mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible”.

⁶³ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores*, F. ALDECOA LUZÁRRAGA, J.J. FORNER DELAYGUA (DIRS.), E. GONZÁLEZ BOU, N. GONZÁLEZ VIADA (Coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en la relaciones internacionales*, Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Madrid, Marcial Pons, 2010, (pp. 367-384 ss.), pp. 368-369 ss.

⁶⁴ Libro Verde sobre la modalidad de alternativas de solución de conflictos en el Derecho Civil y Mercantil, 2002. Es especialmente significativo que sea la propia administración de justicia, concretamente la STS 20 de mayo de 2010, la que haya manifestado que “en todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”.

consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos⁶⁵.

La proliferación de situaciones de traslado o retención internacional de menores por uno de los titulares de la responsabilidad parental sin el consentimiento del otro titular es una realidad que inevitablemente conlleva la pérdida de contacto del menor o menores afectados con el entorno familiar, social y educativo en el que venían desarrollando su vida⁶⁶. Desde el punto de vista jurídico el cambio de residencia del menor en esas circunstancias es un acto ilícito que supondrá el sometimiento del asunto al Derecho internacional y el conocimiento del mismo por los jueces del Estado al que han sido trasladados o en el que han sido retenidos⁶⁷. La intensidad del perjuicio que estas conductas provocan a los menores es indudable, por lo que se precisa de la existencia de instrumentos eficaces que luchen contra aquéllas: la mediación se presenta como una vía útil y eficaz para la solución, o, al menos, para coadyuvar en la solución de muchos de estos conflictos⁶⁸.

⁶⁵ Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, 2016, p. 11.

⁶⁶ M. HERRANZ BALLESTEROS, *La sustracción internacional de menores: a propósito de la STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002*, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 2002, (pp. 754-770 ss.), p. 754, manifiesta que *la sustracción internacional de menores es un problema humano, social y jurídico que representa una forma más de violencia familiar*; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n. 2, Octubre 2014 (pp. 130-146 ss.), p. 131; N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América. (Lozano v Montoya Álvarez)*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 29, 2015, (pp. 1-37 ss.), p. 3.

⁶⁷ Recordemos que la *Circular 6/2015, de la FGE*, considera que (p. 86) el establecimiento de la residencia del menor en el extranjero realizada por uno solo de los dos progenitores (aunque sea el único custodio) cuando ambos ostenten la patria potestades es un acto ilícito.

⁶⁸ I. VELARDE D'ÁMIL, *La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, UNED. *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015, (pp. 1279-1301 ss.), p. 1289; BELLOSO MARTÍN, *op. cit.*, p. 4.

5.1.1. *Referencia a la mediación civil y familiar en España.* – En España desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 9 de julio, modificadora de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil, es posible recurrir a la mediación como método voluntario de resolución de conflictos en el ámbito familiar⁶⁹, pues el art. 770.7º LEC, al regular el procedimiento que debe seguirse en las demandas de separación y divorcio contenciosas, establece que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”.

Desde la perspectiva estatal el ordenamiento jurídico español tardó bastante tiempo en materializar el interés de la Unión Europea en fomentar la implantación de la mediación en los Estados miembros⁷⁰, pues la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, reguladora de mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles se transpuso, con evidente retraso, mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁷¹. Además, debe tenerse en cuenta que, dada la especial configuración territorial de nuestro País, la legislación estatal en materia de mediación coexiste con la legislación autonómica, que en muchas ocasiones es previa a la estatal en materia de mediación familiar, e incluso, en alguna comunidad autónoma la norma sobre mediación extiende su regulación a otras materias de Derecho privado⁷².

⁶⁹ E.M. VÁZQUEZ, M.D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Córdoba, 20-22 de octubre, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2013, p. 650.

⁷⁰ L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, *Política y Sociedad*, n. 1, 2013 (pp. 71-98 ss.), p. 72.

⁷¹ La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su art. 1 define la mediación con el siguiente tenor literal: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

⁷² Andalucía: Ley 1/2009, de 27 febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía Decreto 37/2012, de 21 febrero. Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 febrero, de mediación Familiar

5.1.2. *Conexión de la sustracción internacional de menores y los conflictos familiares.* – El traslado o la retención ilícita del menor por uno de sus progenitores en un País diferente al de su residencia habitual (fenómeno conocido como SIM) con bastante frecuencia se desarrolla en un ambiente de crisis matrimonial, en una situación en la que se ha perdido la custodia por decisión judicial o existe el temor de perderla, aprovechando el progenitor no custodio el período de visita para, sin concurrir la autorización del otro progenitor, trasladar y retener al menor en un País diferente al de su residencia habitual.

En frecuentes ocasiones la sustracción internacional del menor se desenvuelve en un ambiente de violencia doméstica, huyendo la madre al extranjero por propia seguridad y también para alejar a sus hijos de un entorno violento. Esta conducta imposibilita el ejercicio del derecho de visita y permanencia de los hijos con el progenitor no custodio. Obviamente todas estas situaciones son ampliables al ámbito de las relaciones *more uxorio*⁷³. En todo este cúmulo de escenarios conflictivos en los que está presente un SIM es donde la utilización de la mediación puede favorecer la solución del conflicto, amparándose así el interés más necesitado de protección: el interés del menor⁷⁴. Piénsese que la me-

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

⁷³ VELARDE D'AMIL, *op. cit.*, pp. 1283-1284 ss.

⁷⁴ El art. 3 de la LM, al contemplar los conflictos interfronterizos, dispone: "Mediación en conflictos transfronterizos 1. Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente

diación se encamina hacia la exploración de las soluciones más óptimas, reconduciendo el enfrentamiento, evitando la confrontación e intentando una gestión positiva del conflicto. Y, a su vez, la mediación, en virtud de sus principios y características, es un medio muy idóneo para dar cumplimiento al derecho del menor a ser oído.

5.2. *La mediación en los instrumentos internacionales relativos a la sustracción internacional de menores.* – Con mayor o menor éxito en cuanto a su objetivo – la pronta devolución del menor al País de su residencia habitual – la sustracción internacional de los menores ha sido objeto de regulación por diferentes instrumentos internacionales, que pasamos a analizar.

5.2.1. *El Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980 y La Guía de Buenas Prácticas de 2012 sobre mediación.*

a) *El Convenio de La Haya de 1980.*- Es especialmente destacable este Convenio, sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores⁷⁵. Como dijimos, forman parte de él

en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la Ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto. 2. En los litigios transfronterizos entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”.

⁷⁵ C. CARRILLO LERMA, *Mediación familiar internacional y sustracción de menores*, *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n. 19, año 2015, (pp. 185-196 ss.), p. 186; F. CALVO BADÍO, *La mediación en la sustracción internacional de menores*, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. GONZALO QUIROGA), Madrid, 2006, (pp. 165-178 ss.), p. 167; M. CASO SEÑAL, *La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores*, en *Revista de Mediación, ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, vol. 8, segundo semestre, 2011, (pp. 21-27 ss.), p. 21; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Mediación y secuestro internacional de menores...*, cit., pp. 136 ss.

unos 90 Países y es aplicable únicamente entre los Estados firmantes (eficacia *inter partes*)⁷⁶, que deben designar una Autoridad Central para el cumplimiento de las obligaciones que les impone el CH1980⁷⁷. Para poder presentar la solicitud ante la Autoridad Central han de cumplirse determinados condiciones. El hijo retenido ha de ser menor de 16 años, residir antes de la sustracción en un Estado de la UE o en uno de los Estados firmantes del Convenio y que el traslado o retención suponga una infracción del derecho de custodia⁷⁸. Se distingue – ya lo sabemos – según haya transcurrido menos o más de un año desde la sustracción hasta el inicio del procedimiento para su retorno, estableciéndose para la primera hipótesis, como regla general, el retorno inmediato del menor.

Este instrumento internacional constituye un punto de partida ineludible a la hora de analizar la presencia y operatividad de la mediación ante las diferentes situaciones de SIM, pues, aunque de forma explícita no la menciona, sin duda, es ubicable en los términos de su art. 7, en el que el legislador, con el objetivo de garantizar la restitución inmediata del menor a su País de origen, impone un deber de colaboración entre las Autoridades Centrales de los diversos Estados contratantes, así como entre las autoridades que, dentro de cada

⁷⁶ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Mediación, secuestro internacional de menores y ODR, Estudios sobre Justicia online*, Vv.AA., (Dir. E. Vázquez de Castro), Comares, Granada, 2013, (pp. 159-182 ss.), pp. 161-162 ss., resalta la relevancia del CH1980 debido fundamentalmente: “a) el gran número de Estados que forman parte del mismo; b) su «carácter fáctico»: no ofrece regulación de las cuestiones de fondo, sino que establece una cooperación internacional entre autoridades administrativas y judiciales de los Estados contratantes y; c) su principal objetivo es facilitar el retorno del menor desplazado, tratando de proteger ante todo el interés superior del niño”.

⁷⁷ En España la Autoridad Central es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

⁷⁸ El art. 5 CH1980 establece: “A los efectos del presente Convenio: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el “derecho de visita” comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual”.

uno de estos Estados, sean competentes en materia de sustracción internacional de menores. Y a tal fin determina que deberán acordarse una serie de medidas, especificando en su letra c) “la de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”; y, a su vez, con idéntica finalidad, el art. 10 señala que la “Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”⁷⁹.

- b) *La Guía de Buenas Prácticas de 2012 sobre mediación.*- Las diferentes Guías de Buenas Prácticas que en virtud del CH1980 se han elaborado constituyen, sin duda, válidos vehículos para la consecución de los objetivos del Convenio. La Guía de Buenas Prácticas de 2012 está dedicada a la mediación en los supuestos de SIM⁸⁰. En ella se recogen los distintos principios que deben seguirse en el proceso de mediación, al ser el SIM un fenómeno polifacético en el que se entrecruzan aspectos culturales, psicológicos, sociológicos y jurídicos, entre otros así, en el capítulo 2 trata de los desafíos específicos que plantea la mediación en los casos de SIM. En el capítulo 3 aborda la figura del mediador y, especialmente, se detallan las cualificaciones especiales necesarias para actuar como mediador en los casos de sustracción internacional. En los capítulos 4 a 13 se contempla el proceso de mediación por orden cronológico: desde las cuestiones relativas al acceso a la mediación hasta el resultado de ésta y sus efectos jurídicos. En el capítulo 14 se destaca el carácter ventajoso de la mediación cuando se utiliza con carácter preventivo, es decir, con la finalidad de evitar las sustracciones. Finalmente el capítulo 16 se refiere a cuestiones especiales relativas al uso de la mediación en los casos ajenos al Convenio. Ahora bien: nos hallamos ante bases no vinculantes para los Estados firmantes del CH1980, dada la naturaleza meramente consultiva de esta Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación.

⁷⁹ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La mediación...*, cit., p. 28.

⁸⁰ Es la Quinta Guía de Buenas Prácticas la que desarrollada el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_es.pdf.

5.2.2. *El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996.* – En este sucinto recorrido por la mediación en los instrumentos internacionales relativos a la sustracción internacional de menores es obligado referirse al CH1996 (relativo a la Competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños), que tiene mayor alcance que el de CH1980 al ser aplicable, ex art. 2, a los menores hasta la edad de 18 años⁸¹. En relación con la mediación el art. 31 letra b) obliga a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, encargadas de dar cumplimiento a las obligaciones del Convenio – ya sea directamente o con la colaboración de autoridades públicas de otros organismos –, a tomar las medidas adecuadas para “facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio”.

5.2.3. *La Recomendación n. (98) del Consejo de Europa sobre Mediación familiar.* – Debe también destacarse el impulso que desde el Consejo de Europa ha merecido la mediación en la Recomendación n. (98) R.1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros Sobre la Mediación Familiar⁸². Es especialmente reseñable en el presente estudio el principio VIII letras a) y b), en el que, bajo la rúbrica cuestiones internacionales, se establece: “a. Los Estados deberán, cuando sea apropiado analizar la oportunidad de poner en marcha mecanismos de mediación en los casos en que se presente un elemento de extrañeza, especialmente para todas las cuestiones concernientes a los niños, y en parti-

⁸¹ El art. 1.2 de este CH1996 amplía el marco de la responsabilidad parental al establecer que: “A los fines del Convenio, la expresión “responsabilidad parental” comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”.

⁸² Recomendación n (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros Sobre la Mediación Familiar, Aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998, a partir de la 616, Reunión de los Delegados de los Ministros; Véase también OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 368 ss.

cular aquellas relativas a la guarda y al derecho a visita cuando los padres viven o van a vivir en Estados diferentes. b. La mediación internacional debe ser considerada como un proceso apropiado para permitir a los padres organizar o reorganizar la guarda y el derecho a visita, o regular las discrepancias debidas a las decisiones sobre estas cuestiones. Sin embargo, en el caso de un desplazamiento sin derecho o de la retención de niño, la mediación internacional no debe utilizarse si ello supone riesgo de retrasar el retorno rápido del niño”⁸³.

5.2.4. *El Reglamento Bruselas II Bis*. – Este instrumento, al ocuparse de la cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental, en su art. 55 dispone que las autoridades públicas cooperarán para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación y facilitarán con este fin la cooperación transfronteriza⁸⁴.

⁸³ Recomendación n (98) R.1, de Comité De Ministros a los Estados Miembros Sobre la Mediación Familiar. Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616, reunión de los Delegados de los Ministros. El principio VIII continúa estableciendo: c. “Todos los principios expuestos son aplicables a la mediación internacional. d. Los Estados deberán, en la medida de lo posible, promover la cooperación entre los servicios de mediación familiar existentes a fin de facilitar la utilización de la mediación internacional. e. Teniendo en cuenta las características de la mediación internacional, los mediadores internacionales deberán tener una formación complementaria específica”. Véase *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia, de fecha 7 de diciembre de 2007, con sus recomendaciones sobre cómo hacer accesible la mediación y cómo garantizar su funcionamiento aprovechando el uso de las nuevas tecnologías.

⁸⁴ El RBr. II Bis establece en el art. 55 que: “A petición de una autoridad central de otro Estado miembro o de un titular de la responsabilidad parental, las autoridades centrales cooperarán en asuntos concretos con el fin de cumplir los objetivos del presente Reglamento. A tal efecto, adoptarán, ya sea directamente o por conducto de las autoridades públicas u otros organismos, todas las medidas adecuadas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro en materia de protección de datos personales, para.....e) facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza”.

5.3. *Espacio temporal de la mediación ante la sustracción internacional de menores.* – La natural agilidad y flexibilidad que caracteriza a este método autocompositivo de resolución de conflictos, hace posible que pueda acudir a la mediación tanto en cualquiera de las fases del procedimiento de sustracción de menores⁸⁵ como antes de iniciarse el procedimiento (pero acaecida la sustracción del menor) e incluso en prevención de una futura sustracción.

5.3.1. *La mediación extrajudicial en la sustracción internacional de menores.* – Ciertamente lo más idóneo, al tiempo que escasamente probable, es que los protagonistas del conflicto (en el mayor número de ocasiones los padres del menor o menores retenidos) acudan a un mediador experto apenas ocurrido el supuesto de la sustracción o en previsión del mismo, es decir, antes de iniciarse la correspondiente acción judicial. En estas hipotéticas nos hallaríamos en el ámbito de la mediación extrajudicial. En el supuesto de que acontecieran esas inhabituales situaciones fácticas, y dado el alcance transfronterizo del problema, sería conveniente acudir a un organismo estatal, a los servicios de mediación prestados por particulares o bien a organizaciones privadas de mediación⁸⁶. Sin embargo, lo más habitual es que en los casos de SIM las muy deterioradas o inexistentes relaciones entre los progenitores constituyan un obstáculo insalvable para iniciar la mediación, dado que este proceso precisa de la voluntariedad de las partes en conflicto desde su inicio hasta su finalización.

⁸⁵ CALVO BADÍO, *op. cit.*, pp. 168-169 ss., diferencia tres tipos de realidades en relación a la mediación en la SIM. “a. Mediación a alto nivel con participación de los Gobiernos. Normalmente es una mediación que se produce de forma puntual y es provocada por el eco mediático que ha tenido un determinado caso. Si tiene éxito puede solucionar ese concreto supuesto (aunque no siempre), y puede ayudar a que se adopten acuerdos a nivel gubernamental o se firmen Convenios para solucionar las situaciones de este tipo que se puedan producir en el futuro. b. Mediación en los casos de sustracción en los que no exista Convenio internacional, como en los supuestos en los que los niños han sido sustraídos hacia algún País islámico. c. Mediación en los procedimientos en los que se pueda poner en funcionamiento el Convenio de la Haya de 1980”.

⁸⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Mediación y secuestro internacional de menores...*, cit., p. 136; I. TOMÁS GARCÍA, *Mediación en sustracción de menores*, (pp. 1-29 ss.), p. 17, en www.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.

5.3.2. *La mediación intrajudicial en la sustracción internacional de menores.* Por ello, en la práctica la mediación suele operar ante situaciones de SIM en el ámbito de la judicialización del conflicto⁸⁷. Así, cuando el menor objeto de un traslado o retención ilícitos se encuentre en España y proceda de un Estado que forme parte de la Unión Europea o sea parte de algún convenio internacional, el procedimiento se inicia con la correspondiente demanda ante el Juzgado de Familia. En la mayoría de los casos el demandante es el progenitor que no cometió el acto ilícito de la sustracción⁸⁸.

a) *La sustracción internacional del menor en la LEC tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio.*- En el Derecho español el procedimiento de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional tiene el carácter de urgente y preferente, debiéndose desarrollar en el plazo inexcusable de seis semanas⁸⁹. El art. 778 quáter n. 7 LEC, con la finalidad de facilitar las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales de los Países implicados, dispone que, cuando sea posible y el juez lo considerase necesario,

⁸⁷ En España el cauce procesal adecuado en los supuestos de SIM es el regulado en los arts. 778 quáter a 778 sexies, integrantes del Capítulo IV bis, del Título I, Libro IV, LEC, dentro de los procesos especiales, bajo la rúbrica "Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional". Estos preceptos fueron introducidos por la disposición final tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Estas normas regirán ante un SIM cuando sean aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, y se pretenda la restitución de un menor o su lugar de procedencia, encontrándose en España. Si bien, no serán de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea firmante de algún convenio internacional.

⁸⁸ El art. 778-quáter n 3 dispone: "Podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad".

⁸⁹ Está regulado en Capítulo IV bis, del Título I, del Libro IV LEC, bajo la rúbrica "Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional", arts. 778 quáter a sexies LEC, conforme a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

se podrá recurrir al auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los Jueces de enlace.

En cualquier momento del *iter* procesal, de conformidad con lo establecido en el n. 12 del art. 778 quinquies LEC, ambas partes podrán intentar la mediación a fin de conseguir un acuerdo de restitución voluntario⁹⁰.

A pesar de otorgarle el legislador al procedimiento de sustracción de menores el carácter de urgente y preferente, debiendo realizarse en el inexcusable plazo total de seis semanas (incluidas, en su caso, las dos instancias), a contar desde la fecha de la presentación de la demanda instando la restitución – salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible –, la mediación intrajudicial sigue siendo un recurso idóneo y muy conveniente, incluso cuando se haya encontrado al menor sustraído en un Estado miembro del CH1980 y vaya a ser enviado a su País de residencia y entregado al progenitor que haya instado el proceso de retorno. Este progenitor podrá ser bien el custodio, bien el que sólo ostente el derecho de visitas, o bien, cuando nos encontremos ante progenitores con custodia compartida, el progenitor que no haya cometido el acto ilícito de la sustracción.

- b) *La iniciativa judicial de la mediación en la LEC y en el RBr. II Bis.*- Debe especialmente destacarse en este estudio el hecho de que tanto la LEC como el referido Reglamento pongan también en las manos de el Juez la iniciativa de acudir a la mediación. Así, por un lado, el n. 12 del art. 778 quinquies LEC dispone que el Juez podrá de oficio en cualquier momento, proponer la mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que las partes lleguen a un acuerdo y ello no suponga un retraso injustificado del proceso⁹¹. Y,

⁹⁰ TOMÁS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁹¹ El n 12 del art. 778-*quinquies* LEC, preceptúa: “En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las cir-

por otro lado, en el ámbito de los instrumentos internacionales, el art. 55 e) RBr. II Bis preceptúa que las autoridades centrales cooperarán para facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza⁹².

5.4. *Idoneidad de la solución mediada en los conflictos en materia de sustracción internacional de menores.* – Preconizamos la idoneidad y conveniencia de la mediación en los supuestos de SIM en atención a las ventajas que presenta la mediación en función de los principios que la sustentan. 1) La voluntariedad: nos encontramos ante un proceso voluntario, desde la decisión de su inicio, como durante todo su desarrollo hasta su finalización. 2) La ausencia de adversarios: la mediación se basa en la concepción positiva del conflicto, procura la aproximación empática a la visión del otro y considera la diversidad como generadora de soluciones creativas. 3) La confidencialidad: el mediador y las partes se obligan a respetar la confidencialidad al firmar el acta de la sesión constitutiva de mediación. 4) La imparcialidad y neutralidad: el mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto, y no tomará decisiones sobre la controversia; es el catalizador del diálogo sereno entre las partes para que puedan aflorar las opciones para solucionar el conflicto. 5) La bilateralidad: en lógica consonancia con la filosofía de la mediación, supone que ambas

cunstances concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal. La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño”.

⁹² Ver nota 86 de este estudio.

partes disponen de las mismas oportunidades para expresarse. 6) La flexibilidad: esta característica es necesaria para poder adaptarse a las circunstancias concretas de cada caso y de sus sujetos. 7) La profesionalidad: la mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional con formación multidisciplinar (gestión de emociones, escucha activa, psicología, negociación, etc.) que debe tener la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas cerradas de las partes, debiendo prevalecer en los supuestos de SIM el interés del menor. 8) Las garantías legales: en la mediación intrajudicial quedan garantizadas por la intervención del Juez, y cuando se trate de mediación extrajudicial se protegen por el asesoramiento y dirección jurídica de los abogados de cada parte, así como por la intervención del Notario que eleve a escritura pública el acuerdo de mediación con la finalidad de otorgarle fuerza ejecutiva, quien verificará el cumplimiento de los requisitos legales y que su contenido no sea contrario a Derecho⁹³.

Por las especiales características de la mediación en la esfera de la SIM se puede diferenciar entre mediación directa, indirecta o mixta. En la primera ambas partes participan directa y simultáneamente en las sesiones con el mediador, ya sea en una reunión en persona con el mediador o en una reunión a larga distancia mediante video o teleconferencia o comunicación vía Internet. En la mediación indirecta el mediador se reúne con cada parte por separado, pudiendo practicarse también en per-

⁹³ El art. 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, bajo la rúbrica "Formalización del título ejecutivo" establece que: "1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. 2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. 3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. 4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

sona o utilizando los medios antes referidos. A su vez, es igualmente posible una mediación mixta en aquellos casos en los que el mediador se reúne con cada parte por separado, con la finalidad de ir preparándolas para el acuerdo de restitución del menor, y finalmente cuando lo considere viable se lleva a cabo una reunión o varias del mediador con las partes en conflicto, normalmente los progenitores del menor sustraído⁹⁴.

Piénsese que en virtud de los principios que conforman la mediación, sucintamente expuestos con anterioridad, los protagonistas del conflicto guiados por el mediador pueden hallar la solución de forma autocompositiva, por ellos mismos, realidad que sin duda, al no existir vencedor ni vencido, hará mucho más viable que la solución se cumpla, al tiempo que reducirá notablemente las posibilidades de reiteración del problema⁹⁵. Y, lo que evidentemente es más favorecedor para el interés del menor, es que la mediación alberga un cauce idóneo para escuchar al menor⁹⁶ y llegado el momento adecuado el mediador debe sugerir a los padres que un especialista lo interrogue.

Entendemos que la solución mediada de un SIM es mucho menos lesiva para el menor, dado que tiende a minimizar los traumas y garantizar un pacífico contacto de los hijos con ambos progenitores⁹⁷. A su vez, la mediación faculta a las partes a hacer frente, en su caso, a conflictos futuros de manera más constructiva. Piénsese que la mediación implica el protagonismo de los sujetos en la resolución del conflicto, al ser ellos quienes adquieren la capacidad de solventarlo. Por ello, cuando se trata de una mediación en el marco de un secuestro internacional de un menor, se busca

⁹⁴ La *Guía de Buenas Prácticas 2012* desarrolla el funcionamiento práctico del CH1980, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵ VELARDE D'AMIL, *op. cit.*, p. 1296, afirma que "la filosofía que subyace en todo procedimiento de mediación, cualquiera que sea la índole del mismo, es que si las partes han generado el conflicto, también son capaces de generar su solución, sin que la decisión que ponga fin a la controversia que las enfrenta, tenga que ser impuesta por un tercero".

⁹⁶ De esta forma se respeta el derecho del niño a ser escuchado establecido en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

⁹⁷ CALVO BADÍO, *op. cit.*, p. 174.

atender los intereses de ambos progenitores y, especialmente, los del menor. A través de la mediación se promueve el espíritu de corresponsabilidad, dado que al protagonizar los sujetos del conflicto la salida del mismo, con gran probabilidad, será considerada por ellos como justa. Sin duda nos encontramos ante un instrumento que ofrece muchísimas posibilidades de contribuir a la cooperación y paz social y dentro de ella a la paz familiar de extraordinaria importancia socio-jurídica. Entendemos que la mediación debe ser potenciada por las autoridades judiciales y administrativas de los Estados y por los instrumentos internacionales que regulan la materia.

Bibliografía:

- R.M. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, *Concepto “favor filii”. Criterios legales y jurisprudenciales para determinar el interés superior del menor*, en *La guarda compartida y el interés superior del menor*, Hispalex, 2018, pp. 165-298 ss.
- N. BELLOSO MARTÍN, *La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar*, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá X (2017), pp. 1-42 ss.
- A.I. BERROCAL LANZAROT, *El interés del menor como criterio prevalente para la atribución de la guarda y custodia*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, n. 746, 2014, pp. 3284-3314 ss.
- C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La mediación ante el secuestro internacional de menores*, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n. 1, año 2011, pp. 1-35 ss.
- C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n. 2, octubre 2016, pp. 77-91 ss.
- F. CALVO BADÍO, *La mediación en la sustracción internacional de menores*, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga), Madrid, 2006, pp. 165-178 ss.
- A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18 ed. Comares, Granada, 2018.
- M. CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Dykinson, 2004.
- C. CARRILLO LERMA, *Mediación familiar internacional y sustracción de menores*, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n. 19, año 2015, pp. 185-196 ss.
- M. CASO SEÑAL, *La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores*, *Revista de Mediación. ADR, Análisis y Resolución de Conflictos*, Volumen 8, segundo semestre, 2011, pp. 21-27 ss.

- J.J. CASTELLÓ PASTOR, *Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, marzo 2018, pp. 561-567 ss.
- *Circular 6/2015, de 17 de noviembre de 2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_6-2015.pdf?idFile=7df9cead-b7b2-410d-acb2-1bd871521d14.
- A. DE RUITER, *La voz del menor en la sustracción internacional de menores*, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2017, pp. 5-8 ss.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, L. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 6ª ed., 2013.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, *Política y Sociedad*, 2013, 50, n. 1, pp. 71-98 ss.
- N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América. (Lozano v Montoya Álvarez)*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 29, 2015, pp. 1-37 ss.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Mediación, secuestro internacional de menores y ODR*, *Estudios sobre Justicia online*, Vv.AA., (Dir. E. VÁZQUEZ DE CASTRO), Comares, Granada, 2013, pp. 159-182 ss.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Editorial LEX NOVA, S.A., Valladolid, 2004.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, *La sustracción internacional de menores: A propósito de la STC 120/2002, de 20 de mayo de 2002*, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 2002, pp. 754-770 ss.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, *Mediación y secuestro internacional de menores: Ventajas e inconvenientes*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n. 2, octubre 2014, pp. 130-146 ss.
- J. IGARTUA SALAVERRÍA, *El indeterminado concepto de los «conceptos indeterminados»*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 56, 2000, pp. 145-162 ss.

- P. JIMÉNEZ BLANCO, *Medidas cautelares y sustracciones de menores, Medidas cautelares y sustracción de menores, Diario la Ley*, ed. LA LEY, n. 7601, Sección Tribuna, 31 Mar. 2011.
- I.E. LÁZARO GONZÁLEZ, J.J. EZQUERRA UBERO, *El 'derecho de custodia' en la jurisprudencia sobre sustracción internacional de menores, icade*, en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 83-84, Especial 50 Aniversario ICADE, 2011, pp. 291-336 ss.
- J.R. LIÉBANA ORTIZ, *El nuevo proceso relativo a la sustracción internacional de menores*, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 13, diciembre 2015, pp. 83-109 ss.
- P.P. MIRALLES SANGRO, *El secuestro Internacional de menores y su incidencia en España: especial consideración del Convenio de la Haya de 1980*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.
- F. MORENO MOZO, *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.
- M. NÚÑEZ PACHECO, *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2013.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores*, publicado en F. ALDECOA LUZÁRRAGA, J.J. FORNER DELAYGUA (Dir.s.), E. GONZÁLEZ BOU, N. GONZÁLEZ VIADA (Coords.), *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en la relaciones internacionales*, Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 367-384 ss.
- D. ORTEGA GUTIÉRREZ, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española. Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística*, Madrid, Dykinson, 2009.
- I. OTAEGUI AIZPURÚA, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la protección de los derechos del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, Publicaciones de la HCCH, La Haya, 1982 (disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>).
- I. REIG FABADO, *El retorno inmediato del menor en la sustracción internacional de menores*, en *Rev. boliv. de derecho*, n. 20, julio 2015, pp. 242-263.
- F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés superior del menor*, Dykinson, 2ª ed., Madrid, 2007.
- B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Responsabilidad parental y la aplicación del forum non conveniens de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n. 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, marzo 2018, pp. 639-656 ss.
- I. TOMÁS GARCÍA, *Mediación en sustracción de menores*, (pp. 1-29 ss.), p. 17, en www.poderjudicial.es/CVsm/Ponencia_3_ES.
- G. TORRES LÓPEZ, *La sustracción internacional de menores en el ámbito internacional. El convenio de La Haya, El Derecho de familia en expansión*, [vLex], 2009, pp. 147-174 ss.
- E.M. VÁZQUEZ, M. D. ADAM MUÑOZ, N. CORNAGO PRIETO, *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Córdoba, 20-22 de octubre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- I. VELARDE D'AMIL, *La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, UNED, *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015, pp. 1279-1301 ss.
- L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, (coord.) *Sustracción Interparental de Menores*, (Asociación española de Abogados de Familia), Dykinson, Madrid, 2005.

Reseña jurisprudencial:

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- STJUE 2010/828, de 22 de diciembre de 2010 (Sala 1ª), asunto C-491/10 PPU, *caso Joseba Andoni Aguirre Zárraga contra Simone Pelz*.
- STJUE 2016/819, de 27 de octubre (Sala 3ª), asunto C-428/15, *caso Child and Family Agency contra J.D.*
- STJUE 2017/436, de 8 junio de 2017 (Sala 5ª), asunto C-111/17 PPU, *caso OL contra PQ*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

- STEDH 1 de diciembre de 2009, *asunto Eberhard y M. contra Eslovenia*.
- STEDH 21 de septiembre de 2010, *asunto Mijuskovi contra Montenegro*.
- STEDH 21 de julio de 2015, *asunto G.S. contra Georgia*.

TRINUNAL CONSTITUCIONAL:

- STC (Sala Primera), de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002/120).
- STC (Sala Segunda), de 1 de febrero de 2016 (RTC 2016/16).

TRIBUNAL SUPREMO (Sala Primera):

- STS de 20 de mayo de 2010 (RJ 2010/2290).
- STS de 26 de octubre de 2012 (RJ 2012/6811).
- STS de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015/253).

AUIENCIAS PROVINCIALES:

- AAP Almería (Sec. 3ª), de 30 de abril de 2004 (AC 2004/198A).
- AAP Barcelona (Sección 18ª), de 4 de abril de 2006 (AC 20065294A).
- AAP Santa Cruz de Tenerife (Sec. 4ª), de 22 de noviembre de 2006 (AC 2006/3214A).
- AAP Pontevedra (Sec. 3ª), de 26 marzo de 2007 (AC 2007/233A).
- AAP Sevilla (Sec. 2ª), de 12 septiembre de 2008 (AC 2008/2698A).

TRIBUNALES EXTRANJEROS:

- Sentencia de la *Supreme Court* (EE.UU.), de 17 de mayo de 2010.
- Sentencia de la *Cour Suprême de Cassation* (Francia), de 26 de octubre de 2011.
- Sentencia de la *Cour Suprême de Cassation* (Francia), de 14 de marzo e 2012.
- Sentencia de la *Corte di Cassazione* (Italia), de 4 de abril de 2006.
- Sentencia de la *Corte di Casazione* (Italia), de 2 julio de 2007.
- Sentencia de la *Ile Cour de droit civil, arrêt du TF* (Suiza), de 12 de junio de 2012, *Caso 5A_346/2012*.

ALBERTO CONTU

LA COMUNICAZIONE NELLA FORMAZIONE DEL MEDIATORE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Alla ricerca di un modello formativo. - 3. Metodi, pratiche e 'discipline' extra-giuridiche per la costruzione di un modello formativo fondato sulla scienza della comunicazione. - 4. Un caso pratico: tecniche di neuroscienze della comunicazione scritta efficace per la mediazione internazionale. - 5. Verso un modello neuroscientifico integrato della comunicazione nella mediazione. - 6. Conclusioni aperte.

1. *Premessa.* – L'introduzione dell'istituto della mediazione nell'ordinamento italiano ha posto agli operatori nuovi problemi interpretativi e ha delineato nuovi scenari che implicano la messa in discussione di consolidati paradigmi epistemologici. Al di là delle reazioni corporative, spie di mentalità non più al passo con le nuove sfide giuridiche su scala europea, occorre prendere atto che nel medesimo campo dei difensori della nuova mediazione civile e commerciale, complice una normazione inidonea a render conto della *ratio* della mediazione, emerge con chiarezza una discrasia culturale. Più precisamente, se si analizza la mole di pubblicazioni che sono fiorite negli ultimi anni, emerge la sensazione che l'approccio all'innovazione nella mediazione sia ancora compiuta secondo schemi vetusti, legati al primato della identità di ruolo del giurista, e assai poco permeabili alla introduzione di concetti, categorie e prassi storicamente estranee alla sua formazione. Un esempio davvero emblematico è offerto in proposito dal problema fondamentale della formazione nella mediazione, intesa nella duplice connotazione di formazione dei mediatori e di formazione dei formatori. La centralità strategica e operativa della dimensione formativa conserva tutta la propria valenza anche nel passaggio dalla mediazione obbligatoria a quella volontaria, secondo un crinale operato dalla ormai famosa sentenza della Corte Costituzio-

nale 6 dicembre 2012, n. 272¹. Infatti la formazione è e resta obbligatoria, e in quanto tale deve essere considerata centrale e determinante nella fase della sua progettazione e della sua somministrazione.

Sulla necessità della formazione di qualità nella mediazione si registra – e non potrebbe essere altrimenti – un accordo pressoché unanime. Sulla delicatezza, la responsabilità e l’etica del mediatore non possono esservi dubbi. Né è in discussione la consapevolezza circa la necessità che la formazione obbligatoria non sia limitata ai tetti minimi orari legali, ritenuti largamente insufficienti a formare la complessiva figura del mediatore. In questa direzione appare necessario intraprendere iniziative e misure più incisive, anche in vista della contestualizzazione della mediazione in ambito europeo. Assai meno lineare appare invece la questione legata alla traduzione operativa delle metodologie formative da parte di molti organismi accreditati, dato che è proprio sul piano normativo che la disciplina della formazione nella mediazione sconta non lievi aporie.

Appare assai controverso lo statuto della formazione, così come delineata da una infelice normazione. Come ho già inteso proporre in un recente saggio², infatti, dall’analisi della letteratura sul tema, e dalla considerazione delle poche e pionieristiche esperienze formative, emerge un accordo sostanziale intorno ai contenuti specificamente giuridici della formazione nella mediazione, dato che tradizionalmente, e direi quasi ‘geneticamente’, la mediazione civile e commerciale nasce sulla base di (taciti ma incisivi) paradigmi civilistici, si sviluppa a partire da logiche accademiche, e pur in presenza di una qualificazione estensiva della figura del mediatore e dei requisiti minimi che esso deve possedere, l’intera materia appare ancora esemplata sulle figure del docente di diritto e dell’avvocato civilista chiamati a integrare la professione forense tradizionale con uno schema conciliativo monopolizzato dall’immaginario processualistico.

¹ Pubblicata in “Gazzetta Ufficiale”, n. 289 del 12 dicembre 2012.

² A. CONTU, “*Tecniche di interazione comunicativa*” e formazione del mediatore. *Profili ermeneutici dell’art. 18, comma 2, del D.M. 145/2011*, in *Quaderni di Conciliazione*, a cura di C. Pilia, Edizioni AV, Cagliari, 2017.

Nelle pieghe dei dati normativi in tema di formazione nella mediazione emerge tuttavia un dato ellittico che rompe l'unità sistemica del paradigma giuridico. Si tratta dell'apparentemente laconico riferimento normativo alle materie oggetto della formazione obbligatoria, e precisamente alle "tecniche di interazione comunicativa" di cui all'art. 18, comma 2, del D.M. 145/2011. Al di là della formulazione sintetica e non particolarmente efficace ed esaustiva rispetto alla dimensione dei problemi che essa solleva, si tratta della introduzione di paradigmi estranei agli schemi della formazione giuridica. Non a caso, nella cultura giuridica italiana i riferimenti più pregnanti ai temi legati alla comunicazione si riducono alle logiche e alle prassi della retorica forense e alle ricerche, per la verità di assoluto valore, condotte nell'ambito della psicologia giuridica, ma entrambe strutturalmente fondate sulla interpretazione dei modelli processuali antagonisti che costituiscono l'*habitus* disciplinare e mentale ineludibili del giurista e finiscono per produrre un atteggiamento contrastivo rispetto alla logica *win-win* della mediazione³.

Va peraltro sottolineato come anche nella cultura giuridica italiana non siano mancate importanti occasioni di confronto con il "modello retorico" di Chaim Perelman, e in particolare con il fondamentale *Traité de l'argumentation*⁴, felicemente introdotto da Norberto Bobbio in Italia⁵, e capace di caratterizzare, almeno

³ Fanno eccezione, *ex pluris*, L. DE CATALDO NEUBURGER, G. GULOTTA, *Sapersi esprimere. La competenza comunicativa*, Giuffrè, Milano, 1991, e G. GULOTTA, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Trattato delle menzogna e dell'inganno*, Giuffrè, Milano, 1996 (nuova edizione 2008 con appendice di aggiornamento).

⁴ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958.

⁵ N. BOBBIO, *Prefazione* a C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966. In questo importante scritto Norberto Bobbio non solo definisce "la teoria dell'argomentazione come la teoria delle prove razionali non dimostrative" (*ivi*, p. XIII), ma soprattutto riconosce che si tratta di una materia che riveste "un interesse specialissimo, si dica pure preminente, per il filosofo del diritto e per il giurista: la controversia giudiziaria" (*ivi*, p. XVIII). Con ciò Bobbio ammette, e certifica, che anche la novità della *nouvelle rhétorique* appare costitutivamente legata al paradigma processualistico. Ciò non toglie che in questa miniera offerta alla cultura giuridica si possano estrapolare parecchie suggestioni utilizzabili per la comunicazione nella formazione dei mediatori e dei formatori.

per una feconda stagione di studi, una importante opera di apertura a nuovi paradigmi, culminata nella importante monografia di Letizia Gianformaggio⁶. E tuttavia, l'esperimento non ha influenzato decisamente la formazione complessiva del giurista, complici sia la (se pur relativa) logica di compartimentazione della conoscenza che si è da tempo consolidata tra diritto civile e filosofia del diritto, sia l'avvento del definitivo monopolio accademico della filosofia analitica, orientato prevalentemente verso studi di logica giuridica e di filosofia del linguaggio. La *nouvelle rhétorique* perelmaniana, al di là delle pur importanti questioni che ha posto alla cultura giuridica, ha costituito un importante stimolo per il riconoscimento della natura retorica del diritto e dell'esperienza giuridica, sia soprattutto per introdurre in forma sistematizzata all'interno dell'argomentazione giuridica categorie, paradigmi e tecniche orientate a rendere la comunicazione in ambito giuridico più consapevole delle aporie, e a utilizzare l'"*empire rhétorique*"⁷ per la codificazione di argomentazioni il più possibile depurate dai sofismi e dai paludamenti propri di una certa oratoria forense⁸, utilizzata *ratione materiae* al servizio di una 'verità' o punto di vista di parte che ambisce a imporsi persuasivamente sulla controparte. Ma oltre al modello retorico perelmaniano, in Italia ha avuto più di recente una discreta fortuna la teoria dell'argomentazione di Alexy⁹, imperniata su una teoria del

⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Gli argomenti di Perelman. Dalla neutralità dello scienziato alla imparzialità*, Comunità, Milano 1973. Si tratta del più importante studio esplicitamente dedicato a Perelman nell'ambito della cultura giuridica italiana. Anche se non sono mancati successivamente altri contributi pregevoli ispirati alla teoria perelmaniana, la data del 1973 tradisce, per così dire, la riluttanza del mondo giuridico a integrare la formazione del giurista con la *nouvelle rhétorique*.

⁷ Si fa qui riferimento alla nota formula di C. PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin, Paris, 1977.

⁸ È esemplare, in proposito, il classico studio di M. GARÇON, *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Corrêa, Paris, 1931. Per una più recente formulazione dei problemi della retorica forense cfr. AA.VV., *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, a cura di U. Vincenti, A. Mariani Marini, F. Cavalla, Pisa University Press, Pisa, 2005.

⁹ Cfr. l'opera fondamentale, a cui sono seguiti altri importanti scritti, di R. ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen*

discorso razionale che ha influenzato anche la teoria dell'interpretazione e ha intersecato alcuni domini della scienza della comunicazione, senza tuttavia affrontare il problema della centralità degli aspetti più legati agli stati emozionali. In altri termini, è mancata alla formazione del giurista e alla cultura giuridica italiana un modello disciplinare fondato una scienza della comunicazione più alta e biunivocamente vincente nelle controversie¹⁰.

Occorre in definitiva riconoscere che nessuna arte della motivazione e nessun modello retorico è di per sé in grado di consolidare una scienza della comunicazione realmente in grado di interpretare correttamente la *ratio* della mediazione. L'art. 18, comma 2, del D.M. 145/2011 rappresenta sul punto una svolta e una rottura rispetto al tradizionale modello formativo del giurista, sia sul piano dell'approccio, sia sul piano della stessa qualificazione

Diskursus als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp Verlag, Frankfurt (a. M.), 1978. L'opera di Alexy ha variamente influenzato soprattutto la filosofia analitica italiana a partire dal 1998, anno in cui ha visto la luce la traduzione italiana a cura di M. La Torre: *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

¹⁰ Va tuttavia ricordato che le più avanzate ricerche di psicologia giuridica, pur indirizzate alla interpretazione del fenomeno processualistico, con particolare attenzione al processo penale, presentano molteplici profili tecnici ed epistemologici che ben potrebbero far parte della competenza comunicativa del giurista e del mediatore: cfr., *ex pluris*, *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. Gulotta, Giuffrè, Milano, 1987; G. GULOTTA, L. PUDDU, *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Giuffrè, Milano, 2001; G. GULOTTA et alii, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico. Civile, penale, minorile*, Giuffrè, Milano, 2002. Rientrano invece nel filone processualistico i pur notevoli volumi dedicati anche di recente alla retorica forense: cfr., *ex pluris*, *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, a cura di A. Mariani Marini, Giuffrè, Milano, 2003; *La retorica fra scienza e professioni legali. Questioni di metodo*, a cura di G.A. Ferrari e M. Manzin, Giuffrè, Milano, 2004; *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, a cura di M. Manzin e P. Sommaggio, Giuffrè, Milano, 2008; M. MANZIN, P. MORO, *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano, 2010; F. CAVALLA, *Retorica processo verità*, Angeli, Milano, 2011; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013; M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense*, Giuffrè, Milano, 2014; A. BELLODI ANSALONI, *Scienza giuridica e retorica forense*, Maggioli, Rimini, 2017; A. ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; AA.VV., *Saggi sull'argomentazione giuridica*, a cura di M. Mancini, Giappichelli, Torino, 2017.

disciplinare accademica, estranea al circuito delle discipline giuridiche. Se si considerano cinque dei sei indicatori della formazione nella mediazione di cui all'art. 18, comma 2, del D.M. 145/2011 – a) conoscenza della normativa; b) acquisizione della metodologia delle procedure di mediazione; c) conoscenza delle clausole contrattuali della mediazione e della conciliazione; d) forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione; e) compiti e responsabilità del mediatore – è agevole cogliere che siamo di fronte ad indicatori sostenuti da una consolidata codificazione disciplinare formatasi nel solco della tradizione civilistica. Ma se si considera contestualmente il sesto requisito di cui al citato art. 18, comma 2, relativo alle tecniche di comunicazione, siamo di fronte ad un nuovo paradigma che, se opportunamente codificato, si pone in perfetta aderenza alla *ratio* della mediazione e della sue logiche orientate alla cooperazione e all'uso di forme di comunicazione esemplari sulla negoziazione. La mediazione civile e commerciale rappresenta un cambio di paradigma rispetto alla cultura processualistica, e per quanto possano riconoscersi analogie con il modello giuridico dell'arbitrato, la mediazione persegue un nuovo orientamento teso a promuovere la reciproca soddisfazione delle parti persino a prescindere, in ipotesi, dalla stessa aderenza formalistica alle norme vigenti, purché il risultato sia comunque meritevole e ragionevole. La scomparsa della parte soccombente nell'orizzonte della mediazione impone perciò di adeguare il riferimento alle tecniche di comunicazione alla nuova *ratio*. E una corretta ermeneutica delle disposizioni che disciplinano la formazione nella mediazione deve riconoscere che l'art. 18 citato, nella parte relativa alle tecniche di comunicazione, rappresenta l'architrave stesso della mediazione e la parte centrale ancorché non codificata della formazione. Di qui nasce la doppia esigenza di riconoscere questa centralità e, nel silenzio della legge, di ricostruire un modello formativo realmente in grado di offrire agli operatori (e ai formatori) strumenti effettivi per realizzare la *ratio* della mediazione ad esclusivo vantaggio e nell'interesse prevalente della parti.

2. *Alla ricerca di un modello formativo.* – Le presenti note non hanno la pretesa di fornire il modello formativo per mediatori e

formatori con particolare riferimento alla corretta ermeneutica delle “tecniche di comunicazione”, ma solo di provare a delineare alcuni schemi generali in grado di orientare un progetto formativo aderente alla *ratio* della mediazione. In particolare, saranno individuati alcuni modelli disciplinari – portatori di tecniche e di orizzonti culturali innovativi – tratti da discipline e orientamenti culturali interdisciplinari a vario titolo rientranti nell’ambito molto generale delle scienze della comunicazione.

Naturalmente, non si può negare che a differenza delle materie civilistiche oggetto della formazione, il riferimento a modelli e categorie tratti da svariate discipline, per giunta non codificabili in schemi analoghi alla dogmatica giuridica, potrebbe alimentare elementi di scetticismo e di diffidenza, e tanto più in presenza di una formazione obbligatoria per legge. Nella progettazione formativa potrebbe essere perciò preferibile optare, almeno all’inizio, per la scelta di elementi di scienza della comunicazione che possono vantare una tradizione universitaria e una consolidata prassi operativa.

Tuttavia, come si vedrà *infra*, nel lemma “tecniche di interazione comunicativa” possono e forse devono rientrare due distinte dimensioni formative: da una parte i riferimenti alle dimensioni più propriamente tecniche dell’agire comunicativo, sino a giungere, laddove possibile, a codificare modelli tipologici; dall’altra parte, invece, la formazione deve aprirsi alle dimensioni dell’agire comunicativo non misurabili e tuttavia condizionanti, quali le dimensioni emozionali. In definitiva, la formazione nella mediazione non può ridursi, pena il suo perversimento, nella somministrazione di *check list* del buon comunicatore, in quanto il ruolo stesso del mediatore (e in parallelo il compito del formatore) appare legato ad una formazione sempre più orientata verso il riconoscimento delle sensibilità, dei bisogni e delle pulsioni che le parti esprimono e rappresentano mediandole con la logica della controversia.

Nella cultura aziendale, e in particolare nelle discipline rientranti nella gestione delle risorse umane, sono presenti ormai da decenni importanti elementi tratti dalle logiche dell’orientamento al cliente che possono essere produttivamente trasposte alle logiche della mediazione. Nell’ambito delle neuroscienze sono ormai da tempo disponibili interessanti ricerche che atten-

dono di essere applicate nei domini delle scienze della comunicazione¹¹. Nelle discipline psicosociali il *counselling*, il *coaching*, il *mentoring* e altri modelli di relazione d'aiuto hanno prodotto raffinati approcci *win-win* che possono avere importanti applicazioni alla formazione nella mediazione¹².

Naturalmente, nel *mare magnum* delle scienze della comunicazione occorre evitare di operare scelte disciplinari contrastanti con la *ratio* della mediazione. In particolare, alcune peculiari applicazioni della programmazione neuro-linguistica (PNL)¹³, come

¹¹ Cfr., *ex pluris*, il contributo di sintesi di A. STRACCIARI, A. BIANCHI, G. SARTORI, *Neuro-psicologia forense*, il Mulino, Bologna, 2010. Va tuttavia osservato come le nuove frontiere del c.d. "neurodiritto" non consentano sinora di formulare una precisa valutazione in ordine alla trasponibilità dei relativi risultati nelle scienze della comunicazione: cfr. infatti, a titolo esemplificativo, il *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di A. Bianchi, G. Gulotta e G. Sartori, Giuffrè, Milano 2009; G. GULOTTA, A. CURCI, *Mente, società, diritto*, Giuffrè, Milano, 2010; E. PICOZZA *et alii*, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2011; F. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2012; S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia*, Angeli, Milano, 2014; AA.VV., *Diritto, neuroscienze, scienze della cognizione*, a cura di E. Fabiani, S. Faro, N. Lettieri, Esi, Napoli, 2015; P.P. MARTUCCI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016; S. FUSELLI, *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche*, Mimesis, Milano, 2016; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹² Cfr., per tutti, il fondamentale studio di M. MARTELLO, *Mediazione dei conflitti e counseling umanistico*, Giuffrè, Milano, 2006, che mantiene intatta l'intera validità anche se pubblicato prima dell'istituzione della mediazione civile e commerciale in Italia. Sulla formazione nella mediazione, anche in questo caso con indicazioni che precedono l'istituzione ella mediazione civile e commerciale, cfr. ancora ampiamente ID., *L'arte del mediatore di conflitti. Protocolli senza regole: una formazione possibile*, Giuffrè, Milano, 2008. Si tratta di testi di estrema importanza per una efficace progettazione formativa e per i modelli di simulazione che propone. Va anche segnalato lo studio di D. SAVIO, E. CAMPANATI, F. ORLANDI, *Tecniche e procedure della nuova mediazione*, Maggioli, Rimini, 2012, nel quale è encomiabile lo sforzo di delineare i lineamenti e gli schemi dei modelli di comunicazione da utilizzare produttivamente nella mediazione, senza che in ogni caso gli autori si discostino dal modello preminente della "pragmatica della comunicazione" codificata da Paul Watzlawick.

¹³ Sulla PNL esiste una vastissima letteratura: per alcuni testi 'fondativi' cfr., *ex pluris*, J. GRINDER, R. BANDLER, *Patterns of the Hypnotic Techniques of Milton H. Erickson*, vol. I, Meta Publications, Capitola (California), 1975; vol. II, Grinder & Associates, Scotts Valley (California), 1977; ID., *The Structure of Magic*, 2 voll., Science and Behavior Book, Palo Alto (California), 1975-

l'uso e l'abuso delle tecniche di *getting to yes*¹⁴, devono restare rigorosamente estranee. In generale, non risultano infatti aderenti alla *ratio* della mediazione tutte le tecniche e gli orientamenti che si sono sviluppati nel solco della formazione aziendale orientata alla vendita ipnotica, alla manipolazione e a ogni altro approccio che predilige un ruolo centrale dello scienziato della comunicazione nella definizione delle scelte che deve operare la controparte. Tutti gli approcci che tendono a suggestionare l'interlocutore per dirigerne surrettiziamente la volontà devono essere accuratamente banditi da ogni progetto formativo¹⁵, e ancora di più nella mediazione. Ciò contrasta con l'istituto stesso del

1976; R. DILTS, J. GRINDER, R. BANDLER, J. DELOZIER, *Neuro-Linguistic Programming*, vol. 1, *The Study of the Structure of Subjective Experience*, Meta Publications, Cupertino (California), 1980; R. BANDLER, J. GRINDER, *Reframing: Neuro-Linguistic Programming and the Trasformation of Meaning*, Real People Press, Lafayette (California), 1981.

¹⁴ M. MARTELLO, *Mediatore di successo*, cit., p. 39. L'Autrice si riferisce correttamente a R. FISHER, W. URY, B. PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Oughton Mifflin, New York, 1991.

¹⁵ Non è questa la sede per una disamina analitica della letteratura scientifica che ha definitivamente disconfermato la legittimità scientifica (e deontologica) della PNL. Poiché si tratta di un approccio acritico assai popolare e privo di controlli, può essere utile indicare alcune autorevoli posizioni della comunità scientifica al fine di valutare con cura quali elementi di scienza della comunicazione siano più idonei per progettare la formazione nella mediazione: cfr. perciò, *ex pluris*, M. HEAP, *Neurolinguistic Programming: An Interim Verdict*, in Id., (ed.), *Hypnosys: Current Clinical, Experimental and Forensic Practices*, Croom Helm, London, 1988, pp. 268-280; B.L. BEYERSTEIN, *Brainscams: Neuromythologies of the New Age*, in "International Journal of Mental Health", vol. 19, Iss. 3, 1990, pp. 27-36; L. CROSS *et alii*, *Determinig a Coorelation of Human Expression in Neuro-Linguistic Programming Representation Systems*, in "Counselling Psychology Review", vol. 10, Iss. 1, march 1995, pp. 22-29; C. BALICCO, *La programmation neuro-linguistique ... ou l'art de manipuler ses semblables*, in *Science et Pseudo-Sciences*, n. 243, août 2000, pp. 10-15 (si tratta della rivista dell'AFIS - Association Française pour l'Information Scientifique); G. RODERIQUE-DAVIES, *Neuro-Linguistic Programming: Cargo Cult Psychology?*, in *Journal of Applied Research in Higher Education*, vol. 1, Iss. 2, 2009, pp. 58-63: "neuro" in NLP is "effectively fraudulent since NLP offers no explanation at a neuronal level" (*ivi*, p. 62); "NLP does not have an evidence base" (*ivi*, p. 63); T. WITKOWSKI, *Thirty-Five Years of Research on Neuro-Linguistic Programming. NLP Reasearch Data Base. State of the Art or Pseudoscientific Derotation?*, in "Polish Psychological Bulletin", vol. 41, Iss. 2, 2010, pp. 58-66: "NLP represents pseudoscientific rubbish" (*ivi*, p. 64).

mediatore, al quale non è affidato il compito di persuadere le parti a condividere le posizioni da lui suggerite in vista della soluzione, ma quello ben più complesso di proporsi come strumento che deve incentivare le parti stesse a trovare gli opportuni “accomodamenti”¹⁶.

Delinare un modello formativo al cui centro si collochino le “tecniche di interazione comunicativa” presuppone anche una revisione drastica del modello formativo quale emerge dalle disposizioni normative vigenti. È evidente che la dimensione stessa della formazione, assieme ad una corretta impostazione della scienza della comunicazione, implica il superamento della fallacia epistemologica che continua a legittimare lo steccato tra teoria e prassi. Al riguardo, la stessa infelice e aporetica istituzione ministeriale delle figure distinte di formatori “teorici” e formatori “pratici” tradisce una visione ‘cartesiana’¹⁷ della formazione che non corrisponde ad alcuna buona prassi formativa, e che invece sembra ricalcare il modello accademico fondato sulla falsa dicotomia tra studi teorici e formazione pratica. Del resto, la dicotomia teoria/prassi è il risultato di una scelta

¹⁶ Mi riferisco qui alla fondamentale distinzione tra “soluzioni” e “accomodamenti” operata da B. DE JOUVENEL, *The Pure Theory of Politics*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1963, tr. it. di F. Goio e G. Ieraci: *La teoria pura della politica*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 257-266, che, sebbene tratta dalla scienza politologica, ha importanti applicazioni anche nella interpretazione della pratica della mediazione. Infatti, la politica [*id est*: la mediazione] non è il “*locus geometricus*” entro cui si deve trovare la soluzione (*ivi*, p. 259), ma un sistema aperto alla ricerca di un “accomodamento” o “aggiustamento compromissorio” (*ivi*, pp. 261-262). Il presupposto della ricerca della soluzione in politica e nelle scienze processualistiche è dato infatti dalla “applicazione di un principio o il comando di un’ autorità” (*ivi*, p. 262). L’accomodamento è perciò “qualsiasi decisione alla quale si pervenga, con qualsiasi mezzo, in merito alla questione che ha dato origine al problema”; alla soluzione è invece essenziale “il fatto che questa soddisfi in pieno tutti i termini del problema” (*ivi*, p. 261). In questo senso, quando ci si riferisce al *problem solving* come uno degli strumenti e dei metodi elettivi della cultura del mediatore, occorre interpretarne l’ambito applicativo avendo ben presente la natura della mediazione, l’orizzonte creativo del mediatore e il ruolo centrale della comunicazione.

¹⁷ Già paventata, sinteticamente, in A. CONTU, “*Tecniche di interazione comunicativa*”, cit., § 3. Si fa qui riferimento in particolare alla critica della scissione corpo/mente e delle relative fallacie epistemologiche svelate in particolare da A. DAMASIO, *Descartes’ Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Penguin Books, London, 1994.

politica che sta a monte, in quanto agli organismi di mediazione nulla è chiesto in tema di *expertise* in ambito formativo¹⁸. In altri termini, non sono indicati parametri formativi né itinerari epistemologici per la definizione di un passaggio fondamentale per il destino della mediazione, quale è appunto la formazione. E il rischio concreto è che la formazione si riduca ad una banale *check-list* del buon mediatore depurata da tutti gli elementi non misurabili ma decisivi che invece rappresentano la chiave di volta della scienza della comunicazione.

3. *Metodi, pratiche e 'discipline' extra-giuridiche per la costruzione di un modello formativo fondato sulla scienza della comunicazione.* – Una proposta relativa alla costruzione di un modello formativo fondato su una scienza della comunicazione presa sul serio presuppone un orientamento epistemologico interdisciplinare entro cui non esistono le “discipline” così come codificate in ambito giuridico, ma approcci nati e sviluppatisi in varie branche del sapere. Questi approcci non implicano la presenza di un *numerus clausus* di tecniche comunicative ma presuppongono una attenta operazione di loro contestualizzazione nell’ambito delle concrete dinamiche della mediazione. Inoltre, spesso si tratta di nuclei epistemologici che non sono direttamente correlati alla comunicazione, ma che, per via interpretativa, sono perfettamente contestualizzabili e utilizzabili nella ricerca delle buone prassi della mediazione.

Nella più avanzata letteratura aziendalistica sono reperibili buone prassi utilissime nella mediazione. Basti pensare a quel complesso di pratiche formative e gestionali sintetizzate nelle formule dell’*internal marketing* e della *customer satisfaction*, e che in più luoghi sono rappresentate nell’espressione “orientamento al cliente”. Si tratta di mettere in atto complessi sistemi di comunicazione orientati alla massima soddisfazione del cliente,

¹⁸ M. MARTELLO, *La formazione del mediatore: una pericolosa illusione*, in “Consumatori, Diritti e Mercato”, 3, 2011, p. 42, ha efficacemente notato come, oltre alla aporetica scelta ministeriale di legittimare la divaricazione tra formatori teorici e pratici, le FAQ consultabili in www.giustizia.it, nelle quali è ribadita l’impostazione dicotomica, si pongano addirittura come fonti del diritto.

inteso in senso estensivo a indicare qualsiasi relazione comunicativa nella gestione delle risorse umane. Il c.d. “*internal marketing*” presuppone la centralità della persona e dei suoi bisogni, e indica modelli comportamentali e comunicativi assertivi, fondati sul riconoscimento di diritti, bisogni e aspettative degli interlocutori. Tali pratiche, non codificabili una volta per tutte, producono un circolo virtuoso che tra l’altro porta all’affermazione di modelli di motivazione e di valorizzazione di ciascuna parte del processo comunicativo.

Particolari pratiche professionali rientranti nella formazione orientata allo sviluppo personale – il *counseling*, il *coaching*, il *mentoring* e altre pratiche di relazione d’aiuto – possono suggerire, con le opportune operazioni di contestualizzazione, l’uso di tecniche per la negoziazione orientata allo sviluppo e al riconoscimento del valore personale, all’applicazione di moduli comunicativi fondati sull’argomentazione assertiva, e alla pratica della valorizzazione dei punti di vista degli interlocutori intesi come valore aggiunto alla relazione comunicativa.

Una formazione adeguata alla *ratio* della mediazione, dopo aver orientato gli attori della mediazione verso un generale itinerario di valorizzazione dei protagonisti del rapporto, deve porsi il problema di sviluppare particolari elementi di scienza della comunicazione tratti dalle più svariate scuole e unificati, sul piano della rispondenza etica alla *ratio* della mediazione, dalla comune tendenza a facilitare la reciproca comprensione e a valorizzare la diversità e l’alterità dei punti di vista.

In questa sede saranno brevemente indicati tre settori in cui la scienza della comunicazione ha tratto fondamentali suggestioni utilizzabili produttivamente in ambito formativo:

- a) Al centro di un adeguato progetto formativo è molto produttivo praticare il *Public Speaking* Emozionale, integrato con l’uso del metodo triadico neuroscientifico che fonda la persuasione anche sul ritmo degli elementi della comunicazione¹⁹. Rispet-

¹⁹ Cfr. sul punto A. CONTU, *Attraction Code*, Gruppo Editoriale L’Espresso, Roma, 2011. Si tratta di una elaborazione che per la prima volta integra i risultati delle ricerche neuroscientifiche di Antonio Damasio con la bioermeneutica e la “*Biologie Totale des Êtres Vivant*” (BTEV) codificata dalla scuola francese di

to ai tradizionali approcci aziendali, in cui il *Public Speaking* spesso si riduce a un decalogo di tecniche di gestione del pubblico senza alcuna reale e incisiva preparazione nella gestione e nel riconoscimento delle emozioni e della sensibilità dei destinatari, si tratta di allenare i mediatori a non dare soverchia importanza alla propria performance e quindi alle relative tecniche di successo personale, ma di testare la comunicazione sulle corde degli stati emozionali dei destinatari. In questo senso, una adeguata formazione deve proporsi di saper utilizzare anche le ricchissime risorse comunicative del linguaggio metaforologico e simbolico²⁰, e deve trarre dalla PNL quelle poche indicazioni utili per sviluppare la coerenza tra linguaggio verbale, non verbale e paraverbale. Assicura inoltre una notevole efficacia comunicativa, utile soprattutto per la gestione delle differenze, la cosiddetta comunicazione di genere, fondata sulla teoria neurobiologica degli emisferi cerebrali, e in sostanza orientata, sulla base dello studio del differenziato funzionamento degli ormoni e delle invariante anatomico-cerebrali collegati alla comunicazione, a riconoscere che la stessa gestione delle emozioni, la persuasione e il riconoscimento di tutti gli attori del processo comunicativo, passano anche per un particolare training formativo fondato sulla differenza di genere²¹. In stretto collegamento con i citati approcci, nel baga-

biopsicologia (Claude Sabbah, Georges Lahy, Gerard Athias, Chistian Flèche). La parte che qui interessa, estrapolata dal saggio citato, e opportunamente integrata e corretta, è riprodotta, con il titolo *Lineamenti di neurobiopsicologia della comunicazione persuasiva* (ed provv. Aimot, Cagliari, 2016) in A. CONTU, *Ermeneutica e comunicazione. Itinerari formativi per lo sviluppo personale ecologico* (ed. provv. Aimot, Cagliari, 2016). Questa elaborazione è confluita poi nel progetto formativo *Neurospeaking*, ideato e realizzato per AIMOT (Advanced Institute of Motivational Training) dallo scrivente. Cfr. ancora ID., *La comunicazione di genere come nuova frontiera della formazione allo sviluppo personale*, ID., *Ermeneutica e comunicazione*, cit., e ID., *“Genere” e lavoro nella prospettiva delle neuroscienze giuridiche*, ed. provv. Aimot, Cagliari 2019.

²⁰ Un esempio paradigmatico in tal senso è offerto da P. WATZLAWICK, *The Language of Change. Elements of Therapeutic Communication*, Basic Books, New York, 1978.

²¹ Cfr. per tutti i due studi complementari di L. BRIZENDINE: *The Femal Brain*, Random House, New York, 2006, e *The Male Brain*, Random House, New York, 2010 (e *ivi* duemila voci di bibliografia scientifica sul tema).

glio del mediatore devono trovare posto alcuni elementi del pensiero strategico così come in particolare emergono dalla *Pragmatic of Human Communication* sviluppata dalla scuola di Palo Alto²², in quanto una buona conoscenza della pragmatica può contribuire ad una superiore chiarezza dell'esposizione e quindi della comprensione dell'altrui pensiero, anche quello non formalizzato *apertis verbis*;

- b) Una possibile apertura della formazione nella mediazione a nuovi approcci produttivi è offerta dagli studi in tema di intelligenza emotiva²³, *Lateral Thinking* e pensiero creativo²⁴, tutti orientati allo sviluppo di buone pratiche comunicative ed ermeneutiche mediante l'applicazione di nuove prospettive in tema di utilizzo delle potenzialità creative nel *problem solving*, di riconoscimento delle emozioni come metodo privilegiato di interpretazione del contesto comunicativo, e di sviluppo della abilità di ridefinire il contesto comunicativo. Sul medesimo piano si pone *l'Ecology of Mind*, che rappresenta un altro fondamentale contributo epistemologico, ancora privo di un *corpus* organico di conoscenza, alla teoria della comunicazione ecologica e sostenibile, depurata dai molti fraintendimenti legati all'uso pseudo-logico di categorie e concetti²⁵;
- c) Appare infine di fondamentale importanza impostare la formazione nella mediazione introducendo le complesse questioni legate all'ermeneutica dell'identità (di ruolo, di genere, sociale, culturale)²⁶ intese come elementi costitutivi di molte ragio-

²² Si fa riferimento al classico studio di P. WATZLAWICZ, J.H. BEAVIN, D. JACKSON, *Pragmatic of Human Communication. Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, Norton, New York, 1967.

²³ Cfr. l'ottimo studio, sul tema specifico della mediazione, di M. MARTELLO, *Intelligenza emotiva e mediazione. Una proposta di formazione*, Giuffrè, Milano, 2004, fondamentale anche se pubblicato prima dell'entrata in vigore dell'istituto delle mediazione civile e commerciale.

²⁴ Cfr. E. DE BONO, *Lateral Thinking. Creativity Step by Step*, Harper & Row, London, 1970.

²⁵ Cfr. il classico studio di G. BATESON, *Steps to an Ecology of Mind*, Chandler Publishing Company, San Francisco, 1972.

²⁶ Mi permetto di rinviare ampiamente a A. CONTU, *Ermeneutica e identità*, Condaghes, Cagliari, 2010.

ni e motivazioni che spingono le persone a intraprendere la strada dei conflitti giurisdizionali. Del resto, anche nell'ambito della "formazione generativa"²⁷ sviluppatasi in ambito aziendale si è fatta strada la consapevolezza che solo con una adeguata competenza e sensibilità ermeneutica sia oggi possibile reimpostare complessivamente la qualità della formazione e della comunicazione aperta²⁸. Non a caso, è ormai da tempo assodato che nella mediazione la disconferma dell'identità personale prevale spesso sul valore economico del conflitto e scatena una maggiore conflittualità risarcitoria. E va considerata acquisita anche la consapevolezza che tutte le questioni che in varia misura intersecano i problemi della messa a repentaglio delle dimensioni identitarie determinano l'insorgenza di complesse misure comportamentali il cui codice elettivo non sono i "discorsi razionali" della filosofia analitica, ma la messa in gioco di stati emozionali che il mediatore deve affrontare con ben più incisive competenze comunicative.

4. *Un caso pratico: tecniche di neuroscienze della comunicazione scritta efficace per la mediazione internazionale.* – Un caso emblematico per l'applicazione della comunicazione neuro-persuasiva è offerto dalla realtà di un laboratorio formativo per la mediazione presso l'Università di Cagliari²⁹. Il progetto di un Manuale della mediazione interamente scritto da studenti, e destinato a un pubblico di studenti europei, ha implicato la messa a punto di importanti e talvolta sofisticate tecniche di comu-

²⁷ Espressione tratta da S. GHENO, *La formazione generativa. Un nuovo approccio all'apprendimento e al benessere delle persone e delle organizzazioni*, Franco Angeli, Milano, 2010.

²⁸ Cfr. G.P. QUAGLINO, *La scuola della vita. Manifesto della terza formazione*, Cortina, Milano, 2011.

²⁹ Ringrazio in proposito il prof. Carlo Pilia per avermi offerto l'opportunità di testare su un gruppo di studenti alcuni temi oggetto del presente saggio. In particolare, si tratta del progetto di scrittura di un *Manuale* per la mediazione interamente scritto da studenti, e diretto a sua volta a studenti europei interessati alla mediazione internazionale. Di tale laboratorio formativo saranno qui presentati solo cenni generali, dato che è in preparazione sull'argomento un saggio specifico di approfondimento.

nicazione scritta basate sulla neurobiopsicologia. In sintesi, ogni studente coinvolto è incaricato di scrivere un breve saggio (di circa dieci pagine) su uno dei temi centrali della mediazione ispirati alle linee-guida europee. Trattandosi di comunicazione orientata a studenti provenienti da diverse aree linguistiche europee e portatori di diverse culture giuridiche, sono state utilizzate per la scrittura particolari metodologie neuro-persuasive in grado di assicurare una più efficace comprensibilità. Il laboratorio è stato strutturato in sette moduli³⁰:

- a) La struttura dei testi:
 - a1) uso di periodi corti, essenziali, di immediata valenza informativa;
 - a2) uso di elenchi puntati in luogo di periodi lunghi privi di evidenze spaziali e articolazione interna;
 - a3) uso di numerosi paragrafi per evidenziare, sul piano della percezione visiva spaziale, la successione strategica e causale degli argomenti.

- b) La comunicazione triadica:
 - b1) uso frequente di tre aggettivi, tre espressioni e/o tre moduli interni a testo secondo la tecnica del climax ascendente (il terzo elemento della serie, in funzione di *ending* e quindi di elemento ritmico con funzione di deposito della memoria operativa).

- c) Eliminazione di espressioni antifrastiche, contrastive e condizionali:
 - c1) contro l'uso dominante di espressioni con due negazioni in funzione affermativa ("non si può dire che non", e simili) o di espressioni antifrastiche classiche ("non male" anziché "bene", e simili), la struttura del testo è tutta orientata alla costruzione di frasi affermative nette e coerenti;
 - c2) contro l'uso frequente di espressioni conflittuali portatrici del suffisso "-mente" ("sinceramente", "oggettivamente", "praticamente"), che in italiano e in francese esprimono

³⁰ Tratti da A. CONTU, *Lineamenti di neurobiopsicologia della comunicazione*, cit.

un conflitto sulla verità che si intende affermare, il testo è ripulito e 'ri-formattato' con espressioni che conservano dell'espressione originaria il nucleo di verità soggettiva ("oggettivamente" diventa "sul piano oggettivo"; "praticamente" diventa "in pratica", e "sinceramente" è bandito);

- c3) infine, contro una diffusa moda letteraria, sono abolite tutte le espressioni condizionali, che in ambito neuroscientifico e biopsicologico si collocano nel versante della sostanziale negazione di ciò che si afferma ("vorrei sottoporre" non equivale all'affermazione "intendo sottoporre" e simili).

d) Tecnica del focus:

- d1) esercizio costante di focalizzazione preventiva del nucleo essenziale di ciò che si intende comunicare, sia sul piano generale (la *ratio* del capitolo), sia in ordine ai singoli paragrafi ("quale messaggio deve arrivare al destinatario");
- d2) cura dell'*ending* il quale, in quanto deposito della memoria operativa, è di importanza strategica per garantire l'efficacia del messaggio complessivo in quanto è la parte della comunicazione che, nel bene e nel male, resta più impressa.

e) Tecniche di scrittura efficace:

- e1) riduzione di parentesi, circonlocuzioni e coordinate alla principale;
- e2) eliminazione di formule di rito stantie e autoreferenziali ("come è noto", e simili);
- e3) riduzione dei corsivi, dei neretti e uso del maiuscoletto solo nelle note a piè di pagina;
- e4) riduzione di tecnicismi e brocardi latini inconfidenti.

f) Importanza dell'Abstract:

- f1) esercizi di sintesi ulteriore del testo tramite compilazione di Abstract di massimo cinque righe.

g) Standard internazionali nelle citazioni bibliografiche:

- g1) redazione delle bibliografie secondo standard internazionali (un testo in inglese non è "a cura di" ma "ed. by");

- g2) uso essenziale delle note a piè di pagina: il metodo empirico suggerito prevede l'uso delle note a piè di pagina solo quando la loro trasponibilità all'interno del testo principale risultasse ridondante.

Stabilite le coordinate metodologiche della comunicazione scritta neuro-persuasiva, il laboratorio prevede che a cadenze settimanali si organizzino incontri *ad hoc* per l'impostazione e la correzione dei testi tramite brainstorming e simulazioni di letture in cui i destinatari sono chiamati ad esprimere eventuali criticità legate alla chiarezza dei testi analizzati. Il fine primario del laboratorio si realizza in tre obiettivi:

- a) insegnare agli studenti tecniche di scrittura e di ricerca utili sia ai fini della compilazione della tesi di laurea, sia per impostare sul piano scientifico uno strumento essenziale della professione;
- b) produrre testi di immediata comprensibilità per i propri colleghi europei al fine di veicolare con maggiore efficacia i temi della mediazione internazionale;
- c) esercitarsi a sintetizzare con chiarezza una tesi o una affermazione avendo cura di rendere il proprio pensiero con la massima efficacia tramite l'applicazione di collaudati principi di organizzazione aziendale tratti dalla gestione dell'*internal marketing* e dal *neuromarketing* (orientamento al cliente, analisi strategica dei codici comunicativi e *customer satisfaction*).

5. *Verso un modello neuroscientifico integrato della comunicazione nella mediazione.* – Oltre al sapere extra-giuridico, la scienza della comunicazione nella mediazione ha bisogno di estendere il patrimonio della cultura giuridica tradizionale verso ulteriori ambiti di frontiera, nella prospettiva di un approccio neuroscientifico integrato davvero capace di interpretare la complessità delle prassi negoziali nella mediazione.

- a) Ermeneutica del testo: a integrazione del contributo della filosofia analitica allo studio del linguaggio giuridico appare necessario approfondire i tanti utili spunti dell'ermeneutica

giuridica e giudiziaria. Pur trattandosi di approcci largamente minoritari, sono presenti importanti contributi nel diritto civile e costituzionale, e nella filosofia del diritto, i quali potrebbero gettare luce su fondamentali problemi legati alle strategie della comunicazione:

- a1) la “precomprensione”³¹ è tema di decisiva importanza, e tanto più se si considera che è proprio all’interno di questo fondamentale processo di elaborazione del pensiero che si annidano stereotipi, pre-giudizi e immagini del mondo di cui siamo per lo più inconsapevoli, ma che dirigono sia i processi di comprensione, sia l’agire comunicativo;
- a2) il “circolo ermeneutico” e la “fusione degli orizzonti”³² rappresentano strumenti interpretativi ancora largamente sottostimati dalla cultura giuridica italiana³³, sia a causa della diffidenza dei giuristi per l’ontologia (la presenza di Heidegger nell’ermeneutica gadameriana costituisce infatti un ostacolo), sia perché il dibattito su Gadamer nella cultura giuridica italiana reca l’*imprimatur* polemico di Emilio Betti, il cui monumentale *opus magnum* è risultato di assai difficile metabolizzazione³⁴. Inoltre ha pesato l’egemonia della filosofia analitica del diritto che ha eretto un muro nei confronti non solo di Gadamer, ma dell’intera filosofia ermeneutica del diritto, secondo la logica dei vasi comunicanti³⁵;

³¹ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Athenäum Fischer Taschenbuch Verl., Frankfurt (Main), 1972.

³² H.-G. GADAMER, *Verheit und Method*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1960.

³³ Si veda, *ex pluris*, e a puro titolo di curiosità, AA.Vv., *Gadamer a confronto*, a cura di M. Filipponi, G. Galeazzi, B.M. Ventura, Angeli, Milano, 2002.

³⁴ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955, 2 voll. (nuova ed. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990)

³⁵ Emblematico, in proposito, il volume collettaneo *Ermeneutica e filosofia del diritto*, a cura di M. Jori, Giappichelli, Torino, 1994, seguito poi da omologhe posizioni: cfr. per tutti R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, e ID., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011 (dove l’ermeneutica giuridica è sostanzialmente espunta). Per L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 3 voll., l’ermeneutica giuridica non farebbe parte della filosofia del diritto.

- a3) l'ermeneutica giudiziaria rappresenta un altro fondamentale e istruttivo campo di studio operativo a misurare la complessità dell'agire ermeneutico dei giudici e dei modelli di retorica giuridica applicati in concreto per definire prospettive di incerta qualificazione giuridica³⁶;
- a4) il tema della "legalità costituzionale"³⁷, incrociando la filosofia ermeneutica del diritto, rappresenta un'altra sfida interessante partita dalla cultura civilistica, orientata a promuovere un generalizzato approccio ermeneutico tramite cui ricondurre sul piano sistematico ogni frammento dispositivo e normativo entro la cornice dei principi costituzionali: si tratta di un approccio di estrema rilevanza in ambito negoziale, dato che si sposta la disputa sui tecnicismi giuridici nel più ampio contesto dei valori costituzionali;
- a5) il settore della "ragionevolezza" e delle "clausole generali"³⁸ rappresenta per il mediatore un eccellente strumento interpretativo in ambito negoziale, anche in ragione della sua flessibilità applicativa;
- a6) il "diritto muto"³⁹: si tratta di una complessa e sottostimata problematica che incrocia diritto civile e antropologia giuridica, e che può costituire un utile strumento interpretativo per la cultura del mediatore, impegnato spesso nella definizione di elementi non codificati ma ben presenti nell'immaginario giuridico;
- a7) infine, le complesse e ancora controverse tematiche sintetizzate nella formula del *soft law* possono fornire al me-

³⁶ Cfr. l'unica monografia di sintesi sul tema: V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè, Milano, 1996.

³⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006.

³⁸ S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013. Il testo è di estrema importanza dato che inquadra il problema secondo un approccio di diritto comparato, con particolare riferimento all'ordinamento tedesco.

³⁹ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2015. Una ottima carrellata di applicazioni sul tema si trova in AA.VV., *Verità Immagine Normatività. Truth, Image and Normativity*, a cura di P.L. Lecis, G. Lorini. V. Busacchi, P. Salis, O.G. Loddo, Quodlibet, Macerata, 2017.

diatore argomenti interpretativi coerenti con la cultura giuridica espressa in ambito comunitario⁴⁰.

- b) Neuro-antropologia giuridica: l'antropologia giuridica⁴¹, soprattutto se integrata dai più avanzati studi di economia comportamentale⁴², offre straordinari spunti per la comprensione dei livelli profondi del comportamento (e dell'immaginario) giuridico. In particolare, uno studio integrato di neuro-antropologia giuridica suggerisce al mediatore di considerare il ruolo di alcune invarianti neuroscientifiche del comportamento (giuridico e comunicativo):
- b1) l'"effetto alone": si tratta della tendenza a considerare un punto di vista particolare (estrapolato e decontestualizzato) e ad assumerlo come sintesi generale in un giudizio o in una valutazione;
 - b2) la "prevalenza del negativo": nella neuro-psicologia della percezione un argomento o un fatto processati come negativi, e perciò perturbanti, sono molto più incisivi e determinanti dei corrispondenti argomenti o fatti processati come positivi. Di qui la incomprendenza circa la presenza di comportamenti e decisioni apparentemente irrazionali o non-logici;
 - b3) il "primato della mente pigra": in riferimento alla nota distinzione di Kahneman tra "Sistema 1" (deposito dei comportamenti automatici di sopravvivenza) e "Sistema 2" (la sede dello sforzo cognitivo che consuma glucosio), il mediatore dovrebbe sapere che il destinatario predilige argomenti semplificati e false causalità, mentre si dimostra avverso rispetto al primato delle analisi tecnicistiche e in generale ai ragionamenti complessi;

⁴⁰ Per un esempio di applicazione del *soft law* (e degli approcci in tema di diritto quantistico e del principio di indeterminazione) in ambito giuslavoristico e costituzionale mi permetto di rinviare a A. CONTU, *Lex Mercurialis e diritto quantistico. Tutela costituzionale di salute e ambiente, rischio patologie mercurio-correlate e responsabilità odontoiatrica nella nuova sicurezza sul lavoro*, ed. provv. Aimot, Cagliari 2019.

⁴¹ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁴² Per un approccio di sintesi cfr., *ex pluris*, D. KAHNEMAN, *Thinking Fast and Slow*, FSG, New York, 2011, e R. THALER, *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, Norton & Company, New York 2015.

A. Contu

- b4) la “difficoltà nella focalizzazione”: il Sistema 2 presuppone un uso limitato dello sforzo cognitivo, e di conseguenza il destinatario è orientato a preferire la comunicazione-spot e aforistica, tanto più in presenza di punti schematici in funzione ordinatoria;
 - b5) la “avversione alla perdita”: la mente pigra preferisce non perdere anziché guadagnare anche in dispregio di evidenze razionali.
- c) Metaforologia giuridica: il giurista ha a che fare con complessi apparati metaforici di cui ignora i livelli di senso⁴³. Maturare la consapevolezza circa il potere pervasivo e persuasivo delle metafore, e in particolare di quelle *costitutive*⁴⁴, è di grande utilità per il giurista e per il mediatore proprio perché si tratta di strumenti fondamentali per una più efficace comunicazione persuasiva.

6. *Conclusioni aperte.* – Il tema della comunicazione nella formazione non può essere impostato secondo gli schemi classici della codificazione rigida e invariante. La natura stessa delle scienze della formazione e della comunicazione suggerisce la necessità di approdare a una più flessibile visione epistemologica. Ciò comporta, anzitutto, un ripensamento intorno alla specifica formazione nella mediazione orientata all’uso consapevole delle scienze della comunicazione.

Indubbiamente, va sottolineato che la stessa definizione di cui al più volte citato art. 18, comma 2, del D.M. 145/2011, nel riferirsi esplicitamente alle “tecniche di interazione comunicativa”, sembra propendere verso un modello formativo che, anche sotto questo aspetto, privilegia le forme codificabili e ripetibili, vale a

⁴³ Testi esemplari in tale direzione sono soprattutto P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986, e F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010. Per alcuni particolari esempi di metaforica costituzionalistica cfr. A. CONTU, *Il modello giuridico del federalismo*, in AA.VV., *L’Europa delle diversità. Identità e culture alle soglie del terzo millennio*, a cura di M. Pinna, Angeli, Milano, 1993, pp. 35-58.

⁴⁴ F. RIGOTTI, *Metafore della politica*, Il Mulino, Bologna, 1989.

dire sembra propendere verso la costruzione di una sorta di *check list* invariante, almeno in linea di principio. Tuttavia, a ricostruire per via ermeneutica le scarse disposizioni in tema di comunicazione nella mediazione soccorre il riferimento alla *ratio* della mediazione, al contrario assai orientata, *ratione materiae*, verso buone prassi legate al riconoscimento del valore fondante degli stati emozionali nella comunicazione e nella gestione del processo di mediazione.

L'ostacolo alla introduzione di elementi complessi di scienza della comunicazione nei progetti formativi specificamente orientati alla mediazione non deriva dalle peraltro poco perspicue formulazioni ministeriali, quanto dalla ipotetica legittimazione di orientamenti formativi che ancora riproducono e alimentano arcaicamente la dicotomia teoria/pratica, e da una impostazione aporetica e incoerente che considera le pubblicazioni in tema di comunicazione come non appartenenti al complesso dei titoli che i formatori "teorici" potrebbero presentare per esercitare un ruolo attivo nella formazione.

I lineamenti di un progetto volto a inserire la scienza della comunicazione nella formazione per i mediatori e per gli stessi formatori vanno considerati nient'altro che spunti di riflessione che possono certamente essere integrati e precisati. E nulla vieta che, almeno per alcuni elementi costitutivi dell'agire comunicativo, si possa pensare a una sia pure parziale e non dogmatica codificabilità. Naturalmente, la comunicazione nella formazione dei mediatori e dei formatori non può essere praticata con arbitrio solo perché non vi sono al riguardo indicazioni normative. Molte buone prassi ricavabili dalle esperienze di formazione aziendale possono recare un contributo di notevole rilievo e hanno alle spalle una importante letteratura internazionale. In questo senso, resta sullo sfondo l'esigenza di disporre di adeguate linee guida in tema di formazione nella mediazione⁴⁵, con particolare riferimento all'introduzione degli strumenti di scienza della comunicazione impliciti nella più volte citata disposizione di cui all'art. 18, comma 2, del D.M. 145/2011. Ma anche in mancanza di un nuovo orientamento normativo in

⁴⁵ È la tesi già proposta in A. CONTU, "Tecniche di interazione comunicativa", cit., § 4.

tal senso, esistono già ora tutti gli strumenti per una formazione ragionevole e aderente alla *ratio* della mediazione.

Ben altri approfondimenti meriterebbe invece l'analisi dei lineamenti di una progettazione formativa orientata alla comunicazione nella mediazione. E sarebbe non a caso importante chiarire sin d'ora che una adeguata formazione sul tema non dovrebbe attardarsi nell'analisi dei fondamenti epistemologici dei vari orientamenti legati alla scienza della comunicazione, ma dovrebbe concentrarsi sulla strutturazione delle simulazioni e sull'esercizio d'aula⁴⁶. E ciò non solo perché la formazione del mediatore dovrebbe integrare la dimensione civilistica con la dimensione pratica e operativa della mediazione, ma soprattutto perché le "tecniche di interazione comunicativa", così come qui ricostruite, implicano l'adozione di approcci totalmente pratici indispensabili per fornire ai mediatori strumenti efficaci nella gestione delle buone prassi nella mediazione.

Il problema fondamentale resta la definizione della cultura del mediatore (e ovviamente del formatore). Assodato che le ore minime di formazione e di aggiornamento di cui alle disposizioni ministeriali non appaiono sufficienti a formare mediatori europei, resta il fatto che siamo ancora in una fase pionieristica della formazione nella mediazione, e che perciò c'è ancora ampio spazio per ragionevoli sperimentazioni formative. Nella cultura del mediatore devono convivere sia le competenze civilistiche sociologico-giuridiche, unite alla conoscenza della filosofia giuridica degli ordinamenti entro cui occorre agire, sia le abilità comunicative orientate alla gestione dei conflitti, alla negoziazione, alla comunicazione empatica e assertiva che riconosce un ruolo centrale alle emozioni e alle ragioni extra-giuridiche che troppo spesso determinano la scelta del conflitto giurisdizionale.

Un progetto formativo realmente rispettoso della *ratio* della mediazione e della sua configurazione come strumento di coesione deve provare a cimentarsi con strumenti e approcci privi

⁴⁶ Per un primo orientamento metodologico in questa direzione cfr. A. CONTU, *Mediazione e comunicazione. Linee metodologiche per un progetto formativo*, in corso di avanzata elaborazione, e basato in particolare sull'attività del laboratorio formativo citato nel testo e promosso dal prof. Carlo Pilia.

della geometrica strutturazione delle categorie civilistiche. E la sfida delle scienze della comunicazione rappresenta una produttiva provocazione per la cultura giuridica in generale, e per la cultura dei mediatori in particolare, e sottende, dietro il cambio di paradigma rispetto al codice processualistico, una diversa e più rispettosa visione delle relazioni personali mirante a fondare un nuovo ammortizzatore in grado di gestire assertivamente il conflitto sociale.

Finito di comporre nel mese di febbraio 2019
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari