



LA NUOVA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN SPAGNA: PROFILI COMPARATIVI

CLAUDIA TROISI

Sommario: 1. La *Ley* 5/2012. – 2. Esposizione dei motivi. – 3. Disposizioni generali. – 4. Principi informativi della mediazione. – 5. Statuto del mediatore. – 6. Procedimento di mediazione. – 7. Esecuzione degli accordi. – 8. Comparazione con la disciplina italiana.

1. Con il *Real Decreto-ley* 5/2012 del 5 marzo sulla mediazione civile e commerciale, trasformato in legge con la *Ley* 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹, anche la Spagna ha dato finalmente attuazione alla Direttiva 52/2008/CE sulla mediazione. La Spagna era tra quei pochissimi paesi che all'inizio del 2012 non avevano ancora notificato alla Commissione le misure prese in attuazione della direttiva incorrendo in tal modo nella procedura d'infrazione prevista al fine di indurre lo Stato membro a mettersi volontariamente in regola con il diritto dell'Unione².

Sebbene lo strumento della mediazione fosse già presente nel Paese da circa un decennio, questo non si è sviluppato in modo rapido e omogeneo. Esistono infatti varie leggi sulla mediazione, prevalentemente in materia familiare, emanate dalle singole Comunità Autonome, che differiscono non poco l'una dall'altra. Finora era, dunque, quasi completamente assente una legislazione in materia civile e commerciale, eccezione fatta per la Catalogna. Prima del *Real Decreto-ley* 5/2012 la mediazione non era, pertanto, disciplinata espressamente dalla legislazione civile di carattere generale, ma le parti potevano comunque farvi ricorso richiedendo la sospensione del procedimento (articolo 19 del codice di procedura civile).

L'ambito applicativo contemplato dal codice di procedura civile limitava l'istituto soltanto alle cause matrimoniali conferendo alle parti la facoltà di chiedere al

¹ Boletín Oficial Del Estado, Núm. 162 Sábado 7 de julio de 2012 Sec. I. Pág. 49224.

² VICENTE MAGRO SERVET, *La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 7852, 2012.



giudice di sospendere il procedimento per sottoporsi a mediazione (articolo 770, comma 7, del codice di procedura civile), nonché di avviare il procedimento di comune accordo a mediazione conclusa³.

In un sistema giuridico così disorganico, in cui anche la definizione stessa di mediazione è differente da legge a legge, il salto di qualità operato dalla *Ley 5/2012* è stato non solo quello di regolamentare interamente la materia della mediazione civile e commerciale, ma anche di dare finalmente una definizione che non riguardasse solo ed esclusivamente la materia familiare.

2. La *Ley 5/2012* segue una tecnica redazionale basata sulla presenza di un'ampia parte iniziale (*Preámbulo*) di premessa ed esposizione dei motivi che hanno indotto alla redazione del decreto prima e della legge poi, nonché di esposizione della struttura del vero e proprio testo normativo suddiviso in cinque titoli.

Partendo dal presupposto che dagli anni settanta del secolo scorso sono stati elaborati nuovi sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti, tra questi si evidenzia la mediazione, che sta ricoprendo un'importanza crescente come strumento complementare per l'amministrazione della giustizia nella prospettiva della "degiuridicizzazione" dei conflitti.

Tra i vantaggi della mediazione si sottolinea la sua capacità di dare soluzioni pratiche, effettive e redditizie ai conflitti insorti tra le parti e inoltre si configura come una alternativa al processo capace di garantire il mantenimento delle relazioni sottostanti, di preservare il controllo delle parti sulla conclusione della controversia e di agire da coadiuvante per la diminuzione del carico di lavoro dei tribunali, che vedrebbero ridurre il loro intervento ai casi in cui le parti non riescano a mettere fine, con un accordo, alla situazione oggetto di controversia.

Il modello di mediazione contenuto nella disciplina spagnola si basa sulla volontarietà⁴, sulla libera determinazione delle parti, sulla flessibilità e sul rispetto dell'autonomia privata. Il regime contenuto nella *Ley 5/2012* si basa sull'intervento facilitatore di un mediatore e sulla valorizzazione della volontà delle parti, la quale si

³ MANUEL LÓPEZ JARA, *Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 7857, 2012.

⁴ ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.



esprime nell'accordo che pone fine al conflitto, il quale potrà avere valore di titolo esecutivo, attraverso la sua elevazione a scrittura pubblica.

Si precisa che questa norma non pretende di racchiudere tutta la varietà e ricchezza della mediazione, ma vuole solo fissare le sue basi e favorirne la diffusione rispetto alla risoluzione giudiziale del conflitto.

La figura del mediatore rappresenta l'aspetto peculiare del modello, il facilitatore che aiuta a raggiungere una soluzione dialogica e volontariamente concordata tra le parti. L'attività di mediazione si dispiega in vari ambiti professionali e sociali, richiedendo abilità che, in molti casi, dipendono dalla natura stessa del conflitto. Il mediatore deve avere, ai sensi della nuova disciplina, una formazione generale che gli permetta di svolgere il suo compito e soprattutto di offrire garanzie inequivoche alle parti riguardo alla responsabilità civile nella quale potrebbero incorrere.

3. Nel titolo I, sotto la rubrica "le disposizioni generali" si disciplina l'ambito applicativo della norma, la sua applicazione ai conflitti transfrontalieri, gli effetti della mediazione sui tempi di prescrizione e decadenza, nonché l'istituzione del mediatore.

L'art. 1 esordisce con la definizione di mediazione: «*Per mediazione si intende quel rimedio di risoluzione delle controversie, qualunque sia la sua denominazione, in cui due o più parti vogliono volontariamente raggiungere un accordo tra loro con l'intervento di un mediatore*».

Prosegue all'art. 2 con la definizione dell'ambito operativo escludendo dall'applicazione della legge la mediazione penale, la mediazione con le amministrazioni pubbliche, la mediazione in materia di lavoro e la mediazione in materia di consumo.

La disciplina spagnola (a differenza di quella italiana che nulla dispone in materia), coerentemente con ciò che richiede l'Europa, mostra una natura realmente internazionale regolando le controversie transfrontaliere⁵ e consentendo a una parte straniera di poter avviare una procedura di mediazione in Spagna, se le rispettive leggi nazionali lo consentono.

L'inizio della mediazione, *ex art. 4*, sospende i termini di prescrizione e decadenza delle azioni, e a tal fine la mediazione si considera iniziata con la

⁵ «Un conflitto si definisce transfrontaliero quando almeno una delle parti sia domiciliata o risieda abitualmente in uno stato diverso da quello in cui qualcuna delle altre parti interessata al conflitto sia domiciliata, quando si accordano per fare uso della mediazione o quando sia obbligatorio fare uso della stessa in ragione della legge che deve essere applicata» (art. 3).



presentazione della domanda di una delle parti o con il deposito della stesse se antecedente.

Se entro 15 giorni dalla ricezione della domanda di mediazione non viene firmato il verbale preparatorio della sessione costitutiva della procedura il termine di prescrizione ricomincia a decorrere.

La sospensione dura fino alla firma dell'accordo di mediazione o, in mancanza, dell'atto finale, o quando vi è cessazione della mediazione da parte per uno dei motivi previsti nella legge.

L'art. 5 definisce e disciplina le Istituzioni di mediazione (l'equivalente dei nostri Organismi di mediazione) prevedendo che sono da considerarsi tali gli enti pubblici o privati, spagnoli o stranieri, e le corporazioni di diritto pubblico tra i cui scopi ci sia la promozione della mediazione.

Le Istituzioni di mediazione devono, inoltre, garantire la trasparenza nella scelta dei mediatori e devono dare pubblicità ai mediatori che operano nel loro ambito informando almeno sulla loro formazione, specializzazione e esperienza.

A controllare l'operato dei singoli mediatori e delle Istituzioni di mediazione sarà l'amministrazione pubblica, che opererà come supervisore ultimo dei servizi di mediazione resi dalle organizzazioni e dai mediatori, garantendo il rispetto dei principi della mediazione stabiliti dalla legge.

4. Il titolo II enumera i principi informativi della mediazione⁶, ovvero: il principio di volontarietà e libera disposizione, quello di imparzialità, quello di neutralità e quello di confidenzialità. A questi principi si aggiungono le regole o direttrici che devono guidare la partecipazione delle parti alla mediazione, come la buona fede e il rispetto reciproco, così come anche il dovere di collaborazione e appoggio al mediatore, mantenendo il rispetto per la sua attività.

Si precisa, peraltro, che durante il tempo in cui si svolgerà la mediazione le parti non potranno anteporre ad essa nessuna azione giudiziale o extragiudiziale in relazione allo stesso oggetto, fatta eccezione per l'applicazione di misure cautelari o altra misura urgente, necessarie per prevenire la perdita irreversibile di beni e diritti.

Le parti possono iniziare una mediazione o volontariamente o per effetto di una clausola inserita in un contratto (la clausola avrà questi effetti anche quando la

⁶ ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.



controversia versi sulla validità o esistenza del contratto stesso). Per quanto riguarda la durata, la legge non contempla nessun limite di tempo alla mediazione, incoraggiando così le parti ad utilizzare il proprio tempo in modo produttivo.

Nel procedimento di mediazione, rispetto al principio di imparzialità citato, si garantirà che le parti intervengono con piena parità di opportunità, mantenendo l'equilibrio tra le loro posizioni e il rispetto dei punti di vista da loro espressi, senza che il mediatore possa operare in pregiudizio o nell'interesse di alcuna di esse.

L'art. 9 disciplina il principio di confidenzialità stabilendo che il procedimento di mediazione e la documentazione utilizzata nello stesso sia appunto confidenziale; tale obbligo si estende al mediatore e alle parti in modo che esse non possano rivelare le informazioni che abbiano potuto ottenere dal procedimento. Viene precluso che i mediatori e le parti siano obbligate a testimoniare o a fornire documentazioni nel processo riguardanti informazioni derivate dal procedimento di mediazione. La violazione del dovere di confidenzialità genera responsabilità nei termini previsti dall'ordinamento giuridico.

Eccezione a tale regola è prevista nelle ipotesi in cui le parti in maniera espressa e per iscritto dispensino dal dovere di riservatezza, oppure qualora, mediante risoluzione giudiziale motivata, sia richiesto dai giudici dell'ordinamento giuridico penale.

5. Il titolo III contiene lo statuto minimo del mediatore con l'indicazione dei requisiti che deve avere e dei principi fondamentali per la loro attività⁷.

In particolare possono essere mediatori le persone che siano nel pieno esercizio dei loro diritti civili, sempre che non lo impedisca la legislazione alla quale possono essere soggetti per l'esercizio della loro professione.

Il mediatore deve essere in possesso del diploma universitario o di formazione professionale superiore e avere una formazione specifica per la pratica della mediazione, da acquisire seguendo uno o più corsi specifici tenuti da enti accreditati, che sarà valida per l'esercizio delle attività di mediazione in tutto il paese. Il mediatore dovrà sottoscrivere un'assicurazione o una garanzia equivalente che copra la responsabilità civile derivata dalla sua attività nella gestione delle controversie nelle quali interviene (art. 11).

⁷ ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.



Il ministro della giustizia e le amministrazioni pubbliche competenti, in collaborazione con le istituzioni di mediazione, hanno il compito di favorire l'adeguata formazione iniziale e continua dei mediatori, l'elaborazione di codici di condotta volontari, così come l'adesione di tali associazioni di mediazione a detti codici (art. 12).

Per ciò che riguarda la determinazione dei compiti del mediatore la legge individua 5 punti fondamentali: 1. Il mediatore dovrà facilitare la comunicazione tra le parti e preoccuparsi perché esse dispongano delle informazioni e delle consulenze sufficienti. 2. Il mediatore svilupperà una condotta attiva volta a favorire l'avvicinamento delle parti, nel rispetto dei principi raccolti in questo decreto. 3. Il mediatore potrà rinunciare a sviluppare la mediazione, con l'obbligo di consegnare alle parti un atto che contenga le ragioni del scelta. 4. Il mediatore non potrà iniziare o dovrà abbandonare la mediazione quando concorrano circostanze che riguardino la sua imparzialità. 5. Prima di iniziare o continuare il suo compito, il mediatore dovrà rivelare qualunque circostanza che possa riguardare la sua imparzialità o generare un conflitto di interessi (art. 13).

Tali circostanze sono rappresentate da tutti i tipi di relazioni personali, contrattuali, o commerciali con una delle parti, qualunque interesse diretto o indiretto nel risultato della mediazione, dalla circostanza che il mediatore o un membro della sua impresa o organizzazione abbiano agito anteriormente a favore di una o varie parti in qualunque circostanza, con eccezione della mediazione (art. 13).

Il questi casi il mediatore potrà accettare o continuare a svolgere la mediazione solo quando assicuri di poter agire con totale imparzialità e sempre che le parti lo consentano e lo abbiano dichiarato espressamente. Il dovere di rivelare queste informazioni persiste per tutto il corso del procedimento di mediazione (art. 13).

La disciplina della responsabilità dei mediatori e delle istituzioni di mediazione prevede che l'accettazione allo svolgimento della mediazione obbliga i mediatori a svolgere fedelmente l'incarico, incorrendo, nel caso in cui non lo facciano, nella responsabilità per i danni e per i pregiudizi che potranno causare per mala fede, temerarietà o dolo. Il danneggiato avrà azione diretta contro il mediatore e, nel caso, anche nei confronti delle istituzioni di mediazione che dovranno corrispondere, indipendentemente dalle loro azioni, i rimborsi richiesti ad esse per l'opera dei mediatori (art. 14). La responsabilità delle Istituzioni di mediazione deriva dalla nomina del mediatore o dalla violazione degli obblighi per gli stessi previsti.

Il costo della mediazione, che si concluda o no con un accordo, si dividerà in modo uguale tra le parti, salvo patto contrario. Tanto i mediatori quanto le istituzioni



di mediazione potranno esigere dalle parti la corresponsione di un fondo che si ritiene necessario per affrontare i costi della mediazione. Se le parti o alcune di esse non realizzeranno nel termine la corresponsione del fondo richiesto, il mediatore o la istituzione potranno dichiarare conclusa la mediazione. Tuttavia se alcune delle parti non aveva realizzato la sua prestazione, il mediatore o l'istituzione prima di accordare la conclusione, lo dovranno comunicare a quelle stesse parti, per far sì che se hanno interesse a effettuarla possano farlo entro un termine che verrà fissato (art. 15).

6. Il titolo IV regola il procedimento di mediazione⁸. È un procedimento snello e flessibile che consente che siano i soggetti implicati nella mediazione quelli chiamati a determinare le sue fasi fondamentali. La norma si limita a stabilire i requisiti imprescindibili per la validità dell'accordo che le parti possono raggiungere, sempre sotto la premessa che raggiungere un accordo non è obbligatorio, e inoltre, a volte, come insegna l'esperienza applicativa di questo strumento, non è strano che la mediazione possa semplicemente migliorare le relazioni, senza intenzione di raggiungere un accordo di contenuto concreto.

Il procedimento di mediazione potrà iniziare di comune accordo tra le parti, nel qual caso la richiesta includerà la designazione del mediatore o della associazione che dovrà effettuare la mediazione, così come l'accordo riguardante il luogo in cui si svolgeranno le sessioni e la lingua o le lingue della procedura. La mediazione potrà avere, diversamente, impulso dall'iniziativa di una delle parti in accordo con un patto di assoggettamento alla mediazione esistente tra loro.

La richiesta, in tal caso, dovrà essere formulata davanti alle Istituzioni di mediazione al mediatore proposto da una delle parti all'altra o designato da loro (art. 16).

Se in modo volontario si inizia la mediazione quando è in corso un processo, le parti di comune accordo potranno richiedere la sua sospensione in conformità con il disposto della legge processuale (art. 16).

Ricevuta la richiesta e salvo patto contrario delle parti, il mediatore e le Istituzioni di mediazione convocheranno le parti per lo svolgimento della sessione informativa. In caso di assenza ingiustificata di qualcuna delle parti alla sessione informativa essa si interpreterà come rifiuto di aderire alla mediazione. Le

⁸ ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, *La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7828, 2012.



informazioni di quella parte o parti che non abbiano partecipato alla sessione informativa non saranno ritenute confidenziali (art. 17).

In questo incontro il mediatore informerà le parti delle possibili cause che possano riguardare la sua imparzialità, della sua professione, formazione ed esperienza. Così come anche delle caratteristiche della mediazione, dei costi, dell'organizzazione del procedimento, delle conseguenze giuridiche dell'accordo che si potrà realizzare, nonché del termine per firmare l'atto della sessione costitutiva (art. 17).

La mediazione potrà essere svolta da uno o più mediatori; difatti è previsto all'art. 18 che qualora per la complessità della materia o per la convenienza delle parti si necessita la partecipazione di vari mediatori nello stesso processo, questi lavoreranno in forma coordinata.

Il procedimento di mediazione vero e proprio inizia mediante una sessione costitutiva in cui le parti esprimono il loro desiderio di sviluppare la mediazione e in cui devono sussistere l'identificazione delle parti, la designazione del mediatore e, nel caso, la istituzione di mediazione o la accettazione del designato da una delle parti, l'oggetto del conflitto che si sottopone al procedimento di mediazione, il programma di attuazione e la durata massima prevista per lo sviluppo del procedimento⁹ senza pregiudizio per la sua possibile modificazione (art. 19, lett. *a, b, c, d*).

Devono, inoltre, dar conto delle informazioni sul costo della mediazione o le basi per la sua determinazione, con indicazione separata degli onorari del mediatore e di altri possibili costi, la declaratoria di accettazione volontaria per le parti della mediazione e la supposizione delle obbligazioni da essa derivanti, nonché il luogo di svolgimento e la lingua del procedimento (art. 19, lett. *e, f*).

Della sessione costitutiva si redigerà un atto dove verranno riportati questi aspetti, il quale dovrà essere firmato tanto dalle parti quanto dal mediatore o mediatori. In caso contrario questo atto dichiarerà che la mediazione è stata intentata senza produrre effetti (art. 19, comma 2).

Nello sviluppo del procedimento è previsto che il mediatore convochi le parti per ogni sessione con il preavviso necessario, diriga la sessione e faciliti l'esposizione delle loro posizioni e la loro comunicazione in modo uguale e equilibrato. La comunicazione tra il mediatore e le persone in conflitto potrà essere o meno simultanea.

⁹ *Ex* art. 20, la durata del procedimento di mediazione sarà la più breve possibile e il procedimento si concentrerà nel numero minimo di sessioni possibile.



Il mediatore comunicherà a tutte le parti lo svolgimento delle riunioni che avranno luogo separatamente con alcune di esse, senza pregiudizio per la confidenzialità.

Il mediatore non potrà né comunicare né distribuire le informazioni o documentazioni che le parti gli abbiano riportato, salvo autorizzazione espressa di esse (art. 21).

Il procedimento di mediazione si può concludere con o senza accordo, o perché tutte o alcune delle parti esercitino il loro diritto di concludere il procedimento, comunicandolo al mediatore, o perché sia trascorso il termine massimo accordato alle parti per la durata del procedimento, così come qualora il mediatore valuti in maniera giustificata che le posizioni delle parti non siano conciliabili o ci sia un'altra causa che determini la sua conclusione.

Con la fine del procedimento si restituiranno a ciascuna parte i documenti che aveva prodotto. Con i documenti che non si devono restituire alle parti si formerà un fascicolo che dovrà essere conservato e custodito dal mediatore o, nel caso, dalle istituzioni di mediazione, una volta terminato il procedimento, per un tempo di quattro mesi (art. 22).

La rinuncia del mediatore a continuare il procedimento e il rigetto del mediatore operato dalle parti produrrà la conclusione del procedimento solo quando non si proceda a nominare un nuovo mediatore.

L'atto finale produrrà la conclusione del procedimento e, nel caso, riporterà gli accordi raggiunti in forma chiara e comprensibile. L'atto dovrà essere firmato da tutte le parti e dal mediatore o mediatori e si consegnerà un esemplare originale a ciascuna di esse (art. 22). Nel caso in cui una delle parti non firmasse l'atto finale, il mediatore deve indicare tale circostanza nell'atto stesso, consegnando una copia alle parti che lo vogliono.

L'accordo di mediazione può raggiungersi su una parte o su tutta la materia sottoposta a mediazione e dovrà contenere le generalità delle parti, il loro domicilio, il luogo e la data nel quale è stato sottoscritto, le obbligazioni che ciascuna delle parti dovrà assumere, nonché va precisato che si è svolto un procedimento di mediazione basato sulle prescrizioni del decreto, con l'indicazione del mediatore o dei mediatori che vi hanno partecipato e della istituzione di mediazione che ha svolto il procedimento (art. 23).

L'accordo dovrà essere firmato dalle parti e dal rispettivo rappresentante. A ciascuna parte verrà consegnata una copia dell'accordo mentre una copia resterà al mediatore (art. 23).



Il mediatore ha il compito di informare le parti del carattere vincolante dell'accordo raggiunto nonché della possibilità di convertirlo in scrittura pubblica al fine di configurare il loro accordo come titolo esecutivo (art. 23).

Contro l'accordo di mediazione può essere esercitata solo l'azione di annullamento sulla base delle cause di invalidità dei contratti.

7. Infine, il titolo V disciplina il procedimento di esecuzione degli accordi, rifacendosi alle previsioni che già esistono nel diritto spagnolo e senza stabilire differenze con il regime di esecuzione degli accordi transfrontalieri il cui compimento si dovrà realizzare in un altro Stato, e per i quali si richiederà l'elevazione a scrittura pubblica come condizione necessaria per considerarsi titolo esecutivo¹⁰.

Nello specifico le parti potranno elevare a scrittura pubblica l'accordo raggiunto con un procedimento di mediazione tramite la presentazione davanti a un notaio accompagnato da copia degli atti della sessione costitutiva e finale del procedimento senza richiedere la presenza del mediatore (art. 25).

Per realizzare l'elevazione a scrittura pubblica dell'accordo di mediazione il notaio dovrà verificare la presenza dei requisiti richiesti dal decreto e la non contrarietà del suo contenuto al diritto.

Quando l'accordo è stato raggiunto con una mediazione iniziata dopo l'inizio di un processo le parti potranno sollecitare il giudice a concedere l'omologazione dell'accordo, in conformità della legge di procedura civile (art. 25).

Per quanto riguarda la competenza per l'esecuzione degli accordi di mediazione risultati da una mediazione iniziata quando era in corso un processo la stessa spetterà al Tribunale che ha omologato l'accordo (art. 26).

Nel caso di un accordo formalizzato seguendo una procedura di mediazione sarà competente il giudice di prima istanza del luogo nel quale era stato firmato l'accordo di mediazione (*ex art 545, comma 2, del codice di procedura civile*).

In relazione all'esecuzione degli accordi di mediazione transfrontaliera il decreto stabilisce che senza pregiudizio di quanto disposto dalla normativa dell'unione europea e delle convenzioni internazionali vigenti in Spagna, un accordo di mediazione che abbia acquisito forza esecutiva in un altro Stato potrà essere esecutivo in Spagna solo quando tale forza esecutiva derivi dall'intervento di una

¹⁰ MANUEL LÓPEZ JARA, *Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Diario La Ley*, n. 7857, 2012.



autorità competente che svolga funzioni equivalenti a quelle esercitate dalle autorità spagnole.

Un accordo di mediazione che non abbia potuto essere dichiarato esecutivo da una autorità straniera, potrà essere reso esecutivo in Spagna solo previa elevazione a scrittura pubblica da parte di un notaio spagnolo a richiesta delle parti o di una di esse, con il consenso espresso delle altre.

Il documento straniero non potrà essere reso esecutivo quando risulta manifestamente contrario all'ordine pubblico spagnolo.

8. I principali punti in comune con il d.lgs. 28/2010, che disciplina la mediazione civile e commerciale in Italia, sono sostanzialmente quelli che ricalcano le disposizioni della Direttiva, prima tra tutti, la riservatezza, carattere imprescindibile per la buona riuscita della mediazione e, a seguire, l'imparzialità del mediatore, la possibilità di ottenere il titolo esecutivo (sia pur attraverso differenti modalità) e la necessaria disponibilità dei diritti oggetto di mediazione.

Le differenze non passano però inosservate, poiché toccano aspetti che contribuiscono sensibilmente a delineare la veste della mediazione in ciascuno Stato.

Mentre in Italia è prevista l'obbligatorietà¹¹ del tentativo in determinate materie a pena di improcedibilità, nella legge spagnola non vi è una simile previsione dove la volontarietà del procedimento è preservata, con l'eccezione dei casi di obbligatorietà già previsti dalla legge processuale civile o dall'obbligatorietà prodotta *ex contractu* dalla volontà stessa delle parti che abbiano inserito nel contratto una clausola di mediazione (l'equivalente della mediazione concordata, prevista *ex art. 5, comma 5, del d.lgs. 28/2010*).

Anche i criteri di determinazione dei costi di mediazione sono differenti poiché in Italia è stata introdotta una disciplina molto precisa di natura proporzionale (art. 16 DM 180/2010), mentre quella spagnola è alquanto generica e lasciata alla discrezionalità delle Istituzioni di mediazione, salvo novità di rilievo da attendersi con gli auspicati regolamenti attuativi.

La nuova normativa spagnola si differenzia dalla mediazione italiana anche per la struttura del procedimento.

Difatti, riguardo al procedimento, questo si articola in una doppia fase. La prima consiste in un incontro (filtro) informativo tra le parti e il mediatore, in cui è

¹¹ Sul tema vedi *amplius* G. Autorino, D. Noviello, C. Troisi, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Maggioli, 2011, p. 119 ss.



precisata la natura della mediazione e i doveri incombenti sul mediatore (terzietà, caratteristiche della procedura, costi, effetti dell'accordo ecc...) come previsto anche nella normativa italiana.

Terminato il primo incontro, se le parti aderiscono al procedimento, la mediazione entra nel vivo e si svolge come da calendario degli incontri stabilito tra le stesse.

Al mediatore sono sostanzialmente riservate le medesime attività prevista nell'ordinamento italiano, tra cui anche gli incontri separati (il cosiddetto *caucus*).

Raggiunto l'accordo di massima, al di fuori dell'organismo le parti devono successivamente mettere a punto il contenuto dello stesso, ed entro i dieci giorni seguenti presentarlo al mediatore.

Trattasi di una vera e propria fase che si svolge al di fuori dell'organismo.

Infine, l'accordo per acquisire efficacia dovrà essere comunque rogato con l'intervento del notaio. Il legislatore spagnolo, infatti, a differenza di quello italiano, delega ai notai e non al giudice, almeno quando non vi è già un procedimento giudiziale pendente, il controllo sulla legalità dell'accordo.

Altro punto divergente tra le due normative è quello della proposta: la legge italiana prevede che il mediatore possa fare la proposta qualora non venga raggiunto l'accordo e che debba farlo quando sono le parti a chiederglielo, mentre nel testo spagnolo non c'è alcun riferimento alla proposta del mediatore.

A fronte dell'analisi di questi aspetti si può asserire che la mediazione spagnola conserva le caratteristiche della forma classica, dove il tentativo è volontario e il mediatore ricopre solo un ruolo coadiuvante e non invasivo nelle scelte delle parti.

La normativa italiana prevede, al contrario di quella spagnola, una serie di sanzioni (art. 8, 13) e di incentivi (art. 17, 20) volti a favorire e stimolare l'utilizzo della mediazione.

La legge spagnola prevede, inoltre, nella *Disposición adicional cuarta*, che le procedure di mediazione debbano garantire la pari opportunità per le persone con disabilità. A tal fine, devono essere conformi alle disposizioni del regio decreto 366/2007 del 16 marzo, che fissa le condizioni di accessibilità e non discriminazione delle persone con disabilità nelle loro relazioni con l'Amministrazione generale dello Stato. In particolare, essi devono garantire l'accessibilità degli ambienti, l'uso della lingua dei segni e mezzi di supporto per la comunicazione orale, Braille, comunicazione tattile o qualsiasi altro mezzo o sistema che permette alle persone con disabilità di partecipare a pieno titolo processo.



A differenza di alcune leggi regionali in materia di mediazione familiare, il decreto non stabilisce le categorie professionali che possono accedere ai percorsi formativi per diventare mediatori, ma solo genericamente si dispone la necessità del diploma universitario ufficiale o di formazione professionale superiore e di una formazione specifica per la pratica della mediazione.

A riprova, in ogni caso, dell'interesse e dell'attenzione verso lo strumento della mediazione esistente in Spagna va notato che una delle principali priorità del Piano Strategico per l'ammodernamento della Giustizia 2009-2012 presentato dal Ministero della giustizia spagnolo consiste proprio nello sviluppo e ed attuazione di nuovi meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (conciliazione, mediazione ed arbitrato).

Nonostante le innovazioni introdotte e l'importanza già in precedenza evidenziata, la legge spagnola si presenta in parte lacunosa, specialmente in riferimento alle caratteristiche delle Istituzioni di mediazione, ai costi della mediazione e ai criteri di formazione dei mediatori, di cui dà indicazioni di massima (è necessario un corso di formazione specifico e una certificazione), rinviando all'approvazione di uno strumento legislativo successivo la loro definizione.