

*A tutti coloro
la cui presenza
è stata fondamentale
nella mia vita.*

Presentazione

La mediazione familiare può essere considerata come uno strumento alternativo rispetto alla giustizia ordinaria, e viene definita nel 1981 da Heynes J.M., come un' "offerta di aiuto alla coppia, allo scopo di riequilibrare il potere contrattuale tra le parti, dove lo scambio è alla pari".

Si tratta di un processo di risoluzione delle dispute nato negli Stati Uniti negli anni '70 e poi diffusosi, alla luce del suo successo, anche in Europa. Viene promosso e valorizzato nelle convenzioni europee e internazionali. In Italia l'istituto in parola non conosce ancora alcuna disciplina specifica, ma viene richiamato dalla l. n. 54/2006 all'art. 155 *sexies* (attualmente art. 337 *octies*) nell'ambito dell'adozione dei provvedimenti riguardo ai figli, e dalla l. n. 154/2001, all'art. 342 *ter* relativamente alla tutela contro gli abusi familiari.

Il presente lavoro si occupa pertanto di approfondire, anche in ottica comparatistica, gli spazi e le funzioni della mediazione familiare, e in particolare di esaminare se come strumento di tutela in grado di favorire la riduzione della conflittualità nella fase della crisi della famiglia e di garantire effettività ai provvedimenti, sia auspicabile *de iure condendo*, oltre all'introduzione di una disciplina generale, una estensione degli ambiti di applicazione.

INDICE

Introduzione	I
---------------------------	----------

1. LA MEDIAZIONE FAMILIARE. ORIGINE E SVILUPPO.... 1

1.1. Definizione di Mediazione Familiare	1
1.2. Il rapporto con gli altri strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie.	5
1.2.1. Gli strumenti di <i>Alternative Dispute Resolution</i> (ADR).	5
1.2.2. Mediazione familiare e mediazione in ambito penale.	9
1.2.3. Mediazione civile e commerciale.	11
1.2.4. Altre tecniche conciliative in materia familiare.	14
1.3. Storia della mediazione familiare. Nascita e sviluppo.	18
1.3.1. La Mediazione familiare “approda” in Europa.	23
1.3.2. La “recezione” in Italia.	28
1.4. Mediazione familiare nelle fonti sovranazionali.	33

2. LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN ITALIA 39

2.1. Lo sviluppo delle famiglie in Italia.	39
2.1.1. Il panorama legislativo.	40
2.2. Verso il riconoscimento della mediazione familiare.	44
2.3. I primi interventi normativi in materia di mediazione familiare.	46
2.3.1. Legge n. 285/1997.	46
2.3.2. Legge 4 aprile 2001, n. 154: la mediazione familiare e la violenza domestica.	49
2.4. Progetti di riforma in materia.	53
2.5. Legge 8 febbraio 2006 n. 54, c.d. Legge sull’Affido condiviso.	57
2.5.1. La mediazione familiare alla luce della legge 54/2006.	58
2.5.2. I Presupposti per il ricorso alla mediazione.	61
2.5.3. Gli esiti della mediazione.	64
2.5.4. Problemi interpretativi.	68
2.6. Esperienze normative regionali.	78
2.6.1. Il singolare caso della Legge Regione Lazio n. 26 del 2008.	80

3. LA MEDIAZIONE FAMILIARE TRA TEORIA E PRASSI.. 89

3.1. Obiettivi, presupposti e luoghi.....	89
3.2. Principali modelli di mediazione familiare.	92
3.2.1. Mediazione Globale e Mediazione Parziale.	93
3.2.2. Mediazione negoziale.	95
3.2.3. Mediazione strutturata.	97
3.2.4. Mediazione Terapeutica.....	99
3.2.5. Mediazione Trasformativa.....	101
3.2.6. Mediazione Sistemica.	102
3.2.7. Modello di mediazione familiare basato sui bisogni evolutivi.	103
3.2.8. Mediazione Facilitativa.....	106
3.2.9. Mediazione Valutativa.....	107
3.2.10. La Co-mediazione.....	108
3.3. Processo di mediazione familiare.....	111
3.3.1. Valutazione dei casi mediabili e accordi di pre-mediazione.	112
3.3.2. In generale...sullo svolgimento della mediazione.....	113
3.3.3. Conclusione della mediazione.	115
3.4. Quando gli accordi non sono rispettati. Cenni all'art. 709 <i>ter</i>	117
3.5. Il ruolo dell'avvocato nella mediazione.	119
3.6. Il mediatore familiare. Formazione.	121
3.6.1. I requisiti.....	123
3.6.2. Responsabilità civile del mediatore familiare.....	126
3.7. Ruolo dei figli nella mediazione familiare.	128
3.7.1. Il figlio ed i loro "diritti". Cenni all'art 336-bis c.c.	130
3.8. Al di là degli interessi della prole.....	132
3.9. Mediazione familiare e famiglie di fatto.	135
3.10. I costi della mediazione familiare.	136
3.11. Applicazioni pratiche. Il Tribunale di Lamezia Terme.	137

4. LA MEDIAZIONE FAMILIARE NELLE ESPERIENZE

ESTERE. 142

4.1. Esperienze Europee.	142
-------------------------------	-----

4.1.1.	La mediazione familiare in Inghilterra.	143
4.1.2.	La mediazione familiare in Spagna.	149
4.1.3.	La mediazione familiare in Francia.	151
4.2.	Uno sguardo fuori dall'Europa. Il Giappone.	156

5. LA MEDIAZIONE FAMILIARE, UN PROGETTO IN VIA DI REALIZZAZIONE. 159

5.1.	I benefici della Mediazione Familiare.	159
5.1.1.	I vantaggi rispetto al processo giudiziario.	160
5.2.	Necessità di una disciplina in materia.	162

Conclusioni 164

Bibliografia 167

Introduzione

La presente trattazione si propone di analizzare, nel suo complesso, l'esperienza della mediazione familiare nell'ordinamento giuridico italiano.

La mediazione familiare, percorso “alternativo”, rispetto alla giustizia ordinaria, per la risoluzione delle controversie tra familiari e, in specie, tra coniugi, è nata negli Stati Uniti negli anni '70 e nonostante costituisca, ormai da anni, una prassi ed una realtà presente e disciplinata in numerosi paesi europei ed extraeuropei, non conosce tuttavia, ancora oggi, alcuna regolamentazione nell'ordinamento giuridico italiano, ma soltanto sporadiche menzioni a livello normativo (art. 337-*octies*, art. 342-*ter*). Sono proprio questi contrasti a stimolare l'interesse per l'argomento, a orientare il presente lavoro all'analisi dettagliata della mediazione familiare nelle altre esperienze e a verificare se e in quali ambiti questa possa essere funzionale al diritto della famiglia, anche nel nostro ordinamento. Nel silenzio del legislatore nazionale, a contribuire alla diffusione di questa esperienza sono essenzialmente gli “esperimenti” effettuati dalle Corti di merito di alcune aree geografiche e ampia parte della dottrina, sulla scia delle convenzioni internazionali e del diritto europeo, che individuano nella mediazione familiare uno strumento fondamentale per garantire ai minori l'effettività del diritto alla bi-genitorialità nella fase successiva alla crisi del rapporto di coppia.

L'analisi che segue, si muoverà proprio dallo studio delle problematiche sorte in dottrina ed in giurisprudenza, esaminando in particolare, in maniera dettagliata, quei pochi limitati richiami normativi, introdotti dalla legge n. 54/2006 e dalla legge 154/2001, e mettendo in luce le principali caratteristiche della mediazione, al fine di evidenziare quali siano i vantaggi e le potenzialità di tale istituto.

A tale scopo, la trattazione, suddivisa in cinque capitoli, mirerà in un primo momento, a far entrare il lettore nella realtà della mediazione familiare, attraverso lo studio delle origini, delle definizioni e della conformazione dell'istituto, nonché del suo recepimento a livello europeo, soffermandosi successivamente ad esaminare il panorama legislativo italiano, in un'analisi approfondita delle varie proposte di legge e dei richiami normativi nazionali ma anche regionali, che vi sono in materia. Il lavoro di tesi, prosegue con una disamina delle principali caratteristiche e dei principi che stanno alla base della mediazione familiare, da un punto di vista teorico, senza tralasciare le problematiche legate alla prassi applicativa dell'istituto. Passando attraverso lo studio degli spazi e delle funzioni della mediazione familiare, anche in ottica comparatistica, si pone infine il principale obiettivo di mettere in luce quali siano i benefici rispetto al processo giudiziario e di proporre, de iure condendo, una riforma che miri non solo all'introduzione di una disciplina generale della mediazione familiare, a discapito degli odierni richiami settoriali, ma anche all'estensione del suo ambito di applicazione.

CAPITOLO I

1. LA MEDIAZIONE FAMILIARE. ORIGINE E SVILUPPO.

1.1. Definizione di Mediazione Familiare

Il termine “mediazione” deriva dal tardo latino “*mediatio-onis*” che a sua volta trae origine dal verbo *mediare* e *medio*. Nel suo significato lessicale il verbo *mediare* vuol dire trattare, cercare di risolvere una lite, un conflitto, una contesa. L'aggettivo *medio* indica ciò che si trova al centro di un luogo o di uno spazio, in modo da risultare equidistante dai limiti perimetrali e da dividere il tutto in due parti uguali.

Nella sua accezione più generale la mediazione appare come strumento, rimedio o intervento che permette il trattamento di dissidi più o meno gravi tra due o più individui, gruppi, organizzazioni o Stati; tale parola si mostra pertanto particolarmente adatta ad indicare un processo mirato a far evolvere dinamicamente una situazione di conflitto, aprendo canali di comunicazione precedentemente bloccati.

Edward Kruk (1997) definisce la mediazione come un “processo collaborativo di risoluzione del conflitto”¹, in cui due o più parti in lite sono assistite da uno o più soggetti terzi imparziali, i mediatori, per comunicare l'una con l'altra e trovare una propria risoluzione, accettabile per entrambi, dei problemi in questione.²

Nell'ambito della mediazione familiare, il conflitto e il disordine da gestire riguardano l'evoluzione negativa del rapporto

¹ KRUK E. (a cura di), *Mediation and conflict resolution in social work and the human service*, Chicago, Nelson-Hall, 1997.

² PARKINSON L., *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Edizione italiana a cura di C.Marzotto, Erickson, Trento, 2003; (in Europa la mediazione familiare approda in Inghilterra proprio grazie al contributo di Lisa Parkinson, assistente sociale presso il Servizio per la tutela dell'infanzia del Tribunale di Bristol, che dal 1978 ha avviato il primo servizio di conciliazione familiare ‘privato’).

sorto con il matrimonio, o derivante da altri vincoli, di fatto o giuridicamente riconosciuti, che abbiano dato vita ad una relazione stabile.

Considerata la mancanza nel nostro ordinamento di una disciplina normativa della materia, non è agevole dare una definizione di “mediazione familiare”. Potremmo tuttavia intendere la mediazione in parola come un istituto extraprocessuale conciliativo, rivolto non tanto alla risoluzione del conflitto, quanto piuttosto alla gestione di esso, che si pone come alternativa al processo e al giudizio stessi.

Una delle definizioni storiche in materia è quella di Heynes J.M. (uno dei primi mediatori familiari), che nel 1981 descrive la mediazione come “offerta di aiuto alla coppia allo scopo di riequilibrare il potere contrattuale tra le parti, dove lo scambio è alla pari”.³

La mediazione può essere dunque considerata come uno strumento “alternativo” rispetto alla giustizia ordinaria, di risoluzione delle controversie, che favorisce non solo il raggiungimento di accordi, ma anche il rinnovo del patto coniugale oltre la sua fine, attraverso il ruolo fondamentale di ausilio svolto dal mediatore.⁴

Negli ultimi anni la ricerca di strumenti alternativi di intervento sulle controversie familiari che aiutassero i coniugi a raggiungere quanto meno un dialogo costruttivo, ha visto un incremento, proprio

³ HAYNES JOHN M., BUZZI I. (a cura di), *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*. Prospettive di psicologia giuridica, collana diretta da Assunto Quadrio, n.5, Giuffrè Editore, Milano, 1996

⁴ Il *Mediatore Familiare* è una “figura esperta, terza, neutrale ed imparziale, che nella sua attività di mediazione tra le parti in conflitto tenta di facilitare il dialogo tra le stesse al fine del raggiungimento di un accordo condiviso e soddisfacente per entrambe” (in questo senso: MAZZAMUTO P., *La mediazione nella tutela della famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2013), nel caso specifico ha quindi il ruolo di consentire alla coppia, nell’ambito di un percorso relativo ad un processo di separazione o divorzio, di trovare le basi per un accordo reciproco e duraturo tenendo conto dei bisogni di ciascuno, e particolarmente dei figli. Per approfondimento, Cap III, Par. 3.6, della presente trattazione.

per cercare di “mitigare” gli scontri che si creano sempre più frequentemente nelle crescenti crisi matrimoniali.⁵

Come dimostrato da recenti studi Istat, i tassi delle c.d. “crisi matrimoniali” nel nostro paese, sono appunto in continua crescita ed i livelli di litigiosità riscontrati nei giudizi di separazione e divorzio sono allarmanti, soprattutto se si riflette sull’inevitabile disagio che ne consegue per i figli.

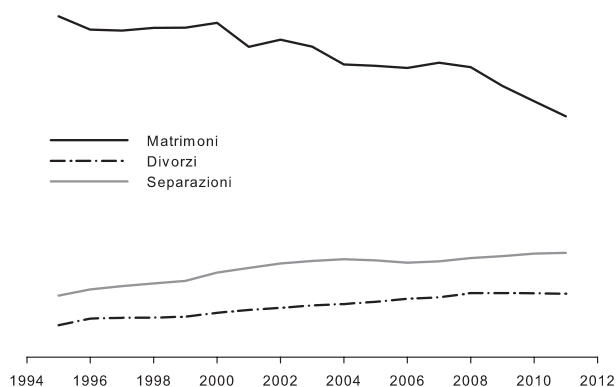


Figura 1. Matrimoni, separazioni e divorzi, valori assoluti in migliaia per gli anni di riferimento 1995-2011.

Di fronte a questo quadro, la mediazione familiare inizia a rappresentare un istituto “di qualità”, come confermato dalla creazione di importanti associazioni, quali la GEA⁶ “genitori

⁵ I dati Istat dimostrano un crescente ricorso alla separazione e al divorzio nel nostro paese. Le statistiche effettuate nell’anno 2011 documentano che le separazioni sono state 88.797 e i divorzi 53.806, con crescente percentuale soprattutto delle separazioni rispetto all’anno precedente. Ma il dato da prendere ancor più in considerazione è che il 72% delle separazioni e il 62,7% dei divorzi riguardano coppie con figli avuti durante il matrimonio. *I dati riportati in questa sezione sono tratti da ISTAT, consultabile in www.istat.it.*

⁶ L’Associazione GeA-Genitori Ancora è un’associazione privata senza fini di lucro nata per diffondere la conoscenza e la pratica della mediazione familiare. La GEA ha sede a Milano ed è uno dei primi centri di mediazione, istituito nel 1987.

ancora”, la S.I.Me.F, “Società Italiana di Mediazione Familiare”⁷, o la MEDIAS⁸.

Lo statuto della S.I.Me.F, in particolare, fa riferimento ad una definizione di mediazione familiare tra le più condivisibili, in conformità con quanto espresso nella *Charte européenne pour la formation à la médiation familiale*⁹ del 1992:

«La mediazione familiare è un percorso per la riorganizzazione delle relazioni familiari in vista o in seguito alla separazione o al divorzio: in un contesto strutturato, il mediatore, come terzo neutrale e con una formazione specifica, sollecitato dalle parti, nella garanzia del segreto professionale in autonomia dall'ambito giudiziario, si adopera affinché i genitori elaborino in prima persona un programma di separazione soddisfacente per sé e per i figli in cui possano esercitare la comune responsabilità genitoriale ».

La mediazione familiare viene considerata la nuova frontiera del diritto della famiglia, in considerazione degli eccellenti risultati che attraverso di essa si stanno raggiungendo in altre esperienze europee ed extraeuropee nelle quali rappresenta uno strumento regolato normativamente e utilizzato in numerosi settori. Nel nostro ordinamento manca invece una disciplina generale e la mediazione è oggetto di episodici richiami normativi (artt. 342-ter e 337-octies). Questo lavoro si propone di approfondire l'istituto nelle sue molteplici sfaccettature per verificare se sia opportuno ampliarne l'applicazione e a quali scopi.

⁷ La S.I.Me.F opera nel campo della ricerca e della formazione sulla mediazione familiare dal 1995.

⁸ La MEDIAS è una *associazione di Assistenti Sociali mediatori familiari*, recentemente sorta a Firenze, che si propone di valorizzare la professionalità dell'A.S in questo ambito.

⁹ La *Charte européenne pour la formation à la médiation familiale* del 1992, fissa i criteri principali del profilo professionale, della formazione e della deontologia del mediatore familiare in campo europeo.

1.2. Il rapporto con gli altri strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie.

Nel nostro paese il lento assorbimento della “cultura della mediazione” propria dei paesi di *common law* induce a sottovalutare l'importanza e l'utilità dell'istituto in ambito familiare, e a confonderlo con la psicoterapia, con la terapia di coppia, o con una semplice consulenza legale.

In ambito giuridico la mediazione familiare va tenuta distinta, innanzitutto, dagli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Non deve essere neppure confusa con gli istituti della mediazione civile e commerciale, regolati con decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28 (pubblicato nella G.U. n.53 del 5 marzo 2010), né con le due forme di mediazione previste nel nostro sistema processuale penale dall'art. 28 d.P.R. 448/1988 (Disposizioni sul procedimento a carico di imputati minorenni), e dall'art. 2, comma 2, del d.lgs 274/2000 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace). Si contrappone, infine, al “tentativo di conciliazione” obbligatorio previsto dall'art 708 c.p.c. e ad altri istituti rivolti alla soluzione di un conflitto previsti nel primo libro del codice civile. Vediamo adesso per quali ragioni si distingue dalle figure appena richiamate.

1.2.1. Gli strumenti di Alternative Dispute Resolution (ADR).

Lo strumento di gestione dei conflitti, inteso come procedimento di “mediazione” in senso moderno, insieme al negoziato e all'arbitrato, è nato negli Stati Uniti, attraverso lo sviluppo delle *Alternative Dispute Resolution* o ADR (risoluzione alternativa delle controversie).

Per ADR si intende l'insieme delle tecniche e dei procedimenti di risoluzione delle controversie di tipo legale, alternativi rispetto al giudizio amministrativo degli organi giurisdizionali pubblici. È da tenere presente che le tecniche in questione non hanno la pretesa di sostituirsi al sistema giudiziario, ma semplicemente di affiancarsi ad esso, ed è per queste ragioni che negli ultimi anni, si è spesso proposto di modificare il significato della “a” dell'acronimo ADR, da intendersi non più come risoluzione “alternativa”, quanto piuttosto come risoluzione “appropriata” delle dispute.

Risoluzione “appropriata” delle controversie, sarebbe una definizione più accurata di “alternativa”, sia perché in alcuni paesi la mediazione è il normale metodo di composizione delle liti, sia perché spesso la mediazione e il negoziato vengono utilizzati non come sostituti ai procedimenti legali, ma congiuntamente ad essi. I sostenitori della mediazione non intendono, infatti, sostituire la via giudiziaria al trattamento dei conflitti, ma solo completarla, anche se alcuni hanno sostenuto che, nel caso specifico dei conflitti familiari, sarebbe opportuno considerare una presunzione in favore della mediazione, così da ritenerla come prima opzione a favore delle parti.

Quanto alla nascita delle ADR, è opportuno fare riferimento alla c.d. *Pound Conference*. Il 7 aprile del 1976, nel Minnesota, il Presidente della Corte Suprema statunitense Warren Burger aprì i lavori di una “conferenza nazionale sulle cause dell'insoddisfazione popolare per la giustizia”, nota fin da subito con il nome di Pound Conference, perché il titolo della conferenza richiamava un famoso discorso tenuto nel 1906 da uno dei maggiori giuristi statunitensi, Roscoe Pound, alla riunione annuale dell'American Bar Association.

La conferenza Pound riunì i più importanti giudici, avvocati e professori di diritto degli Stati Uniti e rappresentò una svolta per l'istituzionalizzazione della mediazione e delle altre procedure

alternative per la risoluzione delle dispute, oggi appunto note come ADR.

L'acronimo ADR è stato coniato dal professor Frank Sanders nel 1976 in occasione della Pound Conference, e confermato nel 2002 dal Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali, ad opera della Commissione delle Comunità Europee. Il termine racchiude diverse forme di procedure per la risoluzione dei conflitti, utilizzate alternativamente a seconda della natura delle dispute e delle circostanze, che si articolano in due modelli base fondamentali, in relazione alle finalità da essi perseguite. Se la controversia è definita attraverso un accordo tra le parti, si è di fronte al c.d. metodo conciliativo, il cui prototipo è la “mediazione” (*mediation*); laddove invece la controversia venga ad essere definita mediante una vera e propria decisione pronunciata da un soggetto terzo, che non è il giudice in senso proprio, ma ne assume il ruolo, si parla del c.d. metodo valutativo, il cui prototipo è “l'arbitrato” (*arbitration*).

La *mediation* è una procedura volontaria non formale, in cui le parti scelgono un terzo soggetto neutrale, il mediatore, che ha il compito di dirigere e facilitare il dialogo, fino al raggiungimento di un accordo, senza però dettare pareri, né emettere decisioni vincolanti per le parti stesse. La *mediation* è una procedura autonoma (segue volta per volta le regole che le parti hanno stabilito) e informale (non segue modelli e prescrizioni).

L'*arbitration* è un procedimento inteso a fornire alle parti una decisione vincolante. Funzionalmente simile al procedimento giudiziario se ne differenzia per la flessibilità che lo caratterizza in termini di semplificazione delle procedure, velocità, possibilità di avvalersi di soggetti giudicanti, esperti e di fiducia. La decisione degli arbitri, pur essendo emessa da soggetti privati, è in genere sostanzialmente equiparata a quella di un tribunale, non è soggetta a

revisione nel merito e nel contesto internazionale può godere di una capacità di riconoscimento ed esecuzione addirittura maggiore di una sentenza emessa da un giudice statale.

Le ADR possono essere altresì distinte a seconda che l'efficacia dell'atto che definisce la controversia sia basata o meno sull'esclusiva volontà delle parti in lite, si avranno quindi ADR vincolanti o non vincolanti. La forma più comune di ADR vincolante è la "negoziiazione", che può essere diretta (processo bilaterale in cui le parti negoziano direttamente tra loro), o indiretta (gli accordi vengono raggiunti attraverso il negoziato tramite rappresentanti legali. Le ADR non vincolanti, si trovano invece nella forma della "conciliazione" o della "mediazione", procedura che si basa sull'intervento di un terzo neutrale chiamato a governare il processo negoziale delle parti, ponendole in reciproca comunicazione per esaminare le loro posizioni e i punti della controversia, al fine del raggiungimento di un accordo.

Fatta questa premessa, è però da sottolineare che se è vero che la mediazione ha dimostrato di essere applicata in molti ambiti differenti, è altrettanto vero che la mediazione intesa come strumento ADR in senso stretto, non comprende fra i propri ambiti di applicazione quello familiare, e di questo se ne ha la conferma consultando il Libro Verde¹⁰ relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, redatto dalla Commissione europea nel 2002, che poi ha condotto alla direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio il 21 maggio 2008¹¹.

Il Libro Verde, infatti, esclude espressamente che possano

¹⁰ Il Libro Verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, è consultabile su www.eur-lex.europa.eu.

¹¹ La direttiva in parola è stata recepita con l. 18 giugno 2009 n. 69 e attuata, da ultimo, con il d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, con cui si è dato corso all'art. 61 l. n. 69 del 2009 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

essere oggetto di ADR le questioni inerenti a diritti indisponibili, come quelle attinenti al diritto delle persone e della famiglia.

Si può pertanto affermare che la mediazione familiare rappresenta un fenomeno autonomo rispetto alle ADR, a differenza di altri istituti di mediazione che invece possono esservi ben ricompresi, quali quello lavorativo, del mondo aziendale e della società, nonché l'area commerciale, delle controversie di consumo, e quella penale.

1.2.2. Mediazione familiare e mediazione in ambito penale.

Nel nostro sistema processuale penale esistono due previsioni legislative in tema di mediazione in materia di processo minorile e processo davanti al giudice di pace, più precisamente, l'art.28 d.P.R. 448/1988 in materia di "Disposizioni sul procedimento a carico di imputati minorenni", disciplina un istituto assimilabile alla *probation* processuale¹², attraverso cui il giudice non si limita a considerare la condotta illecita, ma cerca di interpretare tale condotta alla luce della personalità del suo autore, e configura altresì un'ipotesi di mediazione processuale, inserendo specificatamente al secondo comma¹³ una previsione di conciliazione successiva all'esercizio dell'azione penale.

¹² La necessità di una risposta diversificata al reato e di commisurazione della personalità del minore giustifica la particolare fattispecie della Probation processuale, estesa dalla Corte Cost. n. 125/1995 a tutti i riti speciali.

In tal senso, se il giudice ritiene essenziale la valutazione della personalità del minore, quale si evolverà nel tempo, sospende il corso del processo per una durata predeterminata. Decorso il periodo di sospensione e in caso di esito favorevole della probativo processuale, il giudice dichiara l'estinzione del reato.

¹³ Art 28, c.2, d.P.R. 448/1988 sull'*Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, capo III, *Definizione anticipata del procedimento e giudizio in dibattimento*: "Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato".

L'art 28 concede quindi al giudice minorile, nell'ambito di un provvedimento di sospensione del processo penale in questione, la possibilità di impartire prescrizioni volte a riparare le conseguenze del reato ed a promuovere la conciliazione del minorenne con la parte offesa, alla quale è precluso l'esercizio dell'azione civile nel procedimento (azione civile inammissibile ex art. 10 del d.P.R. 448/1988).

L'altro richiamo all'istituto della mediazione in materia penale, lo si trova nel d.Lgs 274/2000, che introduce nel nostro ordinamento la competenza penale del giudice di pace, un giudice onorario che fino a quel momento era interessato solo di cause civili minori. La competenza penale è stata stabilita a fronte di fattispecie di reato per le quali non è prevista la pena detentiva e l'attenuazione dei rischi penali si riflette nella valorizzazione delle funzioni conciliative del giudice di pace, che sembrano richiamare una sorta di mediazione penale. Nel d.Lgs trovano attuazione una serie di disposizioni nelle quali viene sottolineato il ruolo di mediatore del giudice di pace, una delle quali la si trova all'art 2, comma 2, del suddetto decreto, che prevede il tentativo di conciliazione come un incombente obbligatorio, non rimesso alla volontà discrezionale del giudice.¹⁴

A differenza di quella familiare, dunque, la mediazione in ambito penale è di tipo giudiziale ed ha come scopo, oltre alla conciliazione tra le parti, anche l'individuazione di quelle che sono le modalità che consentano di provvedere alla riparazione delle conseguenze del reato.

¹⁴ Art 2, c.2, d.lgs 274/2000 recante *Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace*: "Nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti".

1.2.3. Mediazione civile e commerciale.

Nella nostra legislazione più recente è infine da ricordare la “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”. L’art 60 della l. 59/2009 ha delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale. In attuazione della delega, il d.lgs. 4 marzo 2010 n.28 ha introdotto e regolamentato la “mediazione finalizzata alla conciliazione”, il cui art 1 riporta la definizione di mediazione e di mediatore in materia.

L’art 1 definisce la mediazione come l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. Lo stesso articolo qualifica il mediatore come la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo. L’articolo in questione considera inoltre la mediazione come l’esito positivo della composizione della controversia a seguito dello svolgimento dell’azione mediativa.

Quanto alla figura del mediatore, il successivo d.m. 18 ottobre 2010, n.180 (decreto che dà attuazione al decreto legislativo in questione) ha previsto i requisiti dei quali il mediatore deve essere in possesso ai fini dell’accreditamento presso il Ministero della Giustizia: l’articolo 4, comma 3, precisa che il mediatore deve possedere, oltre ai consueti requisiti di onorabilità, un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea triennale, ovvero, in alternativa, l’iscrizione a un ordine o collegio professionale, nonché una specifica formazione e uno specifico aggiornamento almeno biennale.

L'articolo 18, comma 2, del d.m. definisce inoltre i percorsi formativi¹⁵ e di aggiornamento¹⁶ necessari per l'acquisizione e il mantenimento del titolo di mediatore civile e commerciale, che sono diversi e meno rigorosi rispetto a quelli che le associazioni di settore reputano necessari per l'acquisizione della qualifica di mediatore familiare. Per riportare un esempio, l'art. 12 del Regolamento interno dell'A.I.Me.F., Associazione Italiana Mediatori Familiari, stabilisce che i corsi devono avere una durata non inferiore a dodici mesi e un numero di ore complessivo non inferiore a duecentoventi; il numero delle ore sulla mediazione familiare, fra teoria ed esercitazioni, non deve essere inferiore a centoventi e il numero delle ore di stage a quaranta; il direttore didattico del corso deve essere un mediatore familiare A.I.Me.F. o appartenente ad altre associazioni di mediatori familiari riconosciute; infine, l'esame finale, al quale possono accedere solo gli iscritti al corso accreditato e con almeno l'80% della frequenza effettiva delle lezioni e degli *stage* deve svolgersi alla presenza di un osservatore A.I.Me.F. ed essere articolato in una tesi e in un esame scritto e pratico con attribuzione di un giudizio complessivo¹⁷.

Quanto invece alla mediazione in senso stretto, e alle controversie oggetto di essa, l'art 2 del d.Lgs in questione, circoscrive l'ambito della mediazione alle "sole controversie civili e commerciali su diritti disponibili", quanto basta per escludere il

¹⁵ I percorsi formativi previsti dall'art 18, comma 2, d.m. 180/2010, devono avere una durata complessiva non inferiore a cinquanta ore e articolarsi in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti e incentrati su talune specifiche "materie", e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, modulata distintamente per la parte teorica e pratica.

¹⁶ I percorsi di aggiornamento previsti dall'art 18, comma 2, d.m. 180/2010 devono avere una durata minima di diciotto ore biennali, articolarsi in corsi teorici e pratici avanzati e vertere sulle stesse "materie" previste per i corsi di formazione.

¹⁷ I contenuti del percorso formativo sono resi pubblici nel sito www.aimef.it. Similmente articolati sono anche i corsi accreditati dalla S.I.Me.F., consultabili all'indirizzo www.associazionegea.it/formazione_mediaz1.htm.

campo di applicazione della mediazione familiare (nei processi di separazione e divorzio infatti le controversie si basano su diritti largamente disponibili, con la sola eccezione del profilo economico riguardante i coniugi).

La mediazione è stata dunque intesa dal legislatore come un'attività fortemente procedimentalizzata, che assegna al mediatore un ruolo fortemente aggiudicativo e coattivo nei confronti delle parti, a sottolineare nuovamente la distanza dal modello mediativo familiare.

Che il legislatore, nel suddetto decreto, non abbia mai menzionato la materia familiare, non è in realtà del tutto corretto, si trova infatti un riferimento nell'art 5, comma 1, che indica una serie di materie per le quali è posto l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della relativa domanda giudiziale, indicando tra le materie oggetto dell'obbligo anche le successioni ereditarie, la divisione ed i patti di famiglia. Allo stesso tempo però è da tenere presente che, anche laddove il legislatore ha fatto menzione della mediazione familiare, lo ha fatto riservandogli piccoli spazi, e con una certa diffidenza, confermata dalla mancanza di disposizioni di legge che promuovano la mediazione familiare preventiva rispetto alla proposizione della domanda di separazione e di divorzio¹⁸.

In questa sede è infine opportuno riportare le considerazioni e le posizioni che sull'argomento sono state assunte dalla dottrina. Con riguardo, infatti, alla possibilità di applicare la disciplina della mediazione in materia civile e commerciale, al fenomeno della mediazione familiare, si fronteggiano due posizioni opposte della

¹⁸ La sola forma di mediazione familiare che riceva nel codice considerazione positiva, la si trova nel disposto di cui all' art. 337 octies (così come reinserito dal D.Lgs n. 154 del 28 dicembre 2013, che ha abrogato il precedente art. 155 sexies; modifica in vigore dal 7 febbraio 2014) comma 2, che prevede unicamente una forma di mediazione volontaria endoprocessuale, ma anche in tal caso il suo utilizzo, da effettuarsi con il consenso delle parti, è lasciato alla iniziativa ed alla discrezionalità del Presidente del Tribunale o del giudice istruttore.

giurisprudenza: una a sostegno della collocazione della mediazione familiare nel più vasto spazio della mediazione civile e commerciale, tesi che fa leva sulla ormai estesa negoziabilità delle vicende familiari; l'altra sottolinea, invece, la natura peculiare del diritto di famiglia e la non disponibilità dei diritti, per sostenere la posizione contraria; si rimarca, altresì il concetto che la mediazione può dare esiti positivi solo se vi si accede volontariamente, puntualizzando che anche per tale motivo, non può essere applicata la disciplina della mediazione civile e commerciale.

Come si è affermato¹⁹, alla luce del d.lgs. 28/2010, oggetto di possibile mediazione civile nell'ambito del diritto di famiglia possono essere tutti i diritti disponibili connessi ai procedimenti di separazione e divorzio.

È allora opportuno concludere dicendo che la giurisprudenza prevalente riconosce ormai una negoziabilità assai estesa a tutte le vicende familiari in stato di crisi, con lo scopo di salvaguardare al meglio i rapporti ivi nati.

1.2.4. Altre tecniche conciliative in materia familiare.

Con la legge del 19 maggio del 1975, n.151, è stata attuata la Riforma del diritto di famiglia, la quale tra le tante novità, ha consentito di porre sul medesimo piano i coniugi, individuando nella famiglia un'entità naturale fondata su una comunanza di voleri ed interessi da realizzare.

Se in passato, per la presenza del *pater familias*, figura del padre-marito assolutamente predominante nelle decisioni e nell'esercizio della potestà sui figli, non esistevano problematiche di disaccordo ufficiale nell'ambito familiare, ad oggi si può parlare di

¹⁹ FANTETTI FRANCESCA R., *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2008, 4, 297, Separazione consensuale.

inaugurazione di una nuova stagione della famiglia, intesa come luogo di condivisione, arricchimento e confronto. Una nuova tendenza del diritto della famiglia, basata dunque sulla regola dell'accordo e l'uguaglianza di posizione tra i diretti protagonisti della vita di coppia.

Nell'ottica di sanare i conflitti che vengono ad esistenza nell'ambito familiare, è stata prevista dall'art 145 c.c. la possibilità per i coniugi di chiedere l'intervento del giudice, espressione di quel mutamento avvenuto nel comune modo di intendere e gestire la famiglia. Una richiesta di intervento fatta senza formalità particolari, ascoltando le opinioni dei componenti della coppia, e valutando l'opportunità di ascoltare anche i figli almeno sedicenni, nella prospettiva di raggiungere una soluzione concordata. È però da sottolineare il limite rappresentato dall'impossibilità di sottoporre al giudice, questioni che non rientrino nell'accordo tra i coniugi e parte della dottrina ritiene altresì che non possano essere rimesse alla valutazione di un terzo, quale il giudice, le questioni di carattere personalissimo, attinenti alla sfera intima e privata della vita familiare.

L'esercizio della funzione conciliativa giudiziale, prevista dal comma 1 dell'art 145, da parte del terzo decidente, non può sfociare in un provvedimento avente carattere decisorio, ma dovrebbe consistere in un intervento diretto a indicare alle parti in disaccordo, una soluzione compatibile con gli interessi del nucleo familiare. Al comma 2 si prevede invece che, laddove l'accordo non risulti possibile e le parti lo richiedono, la soluzione più adeguata viene presa dal giudice, con provvedimento non impugnabile.²⁰

²⁰ Art 145 codice civile, *intervento del giudice*.

In caso di disaccordo ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice [art. 41 disp. att. c.c.] il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere una soluzione concordata. Ove questa non sia possibile e il disaccordo concerna la fissazione della residenza [art. 144 c.c.] o altri affari essenziali, il giudice, qualora ne sia richiesto espressamente e

La dottrina prevalente sottolinea come la competenza conciliativa di cui al comma 1 e la competenza arbitrale del giudice di cui al comma 2, rientrano in una funzione di volontaria giurisdizione, caratterizzata da un carattere negoziale, nel pieno rispetto dei principi di autonomia e uguaglianza all'interno della famiglia.

Sotto il profilo applicativo inoltre, con una pronuncia degli inizi anni '80, è stata espressamente ritenuta applicabile anche alla convivenza more uxorio, la disciplina di cui all'art 145 c.c., a tutela dell'unità familiare.

Le aggregazioni familiari dunque, coniugate o di fatto, assumono rilievo agli occhi del diritto, non soltanto nella fase della loro creazione, ma anche in presenza di fenomeni di dissociazione, che possono portare alla fine della relazione. Gli interventi normativi degli anni 70 e successivi, conferiscono a tutte le fasi della vita familiare, rimedi e tecniche in grado di responsabilizzare i componenti della famiglia, consentendo la loro diretta partecipazione ad ogni processo decisionale. In questo senso, i rimedi della separazione e del divorzio, costituiscono espressione degli interessi familiari, la cui definizione può comportare differenti implicazioni.

La disciplina del tentativo di conciliazione giudiziale tra i coniugi è contenuta nell'art 708, comma 1 del codice di procedura civile, il quale stabilisce che il Presidente del Tribunale, all'udienza di comparizione delle parti all'inizio del procedimento di separazione, deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, al fine di tentarne la *ri*conciliazione. Tale previsione è stata modificata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con

congiuntamente dai coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia.

modifiche dalla l. 80/2005, nonché dalla l. 54/2006, in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli.

L'espressione "tentandone la conciliazione" usata nel nuovo testo dell'art 708, rispetto alla precedente "procurando di conciliarli" è da interpretarsi nell'ottica della salvaguardia dell'interesse pubblicistico alla conservazione del matrimonio, in cui viene in gioco la volontà delle parti, e non più il solo intervento autoritativo del Presidente stesso.

Il tentativo di conciliazione ha lo scopo di rendere meno burocratica, e quindi di umanizzare, la separazione, tuttavia alcuni importanti autori in materia evidenziano la scarsa utilità di un tentativo istituzionale del giudice, che mira semplicemente a voler ripristinare un legame che è ormai compromesso. Nella prassi applicativa degli ultimi anni in realtà l'intervento in questione ha avuto piuttosto lo scopo di trasformare la separazione da giudiziale in consensuale, con l'ausilio anche della presenza dei difensori delle parti.

Il positivo esperimento del tentativo di conciliazione comporta la redazione da parte del Presidente di un verbale di conciliazione, con l'idea che questa costituisca una "rinuncia all'azione"; l'esito negativo del tentativo in parola invece apre la strada all'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti da parte dello stesso Presidente del Tribunale, anche d'ufficio, nell'interesse dei coniugi e della prole, che avviene sulla scorta di quanto emerso dagli atti introduttivi del giudizio e dalle dichiarazioni rese dalle parti. Questo doppio ruolo del Presidente lascia la dottrina un po' perplessa: si parla di un difetto di base, che consiste nell'affidare la gestione del tentativo di conciliazione a un conciliatore destinato ad assumere successivamente il ruolo di giudicante.

Si può concludere dunque notando come la struttura processuale del tentativo in esame, abbia poco da condividere con le

reali potenzialità conciliative di un percorso di mediazione stragiudiziale, che si caratterizza per una maggiore informalità, per un'assenza di poteri decisori, nonché una imparzialità più marcata in capo a chi deve effettivamente gestire le sedute. A differenza del tentativo di conciliazione, infatti, nella mediazione familiare, si rimette al giudice la sola facoltà di rinviare, se lo ritiene opportuno e se le parti vi acconsentono, l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 337 *ter* c.c., per consentire ai coniugi di raggiungere un accordo con particolare riferimento all'interesse morale e materiale dei figli, richiamando a tale scopo l'ausilio di esperti (mediatori).

Doveroso è infine smentire l'equiparazione della mediazione familiare, ad istituti quali la terapia di coppia, che ha l'obiettivo di rispondere ai molteplici bisogni della persona, della coppia e della famiglia sotto un aspetto sociale e sanitario, o la consulenza di coppia, il cui scopo è aiutare le parti a risolvere questioni relazionali, anche a prescindere dalla eventuale fase patologica del rapporto coniugale.

1.3. Storia della mediazione familiare. Nascita e sviluppo.

L'esigenza di sperimentare nuovi modelli di risoluzione extragiudiziale delle controversie familiari, nasce dall'inadeguatezza dei tradizionali strumenti giudiziali in materia.

La mediazione spesso è vista come un fatto recente, sebbene forme primitive di mediazione si rinvenivano in realtà in diverse etnie ed in epoche storiche anche molto lontane. Sin dal V sec a.c. infatti la mediazione veniva usata in Cina, dove Confucio, già all'epoca, considerava negativamente il processo, in quanto gli esiti di questo lasciavano spesso le parti insoddisfatte ed incapaci di collaborare, ed è per questo motivo che egli consigliava in caso di disputa, di non rivolgersi ad un tribunale, ma ad un intermediario neutrale che

avrebbe favorito il raggiungimento di un accordo, incitando pertanto la mediazione.

La tradizione di riunire consigli ed assemblee, allo scopo di chiedere agli anziani e agli uomini più rispettati dalle tribù, i loro pareri per meglio risolvere controversie fra individui, famiglie e villaggi, si ritrova altresì in molte zone dell'Africa.

Anche nella tradizione ebraica il principio del raggiungimento della pace si è collegato con quello dell'applicazione della giustizia, le comunità ebraiche americane ad esempio istituirono nel 1920 a New York, il comitato di conciliazione ebraico (Jewish Conciliation Board), per incoraggiare la risoluzione consensuale delle controversie.

Nella società occidentale, fino all'età dell'urbanizzazione, le dispute all'interno delle famiglie venivano "mediate" dal c.d. patriarca, ovvero il saggio capo-famiglia. È stato però il sistema ecclesiale a svolgere in primis la funzione di mediatore familiare, invitando i suoi seguaci a non ricorrere al sistema giuridico per risolvere le controversie, ma a utilizzare i valori cristiani del perdono, della riconciliazione e della pace per trovare soluzioni in modo amichevole e fraterno all'interno della stessa comunità dei fedeli.²¹

In tutti gli ambiti, la mediazione è stata utilizzata in diversi modi per facilitare la comunicazione e assistere le parti nel raggiungimento di decisioni consensuali. Nella sua forma maggiormente utilizzata il concetto di mediazione nasce come legato alle controversie di lavoro²², agli scambi commerciali, alle questioni sindacali etc. Ufficialmente la mediazione nasce infatti nel 1913

²¹In tal senso: GULLOTTA G., SANTI G., *Dal conflitto al consenso: utilizzazione delle strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Giuffrè, Milano, 1988. senso

²² Molti dei primi mediatori familiari, a partire da Heynes J.M., che diventerà una delle maggiori autorità in materia, hanno iniziato la loro attività proprio nelle controversie di lavoro.

negli Stati Uniti, quando viene introdotta una attività mediatrice nelle controversie di lavoro, da parte del Dipartimento del Lavoro, col nome di “Servizio di Conciliazione”, seguito fino allo stato attuale, dal “Servizio Federale di Mediazione e Conciliazione”.

Nello svolgimento di questa attività si è sempre ricorso ad esperti, ed è proprio da questo ambiente che sono iniziate le prime applicazioni dell'istituto in questione, nelle controversie familiari e di coppia, con lo scopo di uscire dalla c.d. *litigation*. L'emergere della mediazione familiare trae pertanto origine dall'esigenza di trovare procedure alternative a quella giudiziaria, per la risoluzione delle problematiche legate alla separazione e al divorzio, ma anche ad ogni altro tipo di disputa coniugale.

L'Australia, con il *Family Law Act of Australia* del 1975, è stata uno dei primi Stati a promulgare una legislazione che promuovesse l'uso della mediazione nelle liti familiari, anticipando lo sviluppo del servizio di mediazione familiare. Ciò nonostante, le prime esperienze riferite alle coppie furono effettuate negli Stati Uniti poco prima della Seconda Guerra Mondiale, le origini della mediazione familiare risalgono infatti al 1939, con la fondazione nella Contea di Los Angeles, della *Family Conciliation Court*, come sezione della Corte Suprema di Los Angeles, che strutturava interventi con la coppia in separazione, allo scopo di proteggere i figli, salvaguardare il bene comune, cercare una soluzione amichevole alle controversie, tentando la riconciliazione dei coniugi.

All'epoca si parlava appunto di “ri-conciliazione”, nel senso che lo scopo era quello di convincere le coppie che stavano per divorziare, a riappacificarsi e a rimanere insieme. Soltanto dopo qualche tempo, quando la separazione iniziava ad essere considerata un fenomeno accettabile, questa procedura si andò ridefinendo e gli esperti iniziarono ad aiutare le coppie, non tanto a “ri-conciliarsi”, quanto piuttosto a trovare decisioni concordate, principalmente per i

figli. Più precisamente, la distinzione tra riconciliazione e conciliazione si ebbe con il *Finer Committee on One-parent Families* (c.d. Rapporto Finer, stilato dalla Gran Bretagna), dove si definiva la conciliazione come uno strumento per “aiutare le parti ad affrontare le conseguenze della crisi ormai definita del loro matrimonio, sia che questa porti a un divorzio o a una separazione, raggiungendo accordi, dando consensi o riducendo l’entità del conflitto sull’affidamento, gli alimenti, l’accesso all’educazione dei figli, e su tutte le questioni che richiedono decisioni per come organizzarsi in futuro” (*Finer Report*, 1974).

Tuttavia la nascita negli Stati Uniti della mediazione familiare, si deve a O.J. Coogler, avvocato americano, terapeuta familiare ed esperto in mediazione del lavoro. Coogler aveva subito in prima persona una difficile e stressante separazione coniugale, ed aveva trovato supporto in un centro per famiglie in difficoltà (centro The Bridge), fondato ad Atlanta dai tre consulenti familiari, Griffin, Santos e Pemmberton.

Mentre discuteva con i colleghi Neville e Wood sulle possibilità di rendere più razionale, civile ed economico il processo legale di separazione per i coniugi, ebbe l’intuizione di elaborare una procedura di mediazione. Egli dunque, dopo aver vissuto la sua personale e complicata esperienza di divorzio giudiziale, fonda nel 1975 ad Atalanta il “*Family Mediation Center*”, centro privato di servizi di consulenza e mediazione familiare, nonché la “*Family Mediation Association*”, rivolta ai coniugi che intendono negoziare la loro separazione coniugale, nonché rinegoziare gli accordi di divorzio, in un’ottica di superamento della logica vincitore/perdente. Tre anni dopo lo stesso proporrà la sua formulazione operativa del processo di mediazione familiare, che viene comunemente indicata come mediazione strutturata²³, attraverso il suo testo fondamentale

²³ Per approfondimento, Cap. III, Par 3.2.3, della presente trattazione.

Structured Mediation in Divorce Settlement: A Handbook for Marital Mediators, pubblicato nel 1978.

Negli stessi anni, Howard Irving (che nel 1978 attivò il *Toronto Conciliation Project*), psicoterapeuta e docente presso la facoltà di scienze sociali e Giurisprudenza dell'Università di Toronto, promuove la diffusione della cultura della mediazione familiare in Canada, ove si afferma l'uso della conciliazione e della consulenza tecnica nella trattazione dei divorzi, con l'obiettivo di umanizzare la procedura giuridica del processo di separazione. Successivamente la pratica della mediazione si diffuse anche indipendentemente dal contesto giudiziario, assumendo altresì le caratteristiche di una mediazione terapeutica, soprattutto grazie al lavoro svolto da Irving ed altri terapeuti familiari come Benjamin e Levesque.

Da non tralasciare sono altresì l'opera di mediazione familiare affermatasi in Québec attraverso la stesura di un protocollo d'intesa tra il *Centre de service social du Montréal Métropolitain* e la *Cour supérieur del Québec* nel 1984, riguardante la procedura di mediazione; e la creazione nel 1985 della "*Association de Mediation Familiale*" fondata da professionisti nel campo delle scienze giuridiche e psico-sociali, che vede tra i suoi fondatori la figura di Linda Bérubé, consulente in prevenzione e risoluzione dei conflitti, guida della mediazione familiare in Quebec e in Francia, ove è stata co-responsabile dell'*Institut européen de mediation familiale*, di Parigi, e attualmente mediatrice presso la AGIRE (*Accompagne la Gestion, l'Intervention, la Recherche et l'Enseignement*) International, da lei fondata nel 2005. Linda Bérubé nel 2009 pubblica, con Danielle Lamberte, a Brossard in Québec, il volume *La médiation familiale étape par étape*, che costituisce un'opera di riferimento per la formazione dei mediatori familiari in Québec e in Europa.

Nel 1982 anche John Haynes, esperto negoziatore del mondo socio assistenziale e del lavoro, membro della *Social Work Faculty* della *State University* (che si dedica a formare assistenti sociali e consulenti familiari, coinvolti nel lavoro con le famiglie in crisi), fondò negli U.S.A la “*Accademy of Family Mediators*”²⁴, introducendo il modello c.d. negoziale di mediazione familiare basato sulle tecniche utilizzate per la gestione dei conflitti delle imprese.

Negli anni successivi nacquero più di cinquanta centri di mediazione familiare negli Stati Uniti, inizialmente gestiti da volontari, poi riuniti sotto il più generale nome di *National Family Conciliation Court*.

1.3.1. La Mediazione familiare “approda” in Europa.

La rapidità con cui la mediazione familiare si diffuse fu sorprendente. Nel giro di pochi anni nacquero i primi centri di mediazione familiare all'esterno degli Stati Uniti, e alla fine degli anni 70 il fenomeno iniziò ad espandersi anche in Europa con particolare successo in Inghilterra e in Francia.

L'Inghilterra²⁵, è il primo paese europeo in cui si afferma la mediazione familiare, grazie soprattutto al contributo di Lisa Parkinson, assistente sociale presso il Servizio per la tutela dell'Infanzia del Tribunale di Bristol, che in compagnia di altri professionisti della città di Bristol (avvocati specializzati in diritto della famiglia, assistenti sociali, docenti universitari), fonda nel 1978

²⁴ La *Accademy of Family Mediators*, è un centro di mediazione che si distingue da quello di Coogler, perché comprende anche assistenti sociali e consulenti familiari e matrimoniali, in quanto Haynes sosteneva che anche questi ultimi potessero fare mediazione.

²⁵ Per approfondimento, “La mediazione familiare in Inghilterra”, Cap. IV, Par. 4.1.1, della presente trattazione.

il *Bristol family mediation service*²⁶, il primo servizio di conciliazione familiare privato, distaccato dal tribunale. A questo seguì la creazione negli anni '80 di numerosi altri servizi analoghi e la costituzione di due associazioni professionali, rispettivamente di operatori psicosociali e di professionisti del diritto, interessati all'utilizzo delle tecniche di negoziazione nella consulenza alle coppie in via di separazione, che hanno cercato di ovviare alla scarsa spinta del governo verso lo sviluppo dei servizi di conciliazione/mediazione.

I motivi della diffusione dell'istituto sono da ricollegare all'esito del Rapporto Finer sulle famiglie monogenitoriali, commissionato dal governo inglese nel 1974, nel quale si rinviene che la mediazione avrebbe dovuto essere la "strada principale" per aiutare le coppie in crisi a trovare soluzioni ai problemi derivanti dalla separazione e dal divorzio, ricorrendo il meno possibile alle vie legali.

Un notevole sviluppo della mediazione familiare in Inghilterra si è avuto nel 1981, anno in cui si ebbe la prima formalizzazione della materia con il *National Family Conciliation Council* (NFCC) di Londra, che raggruppò la maggior parte dei servizi di mediazione, svincolata dalle corti. A metà degli anni 80 inoltre questa associazione, congiuntamente con un'associazione di avvocati di diritto della famiglia, ha individuato la figura del mediatore ed elaborato il primo codice deontologico in materia, il *Code of Practice for Family Mediation*.

²⁶ Il modello di mediazione sperimentato dalla Parkinson è stato quello della mediazione globale, concernente tutte le questioni implicate in un processo di separazione, dalle decisioni sui figli a quelle sugli aspetti economici. Il metodo prevede una co-mediazione, in cui un avvocato mediatore lavora congiuntamente a un mediatore familiare (possibilmente di sesso diverso), esperto in problematiche psicosociali e relazionali di coppie e di famiglie, con l'obiettivo di integrare le competenze professionali, per poter così affrontare la complessità delle tematiche connesse alla gestione del conflitto coniugale e alla riorganizzazione delle relazioni familiari.

Nel 1988 viene fondata la *Family Mediators Association* (Associazione di mediatori familiari), e nel 1996, dopo anni di pratica, viene emanata una nuova legge sul divorzio, la *Family Law Act* (FLA)²⁷, che in Inghilterra e in Galles ha programmato vent'anni di iniziative di base per fornire mediazione familiare alle coppie, aiutandole a risolvere liti riguardo ai figli, alle finanze, alla proprietà e agli altri problemi che si presentano in ogni fase della separazione e del divorzio. La portata innovativa del FLA risiede nell'introduzione della possibilità di richiedere il divorzio anche in assenza della "colpa" dell'altro coniuge e nella previsione della possibilità di fare ricorso alla mediazione ogni volta in cui si chiedi una revisione degli accordi in una separazione non consensuale.

Da sottolineare è anche un autorevole rapporto dal titolo "Accesso alla giustizia", che ha condotto a nuove regole che incoraggiano il ricorso alla mediazione prima che le cause siano fissate per un'udienza in tribunale. Queste regole, in vigore dall'aprile del 1999, hanno portato ad un crescente numero di cause rinviate alla mediazione e il Professor Karl Macie, Presidente del Center for Dispute Resolution di Londra, ha confermato la rapida crescita della mediazione, incentivata proprio dai numerosi rinvii del tribunale.

Negli anni 80, in forza dell'influenza canadese, la mediazione familiare iniziò a diffondersi anche in Francia²⁸. Inizialmente essa era praticata e studiata come un'attività privata, svolta da associazioni a contatto con la realtà del disagio familiare, ma in un momento successivo, anche le istituzioni, come la Segreteria di Stato per i Diritti delle Donne o il Ministero di Giustizia, si sono

²⁷ Questa legge si colloca al termine di un percorso legislativo cominciato nel 1969 con il Divorce Reform Act, che mira a cambiare la procedura di divorzio e proseguito nel 1989 con il Children Act che ha introdotto istituti per la tutela dei minori, in cui si parla di parental responsibility, responsabilità genitoriale e non di potestà genitoriale e di parenting plan, progetto genitoriale.

²⁸ Per approfondimento, "La mediazione familiare in Francia", Cap. IV, Par 4.1.3, della presente trattazione.

interessate alla disciplina promuovendo la messa in pratica dei vari progetti.

La diffusione francese della mediazione familiare si deve al contributo formativo dei mediatori canadesi, che hanno stimolato la creazione di numerosi centri, con operatori (magistrati, avvocati, terapisti, assistenti sociali, educatori) che hanno contribuito alla costituzione, nel 1988 dell'*Association pour la promotion de la médiation familiale* (APMF). L'APMF promuove convegni, seminari di formazione, proposte di legge, ma struttura anche nel 1990, il proprio codice deontologico, per definire e tutelare la professione sul piano etico e delle competenze, il primo testo scritto che disciplina la mediazione francese, e rappresenta ancora oggi un punto di riferimento internazionale, per la sua completezza ed avanguardia. Il codice in questione diviene successivamente la base della stesura, nel 1992, della *Charte Européenne de la formation des médiateurs familiaux*, stilata dalla Commissione sulla Formazione del Mediatore Familiare, cui aderiscono sei paesi: Gran Bretagna, Francia, Belgio, Germania, Svizzera, Italia, che ha lo scopo di garantire ordine, coerenza, omogeneità e professionalità in un panorama ancora caratterizzato da un continuo proliferare di iniziative. Nel 1995 la mediazione familiare fu introdotta nell'ordinamento giudiziario nazionale francese, l'8 febbraio 1995 venne infatti approvata la legge n. 95-125, che regola la disciplina giurisdizionale, e il processo civile, penale e amministrativo, regolando la mediazione giudiziaria.

In Belgio e in Svizzera la mediazione familiare approda negli anni '80, con l'applicazione della mediazione sia in privato, attraverso lo stimolo dell'Associazione dei genitori "*Parents for Ever*", sia in pubblico, attraverso il contributo dello stato. Il legislatore belga, come quello francese, ha disciplinato solo la mediazione giudiziaria con la "*Loi relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire*" entrata in vigore

il 1° ottobre 2001.

In Spagna²⁹ con la legge del 7 luglio 1981 n. 30, *Ley de Divorcio*, vengono introdotti separazione e divorzio consensuali, ma di mediazione familiare si inizia a parlare dal 1990, quando il Ministero degli *Asuntos Sociales* (Ministero degli Affari Sociali) ha intrapreso delle attività di sensibilizzazione della collettività, con l'avviamento dei servizi di mediazione familiare pubblici e privati, approvando il programma di Mediazione per la separazione e il divorzio. Nel 1992 viene poi istituito il Servizio di Mediazione Familiare di Barcellona (SMFB), alle dipendenze dell'*Institut de Treball Social y Servei Socials* (INTRESS).

Negli anni '90 la mediazione familiare si diffonde anche in Germania, dove a Bonn, Monaco e Berlino, ci sono centri che svolgono attività di co-mediazione con la costante presenza di un avvocato, in quanto la legge non consente a consulenti, familiari e/o operatori sociali di offrire consigli giuridici. La presenza del legale, e il fatto che la mediazione si applichi non solo ai coniugi in crisi, ma anche ad altri membri della famiglia, sono peculiarità che distinguono la mediazione familiare tedesca da quella degli altri paesi. Una delle organizzazioni principali di mediazione familiare in Germania è la BAFM (*Bundes-Arbeitsgemeinschaft Fur Familien-Mediation*, Associazione Federale per la Mediazione Familiare), che certifica coloro che seguono un corso di formazione di duecento ore, ma vi sono anche le associazioni federali degli avvocati come la DAV (*DeutscherAnwaltVerein*)³⁰ e la BRAK

²⁹ Per approfondimento, "La mediazione familiare in Spagna", Cap. IV, Par. 4.1.2.

³⁰ Nel mese di ottobre 2007 avvocati tedeschi (*Rechtsanwälte*) ed italiani provenienti da Milano, Roma, Reggio Emilia e Salerno hanno costituito la Associazione degli Avvocati italo-tedeschi in Italia (*Deutscher Anwaltverein Italien*, DAV Italia) con sede in Milano. Dal 1° novembre 2007 l'associazione è membro dell'Associazione degli Avvocati Tedeschi con sede in Berlino (*Deutscher Anwaltverein*, DAV), che conta fra i propri associati oltre la DAV Italia anche altre sette associazioni di avvocati tedeschi all'estero in Francia, Gran Bretagna, Portogallo, Brasile, Grecia, Turchia e Polonia.

(*Bundesrechtsanwaltskammer*)³¹, che propongono corsi più brevi.

Opportuno in questa sede, è infine un accenno al Forum Europeo per la formazione e la ricerca in mediazione familiare. Nel 1997 i centri aderenti a molte delle associazioni sparse in tutta Europa hanno infatti ripreso e aggiornato a Marsiglia i principi costitutivi della *Charte Européen de la formation des mediateurs familiaux*, dando origine al suddetto Forum europeo. Si tratta di un associazione composta da più di 75 centri di formazione di diversi paesi europei, che fa parte del *World Mediation Forum* (fondato nel 1993 e promotore di congressi internazionali) e che ha effettuato numerosi congressi, di cui il primo è avvenuto a Lione, nel 1998, e il terzo in Italia nel 2000.

Il Forum europeo si è occupato, oltre che di mettere in rete le diverse esperienze nazionali, di promuovere una omogeneizzazione dei programmi di formazione dei diversi centri e istituti, stabilendo degli standard minimi formativi per garantire il riconoscimento dei percorsi e dei diplomi e quindi un livello qualitativo di formazione, e di favorire, presso i diversi governi e a livello del parlamento europeo, l'inquadramento della mediazione e del mediatore professionista all'interno dell'ordinamento legislativo che riguarda il processo di separazione.

1.3.2. La "recezione" in Italia.

La recezione della mediazione familiare in Italia è stata tardiva, rispetto al quadro europeo. Solo alla fine degli anni '80, infatti, si sono iniziate ad avere le prime esperienze significative in campo di mediazione familiare. Nel 1987, in concomitanza con le prime esperienze francesi, si costituisce a Milano l'Associazione "genitori

³¹ La BRAK (*Bundesrechtsanwaltskammer*), camera tedesca degli avvocati, è anche un'importante associazione per la professione legale in Germania.

ancora”, GeA, che inizia a diffondere l’istituto in questione con un modello di mediazione parziale, mutuato dalla “*conciliation*” inglese, centrato sulla responsabilizzazione dei genitori circa la tutela dei figli, che non vengono coinvolti negli incontri di mediazione. La caratteristica principale dell’esperienza GeA è che il lavoro di mediazione familiare viene effettuato in un servizio organizzato dal comune di Milano, a partire dal 1989, concretizzandosi pertanto un primo riconoscimento del ruolo e del significato della mediazione familiare.

Tra i fondatori di GeA, Fulvio Scaparro e Irene Bernardini, autori di alcuni testi fondamentali sulla risoluzione consensuale dei conflitti familiari, che hanno contribuito a promuovere l’ingresso della cultura della mediazione familiare in Italia. Fulvio Scaparro in particolare, è autore, insieme a Marcello Cesa Bianchi e Assunto Quadrio, di un articolo del 1985, in cui si parlava di una “nuova modalità di gestione dei conflitti familiari”, in occasione del processo di separazione coniugale³².

Nel 1988 Guglielmo Gullotta (avvocato e psicologo) e Giuseppe Santi pubblicavano il primo testo italiano dedicato all’ “utilizzo di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari”³³. Il testo ha un taglio essenzialmente psicologico, ma nonostante questo i due autori si sono mostrati consapevoli dell’interazione “problematica” che sussiste tra la mediazione e il sistema giudiziario, dedicando particolare attenzione al ruolo dell’avvocato.

Pur nell’indifferenza del legislatore e soprattutto degli operatori giuridici, dunque, a partire dalla fine degli anni ’80 in Italia iniziavano a nascere i primi centri di mediazione ed a svilupparsi per iniziativa privata, con il ruolo determinante del sostegno pubblico, da

³² CESA-BIANCHI M.,QUADRIO A., SCAPARRO F, “*Maturare la separazione*”, in *Il bambino incompiuto*, N. 2, Milano,1985.

³³ GULLOTTA G., SANTI G., *Dal conflitto al consenso: utilizzazione delle strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Giuffrè, Milano, 1988.

parte degli enti locali. Nel 1989 infatti nacque il primo servizio pubblico di mediazione familiare in collaborazione con il comune di Milano, il “Centro civico GeA”.

Una seconda esperienza significativa per la diffusione della mediazione familiare, si ebbe a Roma nel 1988, quando un'*equipe* di psicologi della facoltà di Psicologia dell'università La Sapienza, coordinata da Anna Maria Dell'Antonio, avviava un servizio sperimentale di mediazione familiare, in collaborazione con l'Ufficio tutele della pretura di Roma, allo scopo di creare un contesto all'interno del quale potesse essere attivata un'accoglienza psicologica e ricercato il significato relazionale dell'esperienza della separazione. A Roma il modello di riferimento è quello parziale e si prevede altresì l'invio alla mediazione da parte del giudice che abbia già esperito il tentativo di conciliazione, nonché la possibilità di coinvolgere nel lavoro di mediazione i figli, allo scopo di privilegiare i loro bisogni. Sempre a Roma, dal 1992, è attivo un servizio di mediazione familiare presso il Centro per l'Età Evolutiva della Asl.

Negli anni seguenti si sviluppano un po' ovunque, numerosi centri di mediazione con diversi orientamenti culturali e impostazione teorico-pratica. Attualmente sono attive strutture di mediazione familiare pubbliche (collocate presso le Asl, i servizi sociali dei Comuni, o nei consultori familiari) o private, nella maggior parte dei capoluoghi italiani.

Nascono inoltre alcune importanti associazioni, tra le quali, l'AIMS (Associazione Internazionale di Mediatori Sistematici) che è nata a Torino nel 1995, ed è divenuta in breve tempo la prima associazione italiana per estensione territoriale e per numero di soci e centri di formazione, ISCRA (Istituto Modenese di psicoterapia Sistemica e Relazionale) di Modena, ITF (Istituto di Terapia Familiare) di Firenze, fondato nel 1981, che riunisce operatori di formazione sistematico-relazionale, seguita dopo qualche mese dalla

SIMeF (Società Italiana di Mediazione Familiare), che opera nel campo della ricerca e della formazione sulla mediazione familiare dal 1995, ed è formata da operatori di diverse provenienze culturali. Altra associazione è l'AIMEeF (Associazione Italiana Mediatori familiari), istituita a Milano nel 1999 e censita dal CNEL quale associazione professionale nel campo della mediazione familiare, la quale accoglie mediatori familiari provenienti da diverse scuole di pensiero e prevede l'obbligo, per i soci, di stipula di una polizza assicurativa contro i danni che il mediatore professionista eventualmente arrechi ai propri clienti; infine l'ANAMeF, (Associazione Nazionale Avvocati Mediatori Familiari), costituita a Roma nel 2006, con l'obiettivo di armonizzare l'attività di mediatore con la professione di avvocato, attraverso un "Codice di Regolamentazione degli avvocati Mediatori", che stabilisce le norme etiche e i requisiti professionali necessari per l'esercizio dell'attività di mediazione familiare da parte degli iscritti all'ordine forense.

Nel frattempo la mediazione familiare si è diffusa in diverse città italiane, tra cui figura anche il comune di Palermo, che ha istituito i servizi di "mediazione familiare" e "spazio neutro". Esperienza interessante è quella dell'Emilia-Romagna, che ha attivato un primo servizio di mediazione familiare a Reggio Emilia nel 1995, all'interno dei "Centri per le famiglie", istituiti dalla Regione Emilia-Romagna fin dal 1992. Oggi tutti i 21 centri della regione offrono un servizio di mediazione familiare pubblico e gratuito, che è indipendente dal sistema giudiziario, ma anche da altri percorsi di tipo socio-sanitario.

La tendenza è, invece, quella di lasciar fuori la mediazione dai servizi consultoriali, che sin dalla loro creazione, nel 1975, hanno sempre avuto un profilo prevalentemente medico e sanitario, ponendo al centro della loro attività i problemi procreativi e sessuali della coppia. Nonostante gli aspetti sociali legati alla prevenzione del

disagio familiare siano stati sempre subordinati ai temi sanitari, è però da notare l'inclinazione a rendere attivo, in molti consultori familiari, soprattutto del Centro-Nord, un servizio di mediazione familiare, condotto da operatori con formazione di base specializzata nella mediazione familiare.

È infine da ricordare come la mediazione familiare, possa essere praticata anche nei centri di mediazione sociale che stanno nascendo in Italia, a partire dall'esperienza avviata a Torino nel 1997 dal Gruppo Abele. I centri si occupano della mediazione familiare in senso ampio, ma mentre alcuni lavorano in stretta collaborazione con i centri di mediazione familiare, altri si occupano, con la stessa legittimità, anche della mediazione in senso stretto, ovvero di conflitti tra i coniugi, separati o meno, con o senza figli.

Se quanto fin qui detto raffigura il panorama italiano degli sviluppi "extragiuridici" della mediazione familiare, riguardanti la creazione di associazioni e centri, che la utilizzano soprattutto come uno strumento terapeutico, è tuttavia da ricordare l'ostinata assenza nel nostro ordinamento di una vera e propria disciplina giuridica dell'istituto in questione, che vede soltanto riferimenti normativi sparsi, inseriti dalla legge n.154/2001 e dalla legge n.54/2006.

L'*excursus* appena illustrato è soltanto l'inizio, insomma, di una storia lunga e in buona parte ancora da scrivere, che ha, come verrà più avanti approfondito, evoluzioni e problematiche tutt'altro che semplici e che difetta, ancora, di una organica disciplina della mediazione familiare, malgrado le numerose proposte di legge e progetti di riforma, che potrebbero comunque essere un buon fondamento per avviarsi verso un qualcosa di più concreto, sulla scia di alcuni stati europei che hanno introdotto all'interno dei loro ordinamenti la disciplina dell'istituto in parola, facendone un istituto indispensabile.

1.4. Mediazione familiare nelle fonti sovranazionali.

La prospettiva di una più ampia e capillare diffusione della mediazione familiare riflette le fonti normative internazionali, dirette a promuovere e garantire la coesione all'interno della famiglia, perfino là dove il rapporto giunga ad una fase patologica.

In *primis*, preme porre l'accento su come l'istituto della mediazione si collochi nell'orbita della c.d. "privatizzazione" del diritto della famiglia, promossa proprio da una fonte normativa internazionale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e ratificata dall'Italia nel 1955. L'art 8 della suddetta Convenzione disciplina il diritto al rispetto della vita privata e familiare, e nel farlo sottolinea l'impossibilità di ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto, se non nei casi espressamente previsti dalla legge³⁴. Tale articolo può essere considerato un principio ispiratore, consistente nel fatto che la mediazione familiare nasce dalla necessità di ristabilire la reciprocità del rispetto alla vita privata e familiare, ma anche un limite all'intervento mediativo, vertente sull'impossibilità del mediatore familiare di violare la riservatezza delle informazioni acquisite. La norma in parola, alla quale può essere attribuito il pregio di aver dato avvio al fondamentale passaggio da una visione ideologica degli istituti di diritto familiare, verso una nuova concezione di questi, ponendo le basi per l'odierna struttura normativa delle relazioni familiari, è stata poi recepita dall'articolo 7

³⁴ Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Roma, 1950, art. 8: *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*.

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.³⁵

Assume inoltre rilevanza la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1984, ratificata dall'Italia nel 1990. L'articolo 5, del Protocollo 7 del suddetto testo, recita: "I coniugi godranno dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civilistico tra loro e nelle loro relazioni con i loro figli, in caso di matrimonio, durante il matrimonio e dopo la fine del matrimonio stesso. Questo articolo non impedirà allo Stato di adottare le misure necessarie per la tutela degli interessi dei figli".³⁶

Considerando che la mediazione familiare è un intervento anche a tutela degli interessi dei minori, è da sottolineare la stretta relazione che sussiste tra essa e le fonti normative sui diritti minorili. La Dichiarazione dei diritti del bambino, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 e il cui contenuto è stato meglio esplicitato trent'anni dopo nella Convenzione sui diritti del fanciullo, stilata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata nel 1991, riporta il principio fondamentale della prevalenza dell'interesse del minore su ogni altro interesse, così da preservare la personalità del soggetto in età evolutiva, da ogni forma di manipolazione che provenga non solo dalla famiglia, ma da chiunque possa entrare in conflitto con il minore stesso. La funzione mediativa si conforma in particolare agli articoli 8 e 9, che stabiliscono rispettivamente il diritto del fanciullo alle relazioni familiari e alla continuità genitoriale.³⁷ La convenzione riconosce, inoltre, il diritto

³⁵ La Carta di Nizza, approvata dal Consiglio d'Europa l'11 dicembre del 2000, ha assunto ora il medesimo valore giuridico dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona.

³⁶ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Strasburgo, 1984, art 5, protocollo 7.

³⁷ Convenzione dei diritti del fanciullo, New York, 1989. Art 8: "1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. 2. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti

del minore ad essere ascoltato in tutti i procedimenti giudiziari o amministrativi che lo coinvolgono, direttamente o per mezzo di un rappresentante o di un'apposita istituzione, in accordo con le procedure della legislazione nazionale³⁸; precisa, altresì, le comuni responsabilità dei genitori e la necessità di instaurare servizi sociali efficienti e tempestivi utili a tale scopo³⁹.

devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile”.

Art 9: “1. Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivano separati e una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo. 2. In tutti i casi previsti al paragrafo 1 del presente Art., tutte le Parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e di far conoscere le loro opinioni. 3. Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi, di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i suoi genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo. 4. Se la separazione è il risultato di provvedimenti adottati da uno Stato Parte, come la detenzione, l'imprigionamento, l'esilio, l'espulsione o la morte (compresa la morte, quale che ne sia la causa, sopravvenuta durante la detenzione) di entrambi i genitori o di uno di essi, o del fanciullo, lo Stato parte fornisce dietro richiesta ai genitori, al fanciullo oppure, se del caso, a un altro membro della famiglia, le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trovano il familiare o i familiari, a meno che la divulgazione di tali informazioni possa mettere a repentaglio il benessere del fanciullo. Gli stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti di per se conseguenze pregiudizievoli per la persona o per le persone interessate”.

³⁸ Convenzione dei diritti del fanciullo, New York, 1989. Art 12: “1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale”.

³⁹ Convenzione dei diritti del fanciullo, New York, 1989. Art 18: “1. Gli Stati parti faranno del loro meglio per garantire il riconoscimento del principio secondo il quale entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo e il provvedere al suo sviluppo. La responsabilità di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo incombe innanzitutto ai genitori oppure, se del caso ai suoi tutori legali i quali devono essere guidati principalmente dall'interesse preminente del fanciullo. 2. Al fine di garantire e di promuovere i diritti enunciati nella presente Convenzione, gli Stati parti accordano gli aiuti appropriati ai genitori e ai tutori legali nell'esercizio della responsabilità che incombe loro di allevare il fanciullo e provvedono alla creazione di istituzioni, istituti e servizi incaricati di vigilare sul benessere del fanciullo. 3. Gli Stati parti

Si noti come l'istituto in questione abbia ormai lasciato la sua impronta nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, trovando il suo principio originario allorché la Corte, già nel 1979, sottolineò come l'affermazione dei diritti e delle libertà personali anche in ambito familiare pone in capo agli Stati obblighi negativi, volti al rispetto delle posizioni soggettive e alla non ingerenza degli Stati nelle realtà familiari; e positivi, volti a garantire margini di intervento pubblico a protezione dei medesimi diritti, specie se titolare di questi è un soggetto minore di età, che deve essere oggetto di tutela ordinamentale.

Proseguendo questo “*excursus*” delle principali tappe fondamentali che hanno contribuito a far prendere coscienza, nel panorama giuridico internazionale, di quella che è la portata della mediazione in ambito familiare dell'orientamento indicato dalla Corte di Strasburgo, vengono alla mente le riflessioni sul futuro del diritto della famiglia, affrontate nel corso della Terza Conferenza europea sul diritto della famiglia, che può considerarsi la prima occasione nella quale si è affermata l'utilità della mediazione familiare come strumento per risolvere le controversie in materia, tanto che si dette al Consiglio d'Europa il “compito” di predisporre uno strumento internazionale che contenesse i principi guida di questa tecnica. Il Consiglio d'Europa, commissionò così ad un comitato di esperti, l'elaborazione di un progetto di raccomandazione in materia, che fu poi oggetto di analisi da parte del Comitato europeo di cooperazione giuridica. Dopo un anno, si ebbe l'esplicita conferma dell'importanza che l'Europa attribuiva allo strumento della mediazione, tanto che il 25 gennaio 1996 fu siglata la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori,

adottano ogni appropriato provvedimento per garantire ai fanciulli i cui genitori lavorano, il diritto di beneficiare dei servizi e degli istituti di assistenza all'infanzia, per i quali essi abbiano i requisiti necessari”.

entrata in vigore il primo luglio 2000. La Convenzione in parola, sottolinea esplicitamente la possibilità che il fanciullo, in quanto titolare di diritti, li eserciti effettivamente, in particolare nelle procedure in cui è direttamente coinvolto, riconoscendo espressamente a tale scopo, il diritto all'ascolto⁴⁰.

Si arrivò, per tal via, all'adozione, da parte del Consiglio d'Europa, della raccomandazione 21 gennaio 1998 n. 616 R (98)⁴¹, da considerarsi forse il passo decisivo verso il pieno riconoscimento della mediazione familiare, anche se in una fonte che non ha natura vincolante.

Con la Raccomandazione n. 616/98 si invitarono gli Stati membri ad “introdurre o promuovere la mediazione familiare o, dove necessario, rafforzare la mediazione” se già esistente “quale processo in cui un terzo, imparziale e neutrale, assiste le parti nel negoziare le questioni oggetto della lite in vista dell'accordo”; con la medesima raccomandazione si sollecitarono gli Stati a provvedere all'attuazione dei principi per la promozione e l'utilizzo di questo strumento.

È inoltre da menzionare la raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 23 novembre 2003 n. 1639, con la quale si ribadì l'esigenza di promuovere l'affermazione della mediazione familiare negli ordinamenti degli Stati membri, stimolando la definizione del rapporto tra essa e l'attività dell'autorità giudiziaria, ed emanando precise regole di funzionamento.

I diritti e i principi fin qui esposti sono stati poi riconfermati nell'articolo 84, rubricato “Diritti del minore”, della Costituzione

⁴⁰ Convenzione sull'esercizio dei diritti da parte del minore, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 1996. Art 13: *Mediazione e altri metodi di soluzione dei conflitti*. “Al fine di prevenire o di risolvere i conflitti, e di evitare procedimenti che coinvolgano minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che le Parti riterranno opportuni”.

⁴¹ Raccomandazione della Comunità europea-Comitato dei ministri degli Stati membri sulla mediazione familiare, adottata dal Comitato dei ministri il 21 gennaio 1998 nel corso del 616° incontro dei Delegati dei Ministri.

Europea del 29 ottobre 2004.

Infine, il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio⁴², disciplina, all'art. 55⁴³, la “Cooperazione nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale” e prevede nello specifico, alla lettera e, che le autorità centrali provvedono a “facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera”.

Concludendo, alla luce del panorama normativo internazionale appena illustrato, appare evidente che la mediazione familiare affonda le sue radici nel diritto internazionale, prima ancora di trovare riconoscimento nei singoli stati interni.

⁴² Regolamento (CE) del 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (Bruxelles II).

⁴³ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, Articolo 55:

Cooperazione nell'ambito di cause specifiche alla responsabilità genitoriale.

Le autorità centrali, su richiesta di un'autorità centrale di un altro Stato membro o del titolare della responsabilità genitoriale, cooperano nell'ambito di cause specifiche per realizzare gli obiettivi del presente regolamento. A tal fine esse provvedono, direttamente o tramite le autorità pubbliche o altri organismi, compatibilmente con l'ordinamento di tale Stato membro in materia di protezione dei dati personali:

a) a raccogliere e a scambiare informazioni:

i) sulla situazione del minore;

ii) sugli eventuali procedimenti in corso;

iii) sulle decisioni adottate relativamente al minore;

b) a fornire informazioni e assistenza ai titolari della responsabilità genitoriale che chiedono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul loro territorio, relativamente in particolare al diritto di visita e al ritorno del minore;

c) a facilitare la comunicazione fra le autorità giurisdizionali, in relazione soprattutto all'attuazione dell'articolo 11, paragrafi 6 e 7, e dell'articolo 15;

d) a fornire informazioni e sostegno utili all'attuazione dell'articolo 56 da parte delle autorità giurisdizionali;

e) a facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera.

CAPITOLO II

2. LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN ITALIA

2.1. Lo sviluppo delle famiglie in Italia

All'interno del nostro ordinamento, nonostante le numerose trasformazioni sociali e culturali, la famiglia costituisce sempre un valore fondamentale ed imprescindibile, confermato ed evidenziato dalla stessa Costituzione della Repubblica italiana, che all'art. 29, comma 1, definisce la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio".

In realtà però, afferma Rescigno⁴⁴ riferendosi alla famiglia, ormai nessuno più la intende in funzione di una regolazione giuridica "senza confini di tempo e di spazio". Questo per dire che non esiste più soltanto l'unico modello di famiglia definito dalla Costituzione, con il proprio fondamento nel matrimonio, ma si assiste piuttosto ad una moltiplicazione dei fenomeni familiari, quali la formazione di famiglie omosessuali o monogenitoriali, ricomposte o non fondate sul matrimonio, che danno luogo a sempre più numerosi dibattiti, ma che vengono allo stesso tempo tutelate dall'articolo 2 della Costituzione⁴⁵, nonché riconosciute dall'articolo 9 della Carta di Nizza⁴⁶, che separa il diritto di costituire una famiglia, da quello di sposarsi.

⁴⁴ Rescigno, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, IV, 78.

⁴⁵ Costituzione della Repubblica Italiana, Articolo 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

⁴⁶ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Articolo 9: *Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*. Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio.

Sulla questione relativa al moltiplicarsi dei modelli familiari e alle conseguenti problematiche insorte per l'equiparazione di questi alla famiglia costituzionale, potrebbe essere aperta un' ampia parentesi. In questa sede, tuttavia, preme soltanto ricordare come l'istituto della mediazione familiare oggetto di questa trattazione, vada ben oltre il riconoscimento costituzionale della famiglia quale quella fondata sul matrimonio, e si veda applicare anche alle c.d. famiglie di fatto.

Da non sottovalutare è, altresì, la trasformazione che si è avuta anche all'interno delle tradizionali unioni, stabili e fondate sul matrimonio, in riferimento alla maggiore autonomia degli individui, a scapito della solidarietà familiare. Alla centralità assoluta attribuita alla prole nella vita affettiva delle famiglie, inoltre, corrisponde oggi una sempre maggiore simmetria tra i ruoli dei coniugi, a svantaggio delle divisioni "tradizionali" dei compiti.

Se è vero dunque che sono le modifiche del quadro normativo ad orientare i comportamenti sociali, è anche vero che in realtà la società si muove, spesso e volentieri, più velocemente del legislatore o dei giudici. Alle trasformazioni sociali devono allora inevitabilmente accompagnarsi i corrispondenti cambiamenti nella regolazione giuridica delle famiglie, con il faticoso obiettivo di adeguare la rappresentazione del diritto alla mutata realtà sociale.⁴⁷

2.1.1. Il panorama legislativo.

Dal punto di vista legislativo, i primi cambiamenti evidenti della concezione del nucleo familiare, si registrano a cavallo tra il 1970 e il 1981, durante questo lasso di tempo, infatti, tre leggi e due

⁴⁷ Il codice del 1942 si fondava su un modello tradizionale di famiglia, che, già al momento in cui venne formulato, non corrispondeva più ai desideri e alle aspettative della popolazione italiana; anche la giurisprudenza infatti, per molto tempo, si rifiutò di adeguare l'interpretazione delle norme codicistiche sia ad una realtà sociale profondamente cambiata, sia ai principi contenuti nella costituzione.

referendum contribuirono a dare una nuova fisionomia all'istituto familiare, dalla quale ancora oggi è contraddistinto.

In particolare, la legge 1° dicembre 1970, n.898, e la profonda riforma del diritto della famiglia, attuata con la legge 19 maggio 1975, n.151, non hanno espresso soltanto l'esigenza di adeguare la legislazione familiare ai principi costituzionali, ma hanno proficuamente rappresentato i profondi cambiamenti messi in atto dal legislatore, avvenuti all'interno della realtà familiare, e più in generale della società italiana, anche e soprattutto dopo il 1948, cercando di ovviare alla "perdita di attualità" delle regole del codice civile, stabilite nel 1942.

Ma andando in ordine temporale, il primo riferimento legislativo fu la succitata legge 1° dicembre 1970, n. 898, alla quale si deve l'introduzione dell'istituto del divorzio in Italia⁴⁸. Questa innovazione venne accompagnata da un clima di forte ostilità, anche e soprattutto perché rappresentava un primo segnale verso il superamento della concezione pubblicistica dei rapporti familiari, con la conseguente tendenza alla privatizzazione degli stessi.⁴⁹

In seguito al vivace dibattito la legge sul divorzio fu prima posta al vaglio della Corte Costituzionale e successivamente oggetto di referendum abrogativo, conosciuto anche come Referendum sul Divorzio, il 12 e 13 maggio 1974, con il 59,3% dei votanti per il no e il 40,7% per il sì. La normativa fu poi modificata dalla legge 74/1987⁵⁰, con la quale si procedette a ridurre i tempi necessari per

⁴⁸ Legge n.898/1970, sulla "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio", promulgata dal Presidente della Repubblica, il 1° dicembre 1970, consultabile in www.altalex.com.

⁴⁹ Già da tempo, la migliore dottrina, pur riconoscendo la validità del ricorso agli strumenti dell'autonomia privata in ambito familiare, avverte le insidie alle quali una estrema privatizzazione del sistema-famiglia rischia di esporre il medesimo, specie se spinta, "sino alla rinuncia ad un regime giuridico dei fenomeni familiari", in Rescigno, Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare", *Giurisprudenza Italiana*, 1995, IV, 78.

⁵⁰ Legge 6 marzo 1987, recante "Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio", approvata dalla Camera dei deputati e dal

giungere alla sentenza definitiva di divorzio e si introdusse la possibilità per il giudice di pronunciare una sentenza parziale, che dichiarasse il divorzio in tempi brevissimi e, separatamente alle ulteriori condizioni accessorie allo scioglimento, le questioni economiche, l'affidamento dei figli e quanto altro dovesse essere discusso, così da evitare l'instaurazione di eventuali cause che avessero il solo fine di ritardare lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

La legge 898/1970 fu soltanto un primo passo verso la riforma di un istituto che rispondeva ancora ai principi della tradizione napoleonica.

La tappa successiva fu appunto caratterizzata dalla Legge n.151 del 1975, che segnò il momento di passaggio tra due concezioni della famiglia profondamente diverse, dalla famiglia intesa come istituzione⁵¹, alla famiglia come formazione sociale e come realtà che nasce dalla libera scelta delle persone, che si basa su vincoli di affetto e solidarietà, il cui perdurare legittima lo stesso vincolo giuridico. Nel 1975, infatti, la società italiana sembrava pronta, se non addirittura in attesa, di una sostanziale modifica del codice civile, che riportasse le norme sulla famiglia, non soltanto in linea con i principi dettati dal legislatore costituzionale, ma soprattutto con la sostanziale evoluzione dei costumi e della realtà sociale, anche se con forti disomogeneità territoriali.

Una riforma attesa, ma anche molto faticosa da portare a termine, come dimostra il lungo periodo trascorso tra le prime proposte di revisione organica del diritto di famiglia, nel 1967, e l'approvazione definitiva della legge il 19 maggio 1975.

Senato della Repubblica ed entrata in vigore il 12 marzo 1987, consultabile in www.normattiva.it.

⁵¹ In quanto istituzione, la famiglia era considerata un'entità permanente, al di là delle singole identità e delle mutevoli aspirazioni degli individui che la compongono, e organizzata secondo ruoli rigidamente stabiliti, da cui discendevano diritti e obblighi differenziati.

L'approvazione della riforma caratterizzò il superamento del modello di relazioni familiari che il codice civile aveva riproposto nel 1942, nonché il riallineamento delle posizioni espresse dalla costituzione. Fu infatti riaffermato il principio di uguaglianza giuridica e morale tra i coniugi, sancendo la completa parità dei diritti e dei doveri che sorgono con il matrimonio⁵² e la conseguente necessità di concordare insieme la residenza e l'indirizzo della vita familiare⁵³.

Quello della parità tra moglie e marito era, appunto, uno dei punti qualificanti della riforma, e venne messo in risalto per ogni aspetto della vita coniugale, sia per gli aspetti patrimoniali, sia per quel che riguarda l'esercizio della potestà genitoriale. Quanto agli aspetti patrimoniali viene in rilievo l'abolizione della dote, nonché l'accoglimento della comunione dei beni come regime legale del matrimonio⁵⁴, così da rafforzare l'unità familiare e tutelare il lavoro casalingo delle donne, riconoscendone l'utilità economica.

Proprio in relazione a questo aspetto, è da ricordare l'articolo 316 del codice civile, che al secondo comma affermava il principio secondo cui "la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori", formulazione che si trova, attualmente⁵⁵, al primo comma

⁵² Art. 143 codice civile: *Diritti e doveri reciproci dei coniugi*.

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

⁵³ Art. 144 codice civile: *Indirizzo della vita familiare e residenza della famiglia*.

I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.

A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato.

⁵⁴ Art. 159. *Del regime patrimoniale legale tra i coniugi*.

Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'articolo 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo.

⁵⁵ L'art 316 del codice civile è stato sostituito, a decorrere dal 7 febbraio 2014, dall'articolo 39, comma 1, del D.Lgs 28 dicembre 2013, n.154, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 8 gennaio 2014, n. 5, recante "modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento

dello stesso art 316 e che recita “entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale, che è esercitata di comune accordo...”.

Se formalmente la normativa sanciva un principio di uguaglianza tra uomo e donna all'interno della famiglia, in realtà però, su un piano sostanziale, resisteva ancora una disuguaglianza tra i due, si pensi ad esempio al comma 4 dello stesso articolo 316, che prima dell'attuale formulazione, avvenuta con decreto legislativo 154/2013, affermava che laddove occorresse adottare provvedimenti “urgenti e indifferibili”, e sussistesse “un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio”, in caso di contrasto tra i genitori, si sarebbe dovuto far ricorso al vecchio criterio della prevalenza della volontà del padre.

Limiti questi ultimi tutt'altro che semplici da superare, ma nonostante ciò si può ben comprendere come l'istituto familiare sia stato interessato negli ultimi quarant'anni da una profonda evoluzione e i brevi cenni appena fatti, relativi ad alcune delle più importanti tappe in tale ambito, sono utili a capire il contesto socio-giuridico in cui si è inserito l'istituto della mediazione familiare.

2.2. Verso il riconoscimento della mediazione familiare.

In conseguenza della profonda e complessa trasformazione socio-culturale che ha interessato la famiglia, anche in Italia, seppur molto lentamente e con ritardo di qualche anno rispetto agli altri paesi europei, ha iniziato a farsi spazio l'istituto della mediazione familiare. A favorirne l'ingresso è stata, senza dubbio, la progressiva valorizzazione dell'accordo come mezzo per realizzare la parità e l'unità all'interno del nucleo familiare. È da tenere presente che l'istituto de quo, non è rivolto unicamente alle coppie che hanno deciso di separarsi. Possono di fatti avvalersi dell'ausilio del

fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi”.

mediatore familiare le coppie che hanno la necessità di ritrovare, all'interno di un territorio neutro, un proprio ruolo coniugale e/o genitoriale, che il tempo e i contesti conflittuali stavano facendo deteriorare.

La mediazione è arrivata con il passare degli anni, ad incidere sul modo di essere della giurisdizione, soprattutto familiare e minorile.

Inizialmente, in realtà, si riscontrava un generale scetticismo nei confronti della nuova disciplina, ignorandone i risultati positivi, quali la riduzione della conflittualità delle controversie familiari, come invece dimostravano le esperienze di nazioni quali gli Stati Uniti d'America, l'Inghilterra, il Canada, la Francia. Alla fine degli anni '70 però, le procedure giudiziali iniziarono a perdere di positività e magistrati, avvocati, ma anche gli stessi genitori separati, divorziati, o semplicemente in crisi, riscontravano in esse, una delle cause dell'aggravarsi della conflittualità familiare e dell'iniziale disaccordo e non, piuttosto, uno strumento per comporre gli interessi contrastanti.

Questa nuova concezione del processo incoraggiò l'interessamento ad istituti alternativi di soluzione del conflitto ed attraverso l'elaborazione dottrinale di esperienze straniere, la mediazione familiare, seppur con non poche difficoltà, iniziò a prendere piede in Italia, sia sul piano teorico che su quello applicativo.

Dopo una fase di iniziale diffidenza perciò, il nostro legislatore tentò, con interventi non sempre e non subito specifici ed efficaci, di dare riconoscimento all'istituto della mediazione familiare con alcune previsioni normative.

2.3. I primi interventi normativi in materia di mediazione

familiare.

2.3.1. Legge n. 285/1997.

L'esigenza di definire a livello normativo l'istituto della mediazione familiare, comparve in seguito a vari interventi normativi susseguitisi nel tempo.

La strada verso il riconoscimento della mediazione in ambito familiare è stata difatti aperta da alcune coraggiose pronunzie giudiziarie e da atti legislativi diretti a promuoverne lo sviluppo. Il primo vero e proprio riferimento legislativo in materia lo si registra con l'ingresso nel nostro ordinamento, della legge 28.8.1997, n. 285, c.d. legge Turco-Napolitano, rubricata "Disposizioni per la promozione di diritti ed opportunità per l'infanzia e l'adolescenza", con la quale è stato istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Fondo Nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, che ha lo scopo di favorire la promozione dei diritti dei fanciulli, attraverso interventi a livello nazionale, regionale e locale.

L'art. 4⁵⁶ alla lettera i) della suddetta legge, prevedeva i servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine di superare le difficoltà relazionali. Riconoscimento quest'ultimo molto significativo, se si pensa che ha consentito ai centri di mediazione familiare già esistenti, di avere accesso, oltre che ai finanziamenti stanziati dagli enti locali presso cui erano stati istituiti, altresì ai fondi erogati a livello nazionale direttamente dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dai Ministeri competenti.

In riferimento alla legge in questione, due sono gli aspetti che preme mettere in rilievo.

⁵⁶ Articolo 4, legge 28 agosto 1997, n. 285, rubricato "Servizi di sostegno alla relazione genitore-figli, di contrasto della povertà e della violenza, nonché misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo assistenziali".

In primo luogo, la legge del 1997 ribadisce che la mediazione familiare è considerata dall'ordinamento prevalentemente uno strumento giuridico con la finalità di perseguire una migliore tutela dell'interesse dei minori. Tale impostazione, come vedremo in seguito, è stata riproposta dalla legge sull'affidamento condiviso del 2006, in linea con la definizione di mediazione approvata in molti codici deontologici, ma anche con l'importante "Convenzione europea sull'esercizio dei diritti da parte dei minori" approvata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata in Italia con la legge 20 marzo 2003, n. 77. L'art 13 della Convenzione in parola, incoraggia infatti il ricorso alla mediazione familiare, "al fine di prevenire o di risolvere i conflitti, e di evitare procedimenti che coinvolgono minori dinanzi ad un autorità giudiziaria".

Una questione di fondamentale importanza è quella del coinvolgimento diretto dei minori nella mediazione familiare, per la quale non esiste, neanche tra i mediatori stessi, opinione unanime. Le diverse opinioni sul punto, tutte peraltro ugualmente legittime, fanno dedurre che la tutela degli interessi dei minori attraverso la mediazione e il sostegno alla relazione genitori-figli di cui parla la stessa legge 285 del 1997, possono realizzarsi anche in maniera indiretta, senza la partecipazione dei minori agli incontri di mediazione, in quanto potrebbe compromettere non solo il buon esito della stessa, ma anche la neutralità del mediatore.

In secondo luogo è da prendere in considerazione un altro aspetto che la legge n. 285 mette in evidenza, ossia il riferimento che l'art 4. fa sia ai servizi di mediazione, sia a quelli di consulenza per la famiglia e i minori, distinguendo a tal proposito, le figure professionali dei mediatori familiari e dei consulenti familiari. In un brano si sottolinea con chiarezza il confine tra l'attività del mediatore e quella del consulente: "il mediatore familiare è quel professionista deputato a svolgere una funzione di composizione. Imparziale e

neutrale, deve aiutare le parti a negoziare, ponendosi al di sopra del conflitto; è tenuto a rispettare le opinioni delle parti, a difendere la parità delle posizioni nell'ambito della trattazione; non deve (ne può) imporre soluzioni; deve prestare particolare attenzione al benessere e all'interesse superiore dei figli. Dunque, compito del mediatore non è quello di aiutare le parti a mantenere (o rafforzare) l'unione, bensì quello di cercare di aiutarli a dialogare in vista della separazione o del divorzio, tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti. Consulenti familiari sono quei professionisti che trattano questioni relative a singoli, coppie, famiglie, anche per problemi riguardanti la prole. Per quanto qui interessa, giova sottolineare che il campo di azione del consulente familiare è ampio e tende a fare riacquistare, alla coppia, quel rapporto armonico che –nel tempo– si è deteriorato, e la cui assenza incide negativamente anche sui figli. In altri termini, il consulente familiare tende a rafforzare il legame tra i coniugi e tra i genitori ed i figli, nel rispetto delle loro convinzioni etiche”⁵⁷.

Si può dunque notare come lo scopo del mediatore familiare, non è quello di far rientrare il conflitto, quanto piuttosto quello di mettere le parti in condizione di affrontare i problemi in maniera più costruttiva, stabilendo, se così si può dire, le regole entro cui esse possono continuare a discutere, qualora quella fosse la loro volontà. La legge 285 condivide appunto questa posizione, laddove mette in risalto la netta separazione dei ruoli, così da evitare sovrapposizioni che potrebbero rilevarsi inopportune.

Chiusa questa parentesi, è da sottolineare in questa sede, come una delle finalità della legge *de quo*, sia quella di dare attuazione ai principi raggiunti con la Convenzione di New York del 1989, c.d. Convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva in Italia con la legge n. 176/1991.

⁵⁷ SIGILLO' V., *Il mediatore familiare può considerarsi un ausiliario (atipico) del giudice?*, in *il Diritto di Famiglia e delle Persone*, (2), 1506-1509.

Altro richiamo alla mediazione familiare, è stato effettuato successivamente con il DPR 13 giugno 2000, attraverso il quale è stato approvato il Piano Nazionale di azione degli interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva per il biennio 2000-2001, riconoscendo a tal proposito la necessità di sostenere lo sviluppo dei servizi di mediazione familiare.

2.3.2. Legge 4 aprile 2001, n. 154: la mediazione familiare e la violenza domestica.

Una sostanziale novità è costituita dalla legge n. 154/2001, con la quale il legislatore italiano ha inteso colmare una lacuna del nostro ordinamento, attraverso l'introduzione di nuove "misure contro la violenza nelle relazioni familiari", novellando il codice civile. A livello strettamente civilistico, la legge in questione introduce gli articoli 342 *bis* e *ter*, riguardanti l'istituto della "protezione contro gli abusi familiari".

Al fine di offrire tutela alle vittime di violenza familiare, salvaguardando così la possibilità di recuperare i rapporti lesi a causa degli abusi, si permette ai giudici di emanare i cosiddetti "ordini di protezione"⁵⁸, riconoscendo dunque la necessità di predisporre una tutela per il coniuge più debole nella richiesta di separazione personale, e in tutti i casi in cui il ricorso al codice penale (art. 572 c.p.) per il reato di maltrattamenti in famiglia, non sia ne proporzionato ne adeguato alle esigenze delle vittime.

Lo stesso art. 342 *ter*, oltre a dare la possibilità di emanare i suddetti "ordini di protezione", permette ai giudici di "disporre, ove

⁵⁸ L'art. 342 *ter* c.c. ad esempio, tra i possibili ordini di protezione, oltre che la "la cessazione della stessa condotta" e "l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante" (comma 1), prevede anche, al comma 2, "il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati".

occorra, l'intervento di servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare" (art.342 *ter*, comma 2), nell'ottica di un ripristino dei legami familiari, soprattutto in previsione dei limiti temporali dell'ordine di protezione, che non può essere superiore a sei mesi ed è prorogabile, "su istanza di parte, soltanto se ricorrano gravi motivi per il tempo strettamente necessario".

Come si percepisce appunto dal secondo comma dell'art. 342 *ter*, l'intervento dei servizi sociali o del centro di mediazione familiare rappresenta, non una misura alternativa all'ordine di protezione, quanto piuttosto cumulativa, e questo ha suscitato contrasti di opinioni in relazione a quella che è la natura della mediazione stessa, che se inserita all'interno di un contesto sanzionatorio, come quello dell'imposizione di ordini di protezione, potrebbe avere un risultato tutt'altro che efficace.

In dottrina si ravvisa, se non altro, nell'applicazione della mediazione familiare a questo contesto, quella che è una funzione non tradizionale dell'istituto, in quanto qui non si mira al tipico raggiungimento dell'accordo tra le parti, ma piuttosto all'atipico scopo di far desistere il familiare abusante dal suo atteggiamento illegittimo, tanto che l'articolo 342 *ter* al secondo comma, affianca all'intervento dei centri di mediazione familiare anche le "associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati". Vi è chi, ha dato particolare importanza all'inserimento dell'istituto mediativo in questo contesto, perché ha consentito di aprirlo alle famiglie non fondate sul matrimonio e prive di figli⁵⁹. L'invio al centro di mediazione è mirato a ridurre le conseguenze degli abusi sui rapporti in crisi, anche se in realtà per una buona

⁵⁹ Tommaseo F., *Mediazione familiare e processo civile*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 831-834 afferma che "questo riferimento alle norme sugli ordini di protezione contro gli abusi familiari è comunque interessante poiché ci mostra come l'accesso alla mediazione è qui prevista anche per i membri di una famiglia di fatto e, più in generale, a prescindere dall'esistenza di figli minori".

riuscita, presuppone il consenso e la collaborazione delle parti, per cui sarebbe opportuno che il giudice lo disponesse soltanto laddove esse vi abbiano acconsentito. Non a caso, se vogliamo, lo stesso articolo 342 *ter*, affida al giudice il potere di assumere la misura mediativa, “ove occorra”.

Ed è proprio sul tema della possibilità del consenso, o per meglio dire, dell’onestà e della volontarietà dello stesso, in situazioni così delicate quali quelle derivanti dal problema della violenza domestica, che sono nate accese discussioni, in quanto, per voler citare le parole dell’autore statunitense Hart, “la realtà è che una donna maltrattata non è libera di scegliere. Non è libera di preferire la mediazione o di rifiutarla, se il suo aggressore la sceglie, non è libera di identificare e difendere le componenti essenziali della sua autonomia e sicurezza e di quella dei suoi bambini, non è libera di terminare la mediazione ove ritenga che non stia funzionando. In definitiva, non è libera di convenire o dissentire con il linguaggio degli accordi. Il suo esplicito consenso è sotto costrizione”⁶⁰.

La mediazione, in questo senso, rischia dunque di cadere nella tentazione di mirare esclusivamente al raggiungimento dell’accordo, tralasciando l’importanza di quelle che sono le indagini giudiziarie, che potrebbero condurre ad accogliere tutte le possibili tutele e garanzie a difesa della parte più debole.

Vi è chi rifiuta, in maniera decisa, la possibilità di ricorrere alla mediazione tra coniugi coinvolti in episodi di violenza. Tra gli stessi mediatori familiari italiani, la consapevolezza che il loro intervento non possa essere appropriato in tutti i conflitti familiari, è unanime, ed è anche da questa stessa consapevolezza, che ne deriva il rifiuto della mediazione come passaggio obbligato nei procedimenti di separazione e di divorzio, anche perché ogni mediazione in presenza

⁶⁰ HART B., *Gentle Jeopardy: The Further Endangerment of Battered Women and Children in Custody Mediation*, in *Mediation Quarterly*, 1990, (7), 317 ss.

di una situazione di abuso, corre il rischio di sostenerlo, rendendolo in qualche modo legittimo.

L'opinione possibilista sull'utilizzo della mediazione nei conflitti segnati dalla violenza, la si ritrova negli approcci terapeutici alla mediazione, con la prospettiva e l'aspettativa in ogni caso, che laddove rilevasse un qualsiasi fattore in grado di influenzare il consenso libero e consapevole delle parti, il mediatore abbia il buon senso di interrompere il suo lavoro, rimettendolo semmai al giudice; d'altro canto però, vi sono mediatori provenienti dal mondo della psicoterapia, che si ritengono, e viene da dire pericolosamente, in grado di affrontare con le loro conoscenze, anche situazioni particolarmente difficili.

Probabilmente, non è neanche da escludere, che la permissività della mediazione, anche in situazioni in cui la conflittualità familiare è più delicata, in quanto accompagnata da episodi di violenza, derivi dallo sguardo che può essere gettato oltre l'ambito familiare ed in particolare all'applicazione dell'istituto della mediazione in ambito penale, ove questo è, in alcuni casi, utilizzato come principale strumento della c.d. "giustizia riparativa", con lo scopo di far incontrare le vittime ed i presunti autori del reato, affinché possano insieme superare il conflitto da cui è scaturito il fatto-reato. È dunque sicuramente nella prospettiva della buona riuscita dell'intervento di mediazione, che si consolidano le opinioni favorevoli, ma è anche vero che non pochi sono i rischi, come ad esempio quello dell'imputato che prende parte alla mediazione soltanto per non essere incarcerato, o per poter accedere ad una pena più leggera.

È chiaro pertanto che la questione dell'applicazione della mediazione familiare in questo ambito, è tutt'altro che semplice, ed è allora opportuno ricordare come il legislatore sia stato attento a circoscrivere l'avvio della procedura mediativa, ad un mero tentativo. È inoltre da sottolineare come gli ordini di protezione citati

nella legge del 2001, non siano altro che misure intermedie, avviabili soltanto laddove non sia necessario accedere alla più forte e decisiva tutela penale.

In positivo, ed a favore della legge n. 154 del 2001, va dunque ricordato come, in realtà, un centro di mediazione familiare mira sempre a ricostruire tranquillità e stabilità all'interno dell'ambiente familiare, ma se è vero questo, è anche vero che non si possono cancellare le perplessità derivanti dalla mancanza di qualsiasi menzione, nell'art.342 *ter*, al consenso delle parti, così come non può essere sottovalutato il rischio che la mediazione, possa risultare inefficace o, peggio ancora, servire a nascondere episodi di violenza o maltrattamenti.

Inutile dire, concludendo, come i rischi appena indicati possano risultare ancora più accentuati in un ordinamento che, come il nostro, continua ad espandere la rilevanza della mediazione familiare senza però dotarla di una disciplina.

2.4. Progetti di riforma in materia.

Seguendo l'orientamento di altri paesi europei e con l'obiettivo di concedere alla mediazione familiare una collocazione più significativa all'interno delle procedure giudiziali di separazione e divorzio, si è avviato un considerevole dibattito parlamentare e dottrinale, che ha dato luogo al succedersi di vari progetti di riforma in materia.

Negli ultimi anni sono state presentate alcune proposte di legge, che oscillavano tra la mediazione familiare come attività obbligatoria e la mediazione intesa come facoltativa: da ricordare è in primis la proposta di legge n.66 /2001⁶¹, nota anche come proposta di legge Tarditi, con la quale si mirava al superamento del modello di

⁶¹ Proposta di legge n. 66 sulle "Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli", presentata il 30 maggio 2001.

affidamento esclusivo o monogenitoriale a favore del c.d affidamento condiviso, che afferma il principio della bi-genitorialità, un sistema nel quale si alterna appunto tra una mediazione familiare obbligatoria e facoltativa.

Altro passo è stato compiuto dal disegno di legge n. 1036/2002, sulle “Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli”, su iniziativa del Senatore Callegaro, che prevedeva la modifica dell’art 155 c.c. e l’introduzione nello stesso codice civile dell’art 155 ter, il quale mirava ad istituire centri familiari polivalenti, che potessero offrire anche servizi di mediazione familiare.

Nello stesso anno viene presentato il progetto di legge n. 2233/2002, relativo alle “Modifiche al codice civile, in materia di separazione dei coniugi, con riguardo ai figli”, con il quale si inserisce nel codice civile l’art 155 *ter*, ove si prevede che il giudice, in caso di necessità, avrebbe potuto invitare le parti a fare un tentativo di mediazione, al fine di raggiungere un accordo, soprattutto nella tutela dei figli.⁶²

Altro progetto da ricordare è il n. 2344/2002, recante “Disposizioni in materia di separazione, di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, con riferimento all’affidamento dei figli”, ove è prevista l’istituzione di un articolo 155 *quinquies*, riguardante l’introduzione di centri di mediazione familiare.⁶³

⁶² Proposta di legge n. 2233, presentata il 29 gennaio 2002. Articolo 3: Dopo l’articolo 155-bis del codice civile è inserito il seguente: “ART. 155-ter. (Poteri istruttori del giudice). Prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’articolo 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova, ivi compresa, salvo che particolari ragioni lo consiglino, l’audizione dei figli minori.

Qualora ne ravvisi la necessità, il giudice, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti di cui al primo comma per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione al fine di raggiungere un accordo con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli”.

⁶³ Proposta di legge n. 2344, presentata il 14 febbraio 2002. Articolo 2: (Introduzione degli articoli 155 bis, 155 ter, 155 quater, 155 *quinquies*, 155 *sexies* e 155 *octies* del codice civile); e nello specifico: “ART. 155 *quinquies*. (Centri per

Il progetto di legge n. 2594/2002, sulla “Istituzione della figura professionale del mediatore familiare”, prevede inoltre l’inserimento dell’art 708 *bis* c.p.c, nel quale si dà al giudice la possibilità, in presenza di determinate situazioni, di invitare le parti ad avvalersi dell’attività di un mediatore familiare.⁶⁴ Il progetto di legge n.2594 del 2002, attraverso l’inserimento dell’articolo appena citato, avrebbe dunque offerto un ampio respiro alla mediazione familiare,

la mediazione familiare). Sono istituiti appositi centri per la mediazione familiare. In qualunque fase del procedimento di separazione, scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, o nel procedimento di cui all’articolo 155-quater, il giudice può sospendere il relativo procedimento, su istanza congiunta delle parti e contestuale indicazione del nominativo del centro e della sua accettazione di mediabilità, per un periodo di otto mesi, al solo fine di consentire l’esperienza di un percorso di mediazione familiare presso un centro specializzato pubblico o privato.

La mediazione familiare, in assoluta autonomia dal contesto giudiziario, ha lo scopo di consentire alle parti di pervenire ad un accordo diretto, mirato alla formulazione di un programma di interazione tra loro, e ad una migliore gestione del rapporto con la prole.

Il mediatore familiare, munito di requisiti di formazione specifici, svolge la sua opera garantendo la segretezza del contenuto degli incontri, rispettando la volontà di partecipazione di entrambe le parti e garantendo la terzietà del contesto mediativo dal contesto giudiziario e di consulenza.

Ove nella interruzione del processo, ottenuta ai sensi del primo comma, una o entrambe le parti non si presentino presso il centro prescelto, è dichiarata la contestuale cessazione del percorso di mediazione, con conseguente diritto per la parte che vi abbia interesse a promuovere l’immediata ripresa della fase giudiziale.

Al termine del percorso di mediazione le parti sottoscrivono un verbale di accordo che è presentato, dalla parte più diligente, al giudice per la relativa omologazione. Gli aspetti economici dell’accordo possono far parte del documento anche se concordati al di fuori dell’intervento di mediazione familiare.

Possono svolgere le funzioni di mediatori familiari solo i soggetti in possesso di una specifica formazione compiuta presso strutture appositamente riconosciute in base ai criteri fissati dalla legge istitutiva dell’albo professionale dei mediatori familiari”.

⁶⁴ Progetto di legge n. 2594, presentato il 28 marzo 2002 su proposta dell’Onorevole Belillo ed altri. Articolo 2: Dopo l’articolo 708 del codice di procedura civile è inserito il seguente: “Art. 708 *bis*, *Tentativo di mediazione familiare*: In ogni stato e grado dei giudizi di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di successiva modifica delle relative condizioni, in presenza di figli minori, nonché nei procedimenti di competenza del tribunale per i minorenni o del giudice tutelare, qualora ne ravvisi la necessità, il giudice può invitare le parti ad avvalersi dell’attività di un mediatore familiare presente nel territorio di residenza di entrambe o di una sola delle parti. Al fine di cui al primo comma il giudice può disporre un rinvio del giudizio di almeno tre mesi, rinnovabile una sola volta allo scopo di consentire alle parti di giungere ad un accordo, ai sensi del citato primo comma, in ordine alle condizioni di separazione da sottoporre al tribunale stesso”.

che però non si è mai concretizzato, a causa del fatto che l'art 708 *bis* c.p.c in parola è stato in realtà soppresso.

Il fine di questa proposta di legge, era l'inserimento della mediazione familiare, come fase eventuale e facoltativa, all'interno del processo di separazione. In un secondo momento, invece, la mediazione è stata proposta come fase giudiziaria obbligatoria. A questo scopo, nel giugno 2003 si è tentato di raccogliere le varie proposte legislative, in un nuovo testo di sintesi, c.d. Testo Paniz 2 sull' "Affidamento condiviso", con il quale si prevede all'articolo 2, nella parte in cui è citato l'inserimento dell'articolo 709 *bis* c.p.c. (Camera di mediazione), che "In tutti i casi in cui, pur nel dissenso di uno dei genitori, è disposto l'affidamento condiviso, nel relativo provvedimento deve essere inserito, d'ufficio o su comune indicazione dei coniugi, il nominativo di un centro o di un esperto di mediazione familiare. Le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvo i casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori, di rivolgersi, per la risoluzione dei conflitti insorti tra esse in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità dell'affido condiviso, al centro o alla persona indicata. Ove la mediazione non produca risultati, le parti possono rivolgersi al giudice, come previsto dal successivo articolo 709 *ter*."⁶⁵

⁶⁵ Art. 709-ter, c.p.c. *Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*: Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordina.

Il progetto di legge in questione è stato più volte emendato con lo scopo di rimuovere ogni imposizione del percorso di mediazione familiare, che non può che essere lesiva del valore conciliativo che l'istituto mira a perseguire. Sulla succitata obbligatorietà del percorso di mediazione familiare, infatti, si sono aperti dibattiti, scatenati dalla reazione della dottrina, ma anche delle stesse associazioni di mediazione, sostenitrici della facoltatività dell'istituto, proprio perché è la spontaneità dell'adesione che agevola la riuscita del risultato finale, suggerendo semmai “un momento informativo obbligatorio sulla mediazione familiare e la mediazione come causa volontaria di sospensione del processo”⁶⁶.

2.5. Legge 8 febbraio 2006 n. 54, c.d. Legge sull’Affido condiviso.

I progetti di legge appena illustrati, così come le varie esperienze di segno positivo che vi sono state nel corso degli anni, hanno portato, dopo numerose discussioni ed interventi normativi spesso vanificati, all'approvazione della legge n. 54 dell'8 febbraio 2006, recante “Disposizioni in materia di separazione dei coniugi ed affidamento condiviso dei figli”, che si caratterizza per una considerevole portata riformista, tanto da essere considerata, sino alla più radicale modifica del diritto della famiglia contenuta nel decreto legislativo n. 154 del 2013 entrato in vigore il 14 febbraio 2014, come la riforma più importante del diritto di famiglia dopo quella del 1975.

La legge in questione, frutto di numerosi emendamenti da parte della Commissione di Giustizia della Camera dei Deputati, va a rappresentare l'esito di quello che è stato un lungo e articolato iter parlamentare, svolto dal già citato Testo Paniz 2.

⁶⁶ D'ANGELO A., *Un contributo per un approccio giuridico allo studio della mediazione familiare*, in *Famiglia*, 2004, fasc. 3, pt. 1, 533-549.

La legge n. 54 del 2006 ha ribaltato la precedente regola dell'affido esclusivo, eccessivamente penalizzante per il genitore non affidatario, accelerando così il processo di affermazione del principio di bi-genitorialità e privilegiando, dunque, l'esercizio congiunto della potestà sui figli minori, così da poter garantire una maggiore stabilità ed un maggior equilibrio per il minore, che ha tutto il diritto di avere una rapporto continuativo con entrambi i genitori ed i rispettivi rami di parentela. Trova pertanto, con la legge in parola, piena affermazione quello che è il principio di bi-genitorialità, caratterizzato dalla parità di doveri e diritti tra madre e padre, un principio di diritto naturale, che si è da tempo affermato negli ordinamenti europei e che trova spazio altresì nella Convenzione sui diritti del fanciullo, sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, resa esecutiva in Italia con la Legge n. 176 del 1991.

2.5.1. La mediazione familiare alla luce della legge 54/2006.

Le acquisizioni giuridiche in tema di affido condiviso, introdotto appunto con la Legge n. 54 del 2006, hanno dato luogo alla rilevante opportunità di far luce, all'interno del nostro ordinamento, sulle tecniche di composizione stragiudiziale dei conflitti familiari. Tale legge ha riconosciuto e ufficializzato l'utilizzo dello strumento della mediazione, in presenza di conflitti familiari all'interno della coppia in crisi, dove, in chiave giuridica, il filo conduttore è rappresentato dall'interesse morale e materiale della prole.

La legge in parola, introduce dunque per la prima volta a livello normativo, nel nostro ordinamento, la mediazione nelle controversie di separazione e divorzio, attraverso l'inserimento

dell'art 155 *sexies*⁶⁷, rubricato “Poteri del giudice e ascolto del minore”, che al secondo comma disciplina espressamente il ricorso alla mediazione in tema di conflitti familiari, consentendo al giudice della separazione, ove ne ravvisi l'opportunità, di rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c.⁶⁸ e di invitare le parti ad avvalersi di esperti per tentare una mediazione, al fine di addivenire ad un accordo che tenga in particolare considerazione la tutela dell'interesse morale dei figli.

Nonostante questo però, potremmo dire, richiamando le parole di Maglietta⁶⁹, che si tratta in realtà, di un “primo, timido riconoscimento alle potenzialità di uno strumento emergente di grande interesse per la dimostrata capacità di avviare a soluzione gran parte dei problemi caratteristici della coppia che si separa”. E questo perché, nonostante la suddetta norma rappresentasse, non essendoci tutt'oggi nel nostro ordinamento una normativa generale dell'istituto, la disposizione di maggior rilievo in materia, e nonostante le si debba comunque il merito di aver posto l'attenzione sullo strumento mediativo, la si definisce come un “primo, timido riconoscimento”, proprio perché essa risulta ugualmente ambigua e non del tutto appagante, non andando alla fin fine né a vietare né a promuovere l' istituto, ne tanto meno a disciplinarlo in via generale.

⁶⁷ L'art 155 *sexies* c.c. è stato abrogato dal D.Lgs 28 dicembre 2013, n. 154 (in attuazione della delega contenuta nell'art 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219) entrato in vigore il 7 febbraio 2014, che disciplina la “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione”. Con il Decreto Legislativo in questione, gli artt. 155 bis – 155 *sexies* c.c. sono stati trasportati, con modifiche, nei nuovi artt. 337 bis – 337 *octies* c.c., racchiusi nel nuovo Titolo IX, Capo II, rubricato “Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”.

Nello specifico, il testo dell'art 155 *sexies*, è stato trasferito interamente e con le opportune modifiche, all'art 337 *octies*, per effetto dell'art. 55 comma 1 del suddetto D.Lgs 154/2013.

⁶⁸ Divenuto art. 337 ter, dopo l'approvazione del D.Lgs 28 dicembre 2013, n. 154, e a decorrere dal 7 febbraio 2014.

⁶⁹ MAGLIETTA, *Sulla mediazione familiare prevale la tendenza a un'applicazione “blanda”*, in Guida al diritto, Famiglia e minori, 2008, 4, pag. 13 ss.

La mediazione familiare, insomma, non è stata protagonista della realizzazione di una rivoluzione culturale, non è stata in realtà compiutamente disciplinata dalla legge n. 54/2006 sul c.d. “affidamento condiviso”, come invece era previsto dall’iniziale progetto di legge, rimanendo, nel testo approvato, soltanto la possibilità di avvalersi degli esperti mediatori familiari, su apprezzamento del giudice, così come afferma l’art. 155 *sexies*. Si spera allora, se non altro, che la legge in questione possa aver rappresentato l’inizio di un percorso, che guidi la mediazione familiare ad un effettivo e totale riconoscimento da parte del legislatore Italiano, anche se ancora oggi questo non è avvenuto.

Ma, andiamo ad analizzare nello specifico il testo dell’articolo in questione, che da questo momento sembra opportuno citare come art. 337 *octies* c.c. così come si rinviene dal D.Lgs 154/2013, che come già accennato, ha trasferito gli artt 155 *bis* – 155 *sexies*, negli artt 337 *bis* – 337 *octies*, inseriti nel nuovo Titolo IX, Capo II, validi con decorrenza dal 7 febbraio 2014.

L’art 337 *octies* c.c. al secondo comma, recita: “Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337-*ter* per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli”.

Come si può ben notare dal testo appena enunciato, si tratta sostanzialmente dell’introduzione di un nuovo potere discrezionale del giudice, che può, alla luce delle nuove disposizioni di legge, rimettere le parti in causa, davanti ad un collegio di esperti, con il presupposto che possano, in tale contesto, nascere accordi tra le parti al fine di regolamentare il nuovo assetto familiare che succede alla crisi coniugale. L’obiettivo è appunto quello di poter, in tal modo,

mettere da parte le ragioni della crisi del rapporto coniugale, per mettere in risalto piuttosto, l'esigenza di elaborare un progetto educativo condiviso e di concordare le decisioni più rilevanti per la vita del figlio.

Continuare a vedere come indispensabile e insostituibile l'apporto di entrambi i genitori, accantonando le vicende che li riguardano in prima persona come coniugi, o ex coniugi, significa anche perseguire qualsiasi tentativo, affinché la vicenda non debba ripercuotersi su coloro che, inevitabilmente, finiscono per esserne le vittime e che, quindi, hanno diritto ad essere "tutelati moralmente e materialmente". Lo strumento della mediazione familiare, se correttamente utilizzato, può dunque dar luogo ad un importante momento di riflessione che faccia capire che "si divorzia dal coniuge e non dai figli", rappresentando in tal modo la base di partenza per la giusta applicazione di quello che è un principio sancito dalla nostra costituzione, la quale stabilisce all'art. 30, che "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire e educare i figli".

2.5.2. I Presupposti per il ricorso alla mediazione.

Affinché sia data al giudice la possibilità di decretare il rinvio dei provvedimenti di cui all'art. 337 *ter*, al fine di tentare una mediazione tra i coniugi, la legge stabilisce tre presupposti applicativi: che il giudice ne ravvisi l'opportunità; che le parti siano state sentite; che le parti abbiano prestato il loro consenso.

a) Il primo presupposto, attribuisce al giudice una sensibile discrezionalità valutativa, che risulta essere perfino insindacabile. Non è in realtà chiaro su quali basi il giudice debba compiere simile valutazione in quanto l'opportunità non può essere legata ad una ipotetica previsione della riuscita della mediazione. Il giudice è chiamato piuttosto a svolgere un esame sommario del livello di

conflittualità tra le parti, così da poter rilevare se vi possa essere una positiva incidenza del tentativo. Il giudice valuta pertanto l'opportunità del tentativo, non quella del raggiungimento dell'accordo, ed è tenuto a verificare e ponderare, a tale scopo, una serie di elementi in grado di far ritenere consigliabile e auspicabile il ricorso alla mediazione stessa, nell'ottica appunto di una migliore gestione del conflitto di coppia, attraverso quella che diviene a tutti gli effetti, una mediazione delegata.

b) In secondo luogo, la legge richiede che le parti siano state sentite poiché si presuppone che il giudice, è soltanto dopo aver ascoltato le parti, che può esprimere il giudizio di opportunità di cui al primo presupposto. Parti che, in questa sede, sono da intendersi in senso sostanziale, giacché esse non possono essere sostituite dal difensore in una attività che non conosce deleghe, ma assunzioni in prima persona di doveri e manifestazioni di volontà in ordine al possibile accordo da raggiungere, che riguardi scelte relative alla gestione quotidiana dell'affidamento della prole, o ogni altro profilo relazionale, educativo ed economico. Soltanto in questo modo, del resto, la rimessione agli esperti viene ad essere adottata in funzione del contraddittorio tra le parti e, dunque, in funzione della "coppia" e non degli "individui".

c) L'ultimo presupposto risulta essere quello più importante, essenziale ed indispensabile per il buon esito della mediazione. È soltanto la sussistenza del consenso ad intraprendere il percorso di mediazione, infatti, che rende possibile l'intervento dei mediatori; un consenso libero, mediato e sempre revocabile da parte dei coniugi. Quest'ultimo, è l'unico requisito che possa giustificare e rendere produttiva un'attività che altrimenti potrebbe risultare nient'altro che un inutile allungamento dei termini del procedimento, in contrasto per di più, con l'art 111 della nostra costituzione, che sancisce la giusta durata del processo. Tale presupposto riporta inoltre alla

mente quello che è il requisito della facoltatività della mediazione, la quale, per poter produrre risultati soddisfacenti, deve essere concepita come un percorso che le parti scelgono in maniera autonoma e spontanea.

In sintesi, dunque, il legislatore consente alle parti, ferma restando la preventiva valutazione affidata al giudice inerente alla giustezza e opportunità del ricorso alla mediazione, di sfruttare la decisiva occasione di far valere i propri interessi e bisogni, ideando in tal modo, soluzioni negoziali, che mirino a soddisfare in primis l'interesse prioritario del minore, laddove presente. Il riferimento alla mediazione contenuto nell'art. 337 *octies*, infatti, parla della necessità di trovare un accordo, con "particolare" riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli, senza pertanto escludere che la ricerca di un accordo tra le parti, possa essere utile anche alla tutela di ulteriori interessi, ove quello dei figli non rientri tra le questioni che dividono i coniugi.

L'utilità della mediazione è altresì sottolineata dalla stessa dottrina, che precisa come questo strumento "può rappresentare un salutare momento di riflessione, finalizzato alla comprensione del fatto che si può decidere di essere coniugi, ma non di essere genitori. Ogni frammento di intesa, anche minimo, costruito dagli ex coniugi a partire dall'accettazione di questa semplice verità, può costruire una risorsa preziosa, da preservare"⁷⁰.

Concludendo, da un punto di vista applicativo-pratico, il giudice, accertata la presenza dei tre suddetti presupposti previsti *ex lege*, ne dà atto nel verbale di udienza, in cui in ogni caso, fissa la

⁷⁰ PUPOLIZIO I. *La mediazione familiare in Italia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007;

nuova comparizione delle parti davanti a sé. L'opera di mediazione, naturalmente, potrà avere successo o meno, vediamo allora nel prossimo paragrafo, quali sono i possibili esiti, sotto un profilo procedurale.

2.5.3. *Gli esiti della mediazione.*

Come ho avuto modo di accennare nel paragrafo precedente, il tentativo di mediazione potrebbe: avere un risvolto negativo, ed in tal caso il giudice provvederà ai sensi dell'art. 337 *ter*; permettere il raggiungimento di un accordo *in itinere*, per cui il giudice, rilevata la necessità di ulteriore tempo per la formazione dello stesso, sentite le parti ed acquisito di nuovo il loro consenso, disporrà un ulteriore rinvio; oppure infine, perseguire il suo scopo, permettendo il raggiungimento dell'accordo finale, ed in questo caso il giudice provvederà alla sua omologazione nei modi e nei limiti previsti dalla legge.

Attraverso la mediazione, si possono raggiungere le più svariate finalità, dall'interesse verso la prole, al mantenimento dei rapporti, dalla gestione della quotidianità, a quella dei problemi economici. Con lo strumento *de quo*, tali fini possono essere appunto raggiunti e formalizzati in un accordo finale, la cui particolarità sta nel contesto all'interno del quale esso viene inserito, che non è più contraddistinto dalla litigiosità, ma da un clima in cui si cerca di raggiungere una combinazione che miri al bene reciproco. Concludere un accordo anche solo parziale, potrebbe dunque in ogni caso rappresentare un risultato comunque positivo, caratterizzato dalla opportunità che è stata concessa ai coniugi di ascoltarsi e dialogare, andando insieme alla ricerca di un comune interesse che possa soddisfare tutti, *in primis* naturalmente i figli, vittime per eccellenza di tali situazioni. Un modo dunque di affrontare il

conflitto, che produce inevitabilmente effetti positivi, a prescindere dal totale e definitivo raggiungimento dell'accordo.

Laddove, appunto, il tentativo di mediazione abbia un esito positivo, l'accordo raggiunto sarà destinato a tradursi in un atto, il cui valore dipende dall'oggetto dell'intesa e dallo stadio del procedimento nel quale viene ad essere inserita la mediazione.

Nel processo di separazione, qualora le parti arrivino al raggiungimento dell'accordo sulla opportunità di separarsi e sul regime di vita separata, il giudice procede a disporre la trasformazione del rito contenzioso, in un procedimento di separazione consensuale, con la successiva omologazione dell'intesa.

Le cose cambiano nel caso in cui il tentativo di mediazione venga ad essere esperito nel corso di un processo di divorzio. Si è discusso, a tal proposito, circa l'applicabilità e la compatibilità della mediazione a tale rito, perché, se nella separazione essa mira, come detto appena sopra, all'omologazione dell'intesa, nel divorzio tale scopo sembra non essere possibile. Gli accordi in vista del divorzio, sono difatti ritenuti improduttivi di effetti ed è la stessa Cassazione a sostenere un orientamento contrario; in tal senso, "gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa"⁷¹. Nonostante questo però, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 54 del 2006, le disposizioni in questione, si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili, o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Anche nel rito del divorzio, d'altronde, permane inevitabilmente il primario interesse della tutela della prole ed escludere una mediazione che abbia ad oggetto tale finalità, equivale a contrastare alcuni dei più importanti principi in materia, sanciti dalla nostra costituzione agli

⁷¹ Cassazione Civile, sezione I, 12 febbraio 2003, n. 2076.

artt. 3, 30 e 31. Fatte tali premesse, appare scontato dunque favorire quella che è l'estensione dell'istituto anche al rito del divorzio.

Peraltro, in tale contesto normativo, il Tribunale di Lamezia Terme ha emesso l'ordinanza del 26 maggio del 2008, che contribuisce appunto ad ampliare lo spazio di azione della mediazione familiare, enfatizzando il ruolo del giudice, centrale, anche nel rito del divorzio. Nel caso specifico, uno dei coniugi aveva interrotto la relazione con il congiunto, per instaurare un nuovo legame con un parente dello stesso. Si trattava, dunque, di una situazione particolarmente delicata, che inevitabilmente avrebbe leso l'interesse della figlia minorenni. Fu di fronte a tale particolare contesto, che il giudice, sentite le parti ed ottenuto il loro consenso, decise di rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. (ora art. 337 ter), per consentire ai genitori di intraprendere un percorso di mediazione familiare al fine di raggiungere, di comune accordo, una decisione in merito alla visita al coniuge non affidatario, sempre e comunque nell'interesse primario della minore. Ancora una volta, come si è opportunamente affermato in dottrina, "il Tribunale lamentino manifesta sensibilità verso un istituto neofita, quello ex art 155 *sexies* c.c. (ora, art. 337 *octies*), a cui è doveroso dare ampio respiro nella dinamica del procedimento di separazione e divorzio"⁷².

Secondo l'orientamento dell'ordinanza del Tribunale Lamentino, dunque, l'articolo in questione sarebbe applicabile in via analogica nel rito divorzile, poiché, anche di fronte ad una famiglia disgregata, all'interesse della prole è necessario offrire sempre la massima cautela. L'ordinanza precisa, inoltre, che tale estensione analogica, può essere postulata anche in forza del ricorso allo strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente

⁷² CILIBERTO C., *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 3, 292.

orientata, teleologica, o sistematica, in forza del richiamo al principio di ragionevolezza, *ex* articolo 3 della nostra Costituzione.

Vediamo dunque quali sono, nel caso dell'esperimento del tentativo della mediazione familiare nel rito del divorzio, le conseguenze del raggiungimento dell'accordo.

Nel processo del divorzio, se le parti concordano sullo scioglimento del matrimonio e sulle condizioni inerenti alla prole ed ai successivi rapporti economici, il giudice rimetterà la causa al tribunale in camera di consiglio, assoggettandola al tipo di rito previsto per l'ipotesi di divorzio su domanda congiunta. In questo modo l'intesa, dopo essere stata sottoposta alla valutazione giudiziale, potrà tradursi in una sentenza.

Infine, in ogni caso, se l'accordo raggiunto delle parti si riferisce alle sole misure relative all'affidamento dei figli e al contributo al loro mantenimento, cura, istruzione ed educazione, senza risolvere nessun altro profilo, allora il tribunale, nella pronuncia di separazione o divorzio, dovrà, dopo aver valutato che questo non sia contrario all'interesse dei figli, tenere in considerazione tale accordo, trasferendo il relativo contenuto nella sentenza.

Concludendo, appare opportuno richiamare l'affermazione secondo la quale "la *ratio* sottesa alla mediazione non è *tout court* quella di confezionare un patto geminato dalle ceneri dell'*affectio coniugalis* venuto meno (ottica formalistica), ma, al contrario (ottica sostanzialistica) quello di evitare che la crisi della famiglia pregiudichi, in modo irrimediabile, i rapporti che da quella società "naturale" erano sorti. Si passa, cioè, da un'ottica in cui *l'accordo compone la lite*, ad un'ottica in cui *le relazioni familiari si compongono con l'accordo*"⁷³.

⁷³ SPADARO G., *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 2, 209, Separazione e Divorzio.

2.5.4. *Problemi interpretativi.*

Nonostante si possa attribuire, alla legge n. 54 del 2006, il merito di aver posto per la prima volta in diretta relazione, la mediazione familiare e il processo civile, essa tuttavia, presenta vari aspetti problematici, che è necessario in questa sede prendere in considerazione.

Vorrei, innanzi tutto, porre l'attenzione sul fatto che la legge riconosce una rappresentazione soltanto parziale della mediazione familiare, limitandosi a menzionare esclusivamente la c.d. mediazione endoprocessuale, quella cioè avviata in pendenza del giudizio di separazione, quando il giudice, verificatosi la presenza di tutti i presupposti precedentemente descritti, differisce l'adozione dei provvedimenti di propria competenza, per tentare un accordo conciliativo. Emerge, dunque, quello che è un vuoto normativo in riferimento alla mediazione preventiva rispetto all'instaurazione del processo, che continua quindi a rimanere nell'ombra. A tal proposito, si sottolinea⁷⁴ come questa rilevanza soltanto parziale della mediazione familiare, potrebbe essere attribuita alla erronea confusione che viene fatta in sede legislativa, tra mediazione familiare e conciliazione e che emerge dalla stessa formulazione della norma, laddove essa afferma: “tentino una mediazione...per raggiungere un accordo”. Nella conciliazione, in realtà, è il terzo, in posizione di superiorità rispetto alle parti, che tenta la conciliazione, proponendo egli stesso soluzioni, che le parti possono limitarsi, dopo averne discusso, ad accettare e rifiutare; nella mediazione familiare, invece, il terzo assume la posizione di *self- empowerment*, limitandosi cioè a dialogare con le parti, al fine di permettere loro di ritrovare la capacità di conversazione, così da poter insieme ed

⁷⁴ IMPAGNATIELLO G., *La mediazione familiare nel tempo della “mediazione finalizzata alla conciliazione” civile e commerciale*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 5, 525, *Mediazione familiare e Mediazione civile*.

indipendentemente dal mediatore, giungere alla soluzione del conflitto. L'impressione è che il legislatore, invece di favorire la mediazione come nuova, preventiva ed evoluta forma di gestione del conflitto, abbia piuttosto mirato ad incrementare i poteri del giudice, ponendolo in una posizione centrale.

Del resto, la legge n. 54 del 2006 sembra aver soltanto accennato all'attività di mediazione familiare, senza definirne contenuti, limiti ed ambito oggettivo, e senza prevedere oltretutto alcuno specifico ruolo professionale dei soggetti che sono chiamati a svolgerla⁷⁵. Di seguito analizzerò dunque tali problematiche che, inevitabilmente, hanno nel tempo suscitato dubbi e dato adito a molte critiche.

Una prima considerazione che preme fare, riguarda quello che è il momento del processo per porre in essere la mediazione. Si discute, a tal proposito, quale sia il giudice competente ed in quale fase del giudizio, dunque, la mediazione possa essere disposta e successivamente effettuata. La legge n. 54 del 2006, infatti, si limita a stabilire che il “tentativo di mediazione” deve precedere l'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole, non andando a specificare in alcun modo quale sia il momento più opportuno in cui espletarla, se in una fase specifica, o in qualunque fase del processo; così come non è indicato se debba essere disposta un'apposita udienza per proporre la mediazione alle parti, che devono comunque sceglierla consensualmente.

Se da un lato sembra potersi affermare che già la fase iniziale del giudizio può essere appropriata per favorire il raggiungimento dell'accordo fra i genitori, così da poter addirittura sottoporre al

⁷⁵ Corte Costituzionale, sentenza 21 aprile 2010 n. 131. Con tale sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di alcune norme della Legge Regione Lazio n.26 del 2008, che aveva istituito e disciplinato l'elenco dei mediatori familiari.

giudice anche i provvedimenti temporanei, dall'altro non si può trascurare il rischio, che in tal modo può verificarsi, dell'eccessiva dilatazione dei tempi processuali. Ecco che, dunque, il suggerimento è quello di adottare la soluzione che permette l'espletamento della mediazione già nella fase presidenziale, ma con il presupposto che essa possa essere svolta nel periodo dell'istruzione, così da non impedire l'assunzione immediata dei provvedimenti urgenti, che comunque sono sempre revocabili nel corso del giudizio. Diversamente non è da escludere che posticipare la mediazione ad un momento successivo, allontanandola così sempre di più dal tempo in cui la crisi è insorta, potrebbe ridurre le percentuali di successo della stessa. Per fare dunque chiarezza in merito alla collocazione temporale della mediazione familiare all'interno di un procedimento giurisdizionale, in dottrina si è ritenuto che nonostante l'espressione "prima di emanare provvedimenti" dell'art 155 *sexies* c.c. (ora art. 337 *octies* c.c.) sembri indicare la fase presidenziale, la mediazione deve ritenersi estensivamente applicabile alla fase istruttoria, allorché il giudice debba modificare i provvedimenti in questione. La sede prioritaria, prevista per la mediazione, rimane comunque l'udienza presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c.⁷⁶.

Come si è opportunamente sottolineato, la mediazione ricorre "durante tutto l'arco della controversia, non appena si manifestino i presupposti per sperimentare con successo tale metodo di componimento, e dunque fin dalla fase presidenziale. Anzi, molto

⁷⁶ Art. 708 c.p.c. *Tentativo di conciliazione e provvedimenti del presidente*. All'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione. Se i coniugi si conciliano, il presidente fa redigere il processo verbale della conciliazione. Se la conciliazione non riesce, il presidente, anche d'ufficio, sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori, dà con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi, nomina il giudice istruttore e fissa udienza di comparizione e trattazione davanti a questi. Nello stesso modo il presidente provvede, se il coniuge convenuto non compare, sentiti il ricorrente ed il suo difensore. Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento.

probabilmente è proprio in tale fase che il ricorso ad un terzo neutrale, che possa aiutare le parti a trovare da sé un componimento dei loro contrasti, ha maggiori possibilità di successo: un intervento così precoce, infatti, fa sì che le parti si presentino al mediatore quando le loro posizioni non sono ancora radicalizzate, e quando il calarsi nelle ottiche e negli scontri giudiziali abbia definitivamente pregiudicato la loro possibilità di avvicinarsi l'una all'altra"⁷⁷.

Oggetto di discussione sono anche le modalità di svolgimento della mediazione, la norma in questione chiarisce infatti che l'avvio del procedimento di mediazione è subordinato al consenso delle parti, ma non specifica se siano le parti a dover mostrare al giudice l'opportunità, o se sia piuttosto il giudice a dover assumere l'iniziativa. Il testo della norma, nonché la sua collocazione, a dire il vero, lasciano intendere che è compito del giudice "invitare" le parti a rivolgersi a un mediatore familiare, differendo l'adozione dei provvedimenti di sua competenza ma, se così è, ci si chiede allora quanto le parti siano davvero libere di rifiutare l'invito e se la loro libera determinazione, possa essere condizionata dal contesto. Viene da domandarsi se i tentativi in parola non siano piuttosto, alcune volte, soltanto espedienti per rimandare l'istruttoria di un certo periodo di tempo.

Colgo l'occasione, a tal proposito, per richiamare un'altra critica sollevata dalla dottrina, riguardante la mancanza, nella norma, di una previsione in ordine alla durata del tentativo di mediazione, in assenza del quale, il rischio è quello di trasformare la mediazione in uno strumento dilatorio. Peraltro, è attraverso un utilizzo fluido e

⁷⁷ ARCERI, *L'Affido condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, 2007.

tempestivo dello strumento in questione, che si può efficacemente arrivare ad una risoluzione delle conflittualità insite nella crisi familiare, o che addirittura sorgono *ex novo* nelle stesse aule dei tribunali. Sempre in riferimento al profilo temporale, inoltre, la norma non prevede alcunché in riguardo alla durata del rinvio dell'adozione dei provvedimenti riguardanti i figli, che non implica tra l'altro, alcuna sospensione della procedura; la dottrina a tal proposito ha fatto riferimento alla natura atipica di tale rinvio, che è chiesto alle parti ma comunque sollecitato dal giudice e all'utilizzo del termine "rinvio" piuttosto che "sospensione", per escludere l'applicabilità dell'art 296 c.p.c., che prevede un termine massimo di quattro mesi, o un tempo più lungo stabilito dal giudice, qualora se ne ravvisi la necessità e perduri il consenso delle parti. Si ritiene, piuttosto, che sia il giudice stesso ad avere il potere di direzione del procedimento, che può imporre la durata della mediazione secondo il suo prudente apprezzamento, ed attraverso la fissazione della successiva udienza.

Altra considerazione da fare e che ha suscitato critiche, è quella della mancanza di una qualunque garanzia, riguardante la riservatezza delle dichiarazioni rese dalle parti dinanzi al mediatore, svolte in sede di mediazione familiare, che secondo alcuni potrebbe rappresentare un grande ostacolo alla spontaneità, nonché alla buona riuscita, dell'attività in questione.

Uno dei principali limiti della legge n. 54 del 2006 è rappresentato dalla previsione dell'attività di mediazione familiare, come mera fase eventuale, su invito del giudice, appunto, e soltanto laddove questi ne ravvisi l'opportunità e non come passaggio obbligatorio, previsione che restringe notevolmente il campo di applicazione della mediazione. La suddetta obbligatorietà non è prevista neanche in riferimento alla mera informazione, che il giudice o l'avvocato possano rivolgere alle parti, relativa

all'esistenza e alla possibilità di esperire la mediazione familiare, come metodo alternativo di risoluzione delle controversie. Tale mancanza come appena detto, limita notevolmente l'esperimento dell'attività di mediazione familiare, limitando di riflesso tutti quelli che sono i vantaggi che essa può offrire, ed ecco perché, a mio avviso, sarebbe forse opportuno promuovere la mediazione familiare rendendola obbligatoria per le parti, prima ancora di adire il giudice della separazione, anche se questa obbligatorietà preventiva porterebbe alla nascita di altre problematiche, relative se non altro alla buona riuscita e ai costi della stessa, ma questo è argomento che approfondirò in altra sede.

Altra questione che la legge in esame lascia aperta, è quella relativa al riconoscimento o meno del valore da dare all'accordo raggiunto in occasione del percorso di mediazione. Il legislatore cioè, non specifica se l'accordo raggiunto debba o meno essere considerato vincolante per il giudice. Considerando tuttavia che il percorso di mediazione, svolto con la consapevolezza delle parti, ha il fine, nella pratica, di coadiuvarle nel raggiungimento di un accordo di natura "contrattuale" riguardante le varie questioni da regolare, tipiche della fine del rapporto, si presume che tale accordo non possa rimanere senza effetto per il giudicante, che non potrà fare altro che tenerne di conto, a meno che, come già detto in precedenza, questo non vada a ledere il primario interesse dei figli.

Un' ultima questione, ma non certo ultima per importanza, che è necessario affrontare, è quella relativa al fatto che il legislatore nella norma in parola, non parla esplicitamente di "mediatori", citando invece soltanto il termine "esperti". Questo si può spiegare con l'intento da parte del legislatore di connettere in chiave tecnica, la funzione di ausilio che il terzo presta alla parte in crisi, ma allo stesso tempo è anche sintomo di una notevole regressione, rispetto ai progetti di legge che si sono succeduti nei lavori preparatori e

soprattutto, rispetto al dibattito culturale che negli ultimi anni si è sviluppato in Italia e all'estero. Il legislatore non ha insomma tenuto conto nel migliore dei modi, del profilo professionale del mediatore che si è evoluto negli anni, sia sulla base della *Chartre européen* del 1992, sia nella legislazione comunitaria attraverso, ad esempio, le Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa 616/1998⁷⁸, 1639/2003⁷⁹. È pertanto legittimo chiedersi quale sia l'esatto inquadramento giuridico della figura del mediatore familiare, nonché quali siano i rapporti che debbano intercorrere tra l'attività di mediazione e quella giurisdizionale. In risposta a questi interrogativi merita di essere richiamato uno specifico intervento giurisdizionale, il quale rappresenta un importante riferimento giuridico ed interpretativo da tenere in considerazione, che si inserisce in un quadro di riferimento antecedente alle novità introdotte dalla legge 54/2006. L'intervento normativo in parola è il decreto del Tribunale di Bari, 21 novembre del 2000, il quale viene ad essere inserito nel procedimento relativo alla modifica delle condizioni di separazione ai sensi dell'art 710 c.p.c.. Secondo il decreto in questione, "è assai opportuno e conforme a legge che il giudice, in caso di crisi del nucleo domestico, qualora accerti la disponibilità delle parti a partecipare attivamente ad un programma di mediazione fra le opposte esigenze e le corrispondenti pretese, rinvii gli interessati ad un organismo o Centro qualificato di mediazione familiare, allo scopo di raggiungere (o di agevolare) la conclusione di un accordo e l'adesione consapevole ad una soluzione non imposta dall'alto, ma voluta dalle parti stesse; un rinvio siffatto, peraltro in armonia con i poteri/doveri conciliativi del giudice, nonché con la normativa,

⁷⁸ Raccomandazione sulla mediazione familiare, n. 616 R (98) della Comunità Europea, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 21 gennaio 1998, nel corso della riunione dei Delegati dei Ministri, a seguito dei lavori realizzati a partire dal 1995 dal Comitato di esperti sul diritto di famiglia.

⁷⁹ Raccomandazione n. 163 del 25 novembre 2003, dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, sulla mediazione familiare e l'uguaglianza dei sessi, recepita dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 16 giugno 2004.

nazionale ed internazionale, auspicante l'intervento di un soggetto imparziale, diverso dal giudice, anche, e soprattutto, nei conflitti domestici, non esclude che il vaglio finale della soluzione concordata spetti, pur sempre, al giudice, del quale i mediatori possono considerarsi, *ex art. 68 c.p.c., ausiliari atipici*".

L'aspetto che viene maggiormente approfondito dal giudice barese per altro, riguarda la figura del mediatore, che non deve essere "confusa con quella del consulente/perito ovvero con l'intervento dei servizi socio/consultoriali", e segue "il consulente/perito e l'assistente sociale debbono conoscere per riferire, trasmettere elementi di fatto o valutazioni a chi deve decidere; il mediatore invece deve conoscere del conflitto come strumento per adempiere ad un altro compito, quello di fornire ai soggetti la bussola per orientarsi e trovare il cammino che porti alla soluzione del conflitto medesimo". La formulazione non lascia, dunque, ad una prima lettura, dubbi interpretativi in merito al ruolo del mediatore e alla collocazione dello stesso, anche in rapporto al giudice e al giudizio.

Tra i tanti riferimenti fatti dal tribunale, richiede particolare attenzione l'inquadramento del mediatore quale ausiliario atipico del giudice ai sensi dell'art 68 c.p.c.⁸⁰, perché se l'intervento del mediatore non è da confondere con la consulenza tecnica di ufficio, né con i servizi sociali territoriali, l'unica categoria giuridica alla quale i mediatori familiari possono essere assimilati, è appunto quella residuale dell' ausiliare atipico del giudice, al quale il magistrato può rivolgersi nei casi previsti dalla legge o quando ne

⁸⁰ Articolo 68 c.p.c. *Altri ausiliari.*

Nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge necessità il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo [c.p.c. 122, 123, 124, 212, 261, 421, 442, 518, 535, 568, 773].

Il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge [c.p.c. 733, 765, 769, 786, 790, 791]. Il giudice può sempre richiedere l'assistenza della forza pubblica [c.p.c. 755].

sorge la necessità, per il compimento di atti che egli non è in grado di compiere da solo. La stessa dottrina, rilevando le difficoltà interpretative del nuovo istituto, non ha disdegnato l'orientamento che qualifica i mediatori, gli "esperti" appunto, come ausiliari del Giudice⁸¹.

Del resto, la stessa disposizione di cui all'art. 337 *octies* c.c., essendo rubricata "Poteri del giudice e ascolto del minore", richiama la circostanza che la scelta discrezionale di far ricorso alla mediazione, va iscritta nel novero dei "nuovi poteri" del giudicante, e un inquadramento simile, richiama immediatamente il potere di ricorrere all'assistenza di organi d'ausilio. Rilevante è inoltre il dato letterario che fa emergere uno stretto rapporto tra esperti e giudice, potendosi ritenere che i primi agiscono come una vera e propria "*longa manus*" del giudicante e ciò emerge dalla disposizione, laddove questa usa il termine "avvalendosi".

Secondo alcuni in realtà, sarebbe opportuno non azzardare una totale sovrapposizione tra la figura dei tradizionali ausiliari del giudice, che sono in primis i consulenti, e i mediatori, dovendosi piuttosto fare alcune precisazioni in relazione alle conseguenze dell'inquadramento di questi come ausiliari atipici. Si è sostenuto, ad esempio, che "la dipendenza dell'ausiliario dall'organo giudiziario che lo ha nominato crea notevoli problemi di compatibilità con la figura del mediatore, soprattutto in merito alla sua autonomia e indipendenza. Considerare il mediatore come un ausiliario, sia pur "atipico", del giudice, non deve condurre a vanificare la garanzia del segreto professionale: il mediatore dovrà limitarsi a riferire all'autorità giudiziaria solamente il risultato finale (positivo o negativo), astenendosi da valutazioni e giudizi personali che implicherebbero tra l'altro, l'obbligo di prestare il giuramento di

⁸¹ PETITTI C., *Il mediatore familiare come ausiliario del giudice*, in *Famiglia e Diritto*, 2006, 85 ss.

rito»⁸². Ad avviso di taluno⁸³, si potrebbe tentare un diversa ricostruzione dell'istituto in esame, infatti pur essendo vero che la norma non qualifica espressamente come mediatore il soggetto di cui può avvalersi il giudice, è però vero anche, che nel riferirsi ad “esperti che tentino una mediazione”, la norma indica precisi soggetti qualificati, dotati delle competenze necessarie ad occuparsi di mediazioni familiari, che non possono essere identificati nel seppur qualificato ausiliario del giudice.

Secondo altra dottrina, invece, l'inquadramento del mediatore nella figura dell'ausiliare atipico del giudice, non comporterebbe rilevanti conseguenze di ordine pratico, perché l' “atipicità” di cui si parla, consisterebbe proprio nella completa indipendenza dei mediatori nei confronti dell'organo giudiziario, nell'inserimento della liquidazione del compenso del mediatore tra le spese processuali⁸⁴ e nella sottrazione dello stesso mediatore dal giuramento. Alla luce di quanto sin qui detto mi sembra infine opportuno richiamare “le linee guida operative” adottate a Milano, in data 10 settembre 2007, dall'A.I.Me.F., dove si precisa che: non è possibile non ricondurre il mediatore all'art 68 c.p.c. poiché dalla legge definito, per l'appunto, “esperto” che tenta la mediazione e non *tout court* “mediatore”.

Mi sento di poter concludere dicendo che tutti questi dibattiti interpretativi, fanno ancora una volta luce su un dato certo, quello degli scarni riferimenti che il nostro ordinamento fa alla mediazione familiare, e nel caso specifico al soggetto che pone in essere tale

⁸² TROISI C., *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 3, 264.

⁸³ CILIBERTO C., *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 3, 292.

⁸⁴ Diversamente, per gli ausiliari del giudice, l'articolo 52 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile, rubricato “Liquidazione del compenso” dispone: “Il compenso agli ausiliari di cui all'articolo 68 del codice è liquidato con decreto dal giudice che li ha nominati o dal capo dell'ufficio giudiziario al quale appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario che li ha chiamati, tenuto conto dell'attività svolta”.

attività. In Italia infatti la mediazione familiare non è ancora regolamentata, non esiste cioè un organismo istituzionale vigilante, un Albo e/o un Ordine professionale, ne sono stati formulati normativamente dei requisiti minimi per poterla esercitare. Anche se, occorre altresì precisare, che nonostante il vuoto normativo, esistono comunque alcuni corsi di formazione che, essendo riconosciuti dalle regioni ed erogati da agenzie formative accreditate, rilasciano un attestato di qualifica professionale di “Esperto mediatore familiare”, che è un titolo pubblico a tutti gli effetti. Alcune regioni italiane, attraverso lo strumento della legge regionale, hanno istituito al proprio interno, alcuni elenchi di professionisti in possesso di determinate caratteristiche, ma che non possono confondersi con Albi o Ordini professionali, dato che la mediazione familiare rimane sempre una professione non regolamentata e senza un proprio ordine deontologico.

2.6. Esperienze normative regionali.

È interessante porre l'attenzione su come gli Enti locali, anche per lo stesso fatto di essere più vicini a quelle che sono le esigenze della cittadinanza, abbiano dato maggior importanza all'istituto della mediazione familiare, più di quanto abbia fatto la legislazione nazionale, nella quale invece, come più volte ricordato, si rileva un marcato ritardo di interventi. Nonostante questo, i richiami che in materia vengono fatti, anche a livello regionale, sono da considerarsi alquanto discreti, sono intervenute a tal proposito singole amministrazioni, con leggi per l'istituzione ed il finanziamento di appositi centri e corsi di formazione in mediazione familiare.

Alcuni interessanti interventi normativi regionali sono ad esempio: la legge regionale n. 27 del 1989, con la quale l'Emilia Romagna ha istituito la mediazione familiare nei Centri per le

famiglie; la legge regionale n. 44 del 1998, articolo 32, lettera m) della Valle d'Aosta, che ha definito la mediazione familiare come intervento per il trattamento del conflitto coniugale; la legge regionale n. 30 del 1998, articolo 25, lettera d) della Regione Liguria, in materia di riordino e programmazione dei servizi sociali; la legge regionale n. 10 del 2003, articolo 8, lettera e) della Regione Sicilia, recante norme per la tutela e la valorizzazione della famiglia. Da prendere in considerazione è altresì la delibera della Giunta provinciale della Provincia autonoma di Bolzano, approvata in riferimento al Piano Sociale Provinciale 2000-2002, che ha riconosciuto formalmente la mediazione familiare come servizio sociale da garantire ai cittadini, definendo perfino le caratteristiche dell'istituto nell'Allegato A, il quale prevede espressamente che “a) la mediazione familiare consiste in un processo in cui un terzo, neutrale e qualificato, viene sollecitato dalle parti per fronteggiare la riorganizzazione resa necessaria dalla separazione, nel rispetto del quadro legale esistente; b) il ruolo del mediatore è quello di portare i membri della coppia a trovare un accordo durevole e mutualmente accettabile, tenendo conto dei bisogni di ciascun componente della famiglia e particolarmente, di quello dei figli, in uno spirito di corresponsabilità ed uguaglianza dei ruoli genitoriali; c) le parti in conflitto in seguito alla crisi del loro rapporto, vengono aidate e sollecitate da un terzo, cui esse volontariamente si sono rivolte, a trovare in sé stesse le risorse per superare la crisi, prendendo coscienza del permanere del loro ruolo genitoriale, che li fa rimanere comunque coppia di genitori, anche se non più reciprocamente partner, e quindi proiettati a perseguire la realizzazione dello scopo comune, il benessere dei figli”.

Un ultima legge che merita di essere presa in considerazione è la Legge Regione Lazio n.26 del 2008, da ritenersi una legge molto rilevante in materia, data la sua volontà di ovviare al vuoto

normativo nazionale, ma che ha, come vedremo nel prossimo paragrafo, anche suscitato molte critiche, fino ad arrivare ad essere dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 131 del 15 aprile 2010.

2.6.1. Il singolare caso della Legge Regione Lazio n. 26 del 2008.

Il 24 dicembre 2008, il Consiglio regionale del Lazio, ha approvato in via definitiva la legge n. 26, intitolata “Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare”. La legge, era destinata a determinare una razionalizzazione dei soggetti abilitati a svolgere l’attività di mediazione familiare.

Nonostante il suo carattere di novità ed il vasto consenso con cui è stata approvata, la legge n. 26 del 2008 della regione Lazio, così come modificata dalla legge regione Lazio n. 27/2008, non è sfuggita alle numerose critiche dell’Ordine degli psicologi del Lazio, che hanno sollevato una questione di legittimità del testo in parola, ritenendo che questo istituirebbe una nuova figura professionale e interverrebbe su una materia come quella delle professioni, le cui competenze sono riservate allo Stato. La legge in parola è stata dichiarata illegittima dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 15 aprile 2010, che ritengo opportuno riportare qui di seguito in alcuni suoi passaggi salienti.

La Corte Costituzionale ha pronunciato la suddetta Sentenza sul giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2, 3, 4 e 6 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 26, recante “Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare”, e dell’art. 1 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 27 recante le modifiche alla deliberazione legislativa approvata dal Consiglio regionale nella seduta del 10

dicembre 2008, concernente “Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare”, affermandone il contrasto con l’art. 117, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui esso attribuisce allo Stato la competenza legislativa riguardo ai principi fondamentali in materia di professioni. Giudizio di legittimità promosso dal Presidente del consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, con ricorso notificato il 27 febbraio 2009, depositato il 5 marzo 2009 ed iscritto al n. 18 del registro ricorsi 2009.

Riferisce il ricorrente che la legge regionale n. 26 del 2008 si propone di disciplinare, nell’ambito della Regione, le figure del mediatore familiare e del coordinatore per la mediazione familiare, introducendo una nuova figura professionale non altrimenti prevista da legge dello Stato. Specificamente, l’art. 1, comma 2, della legge regionale n. 26 del 2008 reca la definizione generale del ruolo e della figura professionale del mediatore familiare; gli artt. 3 e 4, a loro volta, prevedono e disciplinano la particolare figura di mediatore familiare costituita dal coordinatore per la mediazione familiare (istituito presso ogni ASL), del quale stabiliscono i compiti e le finalità; l’art. 6, infine, istituisce, presso l’assessorato regionale competente in materia di politiche sociali, l’elenco regionale dei mediatori familiari e reca l’analitica disciplina dei requisiti per l’accesso all’elenco stesso.

L’art. 1 della legge regionale n. 27 del 2008, inoltre, nel modificare l’art. 6 della legge regionale n. 26 del 2008, ha esteso anche ai laureati in pedagogia la possibilità di iscriversi al suddetto elenco, mentre ha abrogato l’incompatibilità tra mediazione familiare ed esercizio di altre professioni o attività di impresa.

Ad avviso della difesa erariale, le disposizioni impugnate si propongono di individuare la funzione e i compiti, anche di supporto ai tribunali, del mediatore familiare e del coordinatore per la

mediazione familiare, nonché, previa istituzione di un apposito elenco regionale, gli specifici titoli di cui il mediatore familiare deve essere in possesso per l'iscrizione all'elenco e, di seguito, per l'esercizio della professione. Secondo l'Avvocatura, le norme denunciate sarebbero riconducibili alla materia delle "professioni", appartenente alla competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.

Il ricorrente ricorda che, secondo la giurisprudenza costituzionale, spetta allo Stato la determinazione dei principi fondamentali nelle materie di competenza concorrente previste dall'art. 117, terzo comma, Cost., mentre la legislazione regionale deve svolgersi nel rispetto di quelli risultanti dalla normativa statale già in vigore; ed osserva che, in base all'art. 1, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30 (Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'art. 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131), la potestà legislativa regionale si esercita relativamente alle professioni individuate e definite dalla normativa statale.

Secondo la difesa erariale, l'art. 155-sexies cod. civ.⁸⁵, introdotto dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), ha soltanto previsto, ma non istituito, la figura professionale del mediatore familiare, che difatti non è definita né disciplinata in alcuna legge statale. La Regione dunque – osserva l'Avvocatura – avrebbe riservato a sé la determinazione dei titoli professionali e dei correlativi contenuti della professione di mediatore familiare e di coordinatore. Ciò emergerebbe in particolare dall'art. 6 della legge n. 26 del 2008, che tra l'altro equipara, ai fini della idoneità all'iscrizione nell'elenco di mediatore familiare, titoli di natura profondamente diversa perché conseguibili all'esito di percorsi formativi differenti e non assimilabili tra loro. Secondo la difesa

⁸⁵ Articolo trasferito al 337 octies dello stesso codice civile, in seguito al D.Lgs 154/2013, con decorrenza dal 7 febbraio 2014.

erariale, non potrebbero infatti porsi sullo stesso piano titoli conseguiti a seguito di percorso formativo di livello universitario specialistico e titoli ottenuti mediante percorso formativo di livello inferiore, qual è il titolo di formazione regionale conseguito all'esito della frequenza di un corso della durata di cinquecento ore. Tale situazione potrebbe peraltro ingannare l'utenza, inducendola a ritenere di livello universitario un mediatore familiare munito invece del solo diploma regionale, con conseguente violazione del principio di tutela dell'utenza, che costituisce uno dei principi fondamentali tutelati dalle leggi statali in materia di attività professionali.

Nel giudizio dinanzi alla Corte si è costituita la Regione Lazio, che ha concluso per l'infondatezza della questione.

Secondo la difesa della Regione, il ricorso muoverebbe dal falso presupposto che la legge regionale impugnata abbia introdotto e disciplinato una nuova professione: quella del "mediatore familiare" e del "coordinatore per la mediazione familiare". In realtà, la legge regionale impugnata non avrebbe affatto né introdotto né disciplinato una "professione", ma avrebbe individuato una "figura professionale", cioè dotata di particolari competenze, destinata ad essere impiegata nell'ambito di strutture pubbliche ed esercitante funzioni pubblicistiche.

Tale diversa prospettiva emergerebbe dall'analisi delle singole disposizioni e, in particolare, di quelle che stabiliscono i compiti e le finalità del coordinatore per la mediazione familiare: compiti e finalità di natura essenzialmente pubblicistica, che, come tali, non sono e non possono essere attuati o perseguiti da un professionista lavoratore autonomo.

In particolare, l'art. 1, comma 2, della legge regionale n. 26 del 2008 evidenzerebbe l'aspetto pubblicistico già nella parte in cui prevede le modalità di accesso all'opera di tale soggetto. Si prescrive infatti che il mediatore familiare possa essere "sollecitato" dalle parti

a svolgere la sua opera. Tale locuzione verbale – afferma la Regione – sarebbe indice del fatto che la legge prevede, non già il conferimento di un mandato professionale nell’ambito di un contratto di opera professionale, bensì che tale soggetto, il quale opera all’interno di una struttura sanitaria (come chiarito dal successivo art. 3), possa essere richiesto dalle parti di intervenire per “adoperarsi” nel senso indicato dalla norma. La stessa disposizione prevede che l’intervento del mediatore professionale, oltre che sollecitato dalle parti, possa avvenire su invito del giudice o dei servizi sociali comunali o dei consultori o del Garante dell’infanzia e dell’adolescenza.

Anche l’art. 3 della stessa legge regionale, nel disciplinare la figura del coordinatore per la mediazione familiare, prevedrebbe in realtà l’attribuzione a tale figura professionale di un vero e proprio ufficio pubblico.

Le finalità che il mediatore familiare è chiamato a svolgere in base all’art. 4 della legge regionale sarebbero ben lontane quindi dall’esercizio di una professione, ai sensi dell’art. 117 Cost.

Quanto all’art. 6 della legge regionale, è bensì vero – osserva la Regione – che esso ha previsto un elenco regionale dei mediatori familiari, ma tale elenco non può considerarsi istitutivo di una professione operante a livello regionale, perché mancherebbero le caratteristiche proprie di un’attività professionale di lavoro autonomo. Secondo la difesa della Regione Lazio, la legge impugnata, pur avendo assegnato al mediatore familiare funzioni esclusivamente pubblicistiche, e pur avendo previsto la sua collocazione presso ogni azienda unità sanitaria locale, non ha tuttavia definito il tipo di rapporto che lega tale soggetto all’ente. La legge non chiarisce infatti se il mediatore sia legato alle ASL da un rapporto di pubblico impiego ovvero se egli abbia un rapporto basato, ad esempio, su un contratto di collaborazione coordinata e

continuativa. Queste modalità attuative – precisa la Regione – saranno chiarite da regolamenti attuativi. Intanto, l’elenco di cui all’art. 6 assolve essenzialmente la funzione di individuare una lista di soggetti, dotati di particolari professionalità, dalla quale poter attingere per il loro inserimento nell’ambito delle ASL o eventualmente di altri enti regionali. Un chiaro sintomo di ciò sarebbe dato dal fatto che l’opera di tale figura professionale è a carico delle finanze della Regione, come si desume dall’art. 8, che prescrive che le risorse necessarie all’applicazione della presente legge sono individuate nei limiti delle disponibilità finanziarie di cui al fondo per l’attuazione del piano socio-assistenziale regionale.

La difesa della Regione sostiene, inoltre, che dal complesso delle norme regionali emergerebbe che il mediatore familiare o il coordinatore per la mediazione familiare è, in realtà, un ufficio, nel quale i singoli addetti svolgono la loro opera non in quanto scelti dalle parti o dal giudice o dalle altre autorità, ma in quanto inseriti in un’organizzazione gerarchicamente ordinata, nella quale non assume rilievo esterno *l’intuitus personae* del singolo operatore. Nel caso della legge in esame, si riscontrerebbe, non l’autonomia del professionista, ma, all’opposto, un vincolo ad agire secondo i compiti e le finalità, di cui agli artt. 3 e 4. Il mediatore familiare avrà, al più, un ambito di discrezionalità, propria dell’agire amministrativo, nell’ambito di obiettivi rigidamente predeterminati. Tutta l’attività che deve svolgere il mediatore familiare è, infine, a beneficio della collettività e, solo indirettamente, si riverbera sugli utenti del servizio.

Da ultimo, la Regione sottolinea che anche altre Regioni hanno emanato regolamenti per disciplinare la professione di mediatore familiare.

Il ricorrente, tuttavia, continua a sostenere che con la legge n. 26 del 2008, la Regione Lazio prevede una regolamentazione

complessiva della mediazione familiare, che si pone in contrasto con il principio fondamentale in materia di regolamento delle professioni, in base al quale, appunto, spetta esclusivamente allo Stato l'individuazione delle figure professionali con i relativi profili e i titoli abilitanti.

L'impianto complessivo, lo scopo ed il contenuto precipuo delle disposizioni impugnate rendono dunque palese che l'oggetto di esse deve essere ricondotto propriamente alla materia concorrente delle "professioni" (art. 117, terzo comma, Cost.).

La Corte ha ripetutamente affermato che «la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle "professioni" deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale. Tale principio, al di là della particolare attuazione ad opera di singoli precetti normativi, si configura infatti quale limite di ordine generale, invalicabile dalla legge regionale» (sentenze n. 153 e n. 424 del 2006, n. 57 del 2007, n. 138 e n. 328 del 2009). Ha, altresì, precisato che la «istituzione di un registro professionale e la previsione delle condizioni per la iscrizione in esso hanno già, di per sé, una funzione individuatrice della professione, preclusa alla competenza regionale» (sentenze n. 93 del 2008, n. 138 e n. 328 del 2009).

Le disposizioni denunciate danno una definizione della mediazione familiare, disciplinano le caratteristiche del mediatore familiare e stabiliscono gli specifici requisiti per l'esercizio dell'attività, con la previsione di un apposito elenco e delle condizioni per la iscrizione in esso, e considerando che la legge statale 8 febbraio 2006, n. 54, ha soltanto accennato alla attività di mediazione, ma senza né introdurre la figura professionale del

mediatore familiare, né stabilire i requisiti per l'esercizio della relativa attività, la Regione così facendo ha sicuramente invaso la competenza statale.

Non rileva inoltre la circostanza, sottolineata dalla difesa della resistente, che il mediatore familiare non sarebbe un professionista autonomo, ma una figura professionale, legata alla Regione, alla quale sarebbero affidati compiti e funzioni di rilievo pubblicistico.

Per un verso, infatti, la competenza dello Stato ad individuare i profili professionali ed i requisiti necessari per il relativo esercizio spetta anche quando l'attività professionale sia destinata a svolgersi in forma di lavoro dipendente (artt. 1, comma 3, e 2, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 30, recante "Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'art. 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131"); per l'altro, «l'individuazione di una specifica area caratterizzante la "professione" è influente ai fini della regolamentazione delle competenze derivante dall'applicazione nella materia in esame del terzo comma dell'art. 117 Cost.» (sentenza n. 40 del 2006, nonché, tra le altre, sentenze n. 355 e n. 424 del 2005). Su tali premesse, la Corte, con sentenza n. 153 del 2006, aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale di una normativa regionale che disciplinava figure professionali alle quali la Regione faceva ricorso per il funzionamento del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

L'intera legge regionale n. 26 del 2008 è inoltre inscindibilmente connessa, per il suo contenuto, con le disposizioni specificamente censurate dal ricorrente e pertanto la declaratoria di illegittimità costituzionale deve essere estesa, in via consequenziale, anche agli artt. 1, comma 1, 2, 5, 7 e 8, non oggetto di impugnazione.

Per questi motivi che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2, 3, 4 e 6 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 26 e dell'art. 1 della

legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 27; la Corte ha inoltre dichiarato, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale in via consequenziale degli artt. 1, comma 1, 2, 5, 7 e 8 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008, n. 26.

È appunto con tale Sentenza n. 131/2010, depositata il 12 aprile del 2010, che la Corte costituzionale, ha abrogato l'unica disposizione normativa che ad oggi regolamentava la professione di mediatore.

CAPITOLO III

3. LA MEDIAZIONE FAMILIARE TRA TEORIA E PRASSI.

3.1. Obiettivi, presupposti e luoghi.

La mediazione familiare può configurarsi come un intervento altamente specialistico che vive all'interno del processo principale, quello giudiziario, e non piuttosto come un processo alternativo ad esso. L'istituto in parola ha, anzi, l'obiettivo di creare uno spazio all'interno di un contesto, quale quello della separazione o del divorzio, che consenta alle parti di potersi confrontare per ripristinare un dialogo che gli permetta di raggiungere soluzioni condivise, in maniera autonoma e in un clima di cooperazione e di reciproco rispetto, anziché di ostilità.

L'intervento mediativo mira, appunto, alla riorganizzazione delle relazioni familiari, senza peraltro la presunzione di poter eliminare la crisi e le sue ragioni per arrivare a tutti i costi ad una riconciliazione, ma con l'obiettivo, quello sì, di riportare il conflitto su un "binario" costruttivo, che possa contenere invece di accentuare i contrasti, a causa dei quali si mettono in primo piano gli interessi personali delle parti, a scapito di quelli primari dei figli. La finalità della mediazione è dunque quella di inserirsi in un contesto delicato quale quello della crisi familiare, per permettere alle parti di raggiungere un accordo soddisfacente per il presente ma anche per l'avvenire, indirizzandoli dunque verso la ricerca di soluzioni e non piuttosto verso un percorso terapeutico. Vengono, inoltre, accantonati in tal modo il conflitto, ma anche la pressione di un processo giudiziario, così da raggiungere decisioni aderenti al caso concreto, alla singola vicenda familiare e in un ambiente disteso e meno soffocante di un'aula giudiziaria.

Oltre ad influire positivamente sull'impatto che la crisi inevitabilmente ha sui figli, la mediazione familiare rappresenta, altresì, la condizione essenziale per il recupero di operatività di quella autonomia educativa dei genitori, il cui ruolo è fondamentale anche dopo il venir meno della convivenza dell'originario nucleo familiare, senza peraltro mettere di mezzo i terzi.

A proposito dell'intervento di mediazione familiare, è necessario a questo punto, analizzare determinati principi e presupposti indispensabili.

Affinchè la mediazione abbia un esito positivo, è innanzitutto necessaria la volontà di intraprendere tale percorso, perché soltanto in questo modo vi sarà, di riflesso, anche la volontà di raggiungere e accettare determinati accordi. Una volontarietà forse prevista al fine primo di deresponsabilizzare i professionisti mediatori, ma che diviene inevitabilmente, un punto di partenza indispensabile, percepibile anche dalla Raccomandazione della Comunità Europea sulla mediazione familiare, laddove stabilisce che "l'essenza della mediazione riposa sul suo carattere di volontarietà e sul fatto che le stesse parti tentano di pervenire ad un accordo, di modo che se le parti rifiutano o si sentono incapaci di procedere alla mediazione, il tentare di obbligarveli è controproducente"⁸⁶. Gli stessi mediatori dovrebbero assicurarsi inoltre che ogni partecipante prenda parte alla mediazione volontariamente, senza timore di subire atti di violenza o intimidazione.

Altro importante presupposto è quello dell'instaurazione di una specifica relazione tra il mediatore e le parti destinatarie dell'attività mediativa, che si basi sull'apprendimento chiaro e produttivo della delicata situazione da mediare, con lo scopo di facilitare il

⁸⁶ Raccomandazione n.R (98) 1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla mediazione familiare Adottata dal Comitato dei Ministri il 21 gennaio 1998 al 616° incontro dei Delegati dei Ministri.

raggiungimento di quella che è una soluzione condivisibile da entrambi e non piuttosto una soluzione tecnica ed imposta.

La mediazione familiare, inoltre, deve, attraverso l'opera dei professionisti mediatori, garantire l'uguaglianza di trattamento nei confronti di coloro che intraprendono tale percorso, a prescindere dalla loro appartenenza etnica o culturale. Tale presupposto, che si lega al fondamentale principio di non discriminazione, prevede persino la possibilità, nell'eventualità che ci si trovi di fronte ad una mediazione interculturale, di co-mediare con un mediatore che sia ben informato sulla cultura interessata. La possibilità di accedere al percorso mediativo deve altresì essere uguale per tutte le coppie, sposate e non e per gli altri membri della famiglia.

Mi limito ad accennare altri requisiti indispensabili, quali neutralità, imparzialità, competenza, indipendenza e segretezza professionale del mediatore, presupposti ai quali sarà dedicato uno specifico approfondimento, nel paragrafo dedicato al mediatore familiare⁸⁷.

Mi soffermo, infine, sull'analisi della sede della mediazione familiare. I luoghi in cui si possono svolgere gli incontri di mediazione sono principalmente due: la sede dei servizi sociali, che generalmente ricevono l'incarico dal tribunale o dal legale, o ai quali fanno ricorso, in casi più rari, direttamente le coppie in crisi; e i centri privati, che sono generalmente legati ad associazioni di mediatori, a cooperative e a istituti di formazione in psicoterapia, i quali inseriscono tra le loro attività anche quella di cui si parla.

L'ambiente in cui intraprendere il percorso di mediazione familiare, è in realtà argomento particolarmente delicato, in quanto non deve essere sottaciuto il fatto che ci si trova di fronte ad una situazione di crisi, caratterizzata spesso da sensazioni come il risentimento, la rabbia, o la diffidenza, le quali potrebbero aggravarsi

⁸⁷ Capitolo III, paragrafo 3.6.1, della presente trattazione.

se affrontate in luoghi non sufficientemente neutrali, come la casa familiare, che risulta inevitabilmente densa di ricordi, o lo studio dell'avvocato, che rappresenta di per se un territorio conflittuale, ove riemerge la volontà di ciascuno di avere la ragione sull'altro.

L'ambiente ha dunque un ruolo essenziale ed importante, in quanto lavorare in condizioni confortevoli facilita gli scambi ed incoraggia la comunicazione e il raggiungimento di soluzioni di reciproco interesse. Come in ogni altro contesto nel quale si svolgono consultazioni, infine, un dettaglio che non deve essere in alcun modo sottovalutato, è l'indispensabile ed efficiente protezione della *privacy* dei clienti.

3.2. Principali modelli di mediazione familiare.

Dopo aver analizzato quelli che sono gli obiettivi, i principi e i presupposti inerenti alla mediazione familiare, preme a questo punto andare ad approfondire l'argomento relativo all'attività mediativa in senso proprio, a partire dai principali modelli di mediazione che si conoscono.

I modelli di mediazione familiare su cui poterci soffermare sono molti, anche se non è sempre facile scorgere tra questi delle differenze sostanziali, anche perché al di là dell'analisi degli aspetti fondamentali relativi ad ognuno dei modelli di cui si parla, nessuno in realtà, si prende la responsabilità di stabilire quali tra questi sia, attualmente, la mediazione familiare in senso stretto.

In generale, si distingue la mediazione parziale da quella globale, secondo il criterio di applicazione oggettiva dell'attività di mediazione. Si differenziano poi, a seconda della metodologia adottata per mediare il conflitto familiare, il modello negoziale, strutturato, terapeutico, trasformativo, sistematico, integrato, basato su bisogni evolutivi. Opportuno è inoltre richiamare la mediazione

facilitativa ovvero valutativa, in relazione al minore o maggiore grado di coinvolgimento del mediatore nella gestione del conflitto, nonché il particolare modello della co-mediazione, caratterizzato dalla presenza di due professionisti nella medesima attività mediativa.

Ma vediamo più da vicino i principali modelli mediativi appena elencati.

3.2.1. Mediazione Globale e Mediazione Parziale.

Un prima distinzione fondamentale da fare è quella tra mediazione globale e mediazione parziale, contraddistinta dal diverso approccio nei confronti delle problematiche familiari, cioè sulla scelta degli argomenti e delle questioni che verranno affrontate durante gli incontri tra le parti ed il mediatore.

Il modello globale è caratterizzato da un ambito di applicazione particolarmente vasto, che si estende a tutti gli aspetti controversi relativi alla dissociazione coniugale, da quelli relativi all'affidamento dei figli, fino ad arrivare alle questioni economiche e patrimoniali, volgendo l'attenzione su aspetti più pratici.

Nel modello parziale invece non si affrontano tutti i problemi relativi alla situazione di crisi, ma ci si sofferma piuttosto su aspetti emotivi e relazionali del conflitto, ed in particolare sul rapporto genitori-figli focalizzandosi dunque sulla dimensione genitoriale, mettendo allo stesso tempo da parte i contrasti relativi alla divisione delle risorse economiche, che saranno affrontati in altra sede ed in un secondo momento. Il mediatore che va ad operare nel modello di mediazione parziale, dunque, separa idealmente il rapporto di coppia dal legame genitore-figlio, tendendo alla massima valorizzazione del rapporto genitoriale.

Per quanto riguarda l'esperienza italiana, tra i sostenitori del modello parziale può, ad esempio, annoverarsi la GeA, Genitori Ancora, di Milano, la prima tra le associazioni italiane a divulgare tale strumento di composizione stragiudiziale delle controversie familiari. L'associazione GeA si dichiara difatti contraria ad un modello di mediazione globale, in cui il mediatore si riproponga di accompagnare i genitori alla definizione di tutti i punti conflittuali, prediligendo dunque una modalità mediativa a suo parere più garantistica come è quella parziale, nella quale sia possibile collocare le due problematiche, relative ai figli da un lato e agli aspetti economici dall'altro, in sedi differenti.

Il modello praticato dalla GeA è inoltre condiviso da tutti i centri aderenti alla SIMeF, Società Italiana di Mediazione Familiare, la prima associazione di mediazione familiare creata in Italia, che preferisce dare maggiore importanza alla riappropriazione del ruolo genitoriale all'interno della famiglia.

Di diverso avviso sembra invece essere l'AIMS, Associazione Internazionale Mediatori Sistemati, che preferisce seguire un modello di mediazione globale, in cui la discussione degli aspetti emotivi e relazionali, non è disgiunta da quelli economici e patrimoniali, proponendosi, dunque, di supportare i coniugi nella ricerca di ogni aspetto in grado di agevolare un dialogo di coppia.

Oltre a queste esperienze applicative è opportuno richiamare anche l'AIMeF, Associazione Italiana Mediazione Familiare, che concorre allo sviluppo della mediazione accogliendo scuole di diverso pensiero, consentendo così l'applicazione di differenti modelli di mediazione, all'interno della stessa struttura associativa. Secondo l'art. 4 del Regolamento interno⁸⁸ dell'AIMeF, essa "accoglie soci appartenenti a diverse scuole di formazione per

⁸⁸ Regolamento interno AIMeF, consultabile in: <http://www.aimef.it>.

mediatori”, per cui “i modelli operativi possono essere, pur nel rispetto delle regole presenti nello Statuto, non omogenee”.

3.2.2. *Mediazione negoziale.*

La mediazione negoziale rappresenta il modello mediativo più diffuso negli Stati Uniti, ed annovera tra i suoi principali teorici, John M. Haynes, fondatore della Accademy of Family Mediators. Il mediatore, secondo questo tipo di mediazione, guida ed organizza le trattative di altre persone in difficoltà, attraverso un processo di negoziazione basato sulla contrattazione degli interessi e non delle posizioni. L’obiettivo di questo modello è il raggiungimento del miglior risultato possibile, utilizzando alcune tecniche della negoziazione ragionata. Le linee guida del processo di mediazione in parola prevedono che la controversia tra i due ex partner sia considerata un evento sano e non patologico, partendo dal presupposto che i genitori devono essere pienamente capaci di individuare quale sarebbe la soluzione migliore per i figli.

In questo tipo di mediazione le parti vengono prima di tutto invitate ad esporre le loro rispettive posizioni, in modo tale che il mediatore possa identificare e capire gli interessi che stanno alla base di tali posizioni, individuando così, pur all’interno di una situazione di conflitto, un’area comune su cui lavorare. Il metodo si propone dunque di circoscrivere il problema della relazione in un ambito operativo ridotto, riguardante appunto gli interessi ed i bisogni comuni, impegnando le parti in un approccio di *problem solving* che le metta in grado di collaborare per un accordo, anziché perdere tempo ed energie in una competizione distruttiva, che spesso poggia sul timore di poter perdere la posizione di supremazia. Trovare un accordo minimale è dunque la premessa per avviarsi verso un cambiamento più globale.

Oltre al *problem solving*, un'altra tecnica utilizzata per sostenere il principio dell'equità degli accordi stabiliti in mediazione è quella del *brainstorming*, una proposta volta a sviluppare la creatività, favorendo la sospensione del pensiero critico e determinando un clima di accettazione.

Scopo della mediazione negoziale, in quanto modello globale di mediazione, è infine contrattare tutti gli aspetti della separazione, per permettere alle persone di proiettarsi nel futuro e condividere un progetto, e non favorire la recriminazione relativa al passato, alla crisi e alla storia della coppia.

Le caratteristiche contestuali su cui si fonda il modello di mediazione negoziale sono: la neutralità, la partecipazione volontaria, la riservatezza, l'elevato livello di attenzione agli aspetti pragmatici della separazione.

Al mediatore è richiesto, innanzitutto, di mantenere una posizione centrale rispetto alle parti, egli controlla inoltre lo svolgersi del processo e non il suo contenuto, gestendo la fase della negoziazione, con la responsabilità di mantenere vivo il processo stesso, ma facendo attenzione a non assumere mai il ruolo di giudice, difensore o terapeuta. Il mediatore cercherà, dunque, di sollecitare dubbi, curiosità e richieste nelle parti, con lo scopo di arrivare ad una definizione congiunta del problema. In questo modello di mediazione, infine, non sono utilizzati dal mediatore i colloqui individuali, se non in casi estremi, quali ad esempio il sospetto abuso di alcool o di stupefacenti, di probabile violenza nei confronti del coniuge o dei figli, di altissima conflittualità. Anche in tali casi i colloqui individuali devono in ogni caso essere brevi e concessi ad entrambe le parti. Durante il processo di negoziazione, se il mediatore lo ritiene opportuno, egli stesso o le parti possono richiedere la consulenza di un avvocato, un commercialista o di un agente immobiliare.

Il processo di mediazione negoziale si articola in nove fasi e rispettivamente: l'ammissione del problema, in cui le parti devono riconoscere che esiste un disaccordo e che è necessario risolverlo; la scelta del campo, ovvero la consapevolezza da parte di entrambe le parti che la mediazione sia il metodo di risoluzione del problema più appropriato; la selezione del mediatore; la raccolta dei dati riguardanti il conflitto e la visione che le parti hanno sul disaccordo; la definizione del problema proposta dallo stesso mediatore; la creazione di opzioni alternative attraverso la tecnica del *breinstorming*; la ridefinizione delle posizioni inizialmente assunte, per indirizzare le parti verso l'individuazione dei loro veri interessi; la contrattazione, in cui il mediatore aiuterà le parti a raggiungere una definizione congiunta del problema, rimanendo concentrate sul futuro. Il modello negoziale si conclude con la stesura scritta degli accordi, redatta dal mediatore, il quale alla fine ne consegnerà una copia ad entrambe le parti. Sarà responsabilità degli avvocati, a questo punto, tradurre il rapporto in termini legali.

3.2.3. *Mediazione strutturata.*

Il modello strutturato si è sviluppato verso la metà degli anni Settanta, grazie al tentativo di O.J.Coogler di trovare una modalità alternativa di gestione delle crisi coniugali, sulla base della propria esperienza personale. Alla morte di Coogler, nel 1982, il modello è stato perfezionato da Sarah Grebe, che ne ha chiarito la struttura e le procedure.

La mediazione strutturata consiste in un intervento di tipo sistematico che impone il rispetto di una serie di impegni. Si tratta di un percorso, predefinito secondo una procedura particolare in tutte le sue fasi, che richiede il rispetto di numerose regole, secondo un rigoroso ordine logico e storico.

Il modello strutturato rappresenta un tipo di mediazione globale, che riguarda sia le questioni relative all'educazione dei figli e al loro mantenimento, sia quelle patrimoniali.

Il ruolo dei sentimenti, in tale modello mediativo, viene ridotto al minimo e l'intervento è focalizzato sul tentativo di ristabilire un equilibrio di potere sulla base dell'autodeterminazione, la collaborazione e la comunicazione tra i genitori, con lo scopo di superare il conflitto, che non è considerato un elemento utile.

La mediazione strutturata si propone dunque di aiutare le persone a mantenere il controllo, la dignità, il rispetto di sé e dell'altro, e la famiglia viene vista come nucleo da ristrutturare. La neutralità del mediatore gioca inevitabilmente un ruolo fondamentale, proprio per il compito di guida che egli assume, cosicché sono sconsigliati i colloqui individuali ed il ricorso ai consigli legali, mentre i figli possono essere coinvolti in un incontro, se necessario.

Il modello strutturato prevede una articolazione in quattro fasi, che compongono lo "schema di risoluzione del problema" escogitato da Coogler. La prima fase è caratterizzata dalla definizione dei problemi, in cui le parti, con l'aiuto del mediatore, devono definire in modo chiaro e distinto le loro difficoltà rispetto al problema; si procede poi con la raccolta delle informazioni, per cui il mediatore raccoglierà il maggior numero possibile di informazioni, stimolando i clienti ad esplicitare i propri interessi in maniera chiara, ed a prestare allo stesso tempo attenzione a quelli dell'altro.

Se le prime due fasi si sono svolte in modo corretto, si passa alla formulazione delle opzioni e alla relativa analisi delle conseguenze sempre con l'obiettivo di una logica vincente-vincente. Si ha infine la quarta ed ultima fase, che consiste nella scelta dell'opzione che offre la migliore soluzione al problema discusso.

Sarah Grebe ha precisato inoltre come le questioni principali devono essere affrontate secondo una determinata scansione, più precisamente, si parte dalla genitorialità, si prosegue con la divisione delle proprietà coniugali e si conclude con il mantenimento per il figlio e per il coniuge.

Una volta esaurite le questioni e concordate le decisioni, il mediatore provvederà a stilare un elenco dettagliato di tutti gli accordi raggiunti con la relativa motivazione, un progetto di accordo che costituirà la base di partenza su cui impostare l'accordo definitivo da depositare nelle opportune sedi giudiziarie.

3.2.4. Mediazione Terapeutica.

Il modello della mediazione familiare terapeutica, ma non psicoterapeutica, è stato elaborato da Irving e Benjamin e si basa sulla premessa che sia opportuno, prima di avviare un processo di mediazione, intervenire direttamente sui soggetti in causa. Si introduce in questo senso, una particolare fase di pre-mediazione, ovvero una fase preliminare che è destinata a migliorare i rapporti, così da facilitare l'analisi dei problemi oggetto della controversia, in quelle coppie che sono incapaci o non ancora pronte, a lavorare insieme nella mediazione. Lo scopo è quello di tentare, attraverso un aiuto preliminare in incontri separati, di rendere le parti capaci ad utilizzare la mediazione, invece di rifiutarle come inadatte al processo mediativo.

In questo tipo di modello di mediazione familiare, un ampio spazio è dedicato alle emozioni legate alla separazione coniugale, considerando fondamentale, a differenza del modello strutturato, il lavoro sui sentimenti. Si cerca, più precisamente, di ridefinire il passato carico di rivendicazioni e recriminazioni reciproche, individuando le risorse presenti fin dall'epoca del matrimonio ed

utilizzando il passato stesso per evidenziare la continuità del legame genitoriale. Da precisare è tuttavia che, nonostante l'apertura agli aspetti affettivo-emotivi, la mediazione terapeutica è chiaramente distinta dalla psicoterapia, in quanto non vi è un'esplorazione nel profondo della storia personale o delle dinamiche intrapsichiche, ma l'intervento rimane centrato su specifici obiettivi, senza peraltro espletare il tentativo di favorire la riconciliazione della coppia.

La mediazione terapeutica di Irving e Benjamin, consiste in quattro fasi. Una prima fase consiste nella valutazione, o fase di ammissione, nella quale si esplora la disponibilità della coppia ad entrare in mediazione. La fase di valutazione comporta in genere tre sedute, due individuali ed una congiunta. Obiettivo di questa fase è indirizzare la coppia direttamente al negoziato, o alla pre-mediazione, o a una terapia a lungo termine o, in fine, al tribunale.

Se la coppia è ritenuta idonea ad affrontare il percorso di mediazione, ma non è ancora pronta alla fase negoziale, si effettuano degli incontri di "pre-mediazione", in cui si lavora soprattutto sul riconoscimento dell'altro come interlocutore valido sul piano genitoriale. Questa fase è indicata generalmente per le coppie che si separano subito dopo o in coincidenza della nascita del figlio, senza avere alle spalle una storia del legame genitoriale condivisa, o in quei casi in cui è necessario verificare e motivare la volontarietà verso l'intervento mediativo. La durata della fase di pre-mediazione oscilla dalle quattro alle otto sedute.

Altra fase è quella di negoziazione, alla quale si accede dopo la pre-mediazione, oppure direttamente dopo la prima fase di valutazione, qualora in questa siano state ravvisate le risorse sufficienti per entrare subito in mediazione. Il negoziato rappresenta la fase centrale del processo mediativo, mediante la quale la coppia cerca di arrivare ad un accordo sulle diverse conflittualità. È

concesso contattare i proprio avvocati, ma non lasciare assistere i figli alle sedute.

Dopo due mesi circa dalla conclusione del processo, è infine previsto il *Follow-up*, che consiste in un controllo di routine con lo scopo di controllare i progressi della coppia e di valutare la tenuta dell'accordo raggiunto in mediazione.

3.2.5. *Mediazione Trasformativa.*

Affine alla mediazione terapeutica ed opposto a quella negoziale, il modello c.d. di mediazione trasformativa, coniato da Bush e Folger nel 1994, non va a perseguire il raggiungimento di un risultato, ma piuttosto il potenziamento ed il reciproco riconoscimento delle parti. Nel modello in parola infatti sono i partecipanti a condurre, mentre il mediatore segue ponendo la sua attenzione nell'incoraggiare i dialoghi e l'ascolto reciproco tra le parti. Il mediatore trasformativo, più precisamente, non dirige la comunicazione dei partner, ma sostiene il loro potere decisionale, attraverso le c.d. "risposte di sostegno".

Si tratta di un modello particolare, che ha lo scopo di far raggiungere alle parti, uno stato di maggiore consapevolezza ed indipendenza, ma che si fonda sulla peculiare logica di voler trasformare non solo il conflitto, risolvendolo, ma anche le persone coinvolte nella mediazione, così da condurle ad una comprensione reciproca, che permetta loro di riconoscere l'uno i bisogni dell'altro, con maggiore empatia rispetto a prima.

Benché proponga molti valori positivi, tuttavia, l'approccio sviluppato da Folger e Bush, solleva questioni sia etiche che pratiche. Molte persone infatti ricorrono alla mediazione proprio perché hanno dei problemi da risolvere, non perché chiedono di essere

“trasformate” ed anche una terapia a lungo termine potrebbe non produrre un cambiamento fondamentale della persona.

3.2.6. *Mediazione Sistemica.*

Un ulteriore modello di mediazione familiare è appunto quello c.d. sistemico, diffuso in Italia ed applicato dall'AIMS, Associazione Internazionale Mediatori Sistemici, che adottando un approccio globale, volge la sua attenzione tanto all'aspetto emozionale e relazionale, quanto a quello economico patrimoniale.

La mediazione sistemica è centrata sull'intero sistema familiare, focalizzando l'attenzione sulla famiglia, per così dire, allargata, che ricomprende cioè nonni, genitori, altre componenti del nucleo familiare e i figli, che vengono coinvolti direttamente o indirettamente nel processo mediativo. La famiglia più che la coppia, difatti, ha costituito il punto di riferimento privilegiato nella mediazione dei conflitti ed il punto di vista sistemico ripropone la famiglia nella sua storia intergenerazionale e nel suo ciclo di vita, in cui i figli, così come la generazione dei nonni, sono parte essenziale e pertanto non possono essere esclusi dalla ricostruzione della stessa.

Il modello in parola deriva dalla teoria generale dei sistemi di Bertalanffy⁸⁹ e dal contestualismo, per il quale, per poter essere un valido supporto nella risoluzione di un conflitto, specie in ambito familiare, il mediatore sistemico, deve poter innanzi tutto comprendere il contesto in cui si è sviluppata la situazione di ostilità.

⁸⁹ Secondo la *teoria generale dei sistemi* di Bertalanffy, la spiegazione scientifica di un fenomeno non può ridursi alla separazione atomistica dei suoi elementi, ma deve essere costruita mediante il principio unificatore dell'organizzazione. Il solo modo in cui è possibile studiare un'organizzazione, secondo l'autore citato, è quello di studiarla come sistema, che deve essere considerato come un complesso costituito da elementi in interazione. L'esistenza di relazioni, infine, è un elemento che fonda la stessa definizione di sistema.

Intorno agli anni '50, l'incontro fra la teoria generale dei sistemi e la terapia familiare avviene per la necessità della psicoterapia di concepire in modo nuovo i problemi dell'uomo e di considerare i fenomeni nella loro complessità.

Si prende in esame generalmente l'esperienza passata, presente e futura che caratterizza la famiglia, al fine di ristabilire un minimo di armonia familiare e di proteggere soprattutto i figli dalla conflittualità degli adulti. Il modello sistemico, dunque, tenendo conto dell'intero sistema familiare, propone una lettura complessa della dinamica relazionale che ruota intorno al conflitto e adotta un approccio interdisciplinare sollecitando il dialogo e la sinergia operativa tra figure professionali di ambito diverso, psicologico, giuridico e sociale.

La mediazione sistematica è caratterizzata da una prima fase di pre-mediazione, in cui si effettua un bilancio della storia coniugale e genitoriale e si verifica se la separazione è definitiva oppure no. Una volta terminata questa prima fase, si passa alla sottoscrizione del contratto di mediazione, in cui le parti identificano i temi da trattare e si impegnano ad intraprendere il percorso di mediazione, dopodiché le parti sono richiamate a vagliare le possibili soluzioni ai problemi, in una terza fase che prende il nome di negoziazione ragionata. Si avrà infine la stesura del progetto di intesa, che potrà essere formalizzato, su decisione delle parti, al fine dell'omologazione della separazione consensuale, oppure spontaneamente adempiuto.

3.2.7. Modello di mediazione familiare basato sui bisogni evolutivi.

La mediazione familiare basata sui bisogni evolutivi, è caratterizzata da un approccio articolato su diversi livelli, che fanno riferimento ad una concezione di separazione da intendersi come un evento con un'importante valenza critica e di potenziale rischio, ma che favorisce al tempo stesso nuove forme di adattamento personale e familiare potenzialmente evolutive. È un modello parziale, in quanto l'elemento centrale di tale tipo di mediazione è caratterizzato dalla gestione della genitorialità e dalla ridefinizione

del rapporto tra gli *ex partner*, mentre gli aspetti economici vengono rimandati all'ambito legale.

Questo tipo di modello mediativo pone l'attenzione sulla possibilità che gli ex coniugi manifestino, oltre alla ricerca di accordi e alla definizione di richieste e posizioni, anche aspetti emotivi, momenti di conflittualità aperta, richiami al passato, riconoscimenti e delusioni, che contribuiscono a fornire all'altro le basi per un personale processo di superamento dell'evento critico e di ridefinizione di sé. È un'accezione, dunque, che va ben oltre quella del mantenimento di rapporti civili con lo scopo di salvaguardare le funzioni genitoriali.

Ciò che contraddistingue il modo di lavorare del modello di mediazione in questione, è la fondamentale presenza di un equilibrio tra due tipi di obiettivi, quelli pragmatici e quelli relazionali. Più precisamente, gli obiettivi pragmatici sono caratterizzati dalla ricerca degli accordi, che nella quasi totalità dei casi riguardano la dimensione genitoriale, ma che possono riguardare anche altri aspetti della separazione; gli obiettivi relazionali, invece, sono relativi all'evoluzione del rapporto tra gli *ex partner* e alla possibilità della sua ridefinizione in una situazione di conferma dell'avvenuta separazione. La co-presenza dei due tipi di obiettivi appena descritti, rappresenta l'aspetto qualificante e la garanzia per una valutazione dei risultati che non sia semplicemente rivolta al raggiungimento degli accordi, ma che consideri anche le dinamiche relazionali e la loro evoluzione come fondamento per il mantenimento e la validità nel tempo degli accordi stessi. In tal senso, potremmo dire che mentre la presenza degli obiettivi pragmatici indica ai partecipanti il punto di arrivo e l'andamento del lavoro, gli obiettivi relazionali costituiscono la "strada" utilizzata dal mediatore per entrare nelle varie fasi del processo, così da poter valutare l'effettivo svolgimento dello scambio negoziale.

Per essere strutturata in modo coerente ai principi e agli obiettivi appena enunciati, la mediazione, deve essere caratterizzata da cinque qualità fondamentali: la volontarietà di accesso nonché libertà di interruzione; la neutralità, intesa come necessità che lo spazio della mediazione non sia avvertito come vantaggioso per una o per l'altra parte; la limitatezza temporale; la definizione dei partecipanti; la parzialità degli obiettivi rispetto alla complessiva gestione della separazione, considerato che, come già accennato, siamo di fronte ad un modello di mediazione di tipo parziale.

Per quanto riguarda il processo in senso stretto, si individuano tre fasi del lavoro di mediazione, le quali sono precedute da una fase preliminare, rivolta alla trattazione della richiesta e delle motivazioni dei partner, nonché alla valutazione della mediabilità o meno della coppia.

La prima fase è incentrata, rispetto agli obiettivi pragmatici, sul raggiungimento di un accordo tra i partecipanti riguardo alla possibilità di incontrarsi per individuare un'area su cui esercitare la comune decisione, mentre si caratterizza per la necessità di un riconoscimento dell'altro come interlocutore, sul piano degli obiettivi relazionali.

La seconda fase della mediazione è invece rappresentata, sotto il profilo pragmatico, dalla finalità del raggiungimento di un accordo, anche se non ancora definitivo, che deve necessariamente essere collegato alla parallela evoluzione degli obiettivi relazionali, i quali in questa fase si identificano nel riconoscimento dell'altro come negoziatore.

La terza fase, infine, è diretta, sotto il piano pragmatico, alla verifica ed eventuale modifica degli accordi raggiunti. Nella stessa fase, parallelamente, gli ex coniugi cominciano a sperimentare modalità di rapporto diverse, soprattutto centrate sulla gestione della genitorialità, che permettano loro di passare al riconoscimento

dell'altro come genitore separato, aspetto che rappresenta l'obiettivo relazionale della terza fase della mediazione. Dopo sei mesi circa dalla conclusione del percorso, infine, è previsto un follow-up.

Questo tipo di mediazione, viene fatto risalire a Francesco Canevelli e Marina Lucardi del Centro per l'età evolutiva di Roma e si tratta di un modello largamente sviluppatosi in Italia.

3.2.8. *Mediazione Facilitativa.*

La mediazione facilitativa si contraddistingue da quella valutativa per il differente grado di coinvolgimento del mediatore nella gestione del conflitto e nell'individuazione delle soluzioni.

Quello di tipo facilitativo, rappresenta un processo di mediazione particolarmente incentrato sulla comunicazione, nel quale il mediatore persegue il primario obiettivo della riattivazione del dialogo tra le parti, la promozione del confronto tra esse e la ricerca degli interessi e dei bisogni comuni.

Il mediatore è, dunque, più concentrato sul processo di comunicazione e di mediazione, piuttosto che ai risultati che si propone di raggiungere. Egli assiste le parti e nel farlo può dare loro consigli, ma raramente, se non mai, propone accordi o suggerisce esiti del processo. L'eventuale presenza degli avvocati non è diretta a gestire la negoziazione, quanto piuttosto a consigliare ed assistere le parti, ed il mediatore dovrà collaborare con gli avvocati a tal fine. Alle parti, infine, si conferisce una posizione attiva, con compiti e responsabilità ben precise, in quanto sono esse stesse a determinare obiettivi e valutare le informazioni, fino ad arrivare all'elaborazione di opzioni e alla scelta delle soluzioni.

La mediazione facilitativa, pertanto, si muove sulla base del principio dell'autodeterminazione, con la prospettiva che sono le

parti ad essere le persone più adatte a conoscere ciò che è meglio per loro.

L'agire del mediatore, secondo le indicazioni di questo modello, può indubbiamente produrre effetti positivi nei rapporti comunicativi delle parti, tuttavia, di fronte a determinati squilibri di potere, naturalmente non collegati a squilibri psicologici, la mediazione facilitativa potrebbe risultare inadeguata.

3.2.9. Mediazione Valutativa.

Questo modello di mediazione si caratterizza per un maggior coinvolgimento del mediatore, il quale, attraverso l'uso di tecniche legate alla gestione del conflitto, indirizza le parti verso il raggiungimento dell'accordo. All'opposto della mediazione di tipo facilitativo, i cui sostenitori ritengono che ogni tipo di valutazione da parte del mediatore può risultare totalmente contraria al principio di una mediazione pura, i sostenitori del modello in parola ritengono che la combinazione della mediazione con la valutazione, non sia soltanto possibile, ma anche utile.

Per contro, vi è chi sostiene che l'utilizzo del modello valutativo potrebbe compromettere l'obiettività e la neutralità del mediatore, a discapito della autodeterminazione nelle scelte delle parti. In tal senso può essere allora d'aiuto considerare più da vicino il significato del concetto di "valutazione", per capire come nonostante esistano elementi di giudizio nel modo di lavorare dei mediatori valutativi, in realtà essi valutano anche la prontezza e la volontà delle parti a impegnarsi nella mediazione, il livello e la durata del conflitto, la natura della loro comunicazione e quali siano le risoluzioni realisticamente praticabili. Gli stessi mediatori facilitativi "puri", del resto, nel gestire e strutturare il processo di

mediazione, eseguono valutazioni interne, anche se non le condividono apertamente con le parti.

3.2.10. La Co-mediazione.

La co-mediazione rappresenta uno dei diversi modelli in cui si può declinare la Mediazione Familiare. Nell'ambito della già esplicita ripartizione tra mediazione globale e mediazione parziale, la mediazione può altresì suddividersi in altre due sottocategorie: la mediazione familiare tradizionale, con un solo operatore e la mediazione familiare con più operatori, nella quale assolutamente imprescindibile diviene l'assenza di competizione tra gli operatori, i quali devono mantenere sempre un clima di collaborazione reciproca.

Tra le forme di mediazione caratterizzate dalla presenza di più operatori se ne individuano principalmente tre.

Una prima tipologia è la "co-mediazione", condotta da due professionisti appartenenti alla stessa area, possibilmente di sesso diverso.

La "co-mediazione interdisciplinare", invece, è condotta da due professionisti generalmente compresenti ed appartenenti alle due diverse aree legale e psico-sociale. Entrambi i professionisti hanno un percorso formativo che integra le rispettive competenze di base, ove l'avvocato acquisisce dimestichezza con il linguaggio psichico e con le tecniche della comunicazione e il mediatore, parallelamente, acquisisce conoscenza e familiarità con la struttura del processo di separazione e divorzio. I co-mediatori, in questo contesto, non presenteranno la loro opera professionale di relativa appartenenza, ma si proietteranno in quello che è l'intervento di mediazione.

La "co-mediazione integrata", infine, è condotta da due professionisti, un mediatore e un legale, che operano generalmente in modo integrato, ma lavorando in sedi diverse. Al fine di

normalizzare il disaccordo, in questa terza tipologia di co-mediazione, i separati sono consultati su due diversi piani, uno legato alle componenti emotive e l'altro connesso agli aspetti pratici ed il compito del mediatore è quello di facilitare la successiva consulenza legale, ribaltando il significato della controversia, che non dovrà più essere incentrata sulla discussione dei temi del negoziato, ma diretta piuttosto a far capire alle parti quanto siano pronti a condividere i problemi l'uno con l'altro. È il mediatore in questo caso che, a seconda dell'evoluzione del percorso di mediazione, affianca a sé stesso la diversa ma complementare competenza del legale, che in determinate situazioni appare indispensabile ai fini della riuscita della mediazione.

Se la co-mediazione interdisciplinare si presta meglio di altre forme a risolvere casi connotati da elevata complessità, perché caratterizzati da elevata conflittualità e forte squilibrio di potere, questa potrebbe in alcuni casi risolversi in un intralcio per le situazioni più elementari, costituendo in tal caso uno spreco di tempo e di denaro, nonché un inutile approfondimento che invece di aiutare le parti, rischia piuttosto di confonderle offrendo loro elementi superflui.

Quando, invece, la soluzione della vicenda risulta chiara ed evidente sotto l'ambito giuridico, ma gli aspetti personali che dovrebbero condurre alla comprensione della validità della stessa, necessitano di una elaborazione psicologica, sarà necessario preparare, in primo luogo, le parti alla condivisione ed accettazione dell'accordo, con l'intervento del professionista mediatore e, solo successivamente, introdurre la figura dell'avvocato, per affrontare congiuntamente le questioni pratiche, che impongono anche decisioni tecniche. Tale forma di co-mediazione detta integrata, dunque, prevede un approccio graduale e bifasico.

La co-mediazione caratterizzata dalla presenza di due professionisti appartenenti alla medesima area di mediazione, assolve invece ad una fondamentale funzione per la coppia, ovvero quella di rappresentare un vero e proprio specchio di comportamento. La coppia ha, in questo modo, la dimostrazione che una discussione può essere affrontata con tono pacato e di ascolto attivo reciproco, anche di fronte a punti di vista differenti. L'assetto che assicura maggior riuscita, secondo la maggior parte degli operatori è quello caratterizzato dalla presenza di due mediatori di sesso diverso, così da garantire una migliore rappresentazione dell'equilibrio di potere tra sessi. In realtà, però, in Italia tale caratteristica è più difficile da rispettare, se si considera che la mediazione familiare appartiene prevalentemente all'universo femminile, a differenza di altri paesi in cui invece si trovano anche molte figure maschili ad occuparsi di mediazione in ambito familiare.

I vantaggi derivanti da una forma di mediazione costituita da più operatori possono essere i più svariati, la presenza di due mediatori infatti: garantisce sicuramente maggior equilibrio e stabilità nella scelta delle soluzioni, permette una prospettiva più ampia dell'attività mediativa che è caratterizzata da diversi punti di vista ed assicura maggior sostegno ai mediatori e ai partecipanti. Allo stesso tempo però possono inevitabilmente presentarsi elementi negativi, quali quello legato al costo più elevato o al maggior impiego di tempo, o ancora la presenza del rischio di competizione tra i due diversi operatori, nonché la possibilità che la presenza dei due mediatori porti ad un'eccessiva pressione nei confronti di clienti particolarmente deboli o nervosi.

Concludendo questo ampio paragrafo dedicato alle varie tipologie di mediazione familiare, ritengo necessario evidenziare come, al di là dei tratti essenziali che contraddistinguono i diversi

modelli appena descritti, si possono identificare, alla base di ogni ambito di applicazione, dei tratti comuni, fondamentali ed imprescindibili. Elemento comune ad ogni forma di mediazione familiare è, infatti, la necessaria esistenza del consenso delle parti, così come l'imparzialità e la neutralità che devono connotare la figura del mediatore, nonché la garanzia della riservatezza del percorso intrapreso dalle parti. Altro tratto comune, su cui porre l'attenzione è l'intransigente autonomia rispetto al contesto giudiziario, da un lato, e a quello terapeutico, dall'altro.

3.3. Processo di mediazione familiare.

Molti mediatori familiari concordano nel ritenere che, a prescindere dal modello di mediazione in concreto utilizzato, è fondamentale dare una struttura generale al processo stesso.

Nella sua forma più semplice, come è ben facile notare dalla lettura del paragrafo precedente, il processo di mediazione familiare ricomprende tre fasi, iniziale, centrale e finale, delle quali quella di mezzo risulta essere la più ricca di conflitti ed incertezze ed è per questo motivo che un primo compito da attribuire al mediatore è proprio quello di rendere l'inizio e la fine il più chiari possibile, così da poter creare nelle parti una certa consapevolezza relativa al progredire del processo che andranno ad affrontare. Consapevolezza che, peraltro, può aiutare la coppia a ridurre l'ansia, incoraggiandola a continuare.

Le varie fasi del processo, che si differenziano a seconda della metodologia adottata per mediare il conflitto, infatti, sono generalmente precedute da una fase preliminare diretta alla valutazione dei casi mediabili e, dove previsto, da una fase di c.d. pre-mediazione.

3.3.1. Valutazione dei casi mediabili e accordi di pre-mediazione.

A prescindere dalle modalità scelte per mediare la situazione di crisi, tutti i modelli di mediazione familiare prevedono una fase di valutazione, prima di procedere ad affrontare la negoziazione degli accordi.

La fase della c.d. valutazione dei casi mediabili, si concretizza in un colloquio introduttivo, che può essere svolto individualmente oppure congiuntamente, e che non è generalmente considerato parte integrante del vero e proprio processo di mediazione familiare. Tale intervento rappresenta piuttosto un momento preliminare al processo stesso, ritenuto da molti indispensabile, che ha il fine di chiarire alle parti i principi, i costi e la durata del procedimento. L'importanza di tale prima fase preliminare è inoltre da connettersi alla possibilità per il mediatore di valutare se la mediazione in quel caso specifico possa risultare utile, evitando in tal modo di intraprendere un percorso di mediazione già in partenza privo di buone prospettive.

I casi in cui il tentativo di mediazione non va oltre questi primi colloqui preliminari, sono numerosi⁹⁰. La non proseguibilità del percorso mediativo può essere determinata dalla stessa coppia, che richiede l'interruzione dell'attività, oppure dal mediatore, qualora valuti la non mediabilità del caso specifico, a causa di condizioni personali, relazionali e contestuali che rendono impossibile la riattivazione delle competenze e dunque il buon esito della mediazione.

Potremmo dire che la c.d. valutazione, permette di definire tre possibilità tra loro alternative: i clienti sono inadatti alla mediazione; i clienti sono pronti ad entrare subito in mediazione; i clienti

⁹⁰ In una ricerca condotta presso il Servizio di mediazione familiare del Centro per l'età evolutiva di Roma, su 147 casi ed in un arco di tempo che va dal 1992 al 1998, Canevelli e Lucardi hanno ad esempio verificato che il numero di interventi che si ferma alla consulenza preliminare, è stato pari al 40%.

potrebbero essere pronti a negoziare, ma soltanto dopo essere passati attraverso una eventuale fase di pre-mediazione.

Qualora, infatti, il colloquio preliminare di valutazione dia esito positivo, annoverando il caso specifico come “mediabile”, ma la coppia in questione non sia pronta ad intraprendere nell’immediato il percorso mediativo, in alcuni modelli di mediazione è prevista una fase di “pre-mediazione”, attraverso la quale il mediatore prepara le parti al percorso che stanno per intraprendere.

Nel caso in cui le parti si dichiarino consenzienti ad offrire il proprio impegno nel processo di mediazione, infine, il mediatore legge e fa firmare alle parti un Accordo di rapporto professionale, detto anche Accordo preliminare di mediazione, il quale contiene, oltre al costo, la durata e l’oggetto dell’intervento, anche una dettagliata elencazione dei problemi da risolvere, nonché l’impegno comune a rispettare il riserbo in merito a quanto è stato detto nel corso delle sedute e a coinvolgere in mediazione, se fosse necessario, figli, parenti prossimi e operatori giuridici, psico-sociali o altri professionisti. Accordo, dunque, finalizzato ad assicurare, sin dall’inizio, la massima trasparenza.

3.3.2. In generale...sullo svolgimento della mediazione.

Lo svolgimento del processo di mediazione familiare avviene attraverso l’espletamento di una serie di fasi consequenziali e fondamentali, che sono già state oggetto di trattazione nei paragrafi riguardanti le varie metodologie mediative. Mi limiterò dunque, in questa sede, ad un esame generico, con la finalità di ricordare quali siano i principali passaggi e caratteristiche di questa fase intermedia⁹¹.

⁹¹ Per approfondimenti riguardanti le varie fasi in cui si esplicita il processo di mediazione familiare, cap. III, par. 1.

Conclusa la preliminare fase di valutazione, se le parti hanno accettato di entrare in mediazione e i mediatori non hanno rilevato nessun tipo di ostacolo, avranno inizio le sedute di mediazione, che nonostante siano più o meno differenziate a seconda del modello scelto, ricomprendono genericamente la stessa tipologia di compiti, tra i quali si annovera la raccolta di informazioni utili, la definizione dei problemi in gioco, la formulazione del maggior numero possibile di soluzioni, nonché l'individuazione tra queste, di quella che sia la più vicina alle richieste di entrambe le parti, fino ad arrivare, da ultimo, alla stesura dell'accordo.

Il percorso mediativo prevede da un minimo di due sedute, fino ad arrivare a tante sedute quante siano necessarie per l'individuazione della soluzione e comunque, in base a quelle previste dal modello prescelto, o dal centro di mediazione a cui ci si rivolge⁹². Per quanto riguarda la durata della mediazione, questa è generalmente rimessa alla valutazione congiunta del mediatore e delle parti, ma si concede in ordine ad essa, una vasta elasticità. Essenziale ed imprescindibile, però, è che il mediatore chiarisca sin dall'inizio la portata limitata nel tempo del percorso, così da evidenziare come quella della mediazione, sia un'opportunità unica e limitata, oltre la quale si avrà la decisione di un giudice, che non è ovvio proceda nel miglior interesse di entrambe le parti.

Da sottolineare è, infine, come la mediazione debba svolgersi in una fase di necessaria tregua giudiziaria, concordata con i legali delle parti o con il giudice della separazione o del divorzio.

⁹² Il centro GeA di Milano, ad esempio, prevede fino ad un massimo di dodici incontri.

3.3.3. Conclusione della mediazione.

Una volta svoltosi positivamente il processo di mediazione familiare, in cui le parti dimostrano di poter e voler raggiungere una soluzione unanime e condivisa del conflitto, la mediazione si avvia verso la sua conclusione. Questo avviene quando il percorso effettuato, ha già di per sé dato luogo ad una ridefinizione del rapporto, con la conseguente adozione di nuovi comportamenti collaborativi, che permetteranno anche la progressiva elaborazione ed accettazione dell'esperienza di separazione, o divorzio.

Gli accordi conseguiti dalle parti in sede negoziale e le loro decisioni in merito ai rispettivi comportamenti da assumere in futuro, saranno, a questo punto, formalizzati in un documento detto "preliminare di accordo", una scrittura privata, da redigere in forma chiara e comprensibile, che diverrà un vero e proprio progetto esecutivo.

Una volta redatto, il documento verrà consegnato a ciascun partecipante, affinché possa rileggerlo e mostrarlo ai rispettivi legali, eventualmente ritoccarlo o ampliarlo con nuove proposte, per poi riconsegnarlo nella seduta successiva. Si procederà, dunque, alla firma dell'accordo, in modo tale che gli avvocati di entrambe le parti possano inserirlo nei documenti legali formali, che verranno presentati presso il tribunale competente.

L' accordo raggiunto dalle parti all'esito dell'invito rivolto dal giudice ai sensi art. 337 *octies* c.c., può essere totale o parziale, a seconda che questo riguardi tutti, ovvero alcuni dei punti controversi della vicenda che ha determinato il ricorso giudiziale. In caso di accordo parziale, il giudice dovrà prendere atto degli accordi intervenuti tra i genitori, in tema di affidamento, mantenimento e potestà, trasferendoli, se non sono contrari all'interesse dei figli, nei

suoi provvedimenti, ai sensi dell'articolo 337 *ter*, comma 2, c.c.⁹³. Nel caso in cui le parti abbiano invece accordato su tutti i punti in discussione, l'accordo che ne deriva consiste sostanzialmente in una proposta di separazione consensuale, o nel testo di una domanda di divorzio congiunta, in caso di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. In tal caso, la presentazione della stessa "proposta" al giudice, permetterà alle parti di ottenere l'omologazione dell'accordo raggiunto in mediazione. L'articolo 158 del codice civile, stabilisce infatti che "la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice" (comma 1), che "...in caso di inidonea soluzione, può rifiutare allo Stato l'omologazione" (comma 2).

Il giudice, dunque, valuterà l'effettiva idoneità dell'accordo, garantendo un controllo sulla meritevolezza degli interessi disciplinati dalle parti, con particolare attenzione alla tutela dei figli, specie se minori e nel rispetto dei criteri di congruità e ragionevolezza delle decisioni concordate. Gli accordi non possono essere tali da privare i figli del contributo e dell'apporto dei genitori o di uno di essi, o di pregiudicarli dal punto di vista economico; non possono contenere giudizi di addebito della responsabilità della separazione, o valutazioni morali in ordine ai comportamenti assunti

⁹³ Articolo 337 *ter* c.c., comma 2: Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, nei procedimenti di cui all'articolo 337-*bis*, il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. *Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori*. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, ivi compreso, in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, l'affidamento familiare. All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito e, nel caso di affidamento familiare, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare.

dalle parti, prima o durante la situazione di crisi; non possono, se redatti in sede di separazione, contenere patti relativi ad un eventuale futuro divorzio; non possono, in sintesi, contenere pattuizioni illecite o previsioni contrarie all'ordine pubblico ed al buon costume.

La separazione contenziosa, dopo l'avvenuta omologazione da parte del giudice, sarà trasformata in separazione consensuale.

Il procedimento, dopo la mediazione, deve dunque in ogni caso concludersi nella sede processuale.

3.4. Quando gli accordi non sono rispettati. Cenni all'art. 709 *ter*.

Come detto nel precedente paragrafo, una volta concluso, l'accordo raggiunto dalle parti nel processo di mediazione familiare, verrà sottoposto al giudizio del giudice, che dopo averne valutato l'effettiva validità, procederà ad omologarlo, divenendo così a tutti gli effetti un provvedimento giudiziario.

Per capire allora che cosa accade laddove le parti in causa violino gli obblighi derivanti dall'eventuale accordo, è necessario porre l'attenzione sulle norme che prendano ad esame la trasgressione dello stesso provvedimento adottato dal giudice in materia di separazione o divorzio. Vero è, che le cose risultano essere perlopiù differenti nel caso di un provvedimento non imposto dal giudice, ma derivante dall'omologazione di un accordo raggiunto in sede di mediazione, in quanto si presume che di fronte ad una soluzione raggiunta consensualmente ed a favore degli interessi di tutte le parti, le problematiche applicative si riducano al minimo. Nonostante questo però, oltre al caso in cui l'accordo raggiunto in mediazione sia soltanto parziale, per cui in merito agli altri punti controversi la decisione è soltanto del giudice, non è da sottovalutare neanche la possibilità che la "tregua" ottenuta grazie all'intervento del mediatore familiare, non duri a lungo, stante il fatto che si tratta

sempre e comunque di situazioni particolarmente delicate, nelle quali non è facile trovare nuovi e duraturi equilibri. Ecco perché la necessità di ipotizzare, anche in questa sede, la violazione degli obblighi.

Partendo allora dalla constatazione che l'attuazione pratica dei provvedimenti giudiziari diviene spesso notevolmente difficoltosa, incontrando altrettanto spesso numerosi ostacoli all'effettivo rispetto delle imposizioni da parte dei coniugi o, più in generale, dei genitori, è necessario ricordare come il legislatore, con la legge n. 54 del 2006, abbia cercato di porre rimedio a tali situazioni, introducendo nel codice di rito l'art 709 *ter*⁹⁴, tra le norme processuali in materia di separazione⁹⁵.

L'articolo 709 *ter* c.p.c., nello specifico introduce misure sanzionatorie, in relazione all'eventuale inadempimento dei provvedimenti in materia di potestà genitoriale, graduate a seconda della gravità del comportamento della parte inadempiente. La norma, in sostanza, nella parte appena citata, aspetto peraltro più innovativo, introduce nel nostro ordinamento vere e proprie misure di coazione indiretta, per far sì che la parte inadempiente sia indotta al rispetto delle obbligazioni, se non altro, per la minaccia della sanzione.

⁹⁴ Articolo 709 *ter* c.p.c., *Soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempimento o violazione*: Per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento è competente il giudice del procedimento in corso. Per i procedimenti di cui all'articolo 710 è competente il tribunale del luogo di residenza del minore. A seguito del ricorso, il giudice convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari.

⁹⁵ Ai sensi dell'articolo 4, comma 2, della legge n.54 del 2006, l'art 709 *ter* c.p.c si applica anche in ambito di divorzio e di procedimenti relativi ai figli naturali.

In contesti delicati quali quelli trattati, tuttavia, non sempre la minaccia del “male” risulta essere la migliore delle ipotesi, contribuendo anzi nella maggior parte dei casi, ad incrementare le conflittualità, la resistenza al rispettersi e la riluttanza ad onorare nel migliore dei modi gli interessi reciproci, ma soprattutto quelli, e questo è il punto più rilevante, dei figli, spesso minori, che si ritrovano ad essere generalmente le uniche vere vittime della situazione.

Viene allora da chiedersi, proprio in questa sede, se non fosse forse opportuno estendere l’istituto oggetto di questa trattazione, anche in questo senso. Una mediazione in altre parole, non soltanto preventiva, ma anche e soprattutto posticipata, la quale venga dopo quei provvedimenti giudiziari che è spesso complicato abituarsi a rispettare, ma che sarebbero forse molto più efficaci e duraturi se adempiuti in un ottica di rispetto reciproco, e non piuttosto di dovere, il cui inadempimento è collegato alla minaccia della sanzione.

3.5. Il ruolo dell’avvocato nella mediazione.

Dal momento che il percorso in parola nasce per lo più “all’interno” del processo giudiziario, coinvolge spesso una molteplicità di figure che si muovono, più o meno direttamente, fuori dalla stanza di mediazione, come il giudice e gli avvocati. Il ruolo dell’avvocato merita, in questa sede, una trattazione specifica.

La figura giuridica, rispetto alla scelta di iniziare un percorso di mediazione è fondamentale, considerando che il legale è la prima persona che recepisce la situazione di crisi ed è quindi al prima persona che può proporre la mediazione familiare, almeno come strada ipotetica, per il raggiungimento di accordi meritevoli per il proprio cliente, piuttosto che inseguire a tutti costi la vittoria legale, che porta spesso ad alimentare conflitti e rancori, fino a mettere in

molti casi in secondo piano l'interesse del minore, che è quello di poter contare su una nuova organizzazione familiare più serena, in cui entrambi i genitori sono presenti.

Avere una buona conoscenza di base dei principi e delle metodologie della mediazione familiare, è indispensabile ed è per questo motivo che, attualmente, i corsi di mediazione sono aperti anche agli avvocati.

La figura dell'avvocato, in sintesi, può rivelarsi fondamentale in tutte le fasi della mediazione familiare, in entrambe le accezioni in cui l'avvocato può essere considerato: come conciliatore o mediatore, nei casi di co-mediazione, in cui l'integrazione delle sue conoscenze giuridiche con quelle del collega mediatore, può garantire una maggior possibilità di raggiungere accordi stabili; oppure come esperto legale, fuori dalla camera di mediazione, in cui il suo ruolo è di rilevante importanza sia nel processo mediativo, durante il quale continua a seguire il proprio cliente nonostante la sospensione dell'iter giuridico, sia alla fine dello stesso, per la verifica legale degli accordi presi. Un legale, peraltro, essendo connotato da forti competenze in materia di diritto di famiglia, può essere di fondamentale aiuto allo stesso mediatore, che potrebbe ritrovarsi di fronte a problematiche riguardanti la conclusione o definizione dell'accordo, nonché avere necessità di chiarimenti in ordine alla connotazione giuridica di un qualsiasi problema.

Nonostante questo, tuttavia, la figura dell'avvocato, che generalmente nel processo di mediazione viene definito come "assistente della parte", ha dato luogo a numerosi dibattiti in ordine alla sua ammissibilità o meno all'interno della mediazione stessa.

La presenza dell'avvocato come assistente della parte all'interno del processo di mediazione, non riscontra infatti pensieri unanimi. Vi è, a tal proposito, soprattutto a seconda del modello di

mediazione prescelto, chi ostacola tale presenza⁹⁶, perché avvertita come negativa e fortemente sconsigliata e chi invece⁹⁷ ritiene che le parti possano liberamente ricorrere alla consultazione del legale, purché avvenga in determinati luoghi e nella totale riservatezza da parte dell'avvocato, in riguardo a quelli che sono gli sviluppi della mediazione in corso.

3.6. Il mediatore familiare. Formazione.

Ponendo l'attenzione su quanto è previsto specialmente in ambito europeo, viene alla luce l'importanza della definizione del nuovo profilo professionale del mediatore familiare, il quale necessita, con pensiero unanime di tutti i sostenitori e persino dei critici della mediazione familiare, di una formazione specifica e rigorosa.

Per mediatore familiare, si intende un esperto nella gestione stragiudiziale delle conflittualità familiari e come tale, deve avere un ruolo professionale qualificato, in possesso di competenze, esperienze, strumenti operativi ed abilità, istruito con una preparazione completa e rigorosa, che permetta al mediatore di poter affrontare il conflitto familiare, in tutte le sue sfaccettature. Anche perché, si dice in dottrina, “nessuno dubita più del fatto che quella del mediatore familiare sia una professione sotto tutti i punti di vista”⁹⁸, che deve peraltro avere tutti gli strumenti necessari per affrontare compiti tutt'altro che semplici, confrontandosi con soggetti che stanno fronteggiando situazioni di crisi molto delicate.

⁹⁶ Si prenda ad esempio in riferimento la mediazione strutturata di Coogler, nella quale il ricorso ai consigli legali, nel corso del processo, è fortemente sconsigliato, Par. 2.3, Cap III della presente trattazione.

⁹⁷ Impostazione condivisa dal Centro GeA di Milano, che prevede una “collaborazione in autonomia” degli avvocati delle parti.

⁹⁸ PUPOLIZIO I., *La mediazione familiare in Italia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007; pag 164.

Per quanto riguarda appunto la formazione del mediatore familiare, preme in questa sede richiamare un importante documento, *la Charte européenne de la formation des médiateurs familiaux exerçant dans les situations de divorce et de séparation*, ovvero la “Carta europea sulla formazione dei mediatori familiari”⁹⁹, alla cui elaborazione hanno partecipato numerose realtà e centri di formazione, tra cui per l’Italia, il centro GeA di Milano. La Carta in oggetto, è stata approvata il 15 ottobre 1992 dall’APMF, ed è stata successivamente adottata, nel 1997, dal “Forum europeo di formazione e ricerca in mediazione familiare”¹⁰⁰.

Tale carta è suddivisa in due parti, di cui la prima è dedicata alle mediazione e alle competenze del mediatore, e la seconda alla sua formazione. Nella prima parte, si specifica come il mediatore debba essere in possesso di nozioni di psicologia sulle dinamiche della coppia, sullo sviluppo infantile e sulle conseguenze del divorzio e della separazione, nonché nozioni legali riguardanti il divorzio, la separazione e i rapporti familiari in generale. Il mediatore, inoltre, secondo la stessa Carta, dovrebbe essere in grado di creare un clima relazionale favorevole all’instaurazione e al mantenimento di un dialogo tra le parti, conquistando la loro fiducia, per poterle dirigere verso una collaborazione costruttiva.

È proprio a questi fini che risulta essere fondamentale una rigorosa e specifica formazione del mediatore familiare, prevista nella seconda parte della Carta europea, la quale riserva il percorso formativo ai professionisti delle scienze sociali e giuridiche, con esperienze in campo di separazione e divorzio, ma anche a coloro che abbiano avuto esperienze pratiche all’interno di organizzazioni,

⁹⁹È possibile dare lettura al testo completo in italiano della “Carta europea sulla formazione dei mediatori familiari”, in appendice a Haynes-Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, 1996.

¹⁰⁰ Il “Forum europeo di formazione e ricerca in mediazione familiare” rappresenta un’associazione senza scopo di lucro che, a partire dal 1996, riunisce i centri e le strutture che offrono una formazione completa alla mediazione familiare.

associazioni o servizi, aventi per obiettivo il sostegno della coppia e della famiglia, in determinate situazioni di crisi.

Il Forum europeo, inoltre, nel fissare gli standard per la formazione dei mediatori, propone un minimo di 180 ore, anche se è necessario tener conto del fatto che in Italia, le diverse strutture che si occupano di mediazione familiare, promuovono percorsi formativi diversi a seconda del modello di mediazione che viene intrapreso.

Alla fine del corso è prevista una valutazione finale, attraverso la quale verranno verificati la presenza del professionista, la sua partecipazione attiva al percorso formativo, nonché le capacità pratiche acquisite attraverso un esame scritto ed orale. Con il superamento dell'esame, il professionista avrà diritto al conseguimento di un certificato di abilitazione all'esercizio delle funzioni di mediatore familiare.

Detto questo, tuttavia, è necessario precisare come il buon esito del percorso di formazione ed il conseguente ottenimento del titolo di mediatore familiare professionista, non determinino il completo perfezionamento professionale dello stesso, che potrà e dovrà, anzi, essere potenziato nel tempo attraverso la pratica e l'esperienza pluriennale. Si prenda in considerazione, a tal proposito, il Codice deontologico del 2014 della SIMeF, Società Italiana di Mediazione Familiare, che all'articolo 6 prevede esplicitamente che è “dovere del mediatore familiare aggiornare costantemente la propria preparazione professionale, accrescere le conoscenze, abilità e competenze, in riferimento ai settori nei quali svolge la propria attività”.

3.6.1. I requisiti.

Quanto alla competenza, la professionalità e le caratteristiche del mediatore familiare, è degno di essere richiamato il Codice

Europeo di Condotta per i Mediatori¹⁰¹, applicabile a tutti i tipi di mediazione in materia civile e commerciale, il quale, oltre a ribadire la necessità della formazione professionale del mediatore, sottolinea l'importanza dell'acquisizione di competenza, indipendenza, neutralità, imparzialità, come caratteristiche imprescindibili per la gestione di un processo mediativo.

Presupposti professionali imprescindibili, anche nell'ambito della mediazione familiare, sono dunque la neutralità, l'imparzialità, l'indipendenza, la competenza e la segretezza professionale del mediatore.

Imparzialità e neutralità, nello specifico, sono richiamati nel Documento fondativo e codice deontologico, elaborato dalla SIMeF nel 1995, e sostituito dal nuovo Codice approvato in data 13 settembre 2014 dal Comitato Direttivo Nazionale, il quale afferma che "l'esercizio della mediazione familiare comporta da parte del professionista mediatore imparzialità e neutralità nei confronti delle parti"¹⁰².

Essere imparziale, per il mediatore familiare, significa essere obiettivo durante lo svolgimento della mediazione, senza favorire, per nessun motivo, una delle due parti della coppia. Il mediatore,

¹⁰¹ *L'European Code of Conduct for Mediators*, è stato elaborato da molte organizzazioni e da privati, tra cui esperti del settore, nonché persone interessate allo sviluppo della mediazione nell'unione europea. Il codice è stato adottato durante una riunione di questi esperti nel luglio 2004, e stabilisce una serie di norme che possono essere applicate alla mediazione e a cui le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione devono conformarsi.

¹⁰² Codice Deontologico. Articolo 3, *Etica del mediatore familiare*: L'esercizio della Mediazione Familiare comporta da parte del professionista mediatore imparzialità e neutralità nei confronti delle parti. Al mediatore è proibito: intervenire in mediazioni che coinvolgono persone con cui sia in precedente legame personale; erogare ai propri clienti servizi che esulino dallo specifico della Mediazione familiare; fare pressioni sulle parti affinché aderiscano ad un accordo che non sia frutto di libero consenso; accettare incarichi riservati dalla Legge in via esclusiva agli iscritti in Albi, elenchi o registri.

Il mediatore, inoltre, ha l'obbligo di precisare alle parti che le informazioni o i consigli di ordine giuridico e/o psicologico devono essere ottenuti dai professionisti degli specifici settori i quali possono essere da loro liberamente scelti.

Codice consultabile in: <http://www.simef.net/la-simef/codice>.

dunque, è tenuto a gestire il processo in modo equilibrato, mantenendo sempre la giusta equidistanza con entrambe le parti.

Spesso però molti mediatori, pur riuscendo ad essere imparziali, riconoscono la difficoltà nel mantenere una perfetta neutralità, la quale invece richiede l'astensione dal prendere qualsiasi posizione tra le due parti contrapposte. La neutralità, presuppone più precisamente l'equivicinanza alle parti, intesa come la medesima comprensione da parte del mediatore, nei confronti di posizioni divergenti e spesso opposte. Un mediatore può, dunque, dirsi neutrale nel momento in cui riesce a mantenere la sua posizione completamente estranea al conflitto.

L'indipendenza del mediatore è un'altra delle caratteristiche indispensabili per il giusto svolgimento del processo di mediazione, che presuppone la dichiarazione di ogni conflitto di interesse da parte del mediatore, consistente in un qualsiasi coinvolgimento antecedente, come consulente o legale, con una delle parti. Un avvocato che abbia agito a tutela di una delle parti in un precedente divorzio, ad esempio, dovrebbe dichiararsi in conflitto di interessi, precludendosi la possibilità di poter intraprendere il ruolo di mediatore in quella specifica situazione, perché la conoscenza della posizione, della personalità o delle risorse patrimoniali della parte, potrebbe condizionare la sua imparzialità nel processo, requisito anch'esso imprescindibile.

Fondamentale è, inoltre, che la complessità dei problemi del caso specifico, rientri nella competenza del mediatore. Il mediatore stesso dovrà essere in grado di valutare la propria giusta preparazione e qualifica, per mediare sui problemi interessati nel processo che deve accingersi a "dirigere" e laddove la competenza venga a mancare, la mediazione dovrebbe passare ad un mediatore adeguatamente qualificato.

Ritengo opportuno, infine, accennare ad un ultimo, ma non certo ultimo per importanza, presupposto che deve immancabilmente connotare la figura del mediatore familiare, intendendo per tale, la segretezza professionale dello stesso, come requisito essenziale per l'instaurazione di quel clima di fiducia, che è indispensabile per il buon esito della mediazione. L'attività deve, infatti, essere svolta nel pieno rispetto del dovere di riservatezza e del segreto professionale, in relazione alle informazioni professionali che il mediatore riceve nei colloqui. Il mediatore, deve impegnarsi a non rivelare nessun tipo di informazione riguardante le parti del processo, se non con il consenso scritto di tutti i partecipanti e ad eccezione dei casi in cui la legge¹⁰³ o il codice etico, prevedano vi sia l'obbligo di dichiarazione.

Tale segretezza professionale è da considerarsi anche nei confronti del giudice, al quale il mediatore non può rivelare nulla di quanto avvenuto in mediazione, per non condizionare in alcun modo l'adozione di provvedimenti di quest'ultimo, in caso di accordo parziale di mediazione, o di fallimento della stessa.

3.6.2. Responsabilità civile del mediatore familiare.

Nonostante l'assenza, nella cultura della mediazione familiare italiana ed estera, di cenni riguardanti la responsabilità civile del mediatore in materia, ritengo opportuno un collegamento all'appena trattata questione della segretezza professionale, per evidenziare come profili di responsabilità extracontrattuali possono tuttavia essere ravvisati in tal senso. La violazione del suddetto dovere di segretezza da parte del mediatore, infatti, potrebbe dar luogo alla conseguente violazione della diritto alla dignità e all'identità personale, relativo all'illecito trattamento dei dati personali, per il

¹⁰³ Per approfondimento, Codice di procedura penale, Art. 200, segreto professionale.

quale è necessario agire nelle forme e nei modi previsti dal Codice in materia di protezione dei dati personali¹⁰⁴. Nel caso in cui, l'intervento di mediazione familiare si inserisca in un procedimento giudiziario in corso, e il mediatore violi l'obbligo di segretezza, rivelando al giudice quanto avvenuto in mediazione, invece, il mediatore potrà essere chiamato a rispondere sulla base delle norme contenute nel codice deontologico.

Quanto invece alla responsabilità civile contrattuale, come già accennato, di questa è da notare in letteratura soprattutto l'assenza, dovuta probabilmente anche al fatto che, compito del mediatore è perlopiù quello di agevolare la comunicazione tra le parti, uniche ideatrici del contenuto di quell'accordo che verrà sottoposto all'attenzione degli avvocati e successivamente omologato dal giudice. Opinione prevalente è dunque quella che, non avendo il mediatore alcun potere né autorità, su di questo non può ricadere neanche alcuna responsabilità.

Se questo è vero, tuttavia, è anche vero che il ricorso alla mediazione familiare non è esplicitato solo ed esclusivamente su incarico del giudice, ma può accadere anche che siano le parti stesse a richiedere direttamente un intervento di mediazione, a prescindere dall'avvio di un procedimento giudiziario, e vi potranno pur essere casi, forse limitati e soltanto teorici, nei quali il mediatore potrebbe essere chiamato in giudizio a rispondere del proprio operato.

Opinione condivisa peraltro dall'AIMeF, che non a caso, impone oggi ai propri iscritti, la stipula di un'assicurazione sulla responsabilità civile professionale per i rischi connessi all'attività di mediazione, garantendo in ambito familiare, quelli che sono i requisiti fissati dal CNEL, in merito alle nuove professioni

¹⁰⁴ Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 19, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123.

intellettuali. Fino ad una più specifica disciplina in materia, difatti, non vi sono molte alternative se non: quella di qualificare l'intervento realizzato dai mediatori, quale prestazione d'opera intellettuale, disciplinata all'art. 2230 c.c.; ovvero quella di applicare analogicamente, per quanto possibile e nonostante le numerose divergenze, le norme riguardanti il mediatore d'affari.

Per fare un esempio di possibile applicazione analogica del codice in materia di mediatore d'affari, si richiami l'art. 1759 c.c. riguardante il caso in cui il mediatore ometta di comunicare alle parti ogni circostanza a lui nota, che possa influire sulla eventuale conclusione dell'accordo. Analogicamente, una delle parti in causa nel processo di mediazione, potrebbe chiedere il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale, ove riesca a provare che a causa di un omissione da parte del mediatore familiare, ha concluso un accordo "falsato".

Concludendo, mi limito a richiamare l'attenzione, sul fatto che il tema della responsabilità civile connessa all'attività del mediatore familiare, meriterebbe probabilmente specifica trattazione e maggiore approfondimento da parte delle associazioni, ma anche della stessa letteratura sulla mediazione familiare.

3.7. Ruolo dei figli nella mediazione familiare.

Una questione molto controversa, una volta avviato il processo di mediazione familiare, riguarda l'opportunità o meno che i figli partecipino agli incontri di mediazione.

Va premesso che la problematica in questione sorge anche dal fatto che, prendendo a paragone le relazioni commerciali, lavorative, professionali, si nota come in queste la conciliazione si ritiene possa produrre un risultato al meglio soddisfacente per l'interesse delle parti, ove vi sia la partecipazione, durante gli incontri di

conciliazione, di altri soggetti, i terzi rilevanti, il cui ascolto e la cui presenza, sono in grado di condizionare l'esito dell'accordo finale.

Del resto, in una coppia con prole, la gestione della situazione familiare futura, anche dopo la separazione o il divorzio, spetterà alle parti della coppia, che restano genitori e che, in quanto tali, dovranno relazionarsi con i propri figli. La questione tuttavia, non è così semplice, stante il fatto che nel caso di specie, il c.d. "terzo rilevante" riguarderebbe un soggetto in posizione sicuramente delicata. Per tale motivo in dottrina vi sono orientamenti piuttosto discordanti e questa volta, non derivanti dalla scelta dell'uno o l'altro modello di mediazione familiare, ma piuttosto dalla posizione che viene assunta in riguardo all'utilità o meno di far intervenire il figlio, rapportata alle conseguenze che possono derivarne.

Vi è allora chi ritiene maggiormente inutile, o addirittura dannosa la presenza della prole: sia per il fatto che in realtà la mediazione familiare è rivolta direttamente alla coppia, che sarà in grado di aiutare se stessa o i figli, soltanto se ritrova fiducia ed equilibrio; sia perché non possono sottacersi i rischi che potrebbero derivare dalla partecipazione della prole, che dovrebbe subire sconvolgimenti o inutili pressioni derivanti dalla sottoposizione a domande, nonché ritrovarsi in mezzo a discussioni che potrebbero turbare maggiormente il suo essere. In conclusione, secondo tale dottrina, è totalmente inopportuno il coinvolgimento dei bambini nel processo, e anzi, l'esperto mediatore dovrebbe piuttosto impegnarsi a lasciarli in disparte, per salvaguardarli da inutili pressioni emotive.

Altra dottrina ritiene di poter parlare, invece, di coinvolgimento indiretto della prole nel procedimento di mediazione, nel senso di aiutare le parti in conflitto a concentrarsi sui propri figli, evidenziando la continuità del loro impegno in qualità di genitori, nonostante la rottura come *partner* e, in ultima istanza, coinvolgerli soltanto laddove vi siano questioni relative agli stessi ed i genitori

non assumano una posizione stabile in merito ai loro bisogni e soprattutto al fine di verificare i sentimenti, le opinioni e le emozioni derivanti dalla constatata rottura familiare.

Altri, infine, ritengono di dover incoraggiare la presenza dei figli nella mediazione familiare, in modo tale da coinvolgere gli stessi attivamente, con tutti gli accorgimenti del caso, nel processo di analisi della famiglia di appartenenza, in cui possono essere d'aiuto a raggiungere decisioni, dalle quali spesso e volentieri vengono esclusi. Un coinvolgimento che potrebbe essere utile a facilitare il processo di adattamento dei figli alla nuova situazione familiare, rendendoli consapevoli e dandogli la possibilità di poter essere ascoltati dai genitori, nel tentativo anche di condurre l'intera famiglia verso il miglioramento della comunicazione.

3.7.1. Il figlio ed i loro "diritti". Cenni all'art 336-bis c.c.

Generalmente si pensa che i figli abbiano bisogno di cure e protezione e spesso essi sono visti esclusivamente come le vittime della separazione, o del divorzio, senza però pensare che oltre ad essere bambini sono anche soggetti di diritto, che potrebbero essere consultati ed ascoltati, pur senza dare loro responsabilità decisionali. In tale ottica, si va sempre più riconoscendo, nel tempo, anche i diritti dei figli, oltre che i loro bisogni. Più precisamente, il diritto del minore a far in modo che i propri desideri e sentimenti vengano presi in considerazione, è sostenuto nell'articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1989, che sottolinea l'importanza di dare peso al punto di vista del minore, anche in relazione all'età e alla maturità dello stesso.

In conformità, allora, a quanto al riguardo previsto in sede di convenzioni internazionali e di conseguente armonizzazione dei

diritti dei diversi paesi, si ravvisa anche nel nostro ordinamento, l'esigenza di conferire maggior rilievo alle opinioni e ai desideri dei figli, nel momento della crisi coniugale. Al riguardo, la legge sull'affidamento condiviso del 2006, ha opportunamente previsto al 1° comma dell'articolo 155-*sexies* c.c., che nei procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale, il giudice dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto dodici anni o anche di età inferiore, se è capace di discernimento. Tale articolo, che nonostante i privilegi allo stesso attribuibili, risultava essere alquanto scarno, è stato successivamente abrogato, con decorrenza dal 7 febbraio 2014, dall'art. 106, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che dispone, *ex art.* 53, l'inserimento della disciplina relativa all'ascolto del minore nell'odierno articolo 336-*bis* c.c.¹⁰⁵, ampliando e definendo la precedente disciplina.

L'articolo 336-*bis* c.c. ha infatti chiarito, rispetto al precedente articolo 155-*sexies*, 1° comma, quali sono le modalità applicative e i limiti, definendo altresì lo svolgimento dell'eventuale audizione.

L'ascolto non deve essere in contrasto con l'interesse del minore ed è condotto dal giudice, che può avvalersi di eventuali ausiliari o esperti. Si prevede, altresì, la possibilità di partecipare all'ascolto, per i genitori, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore ed il pubblico ministero, che possono anche proporre temi

¹⁰⁵ Art. 336-bis c.c. *Ascolto del minore*. Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Se l'ascolto è in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato.

L'ascolto è condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari. I genitori, anche quando parti processuali del procedimento, i difensori delle parti, il curatore speciale del minore, se già nominato, ed il pubblico ministero, sono ammessi a partecipare all'ascolto se autorizzati dal giudice, al quale possono proporre argomenti e temi di approfondimento prima dell'inizio dell'adempimento. Prima di procedere all'ascolto il giudice informa il minore della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto. Dell'adempimento è redatto processo verbale nel quale è descritto il contegno del minore, ovvero è effettuata registrazione audio video.

di approfondimento. Il minore, infine, deve essere informato della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto, del quale viene redatto processo verbale o effettuata registrazione audio video.

Se allora l'ascolto del minore è diretto a recepire nel processo la sua opinione, il suo vissuto, le sue istanze e le sue esigenze, al fine del raggiungimento di decisioni da adottare in provvedimenti che lo riguardano, tale coinvolgimento della prole non può che essere d'aiuto anche al processo stesso di mediazione familiare. L'interesse che muove la mediazione può essere, del resto, dal giudice rinvenuto anche e soprattutto nella situazione giuridica soggettiva, da tutelare, che fa capo ai figli, minorenni o maggiorenni, non ancora usciti dal nucleo familiare e bisognosi della genitorialità.

È infine da sottolineare come, accompagnare i genitori nella consapevolezza della necessità di rispettare il figlio, lasciandolo liberamente esprimere, ed aiutarli ad elogiare il momento dell'audizione, rendendolo libero da ansie, è uno dei compiti del mediatore familiare. La buona riuscita di tale compito, risulta già essere sintomo della ricostruzione di quel dialogo familiare che costituisce già di per sé, uno degli obiettivi del percorso di mediazione.

3.8. Al di là degli interessi della prole.

Essendo la mediazione familiare, un intervento professionale rivolto alle coppie, la cui finalità è la riorganizzazione delle relazioni familiari in presenza di situazioni di crisi, è necessario evidenziare come l'interesse del figlio, nel raggiungimento dell'accordo, può non essere l'unico scopo. Le principali aree di applicazione della mediazione in ambito familiare possono dirsi riferibili, oltre ai casi di violenza domestica¹⁰⁶, alle situazioni di separazione dei coniugi o di

¹⁰⁶ Per approfondimento, Paragrafo 2.3.2, Capitolo II, della presente trattazione.

divorzio, nonché ai casi in cui ad essere in crisi sono genitori conviventi.

Generalmente, il conflitto delle parti in prossimità di una separazione, pone non semplici questioni, non solo di natura personale, legate perlopiù all'esercizio della potestà genitoriale, ma anche di natura patrimoniale, riguardanti l'assegno di mantenimento, la sua entità, l'assegnazione della casa familiare, ed altre questioni patrimoniali rilevanti. È allora possibile che le coppie in situazione di crisi, intendano tentare una mediazione in riferimento ai loro conflitti relativi alle controversie di natura patrimoniale e con l'aiuto di un mediatore, dotato di particolare competenza professionale, possono trovare soluzioni adeguate ed idonee a raggiungere un ragionevole e soddisfacente accordo. In realtà, gli aspetti patrimoniali veri e propri del regime coniugale, sembrano essere più riferibili alla mediazione civile e commerciale in senso stretto, dato che l'art. 2 del d.lgs. n. 28/2010 circoscrive l'ambito della mediazione, alle sole controversie civili e commerciali su diritti disponibili, comprendendo al suo interno, dunque, anche i rapporti patrimoniali tra coniugi.

Nonostante questa previsione, però, è da evidenziare come, invece, anche tali aspetti possano essere presi in considerazione nell'ambito della mediazione familiare ed è la Suprema Corte ad ammettere che l'accordo dei coniugi sottoposto all'omologazione del tribunale, può includere anche i rapporti patrimoniali.

Fermo restando allora che possa essere comunque importante in tal caso per le coppie, la consultazione di esperti tecnico/legali, avvocati, commercialisti, geometri ecc., la mediazione familiare può avere ad oggetto altresì le questioni patrimoniali, anche se, nell'effettuare le scelte in merito all'assegnazione della casa coniugale, piuttosto che all'assegno di mantenimento o altre questioni inerenti, i coniugi dovranno comunque tener conto dei principi elaborati dalla giurisprudenza. Quanto al mantenimento di

una parte a carico dell'altra, tuttavia, le parti hanno un più ampio margine di libertà ed autonomia, trovandosi ad ogni modo in una situazione collaborativa di ricerca di un accordo che non necessariamente rappresenta la previsione di come poteva essere il provvedimento giudiziale. Diversamente, sarà invece in caso del raggiungimento dell'accordo in merito al mantenimento dei figli, i quali non possono essere pregiudicati da particolari motivazioni o sentimenti di orgoglio dei genitori, che dovranno anche in questo momento, tener conto dell'espressa previsione che l'accordo di mediazione deve in ogni caso essere attento all'interesse morale e materiale degli stessi. Altro aspetto patrimoniale che può essere affrontato nel processo di mediazione familiare, è quello riguardante l'assegnazione della casa familiare. Se non vi sono figli, tale scelta è liberamente rimessa alla volontà delle parti, mentre se i figli sono presenti, anche in tal caso è indispensabile rispettare il limite del loro interesse, pena la non omologazione dell'accordo raggiunto.

Nel contenuto dell'accordo di mediazione possono altresì essere presenti ulteriori questioni patrimoniali, non tipicamente trattate in via giudiziale, purché si tratti di pattuizioni o clausole che potrebbero essere inserite in un verbale di separazione consensuale e ci si riferisce, a tal proposito, alla richiesta di divisione della casa coniugale di comune proprietà, piuttosto che al trasferimento compensativo di un bene immobile.

In conclusione, dunque, è evidente come si possa affermare che il processo di mediazione familiare ed il conseguente accordo raggiunto, permettano alle parti in condizione di maggiore libertà, di raggiungere un'intesa completa, equilibrata e che tenga conto di tutti gli aspetti della vita morale, ma anche economica della famiglia.

3.9. Mediazione familiare e famiglie di fatto.

La mediazione familiare rappresenta un percorso volto a ridare serenità e normalità alla vita della famiglia, comunque essa si sia formata e che può essere dunque avviato, oltre che nelle fasi di separazione e divorzio, anche in caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali. La mediazione familiare si pone, dunque, come una risorsa formativa per le famiglie separate, divorziate, ma anche ricostruite e di fatto, senza alcun tipo di discriminazione.

Quanto appunto all'esigenza relativa al superamento di ogni diversificazione nella disciplina della mediazione familiare, tra famiglie c.d. costituzionali e famiglie di fatto, in cui il venir meno della convivenza dei genitori può determinare intollerabili discriminazioni a carico dei figli, è stata sicuramente rilevante la legge n. 154 del 2013, che ha mirato ad eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa uguaglianza giuridica degli stessi.

Se, infatti, la separazione per una famiglia di fatto, senza figli, comporta passaggi diversi da quelli delle famiglie "istituzionali", perché può liberamente interrompere i rapporti, senza alcun obbligo reciproco, quando invece sono presenti i figli, le diversificazioni vengono meno definitivamente. Attualmente competente in caso di "separazione" di genitori non coniugati, peraltro, non è più il tribunale per i minorenni, ma quello ordinario e come avviene per la separazione di coppie coniugate, il ricorso può essere su base consensuale o di tipo contenzioso/giudiziale.

Nonostante allora il riferimento che il legislatore fa nell'art. 337-*octies* ai "coniugi", l'eventuale raggiungimento di un accordo può aversi attraverso il processo di mediazione familiare per le famiglie di fatto, come per quelle istituzionali, ed il percorso è sostanzialmente lo stesso. I "genitori di fatto" sono chiamati a

riorganizzare le proprie relazioni, cercando la massima soddisfazione reciproca e nel pieno rispetto dei bisogni dei propri figli ed il mediatore, aiuterà i genitori ad affrontare le proprie tematiche, per arrivare alla stesura di un accordo che dovrà successivamente essere soltanto omologato dal tribunale.

3.10. I costi della mediazione familiare.

Quanto alle tariffe riguardanti le sedute di mediazione familiare, non esistendo un tariffario nazionale per i mediatori familiari, queste variano di periodo in periodo ed a seconda del centro di mediazione a cui la coppia si rivolge.

I Centri privati, tuttavia, assumono generalmente come criterio guida, i parametri sanciti nei regolamenti adottati dalle Associazioni di Mediatori Familiari esistenti in Italia, tra cui l' A.I.Me.F, Associazione Italiana Mediatori Familiari, che è diventata il registro nazionale privato dei mediatori familiari con l'iscrizione nell'elenco speciale del CNEL, rispettosa di un codice deontologico specifico che è parte integrante dello Statuto associativo AIMeF.

Lo Statuto AIMef, all'articolo 20, prevede nello specifico quelle che sono le tariffe, precisando esattamente che: "Il mediatore occupa una posizione di fiducia rispetto alle parti e ai tribunali. Nell'addebitare servizi e spese, il mediatore deve sforzarsi di mantenere i costi totali per i servizi e le spese ragionevoli e consistenti con la natura del caso. Il mediatore deve rendere noto per iscritto alle parti durante la seduta di orientamento iniziale le tariffe orarie e i relativi costi delle sedute, includendo la scadenza e la maniera del pagamento. La spiegazione dei costi può includere: le tariffe orarie delle sedute di mediazione; la preparazione per le sedute; il tempo di lavoro al di fuori delle sedute; la cancellazione di sedute di mediazione e le circostanze per le quali queste tariffe

vengono normalmente addebitate; la preparazione dell'accordo scritto di mediazione; tutte le altre eventuali voci addebitabili dal mediatore. La divisione pro capite tra le parti delle tariffe e dei costi di mediazione saranno precedentemente determinati dai centri di mediazione presso servizi sociali e/o concordati con le parti presso centri di mediazione e/o professionisti privati. Invii: Nessuna commissione, sconto, o simili remunerazioni possono essere dati o ricevuti dal mediatore per l'invio di clienti ad avvocati, psicoterapeuti o ad altri servizi specialistici. Addebiti aggiuntivi: il mediatore non può addebitare dei costi o legare il proprio onorario in nessun modo al risultato del processo di mediazione. Quando un mediatore è contattato direttamente dalle parti per dei servizi di mediazione, il mediatore ha la responsabilità professionale di rispondere alle domande riguardanti i costi e di fornire una copia delle basi per l'addebitamento di tariffe e costi". Le tariffe possono essere orarie o riferite all'incontro di mediazione, possono includere l'attività svolta dal Mediatore prima e dopo gli incontri, e in genere i costi vengono sopportati da entrambe le parti, ciascuna contribuendo nella misura del 50%.

Nei centri pubblici, infine, gli incontri di mediazione familiare sono completamente gratuiti, così come è gratuito il servizio effettuato presso l'ufficio di mediazione istituito all'interno del Tribunale di Lamezia Terme, nel quale però, presupposto per usufruire della gratuità è la presentazione di una domanda di separazione o di divorzio, presso lo stesso Tribunale.

3.11. Applicazioni pratiche. Il Tribunale di Lamezia Terme.

Sempre nell'attesa di una vera e propria disciplina in materia, che permetta l'adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano agli orientamenti delle normative europee ed internazionali, che hanno

riconosciuto e valorizzato le tecniche di mediazione familiare, la giurisprudenza italiana ha comunque iniziato ad introdurre la mediazione nei procedimenti giurisdizionali in ambito familiare.

La maggior parte di applicazioni pratiche del processo di mediazione familiare, sono in realtà ad oggi poste in essere dal Tribunale di Lamezia Terme, che dimostra come sia possibile, attraverso la collaborazione delle istituzioni locali, ricomporre quel “nucleo” centrale della società, che è la famiglia.

L’esperienza di mediazione presso l’ufficio giudiziario civile del Tribuna di Lamezia terme ha avuto inizio nel 2007, con la nomina a Presidente del Dott. Giuseppe Spadaro, secondo il quale i giudici, ma anche gli avvocati, dovrebbero iniziare a farsi promotori di questo cambiamento, che pian piano assume l’aspetto di una vera e propria necessità sociale, percepita appieno nella cultura giuridica europea, ma che non conosce ancora una vera e propria disciplina nel nostro ordinamento. Ed è proprio prendendo ad esempio l’esperienza europea, che il 10 novembre 2007, viene presentato nell’aula penale del Tribunale, a cura di Giuseppe Spadaro, un “Progetto per l’organizzazione di un servizio di mediazione familiare all’interno del Tribunale di Lamezia Terme”, la cui filosofia ispiratrice sembra essere quella promossa da Karl Jaspers: "Se è vero che le crisi gravi si prestano a mettere in luce il lato peggiore di noi stessi è anche vero che quelle stesse crisi possono mobilitare le nostre migliori risorse”.

Per la realizzazione del servizio, viene stipulata una convenzione tra: il Tribunale di Lamezia Terme, l’Ordine degli Avvocati di Lamezia Terme, il dipartimento di scienze giuridiche dell’Università della Calabria, il Comune di Lamezia Terme, la Diocesi di Lamezia Terme, per l’istituzione di una rete di sostegno e di mediazione alle famiglie in crisi. L’ufficio di mediazione familiare nasce all’interno del Tribunale, a piano terra, in un ambiente riservato ed accogliente, senza elementi di disturbo dall’esterno,

formato da due stanze, l'una per l'attesa dei coniugi e l'altra per la mediazione vera e propria, permettendo così alla coppia di poter procedere da subito, senza doversi spostare in altri enti o strutture.

Sul territorio nazionale insomma, quella di Lamezia Terme è l'unica esperienza concreta, che ha visto l'applicazione della mediazione al processo, con risultati pressoché eccellenti. L'ufficio di mediazione familiare presso il Tribunale di Lamezia Terme ha infatti condotto l'85% delle coppie a stipulare accordi condivisi, mentre soltanto il 10% delle stesse ha interrotto il percorso di mediazione a causa dell'elevata conflittualità emersa tra le parti, ed il restante 5% delle coppie, ha invece rinunciato ad intraprendere un percorso di mediazione per non averne compreso il significato.

Tra le più risalenti ordinanze emanate dal Tribunale di Lamezia Terme, si ricordano, oltre alla già richiamata ordinanza 26 maggio 2008¹⁰⁷:

L'ordinanza 28 novembre 2007, attraverso la quale la mediazione familiare conquista uno spazio di azione anche nell'ambito del rito divorzile. Nel caso di specie, moglie e marito si presentano al giudice, per ottenere la declaratoria di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ai sensi dell'art. 4 legge 1 dicembre 1970 n. 898, a seguito di procedura contenziosa di divorzio. Letto il ricorso introduttivo del procedimento, dopo aver verificato gli esiti delle udienze già tenute, in cui è emersa la volontà dei coniugi di pervenire ad una pacifica nuova regolamentazione della vita familiare, nel precipuo interesse dei figli minorenni e constatato che l'elevato indice di conflittualità della coppia poteva dar luogo ad un pregiudizio evidente e grave per la prole, il Presidente del Tribunale di Lamezia Terme, Giuseppe Spadaro, su richiesta dei coniugi, decise di concedere loro di poter ricorrere ai mediatori, estendendo analogicamente al rito divorzile la norma ex art. 155-*sexies* c.c.

¹⁰⁷ Per approfondimento, infra Paragrafo 2.5.3, Capitolo II, della presente trattazione.

(attualmente art. 337-*octies* c.c.) prevista per il giudizio di separazione;

L'ordinanza 11 marzo 2010, attraverso la quale il giudice compie un ulteriore passo verso la delineazione dell'ambito operativo della mediazione familiare, consentendo il ricorso al tentativo di mediazione familiare anche nell'ambito della separazione consensuale, qualora il contenuto dell'accordo raggiunto presenti lacune o clausole in contrasto con l'interesse morale e materiale della prole. Nel caso di specie, il contrasto delle parti riguarda l'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale, nel quale il padre aveva consentito all'affidamento esclusivo della figlia C. di dieci anni, alla madre. Nonostante questo, però, lo stesso padre, in sede di udienza presidenziale ha chiesto di poter salvaguardare il rapporto genitoriale con la figlia minore. Nella stessa udienza preliminare, ravvisando l'opportunità di rinviare l'adozione dei provvedimenti, al fine di consentire ai coniugi di tentare una mediazione per raggiungere un accordo con particolare riferimento all'interesse alla tutela della figlia minore e sentite personalmente le parti, le quali, hanno manifestato il loro rispettivo interesse all'ausilio degli esperti, il Giudice Spadaro, reputa opportuno consentire alle parti di avvalersi del Collegio di mediazione, costituito in seno al Tribunale di Lamezia Terme. Entrambe le parti hanno partecipato agli incontri previsti ed insieme sono riusciti a raggiungere un accordo nell'interesse primario della figlia minore, in ordine all'affidamento della stessa ad entrambi.

Anche qualora l'accordo in via di omologazione sia definito e legittimo, non necessariamente in contrasto con l'interesse dei figli, dunque, alle parti che ne abbiano interesse, è ugualmente consentito accedere al procedimento di mediazione, purché con la finalità del raggiungimento di un accordo soddisfacente per il presente e per il

futuro, nell'interesse di tutti, ma soprattutto dei figli, che garantisca il
reperimento di uno stabile equilibrio familiare.

CAPITOLO IV

4. LA MEDIAZIONE FAMILIARE NELLE ESPERIENZE ESTERE.

4.1. Esperienze Europee.

Il presente capitolo ha la finalità di mostrare come la mediazione familiare, in Italia, non riceva ancora l'importanza e la regolazione che potrebbe e dovrebbe ricevere, ponendo uno sguardo all'estero, laddove invece la mediazione in ambito familiare è già "cultura". Nonostante, infatti, la crescente attenzione, anche in Italia, all'istituto mediativo familiare, nel nostro ordinamento si rinvencono, ancora oggi, soltanto riferimenti normativi frammentari ed inadeguati, se paragonati alla disciplina di alcuni paesi europei.

È per tale ragione che, al fine di mettere in luce quelle che sono le divergenze, nonché mostrare alcuni possibili modelli di riferimento da prendere ad esempio, per una più adeguata disciplina della mediazione familiare anche in Italia, ritengo opportuno esaminare alcuni degli Stati che prevedono la mediazione familiare. Per altri versi, ritengo opportuna una disamina di alcuni dei paesi europei, anche al fine di mostrare come l'istituto della mediazione familiare, sia stato oggetto di un crescente interesse, disciplinato ed applicato in molte realtà, ma con modalità diverse di cultura in cultura.

In Europa, tra gli Stati che disciplinano la mediazione familiare, si annoverano: l'Australia, la Francia, la Spagna, il Regno Unito, la Germania, il Portogallo, la Finlandia, la Svezia. Dopo avere analizzato nello specifico alcuni di questi, porremo l'attenzione, da ultimo, ad una esperienza extra europea, quella del Giappone.

4.1.1. *La mediazione familiare in Inghilterra.*

Il primo Stato che ritengo opportuno andare ad analizzare è il Regno Unito, se non altro perché rappresenta il primo paese europeo in cui è nata la mediazione familiare, in conseguenza ad una forte influenza statunitense, e con modalità per lo più divergenti rispetto ad altri paesi.

Il modello di famiglia tipicamente disciplinato in Inghilterra, è quello basato sull'unione coniugale, per proteggere il quale nell'ordinamento giuridico inglese si sono susseguite negli anni diverse norme relative alla regolamentazione della separazione e del divorzio, imponendone non poche limitazioni. Ed è nella stessa prospettiva di salvaguardare il legame matrimoniale, che fu introdotta la mediazione familiare inglese.

Le prime esperienze di tecniche di composizione dei conflitti familiari sono datate alla metà degli anni '70, quando fu istituita una commissione presieduta da Sir Finer, con l'obiettivo di analizzare quali fossero gli strumenti considerati più adatti a promuovere la conciliazione nelle famiglie inglesi in situazioni di crisi, al fine di ridurre i costi dei tradizionali iter processuali. In realtà, il primo intervento ufficiale da parte degli organi governativi, fu quello diretto a favorire un meccanismo di conciliazione nelle cause di divorzio, attraverso l'emanazione il 27 gennaio 1971, da parte del presidente della *Family division* della *High Court*, della *Practice direction on matrimonial conciliation*, dove si prevedeva che nelle cause di divorzio, il giudice potesse rimettere le parti al *Divorce County Court Welfare Office*, un ausiliario del giudice inglese.

Tuttavia, nonostante il successo dell'emanazione della *practice direction*, l'impatto nella prassi giudiziaria fu minimo.

La reazione giudiziaria si ebbe con la *County Court di Bristol*, la prima a proporre alle coppie in crisi il *conciliation appointment*, consistente in un incontro preliminare con un ausiliario dell'ufficio

della corte, con l'obiettivo di valutare la possibilità di raggiungere accordi tra le parti. A Bristol, inoltre, nacque un servizio indipendente di mediazione familiare, sfociato nell'istituzione, nel 1978, del *Bristol Courts Family Conciliation Service*, un primo centro di mediazione completamente indipendente dall'organizzazione giudiziaria.

Nonostante l'ancora assente intervento normativo, la mediazione familiare continuava a diffondersi, sia presso l'ufficio ausiliare del *probation officer*, che richiama i nostri servizi sociali; sia presso il *welfare officer*, ausiliario giudiziario con il compito di verificare il grado di benessere dei figli; sia, infine, presso organismi indipendenti con l'obiettivo di risolvere tutti i conflitti nascenti all'interno della crisi coniugale. Accanto al *probation officer* e ai servizi indipendenti e volontari, iniziò a diffondersi il tentativo di mediazione operato dai *Magistrates*, o giudici *in-court*, fino a rilevare, attraverso gli studi di una commissione incaricata dal *Lord Chancellor* nel luglio 1982, l'opportunità di far assistere le parti da un mediatore neutrale, che avrebbe dovuto semplicemente suggerire loro una soluzione. Il ricorso alla mediazione familiare era ancora volontario, ma di lì a poco, il *Principal Registry* di Londra stabilì che nei procedimenti di divorzio in cui si dovevano adottare provvedimenti relativi alla prole, il *conciliation appointment* era obbligatorio.

Nel 1995 vennero diffusi dal Governo: *il Green paper*, che definiva la mediazione familiare come il miglior sistema per individuare i matrimoni riconciliabili; e il *White paper*, che evidenziava la finalità della mediazione familiare di favorire la comunicazione tra le parti, così da poter raggiungere accordi comuni e riconciliazioni legali. Due documenti che influenzarono, poco tempo dopo, l'emanazione del *Family Law Act* (F.L.A.) del 1996, una importante legge in tema di mediazione familiare, che

disciplinava i processi di separazione e divorzio in Inghilterra e Galles ed ammetteva la necessità di avvalersi della mediazione familiare, tutte le volte in cui risultava possibile raggiungere una soluzione stragiudiziale. Il legislatore del '96, dunque, favoriva una gestione del conflitto coniugale, al di fuori dall'esclusivo ambito tecnico-giuridico.

Il principale obiettivo della legge in questione, in realtà, è sostanzialmente quello di salvaguardare innanzitutto l'unione coniugale, ma laddove questo non possa verificarsi, il ruolo centrale è da attribuire alla mediazione familiare. Prima di giungere allo scioglimento del vincolo matrimoniale, dunque, i coniugi affrontano un lungo percorso, basato soprattutto sull'informazione e sul supporto alla famiglia.

Nello specifico, il primo passo effettuato è quello dell'*information meeting*, in cui la coppia riceve informazioni sulle attività di supporto per la famiglia in crisi, sulle questioni economiche da affrontare nella fase di separazione e divorzio, nonché informazioni sull'attività di mediazione familiare ed i suoi vantaggi. Tale prima fase è prevista nella *Section 8* della FLA, che la impone come una sorta di condizione di procedibilità.

Dopodiché, si passa alla fase della riconciliazione, prevista dalla *Section 9* della legge, in cui si fa riferimento agli accordi determinati dalle parti (auto-mediazione), gli *Agreement for the future*, da sottoporre al giudice, che ne verificherà la tipologia e il contenuto. La *Section 13*, invece, è espressamente dedicata alla composizione delle controversie, *Resolution of disputes* e prevede che il giudice, qualora riceva la dichiarazione dei coniugi di irreversibile fallimento dell'unione matrimoniale, c.d. *Breakdown marriage*, in ogni momento del procedimento in corso può, su richiesta delle parti o d'ufficio, indirizzare i coniugi verso la mediazione familiare (etero-mediazione). Il giudice deve incaricare

un mediatore da lui scelto che, dopo aver prestato il proprio consenso, condurrà l'incontro tra le parti e predisporrà infine una relazione, c.d. *report*, nella quale deve specificare che le parti hanno accettato l'invito a procedere alla mediazione, indicare l'attività svolta e l'esito della stessa, con l'ulteriore obbligo di informare il giudice dell'avvenuto accordo o viceversa.

Altra parte della F.L.A., che è necessariamente da prendere in considerazione, è quella in cui viene richiamato il *Legal Aid Board*¹⁰⁸, istituito con il *Legal Aid Act* del 1988, relativo alla figura del mediatore, il quale, si specifica, deve seguire il codice di condotta, *Code of practice*, nonché alla volontà delle parti di partecipare alla mediazione e alla necessità che sia assente qualsiasi forma di violenza o timore. Viene, inoltre, specificata la possibilità di valutare la riconciliazione attraverso la mediazione, nonché l'opportunità di una consulenza legale indipendente.

Il FLA può essere, in sostanza, definito come un traguardo legislativo che ha portato a risultati eccellenti ed anche in virtù delle disposizioni contenute in tale legge, l'istituto della mediazione familiare in Inghilterra, ha ricevuto negli ultimi anni un notevole incremento, divenendo nella pratica dei procedimenti di separazione e divorzio, una fase quasi indispensabile.

Lo stesso, tuttavia, non può dirsi per la figura dei mediatori familiari, ai quale il legislatore non ha invece prestato molta attenzione, non prevedendo un parallelo sviluppo della loro formazione e crescita professionale. Ciò che manca, è una efficace regolamentazione legislativa dei requisiti minimi di professionalità e per ovviare a tale vuoto, tutti i professionisti inglesi che svolgono attività di mediazione aderiscono appunto ad un codice deontologico, *Law Society Code of Practice for Family Mediators*, che definisce il mediatore come un terzo neutrale ed imparziale, che non ha alcuna

¹⁰⁸ Parte III della *Family Law Act*, relativa al *Legal Aid for Mediation in Family Matters*.

autorità per prendere decisioni relative ai diritti di proprietà, alle questioni finanziarie o qualsiasi altra questione che possa sorgere durante i conflitti, ma che può aiutare le parti a raggiungere le decisioni che sono in ogni caso frutto, esclusivamente, della loro volontà manifestatasi durante il percorso di mediazione.

Soltanto nel 2011, sono state pubblicate, infine, le *Family procedure rules*¹⁰⁹ (FPR) in materia di mediazione civile e commerciale, grazie alle quali si è realizzata una maggiore omogeneità delle norme anche nell'ambito del diritto di famiglia, riconoscendo maggiori poteri al giudice e manifestando l'intenzione di inserire la mediazione all'interno del processo, al fine di creare un unico sistema di norme specifiche per le corti che si occupano di processi di famiglia, così da poter sostituire le vecchie frammentarie disposizioni.

Per far questo, le nuove disposizioni si adeguano alle *civil procedure rules* emanate nel 1998, che prediligono la risoluzione alternativa delle controversie, con l'obiettivo anche di poter ridurre i tempi procedurali. Parallelamente sono state emanate delle *practice directions*, approvate dal presidente della *Family Division* ed entrate in vigore il 6 aprile 2011, che descrivono e specificano le *rules*.

La *practice direction 3A*, in particolare, delinea l'ambito oggettivo di applicazione della mediazione, relativo alla categoria dei *relevant family proceedings*, ovvero i procedimenti che hanno ad oggetto la sorte della prole, ad eccezione dei procedimenti esecutivi e di quelli instaurati per ottenere un risarcimento danni. Il giudice partecipa attivamente per spingere le parti a valutare tutte le possibili ipotesi per la soluzione della lite e già nella prima udienza, affiancato da un ausiliario, discute con le parti sulla possibilità di risolvere la controversia in mediazione. Questo tipo di intervento è incentivato

¹⁰⁹ Le Family Procedure Rules sono entrate in vigore il 6 aprile 2011, emanate in attuazione della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

dal fatto che tutti coloro che ricorrono al giudice devono seguire un *pre-application protocol*, il che vuol dire che viene effettuata una valutazione, con l'affiancamento di un mediatore, per verificare se la causa è risolvibile attraverso la mediazione. Si tratta di una valutazione concreta, caso per caso, sulla concreta possibilità di percorrere una via alternativa.

Oggi insomma il processo davanti al giudice non rappresenta più, in Inghilterra, la via ordinaria ed ottimale per la risoluzione delle controversie in materia familiare, soprattutto laddove la decisione da prendere riguarda l'affidamento dei figli. Le nuove regole stabilite dalle *Family procedure rules*, a tal proposito, rispetto alla precedente *Family law act*, rappresentano una soluzione più flessibile e bilanciata, che maggiormente si avvicina alle esigenze che sono sorte dopo l'esperienza di mediazione familiare, svolta dagli organismi privati. D'altra parte va messo in luce come l'intervento del terzo imparziale è sicuramente ottimale e decisivo per la risoluzione di un conflitto, ma è anche vero che imporre alle parti un tentativo di mediazione a prescindere dal caso concreto, come predisponessa la *Family Law Act*, potrebbe risultare controproducente e sfociare in situazioni esasperate. È per tale motivo che le nuove *Family Procedure Rules*, stabiliscono numerose eccezioni all'obbligo di avviare una mediazione, attraverso l'allegato c) della *practice direction 3A*, che elenca tutti i casi in cui le parti possono non richiedere la procedura di mediazione, comprendendo tra questi, quelli di violenza domestica, o quelli in cui vi sia il rischio di incolumità per i figli, in cui la particolare situazione non permetterebbe il raggiungimento di un accordo in mediazione, e si risolverebbe unicamente in un appesantimento della procedura ordinaria.

4.1.2. *La mediazione familiare in Spagna.*

Tra le varie esperienze europee, in materia di mediazione familiare, viene attribuita particolare importanza alla Spagna, dove il legislatore ha fatto della mediazione uno strumento utile e per certi versi indispensabile, per risolvere le controversie nascenti nei rapporti familiari.

Ad occuparsi della mediazione familiare, in Spagna, vi è una molteplicità di leggi delle varie province spagnole, tra le quali si ricordano: la *Ley Gallega* 4/2001, del 31 maggio, *reguladora de la mediación familiar*; la *Ley valenciana* 7/2001 del 26 novembre, *reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la comunidad Valenciana*; la *Ley canaria* 15/2003, dell'8 aprile, *de la mediación familiar*, modificata nel 2005; la *Ley de Castilla-La Mancha* 4/2005 del 24 maggio, del *Servicio Social Especializado de Mediación Familiar*; e la *Ley* 1/2006 del 6 aprile, *de mediación familiar de Castilla y León*.

La principale legislazione, tuttavia, è quella dell'esperienza Catalana ed è proprio nel *Còdigo de Familia de Catalunya*, Codice di famiglia catalano, del 1998 che si ritrovano i principali riferimenti legislativi in materia. Nella terza disposizione finale del codice in parola, era previsto l'obbligo per il Governo catalano di approvare un *Proyecto de Ley de mediación familiar de Catalunya* entro sei mesi dall'entrata in vigore del codice, e prevedeva in oltre i principi fondamentali della relativa regolamentazione. Nel '99 venne approvato il primo progetto, che non andò però a buon fine a causa dello scioglimento del Parlamento ed un secondo progetto nel 2000.

Soltanto nel 2001, tuttavia, si vide l'approvazione della *Ley* 1/2001 de 15 de marzo, *de mediación familiar de Catalunya*, entrata in vigore il 26 dicembre 2001, ed integrata con il decreto 139/2002, che ha approvato il regolamento attuativo della legge in parola. La *Ley* 1/2001, attuativa della Raccomandazione 1 del 1998, del Consiglio

d'Europa, ha rappresentato una delle prime legislazioni¹¹⁰ in materia di mediazione familiare e ha incentivato la mediazione come principale strumento per la risoluzione dei conflitti familiari.

Nonostante la sua fondamentale importanza, la legge in parola rimase in vigore fino al 19 agosto 2009, quando venne approvata la *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado*, che rappresenta il testo ancora oggi in vigore, la cui approvazione è stata incentivata oltre che dalla necessità di una riforma organica più completa, anche dalla pubblicazione del Libro verde in materia, nel contesto dell'Unione europea, nonché dalla modifica della legge statale sulla procedura civile n.15/2005 dell'8 luglio, che ha reso indispensabile un maggiore collegamento tra le norme processuali del diritto di famiglia e quelle del diritto privato in generale.

La nuova legge, che amplia l'oggetto e il contenuto della *Ley 1/2001*, è composta di sei capitoli, di cui: il primo contiene disposizioni generali e definisce la mediazione; il secondo descrive i principi fondamentali della stessa; il terzo ne disciplina il procedimento; il quarto istituisce un *Centro de Mediación de Derecho Privado de Catalunya* che tiene i registri dei mediatori; il quinto prevede un regime sanzionatorio per eventuali violazioni del mediatore; ed il sesto, infine, disciplina il ricorso contro gli atti emanati dal direttore del dipartimento da cui dipende il *Centro de Mediación de Derecho Privado de Catalunya*.

La legge catalana elenca quelle che sono le controversie mediabili, anche se non tassativamente, dato che riconosce la possibilità di ampliare la disciplina a qualsiasi altra controversia riguardante i diritti della persona e della famiglia. Il ricorso al mediatore familiare, inoltre, può essere attivato sia prima di adire l'autorità giudiziaria, sia nel corso del procedimento giudiziale, su

¹¹⁰ Soltanto la Francia, infatti, era dotata di una disciplina specifica in materia di mediazione familiare, con la riforma del codice di procedura civile del '95.

richiesta di entrambe le parti o una sola di esse, nonché su iniziativa delle associazioni professionali o dei servizi pubblici competenti, o infine, su richiesta del giudice, nel qual caso il mediatore dovrà informare lo stesso sull'esito del procedimento entro cinque giorni dalla conclusione. Il procedimento davanti al mediatore non può superare i sessanta giorni di durata, ad eccezione dei casi di proroga motivata, ed in caso di accordo verrà sottoscritto il verbale, del quale deve avere copia ognuna delle parti.

La legge in parola, che si pone peraltro in linea con quanto disposto dalla direttiva 2008/52/CE¹¹¹, ha il merito di aver ampliato l'orbita della mediazione familiare, oltre che di averne apportato miglioramenti tecnici e sistematici, eliminando ogni dubbio riguardante il campo di applicazione della stessa.

4.1.3. La mediazione familiare in Francia.

L'*iter* normativo riguardante l'utilizzo ed in generale la disciplina della mediazione familiare, in Francia, va di pari passo con le riforme del diritto di famiglia.

È innanzi tutto importante ricordare che nel 1988, a Parigi, viene costituita, con l'obiettivo di diffondere in Francia l'attività di mediazione, *l'Association pour la Promotion de la Médiation Familiale*, divenuta successivamente *Association Pour la Médiation Familiale*, APMF. Tale associazione, si è fatta quasi nell'immediato promotrice dell'attuazione di un codice deontologico seguito peraltro anche in altri ordinamenti, e negli anni '90 ha appoggiato l'istituzione della Commissione sulla Formazione del Mediatore Familiare. Sin dalle sue prime iniziative in materia, riguardanti sia i

¹¹¹ 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, Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 24 maggio 2008, L136.

progetti di legge, sia la stessa adozione del codice deontologico, l'APMF, ha avuto un ruolo centrale nell'elaborazione della *Charte Européen de la formation des médiateurs familiaux dans les situations de divorce et separation* del 1992, che ha il preminente obiettivo di portare la formazione dei mediatori familiari ad alti livelli comuni di professionalità.

Con la riforma del '95 sull'organizzazione giurisdizionale e processuale, e con decreto di applicazione n. 96-652 del 22 luglio 1996 di riforma al *Nouveau Code de Procédure Civile*, si è avuto in Francia, anche se indirettamente, l'effettivo sviluppo e regolamentazione della mediazione familiare.

Il decreto 22 luglio 1996 n. 96-652, ha innanzi tutto inserito nel Libro I del Nuovo Codice di Procedura Civile¹¹², il Titolo VI *bis*, dedicato alla mediazione, nel quale l'articolo 131-1 prevede che il giudice, dopo aver avuto il consenso delle parti, può nominare una terza persona che possa aiutarle, confrontando i loro punti di vista, a trovare una soluzione al loro conflitto¹¹³.

Il Titolo in parola, più in generale, identifica quelli che sono i principi, i contenuti, gli ambiti di applicazione della mediazione, che possono essere ben applicabili anche all'ambito familiare, ed infatti nella disciplina processual-civilistica francese si può notare una forte interazione tra mondo giudiziario e presenza di terzi esperti, incaricati di agevolare la composizione del conflitto tra i familiari. Nonostante questo, però, la dottrina e la giurisprudenza francese, sono sempre state perplesse nell'applicare le regola del processo civile alla materia familiare e tale perplessità viene confermata

¹¹² La versione attualmente in vigore del Nuovo Codice di Procedura Civile, che è stata consolidata il 30 maggio 2014, e resterà in vigore fino al 31 dicembre 2018, è consultabile in: www.legifrance.gouv.fr.

¹¹³ Nuovo Codice di Procedura Civile, Titolo VI *bis*, Art. 131-1: *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance.*

dall'articolo 21 della *Loi* n. 95-125 dell'8 febbraio 1995, con il quale si prevede che il giudice possa designare un terzo per procedere al tentativo preventivo di conciliazione delle parti in lite, ma nel prevedere tale eventualità, si esclude espressamente la materia di divorzio o separazione tra i coniugi.

L'effettivo riconoscimento normativo della mediazione familiare in Francia, si ha allora con la riforma dell'*autorité parentale*, approvata dalla *Loi* n. 2002-305 del 4 marzo 2002. Tale legge ha introdotto un richiamo alla mediazione familiare, all'articolo 373-2-10 del *Code civil*, il quale prevede, così come dispone la versione in vigore dal 6 agosto 2014, che il giudice in caso di disaccordo tra le parti, possa offrire loro una misura di mediazione, e dopo aver avuto il loro consenso, può nominare un mediatore familiare, al fine di agevolare la ricerca, da parte dei genitori, di un esercizio consensuale della potestà genitoriale. Le parti potranno dunque incontrare il mediatore familiare, che li informerà circa lo scopo e lo svolgimento di questa misura¹¹⁴. A tal proposito è necessario fare riferimento anche al Decreto n. 2010-1395 del 12 novembre 2010, relativo alla mediazione e all'attività giudiziaria in materia familiare, secondo il quale le parti devono conoscere il nome del mediatore familiare o dell'associazione cui rivolgersi, il luogo, la data e l'ora della riunione e se la decisione è comunicata attraverso il servizio di posta, deve essere indicata anche la data dell'udienza successiva, in cui il giudice potrà omologare l'accordo eventualmente raggiunto tra le parti. In mancanza di una soluzione positiva della controversia, infine, il decreto dispone che il procedimento continui davanti all'autorità giudiziaria.

¹¹⁴ Codice civile, articolo 373-2-10: *En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure.*

Altra norma importante da richiamare in tema di mediazione familiare, è la *Loi* 2004-439 del 26 maggio 2004, in materia di divorzio, che ha modificato alcune norme del *Code civil* e prevede, all'articolo 255, il ricorso alla mediazione. Nello specifico, a seguito di tale norma, dal 2005, in Francia, in caso di divorzio è obbligatorio il tentativo di conciliazione davanti al giudice, che può essere rinnovato, o sospeso e continuato successivamente senza formalità. Il giudice, durante tale tentativo, può inoltre concedere ai coniugi un periodo di massimo otto giorni, durante il quale le parti possono riflettere e ricomporre la lite. Se fosse necessario un ulteriore periodo di riflessione, infine, il tentativo di conciliazione verrà nuovamente esperito entro sei mesi, previa disposizione di ulteriori eventuali misure necessarie ed è proprio nel richiamo a tali misure che il legislatore inserisce, all'articolo 255 del *Code civil*¹¹⁵, la possibilità per il giudice di proporre ai coniugi il ricorso alla mediazione familiare. Dal 2011, in realtà, il giudice può, di fronte ad un procedimento di divorzio o di separazione, nominare un mediatore al fine di esperire il tentativo di conciliazione, e ad oggi la maggior parte dei tentavi bonari di conciliazione sono rimessi appunto direttamente al mediatore familiare.

¹¹⁵ Codice civile, articolo 255: *Le juge peut notamment : 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder; 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation; 3° Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux; 4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation; 5° Ordonner la remise des vêtements et objets personnels; 6° Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes; 7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire; 8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial; 9° Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux; 10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager.*

Gli accordi raggiunti potranno in ogni momento essere modificati su richiesta di un genitore o del pubblico ministero e qualora la decisione contrasti con l'interesse di alcuni familiari, può essere altresì richiesto l'intervento del giudice.

Necessaria è poi la distinzione che l'ordinamento francese pone in essere tra la mediazione familiare endoprocessuale ed extraprocessuale. Il ricorso alla mediazione infatti, in Francia, è esperibile sia nel caso in cui sia il giudice ad invitare le parti a ricorrere alla mediazione familiare, nominando dunque egli stesso il mediatore, sia nel caso in cui gli interessati si rivolgano direttamente al mediatore, per raggiungere una conciliazione fuori dal processo.

Proprio in riferimento al mediatore familiare, ritengo infine opportuno citare il decreto del 19 marzo 2012, con il quale il Ministro della solidarietà e della coesione sociale francese, ha definito i requisiti di formazione dei mediatori operanti in ambito familiare. La precedente disciplina, posta in essere dal decreto 2 dicembre 2003 e dalla successiva ordinanza del 12 febbraio 2004, prevedeva un percorso di formazione per mediatori familiari da esperirsi presso centri riconosciuti dalla Direzione regionale degli affari sanitari e sociali, caratterizzato da un corso di 560 ore e un tirocinio di 70, con il successivo superamento di un esame che valutasse le competenze acquisite. Dopo il decreto del 2012, invece, si sono rafforzati i requisiti di professionalità e gli obblighi di formazione sono aumentati, fino a prevedere 595 ore complessive di corso, di cui 105 vengono utilizzare per svolgere attività pratica.

L'inquadramento della mediazione familiare nell'ordinamento giuridico francese, dunque, può dirsi ben saldo e completo, e potrebbe, perché no, essere un buon esempio per l'approfondimento della materia anche in altri ordinamenti, tra i quali non può che esservi ricompresa l'Italia, nella quale la mediazione familiare non

rappresenta altro che uno scarno richiamo, soprattutto se messo a confronto con altri ordinamenti europei.

4.2. Uno sguardo fuori dall'Europa. Il Giappone.

Fino ad ora la mediazione familiare è stata trattata esclusivamente in riferimento alla sua recezione europea, ma l'istituto mediativo in ambito familiare ha travalicato senza dubbio i confini, arrivando anzi nei paesi extraeuropei, ancor prima che in Europa, senza considerare che la sua nascita la si colloca negli Stati Uniti d'America.

Tra le varie esperienze meritevoli di considerazione, peraltro, mi preme qui di seguito analizzare quella giapponese che, pur essendo semplice e prevalentemente extragiudiziaria, colpisce particolarmente per il valore che la mediazione familiare assume in questo paese.

Con netta differenza rispetto alle esperienze europee, infatti, per il Giappone, la soluzione mediata dei conflitti familiari è da considerarsi la via preliminare ed ordinaria, ed anzi, ciò che caratterizza l'esperienza giapponese è proprio il quasi assente intervento dell'autorità giudiziaria nei procedimenti che hanno ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale.

La mediazione familiare in Giappone, rappresenta un istituto tipico e distinto dalla mediazione civile, che si occupa di tutte le altre materie tranne quella penale, ed è possibile, al suo interno distinguere la *Choutei*, mediazione familiare generica, dalla *Choutei Rikon*, qualora sia specificatamente diretta alle cause di divorzio.

Per porre fine al vincolo coniugale la procedura è molto semplice, in quanto gli ex coniugi dovranno semplicemente, con la presenza di due testimoni, riempire e sottoscrivere un modulo, che dovrà poi essere consegnato al più vicino ufficio dello stato civile,

senza la possibilità di sindacare, da parte di chiunque, su quanto deciso dagli stessi. Caratteristica dell'ordinamento giapponese è la presenza dei *choteiinkay*, che sono comitati di conciliazione, normalmente formati da tre soggetti scelti tra avvocati o magistrati in pensione, insegnanti, oppure uomini d'affari che si sono ritirati dal lavoro per anzianità. Peraltro anzianità, elevato grado sociale e stabilità economica, sono gli unici requisiti previsti per il mediatore familiare, che gode di un elevato prestigio sociale e dirige le controversie familiari in virtù della propria esperienza di vita. Il mediatore giapponese, va detto, si differenzia notevolmente dal modello di mediatore europeo, al contrario di quest'ultimo, infatti, svolge un ruolo che può dirsi paterno, incentrato per lo più sulla storia della coppia in crisi e caratterizzato da "saggi consigli", che svolgono un ruolo fondamentale nella determinazione delle clausole dell'accordo.

Il fatto appunto che il procedimento di divorzio, in Giappone, sia lasciato all'autonomia delle parti private, ha contribuito ad una naturale espansione dell'istituto della mediazione familiare.

Questo breve cenno all'esperienza giapponese, oltre ad evidenziare come l'istituto della mediazione familiare sia arrivato a caratterizzare tutte le più varie culture e civiltà giuridiche e non, vuole avere lo scopo di far luce, anche se in via del tutto basilare, su come l'istituto oggetto della presente trattazione, possa avere un ruolo tutt'altro che modesto e marginale. Ed infatti, senza ovviamente sottacere le eccessive divergenze culturali, che rendono la mediazione familiare, così come i procedimenti di divorzio, nettamente distanti dalla realtà italiana, ma più generalmente, europea, a mio avviso l'esperienza giapponese è degna di essere presa come esempio dalle culture europee, per farci realizzare, se non altro, come l'istituto mediativo in ambito familiare può giocare un ruolo davvero fondamentale.

E allora, tralasciando per un attimo le diversità, se in culture come quella giapponese, si riesce a mettere totalmente in disparte l'autorità giudiziaria ed arrivare ugualmente a risolvere controversie con una mediazione che non è neanche obbligata, disciplinata o tutelata, è altrettanto lecito chiedersi il motivo per il quale, pur rapportandolo alle esigenze e alla cultura europea, in Italia, questo istituto non riscuota altrettanto successo. Qualora fosse effettivamente e concretamente disciplinata, arricchita e fatta conoscere, così come avviene in molti altri stati europei, infatti, la mediazione familiare potrebbe avere anche nell'ordinamento italiano un ruolo fondamentale, non solo al fine di tutelare le persone, siano essi partner, coniugi, ex coniugi o figli, grazie ad accordi più equi, condivisi, e soprattutto più rispettosi dei personali interessi; ma anche al fine di migliorare il sistema giudiziario, attraverso un istituto che, pur riducendo tempi e costi, permette di arrivare a soluzioni che una volta omologate, hanno la stessa effettività di un provvedimento emanato dal giudice, e sono tali a tutti gli effetti.¹¹⁶

¹¹⁶ Per approfondimenti relativi alle esperienze della mediazione familiare negli Stati esteri, MAZZAMUTO P., *La mediazione nella tutela della famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2013; DE FILIPPIS B., MASCIA A., MANZIONE A.N., RAMPOLLA S., *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati (nuovo art. 709 TER C.P.C)*, CEDAM, Lavis (TN), 2009; RINALDINI C., *Nascita e sviluppo della mediazione familiare in Inghilterra*, in Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile, fasc.4, 2011, pag. 1117.

CAPITOLO V

5. LA MEDIAZIONE FAMILIARE, UN PROGETTO IN VIA DI REALIZZAZIONE.

5.1. I benefici della Mediazione Familiare.

L'affacciarsi nel sistema della mediazione familiare, strumento consensuale e non coercitivo per il trattamento delle dispute familiari, e l'aspirazione alla sua diffusione, sono fondamentali: non soltanto dal punto di vista della privatizzazione della materia familiare, ove "l'autonomia dei privati diviene la fonte prevalente destinata a dettare per la vita della famiglia, quando essa si svolge in condizioni di normalità ed ancora più nei momenti di rottura e di dissidio, le condizioni per raggiungere una soluzione concordata dei conflitti"¹¹⁷; neppure per il maggior rilievo dato all'autonomia negoziale, grazie alla quale gli accordi raggiunti sono più equi, rispettosi degli interessi dei coniugi e dunque più facili da rispettare in un secondo momento; né, infine, in considerazione della maggior tutela che tale istituto apporta al diritto alla bi-genitorialità dei figli, pur fondamentale che sia¹¹⁸. I vantaggi sono da considerare anche e soprattutto per quel che ci riguarda, in riferimento alla riduzione dei costi delle spese legali e dei tempi di procedimento, di separazione e divorzio.

¹¹⁷ RESCIGNO P., Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare", in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, 3.

¹¹⁸ Con l'entrata in vigore della legge 8 febbraio 2006, n. 54, è stato sancito il principio della bi-genitorialità, ovvero il diritto dei figli a continuare a mantenere rapporti di frequentazione con ciascun genitore, in totale applicazione dei principi della Convenzione internazionale di New York del 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la legge n. 176 del 1991 e nella Convenzione europea dei diritti del fanciullo assorbita dalla nostra legislazione nel 2003.

5.1.1. I vantaggi rispetto al processo giudiziario.

I benefici della mediazione emergono con evidenza dal confronto con la giustizia formale costituita, nel nostro ordinamento più che in altri, da un sistema giudiziario che rischia ormai da anni una crisi di sovraccarico. La giustizia italiana, nella quale ovviamente si annovera anche il processo civile di separazione e divorzio, può dirsi connotata da una lentezza ed inefficienza che la rendono unica tra i paesi europei.

Per quanto la vicenda di separazione e divorzio costituisca di per sé un'esperienza delicata e tutt'altro che facile da affrontare, essa ha anche la necessità di svolgersi in tempi certi, equi e compatibili con le vite di coloro che in quella vicenda sono coinvolti, compreso il minore, il cui interesse costituisce il centro, intorno a cui ruota l'evoluzione della materia. E mentre quegli stessi figli stanno a guardare, aspettando di vedere tutelato il loro diritto alla genitorialità, le cause di divorzio, tra rinvii di udienze e memorie dopo memorie, possono durare anche dieci anni, con risultati che non sempre garantiscono il rispetto degli interessi e dei diritti di ciascuna delle parti in causa. Il protrarsi dei tempi, peraltro, cambia completamente anche la natura degli strumenti processuali, e la tempistica italiana si allontana a tal punto dalla media europea che, nel nostro ordinamento, può dirsi nata una nuova situazione giuridica, quella della famiglia "in corso" di separazione e divorzio.

E allora, se il decreto 4 marzo 2010 n. 28 ha reso obbligatoria la mediazione per le controversie di natura civile e commerciale, al fine di ridurre i contenziosi giudiziari e le relative tensioni sociali, avvicinando i cittadini verso una gestione dei conflitti extragiudiziale, ci si chiede perché lo stesso non possa avvenire anche in materia familiare. E questo non significa assolutamente richiedere una totale rinuncia al controllo da parte della giurisdizione in materia familiare, ma piuttosto l'introduzione di un nuovo

strumento, consensuale e non coercitivo, che possa “restituire il conflitto alle parti”, restituendo così altrettanta tutela a situazioni che la necessitano ma che non la ottengono, a causa delle costose e limitate risorse di un sistema giudiziario, che finisce per trasformare i conflitti di interesse in conflitti di valore. Laddove la mediazione sia diretta alla realizzazione della tutela dei diritti, escluderla significherebbe peraltro andare contro i principi disciplinati dalla Costituzione della Repubblica Italiana agli articoli 3, 29, 30 e 31¹¹⁹.

E allora, gli obiettivi di una procedura alternativa come quella della mediazione, accompagnati dalla volontà del legislatore italiano di valorizzare l'autoregolazione delle relazioni familiari, pur con la indispensabile necessità di un vaglio giurisdizionale sui contenuti degli accordi, possono rappresentare uno spiraglio anche all'interno dell'attuale situazione italiana, connotata dal sovraffollamento dei tribunali, a causa della crescita esponenziale dei processi di separazione e divorzio.

Tali obiettivi, tuttavia, non possono essere certo raggiunti in mancanza di una disciplina che miri ad una più rigorosa regolamentazione della mediazione familiare, ma anche dei professionisti che operano in tal senso.

¹¹⁹ Articolo 3, Costituzione: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale;

Articolo 29, Costituzione: La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare;

Articolo 30, Costituzione: È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità;

Articolo 31, Costituzione: La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

5.2. Necessità di una disciplina in materia.

Quanto fin qui detto ha avuto l'obiettivo di mettere in luce, l'istituto della mediazione familiare e il modo in cui questo possa essere introdotto positivamente all'interno del nostro ordinamento, così come è avvenuto in altri paesi europei.

Un inserimento che, tuttavia, non può essere concreto ed ultimato senza una specifica ed effettiva disciplina in materia, anche perché senza questa, il rischio è altresì quello di una impropria interferenza tra le procedure giudiziarie e quelle consensuali.

Il nostro ordinamento, come già più volte ricordato, si limita a due scarni richiami dell'istituto in parola, che riguardano nello specifico, il contenuto degli ordini di protezione, *ex* articolo 342 *ter* del c.c., e i poteri del giudice in sede di procedimento di separazione e divorzio, *ex* articolo 337 *octies*, secondo comma c.c., senza tuttavia una regolamentazione specifica. Sulla scia di molti altri paesi europei, come abbiamo visto accadere in Spagna, Francia o Inghilterra, sarebbe dunque opportuno che il legislatore nazionale intervenisse a disciplinare la mediazione familiare, attraverso una legislazione mirata, che vada a regolare il procedimento in parola, la possibilità di ricorrervi, le fasi del processo, i requisiti e quant'altro sia necessario, per poter arrivare ad una definitiva e corretta applicazione dello stesso. Ma anche una legislazione, che miri a regolare una volta per tutte la figura professionale del mediatore familiare, che è stata al centro di numerosi dibattiti e che necessita a questo punto di una definizione, di una lunga e profonda formazione e di poter contare su un codice deontologico ed un albo nazionali. Una legislazione che ricalchi, perché no, quelle poche proposte di legge in materia che si sono susseguite in questi anni, tra le quali non

può che essere ricordata la n. 3868/2010¹²⁰ relativa all'Istituzione della figura professionale del mediatore familiare.

Accanto alla possibilità discrezionale del giudice di rinviare i provvedimenti di sua competenza, per permettere alle parti di intraprendere un percorso di mediazione, sarebbe ad esempio opportuna l'introduzione di una norma che vada a prevedere, se non altro, un obbligo di informativa con riguardo alla possibilità di tale risoluzione extragiudiziale della controversia. Le parti dovrebbero, dunque, essere portate almeno a conoscenza della facoltà di intraprendere il percorso di mediazione familiare, o attraverso un invito a recarsi presso un centro accreditato di mediazione familiare da parte del giudice in udienza, o attraverso un'informativa scritta sulla mediazione familiare presentata da parte dell'avvocato.

Indispensabile diviene, in conclusione, una legislazione nazionale, che miri alla definizione dell'istituto della mediazione familiare e alla sua disciplina, ma anche alla regolamentazione della figura professionale del mediatore. Solo in tal modo sarà possibile adeguare il nostro ordinamento ai tempi e agli altri paesi, in un'epoca come quella attuale, in cui la mediazione familiare rivendica, a livello mondiale, un ruolo ed un importanza sempre più fondamentali.

¹²⁰ Proposta di Legge n. 3868 del 2010, d'iniziativa del deputato D'Ippolito Vitale, relativa all'Istituzione della figura professionale del mediatore familiare, Presentata il 17 novembre 2010.

Conclusioni

Il presente lavoro ha cercato di mettere in luce le caratteristiche e le potenzialità della cultura della mediazione in ambito familiare, attraverso una disamina approfondita dei tratti salienti di questo strumento di risoluzione dei conflitti ed un'analisi critica delle fonti normative e delle principali problematiche emerse nello studio dell'argomento.

La riflessione che si è svolta durante la trattazione, ha voluto ripercorrere le principali tappe evolutive del percorso mediativo nell'ambito della famiglia, così da poter raggiungere l'obiettivo, che ci si era prefissati inizialmente, di capire come questo possa penetrare anche all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e con quali vantaggi. Alla luce di quanto sin qui analizzato, si può difatti affermare che in Italia la mediazione familiare, può considerarsi una realtà ancora incerta, per i tentativi, finora vani, di introdurre una disciplina generale in grado di valorizzare i richiami contenuti nell'articolo 342 *ter* c.c., (in materia di ordini di protezione, si prevede la possibilità per il giudice di disporre l'intervento di un centro di mediazione familiare), e nell'articolo 337 *octies* c.c., (che legittima il giudice, a rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337 *ter*, per consentire che “i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli” al fine di recepirne il contenuto) e di preludere ad una ulteriore estensione del ricorso allo strumento della mediazione nell'ambito della famiglia.

Peraltro, dopo aver messo in risalto le potenzialità della mediazione familiare, anche studiando da un punto di vista comparatistico, altre realtà europee come l'Inghilterra, la Spagna e la Francia, è facilmente percepibile come i soli riferimenti “incidentalmente”

appena citati, sul piano nazionale, non possono in alcun modo essere sufficienti e l'assenza dei punti di riferimento non può essere certo bilanciata dagli interventi, se pur importanti, compiuti dalla dottrina e dalla realizzazione di centri operativi sul territorio, ovvero dalle poche esperienze giurisprudenziali, che abbiamo visto concentrarsi per lo più in alcune ordinanze pronunciate dal Tribunale di Lamezia Terme.

Non possono neppure essere sottaciute le lacune relative alla figura del mediatore familiare, circondata da ancora troppi dubbi, ai quali ha cercato di ovviare, senza alcun risultato, la legge Regione Lazio 24 dicembre 2008 n. 26, intitolata "Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare", che è stata oggetto di pronuncia di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 131/2010. È altresì su tale aspetto, peraltro, che si ritiene necessario un intervento normativo, che miri a definire i requisiti, la formazione e la qualifica della figura professionale del mediatore familiare.

Si ritiene allora di poter affermare, in conclusione, che probabilmente sono proprio le numerose lacune e i problemi che comportano, che favoriscono il clima di scetticismo che circonda la mediazione familiare, nel nostro ordinamento. All'inizio della ricerca gli interrogativi principali vertevano proprio sulla necessità o meno della creazione di una vera e propria cultura giuridica in materia di mediazione familiare, disciplinata e regolamentata in maniera effettiva. Dopo una conoscenza più approfondita della materia, appare possibile ribadire e confermare, l'imprescindibile necessità di un intervento del legislatore statale in materia di mediazione familiare - per regolamentare sia il percorso, sia i requisiti della figura professionale abilitata a condurlo - in modo tale da consentire all'Italia, innanzitutto, di avvicinarsi agli altri sistemi europei, i quali hanno già disciplinato e utilizzano diffusamente la mediazione

familiare; ed in secondo luogo, di realizzare gli obiettivi e di uniformarsi ai principi contenuti nelle fonti sovranazionali (la raccomandazione 21 gennaio 1998 n. 616 R del Consiglio d'Europa, pur essendo una fonte non vincolante, ha permesso il passo decisivo per il riconoscimento della mediazione familiare; la raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 23 novembre 2003 n. 1639, ribadì l'esigenza di promuovere l'affermazione della mediazione familiare negli ordinamenti degli Stati membri, stimolando la definizione del rapporto tra essa e l'attività dell'autorità giudiziaria, ed emanando precise regole di funzionamento; il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, prevede alla lettera e, dell'articolo 55, che le autorità centrali provvedono a “facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera”). Ed è proprio sulla scia delle fonti internazionali rivolte ad un'estensione della tecnica in questione che emerge la possibilità di utilizzare la mediazione familiare, oltre che come strumento di tutela in grado di favorire la riduzione della conflittualità nella fase della crisi della famiglia e come mezzo in grado di garantire effettività ai provvedimenti e alla tutela alla bi-genitorialità, anche in altri settori e in altre fasi della vita familiare. Come abbiamo potuto riscontrare, infatti, la predisposizione all'adempimento spontaneo delle regole relative alla fase successiva alla cessazione della convivenza, è molto più elevata se esse riflettono l'accordo raggiunto dai coniugi tramite la mediazione di un terzo.

Bibliografia

Dottrina:

AA.VV. ALLEGRI E., DEFILIPPI PIER G., *Mediazione familiare: temi e ricerche*, Armando Editore, Roma, 2004;

AA. VV. BERNARDINI I. (a cura di), prefazione di SCAPARRO F., *Genitori ancora. La mediazione familiare nella separazione*, Editori riuniti, Roma, 1994;

AA.VV. CAGNAZZO A. (diretto da), *Trattati brevi. La mediazione familiare*, Utet giuridica, Torino, 2012;

AA.VV. CONSO G., GREVI V. (a cura di), *Compendio di procedura penale, VI edizione*, Cedam, Padova, 2012;

AA.VV. FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Trattato di diritto della famiglia. Vol I, Famiglia e Matrimonio. Tomo II, Separazione – Divorzio*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp.1951-1966;

AA.VV. MARZOTTO C. (a cura di), TELLESCHI R., *Comporre il conflitto genitoriale. La mediazione familiare: metodo e strumenti*, Edizioni Unicopli, Milano, 1999;

AA.VV. M.a. TERESA DUPLA' MARIN (coord), *El regimen jurídico de la mediación familiar en Espana, analisis de la normativa automatica*, Andavira editora, Santiago de Compostela, 2012;

AMRAM D., *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art 709 ter c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica <<sanzione-mediazione>>*, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2011, 7, 533, Affidamento della prole;

ANSALDO A., *La mediazione familiare nel divorzio*, in *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2008, 7-8, 954;

ARCERI, *L'Affido condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Ipsoa, 2007;

AZZOLINA, *La mediazione*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1957;

BALESTRA L. (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia artt. 74-176*, Utet Giuridica, Milano, 2010, pp. 754-762;

BALLARANI G., *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, Anno LXII Fasc 10-2012;

BELLISARIO E., MAZZONI S., *Bambini: esigenze e diritti. Affido congiunto e mediazione familiare. Linee di riforma nell'affidamento dei figli. Introduzione di Liliana Rossi Carleo*, Edizioni Seam, Roma, 1998;

BOGLIOLO C., BACHERINI A.M., *Bambini divorziati. Dalla crisi di coppia alla mediazione familiare*, Edizioni del cerro, Tirrenia (Pisa), 1996;

BOGLIOLO C., BACHERINI A.M., *Manuale di mediazione familiare. Proteggere i figli nella separazione*, Franco Angeli Editore, Milano, 2010;

BRUNO P.F. WANROOIJ (a cura di), *La MEDIAZIONE MATRIMONIALE. Il terzo (in)comodo in Europa fra otto e novecento*, Georgetwon University, Fiesole – Roma, 2004;

BUGETTI MARIA N., *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in Nuova Giurisprudenza Civile, 2013, 05, 269;

BUGETTI MARIA N., *Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi*, in Famiglia e Diritto, 2011, 4, 391;

CANEVELLI F., LUCARDI M., *La mediazione familiare. Dalla rottura del legame al riconoscimento dell'altro*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000;

CASSANO G. (a cura di), *Manuale del nuovo DIRITTO DI FAMIGLIA*, II Edizione, Casa editrice La Tribuna, Piacenza, 2003, Area 3, pp. 801-1095;

CESA-BIANCHI M., QUADRIO A., SCAPARRO F., *"Maturare la separazione"*, in Il bambino incompiuto, n. 2, Milano, 1985;

CHIARAVALLLOTI S., *Tutti i figli sono uguali davanti alla legge, ovvero la regola dell'affidamento condiviso*, in Giustizia Civile, fasc.11-12, 2012, pag 2670;

CICERO C., *Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale*, in Diritto di Famiglia e delle Persone (II) fasc.3, 2013, pag. 871;

CILIBERTO C., *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 3, 292;

CONSORTI PIER L., *Mediazione e diritto interculturale*, Pisa University press, Pisa, 2013;

CORRADINO M., DAMIANI SAVERIO S. (a cura di), *ADR e Mediazione*, Giappichelli editore, Torino, 2012;

CORRADO L., *La mediazione*, CEDAM, Padova, 1960;

A. D'ANGELO, *Un contributo per un approccio giuridico allo studio della mediazione familiare*, in *Famiglia*, 2004, fasc. 3, pt. 1, 533-549;

DANOVI F., *Ancora inammissibile l'intervento dei nonni nella separazione e nel divorzio*, in *Diritto di Famiglia*, fasc.4, 2010, pag.1549;

DE FILIPPIS B., *Trattato breve di diritto di famiglia*, CEDAM, Padova, 2002, Cap. V, pp. 393-561;

DE FILIPPIS B., MASCIA A., MANZIONE A.N., RAMPOLLA S., *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati (nuovo art. 709 TER C.P.C)*, CEDAM, Lavis (TN), 2009;

DI GRAVIO D., *La mediazione in Italia*, Istituto giuridico italiano, Roma, 1958;

FANTETTI FRANCESCA R., *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in Famiglia Persone e Successioni, 2008, 4, 297, Separazione consensuale;

GULLOTTA G., SANTI G., *Dal conflitto al consenso: utilizzazione delle strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari*, Giuffrè, Milano, 1988;

HAYNES JOHN M., BUZZI I. (a cura di), *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*. Prospettive di psicologia giuridica, collana diretta da Assunto Quadrio, n.5, Giuffrè Editore, Milano, 1996;

HART B., *Gentle Jeopardy: The Further Endangerment of Battered Women and Children in Custody Mediation*, in Mediation Quarterly, 1990, (7), 317 ss;

IMPAGNATIELLO G., *La mediazione civile nella cornice europea*, in Giur.it., 2012, 1;

IMPAGNATIELLO G., *la mediazione familiare nel tempo della "mediazione finalizzata alla conciliazione" civile e commerciale*, in Famiglia e Diritto, 2011, 5, 525, Mediazione familiare e Mediazione civile;

KRUK E. (a cura di), *Mediation and conflict resolution in social work and the human service*, Chicago, Nelson-Hall, 1997;

MAGLIETTA, *Sulla mediazione familiare prevale la tendenza a un'applicazione "blanda"*, in Guida al diritto, Famiglia e minori, 2008, 4, pag. 13 ss.

MARINI R., *Conflittualità dei coniugi e affidamento condiviso*, in Diritto di Famiglia, fasc.2, 2007, pag 931;

MARTELLO M., VACCA' C., *La mediazione delle controversie*, d.lgs 4 marzo 2010, n.28 e D.M. 18 ottobre 2010, n.180, Ipsona, Gruppo Wolters Kluwer, Milano, 2010;

MAZZAMUTO P., *La mediazione nella tutela della famiglia*, G. Giappichelli editore, Torino, 2013;

MAZZEI D., *La mediazione familiare. Il modello simbolico trigenerazionale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2002;

MELI M., *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in Europa e Diritto Privato, fasc.2, 2007, pag.447;

MORANI G., *La mediazione familiare*, in Diritto e Famiglia 2012, 03, 1322;

PARKINSON L., *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Edizione italiana a cura di C.Marzotto, Erickson, Trento, 2003;

PETITTI C., *Il mediatore familiare come ausiliario del giudice*, in Famiglia e Diritto, 2006, 85 ss.;

PROTO M., *Sulla illegittimità costituzionale della legge della Regione Lazio in tema di mediazione familiare*, in Famiglia Persone e Successioni, 2010, 8-9, 584, Mediazione familiare;

PUPOLIZIO I., *La mediazione familiare in Italia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007;

QUADRI E., *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare, la recente riforma*, in Famiglia, fasc.3, 2006, pag.395;

QUADRI E., *I figli nel conflitto familiare*, in Nuova Giurisprudenza Civile, 2012, 9, 539;

RESCIGNO P., Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare", in Giurisprudenza Italiana, 1995, 3;

RIMINI C., *La gestione collaborativa del conflitto coniugale (collaborative law) in Italia? Si può fare*, in Diritto di Famiglia, fasc.3, 2009, pag.1318;

RINALDINI C., *Nascita e sviluppo della mediazione familiare in Inghilterra*, in Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile, fasc.4, 2011, pag. 1117;

RUSSO R., Primo, *responsabilizzare mamma e papà*, in DeG Diritto e giustizia, fasc.29, 2005, pag.14;

RUSSO R., *Si divorzia dal coniuge, ma non dai figli*, in DeG Diritto e Giustizia, fasc.36, 2005, pag.32;

SIGILLO' V., *Il mediatore familiare può considerarsi un ausiliario (atipico) del giudice?*, in il Diritto di Famiglia e delle Persone, (2), 1506-1509;

SPADARO G., *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in Famiglia e Diritto, 2008, 2, 209, Separazione e Divorzio;

TOMMASEO F., *Mediazione familiare e processo civile*, in Famiglia e Diritto, 2012, 8-9, 831-834;

TROISI B., *La mediazione*, Giuffré Editore, Milano, 1995;

TROISI C., *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 3, 264;

Riferimenti Giurisprudenziali:

C. cost., Sent. 15 aprile 2010 n. 131, pubblicata in G.U. 21 aprile 2010, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2010, 8-9, 584;

Trib. Bari, Ordinanza 21 novembre 2000, in *Famiglia e Diritto*, 2001, 72;

Trib. Firenze, Ordinanza 14 ottobre 2003, in *Foro toscano – Toscana giur.*, 2005, 44;

Trib. Minorenni Catanzaro, Ordinanza 28 novembre 2006, in *Famiglia e minori*, 2007, fasc.4, 78;

Trib. Lamezia Terme, sez. civ., Ordinanza 28 novembre 2007, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 3, 264;

Trib. Lamezia Terme, sez. civ., Ordinanza 5 dicembre 2007, in *Famiglia Persone e Successioni*, 2008, 4, 297;

Trib. Minorenni Campobasso, Ordinanza 10 dicembre 2007, in *Famiglia e minori*, 2008, fasc.4, 24;

Trib. Lamezia Terme, sez. civ., Ordinanza 26 maggio 2008, in *Famiglia e Diritto*, 2009, 3, 292;

Trib. Lamezia Terme, sez. civ., Ordinanza 11 marzo 2010, in *Famiglia e Diritto*, 2011, 4, 391;

Trib. Firenze, sez.civ., Ordinanza 10 novembre 2011, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 7, 781.

Ringraziamenti

Desidero in primo luogo ringraziare la mia relatrice, Professoressa Chiara Favilli, per la professionalità, i preziosi insegnamenti e la disponibilità concessami durante tutto il periodo impiegato nella stesura della tesi.

Un ringraziamento speciale va alla mia famiglia, perché senza la sua presenza, il suo amore ed il suo sostegno, non avrei mai potuto percorrere la strada della vita che mi ha portata fino ad oggi, ad Arturo, che è stato “al mio fianco” giorno dopo giorno, e a chi mi ha supportata e sopportata ed ha condiviso con me i momenti più belli, senza mancare di darmi forza in quelli più difficili.