

Associazione Nazionale Magistrati -A.N.M.

e

**Associazione Nazionale dei Magistrati Per I Minorenni E Per La
Famiglia- AIMMF**



CONVEGNO

AFFIDO CONDIVISO: VERSO UNA PRASSI CONDIVISIBILE

Roma 29.5.2006

Prima Sessione, ore 12,00

“La mediazione familiare e il suo rapporto con il processo”.

Brevi note

*La mediazione familiare. La Cenerentola del processo di separazione
e di divorzio. Istruzioni per l'uso.*

Discussant Fiorella Buttiglione

Consigliere di Corte d'appello

Sommario:

1- La legge 8 febbraio 2006 n. 54 e la mediazione.

2- Cos'è la mediazione?, a- cenni storici; b- perché la mediazione.

3- La Mediazione familiare: a- cosa non è la mediazione familiare; b- quando non si fa?; c-definizione di mediazione familiare. Affidamento condiviso e mediazione.

4- Il percorso della mediazione: a-fasi del percorso; b-se la mediazione riesce? E se non riesce?.

5- Lo stato della legislazione italiana in materia di mediazione: a- le leggi che ci sono; b- le leggi che mancano.

6- Istruzioni per l'uso: a-Cosa deve sapere il giudice della separazione e del divorzio?; b-Cosa devono sapere gli avvocati?.

7- La mediazione e il processo: a- tante domande, poche risposte.

8- Conclusioni.

1- La legge 8 febbraio 2006 n. 54 e la mediazione.

La legge n.54/2006, entrata in vigore dal 16.3.2006, con soli cinque articoli introduce importanti modifiche al codice civile (art. 1) e al codice di procedura civile (art. 2); prevede disposizioni penali (art. 3), disposizioni finali (art. 4) ed una disposizione di carattere finanziario (art. 5).

Con l'art.1, il legislatore, intervenendo nel Capo V, Titolo VI, del Libro I del codice civile, ha ridisegnato tutta la materia relativa ai rapporti tra i figli ed i genitori nella cause di separazione e di divorzio; in particolare sostituendo l'art. 155 c.c. previgente ed inserendo di seguito gli artt. da 155-bis a 155 – sexies.

Con queste note voglio offrire un piccolo contributo per una riflessione sulla **mediazione familiare** che la nuova legge, dopo tanto discutere, ha inserito nel processo di separazione e di divorzio, con una norma che poco o nulla dice e che, tuttavia, è opportuno che sia valorizzata dal giudice e dagli avvocati al fine di dare alle parti una *chance* per uscire dalle acque tempestose del processo e ristabilire il dialogo nell'interesse dei figli.

L'art. 155- sexies del codice civile, introdotto dall'art. 4, comma 2, della l. 8.2.2006 n. 54, in vigore dal 16.3.2006:

“Poteri del giudice e ascolto del minore”

dispone:

“Prima della emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento.

*Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione del provvedimento di cui all'articolo 155 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”.*

La mediazione fa il suo ingresso nei processi di separazione ed anche di divorzio ed il giudice della famiglia in crisi dovrà necessariamente far propria una cultura che gli è in gran parte estranea.¹

E' necessario, pertanto, che il giudice della famiglia sia “formato” alla cultura della mediazione: sappia di cosa si tratta, in quale rapporto la

¹ Da un'indagine condotta presso l'Ufficio per la Mediazione Civile, Penale e Sociale di Cagliari risulta che negli anni 2000-2004 nell'ambito dei conflitti civili/ familiari sono state inviate alla mediazione 103 coppie da T.M., **6 dal T.O.** 1 dalla Corte d'Appello

mediazione si pone con il processo e qual'è il risultato che si cerca di raggiungere quando si invitano i coniugi a seguire il percorso di mediazione.

2- COS'E' LA MEDIAZIONE?

a- cenni storici

La mediazione intesa in senso ampio costituisce una pratica di soluzione dei conflitti sin dall'antichità: già a partire dal V secolo a.C. vi si ricorreva in Cina, dove la cultura filosofica considerava ogni contrapposizione di forze un evento destabilizzante dell'equilibrio armonico dell'universo, ed era considerato di somma importanza ristabilire l'originario equilibrio in situazioni divenute conflittuali; era praticata da tribù dell'Africa centrale ed in alcuni villaggi del Giappone dove gli anziani venivano messi al corrente delle diatribe all'interno della comunità; anche in Sardegna, dove vivo da molti anni, vi era una pratica di mediazione realizzata da parte del "saggio" che cercava di ristabilire vecchi equilibri ponendo fine alle faide tra famiglie e addirittura tra paesi, ristabilendo la comunicazione spezzata.

In tempi più recenti, il ricorso alla mediazione, come soluzione alternativa dei conflitti (A.D.R.: Alternative Disputes Resolution), comincia a diventare una pratica cui si fa sempre più ricorso dapprima in America negli anni '70², quindi in Europa a partire dalla fine degli anni '80.

Anche in Italia, dalla fine degli anni '80, nasce la pratica delle mediazioni con cui si tenta di risolvere i conflitti aziendali, sindacali e contrattuali. Successivamente si fa ricorso alla mediazione nell'ambito penale e civile e più di recente in quello dei conflitti familiari.³

b- perché la mediazione.

Viviamo in un mondo in cui l'espansione dei diritti e l'intensificarsi ed il moltiplicarsi delle relazioni umane crea inevitabilmente sempre più motivi di contrasti.

L'eremita non confligge con nessuno; gli uomini che vivono in un contesto sociale si incontrano e spesso si scontrano; ed allora diventa necessario comporre i conflitti e salvaguardare le relazioni umane evitando lo scontro distruttivo.

Occorre uscire dalla logica che inquadra le relazioni tra gli uomini come rapporto di forza: forte-debole, vincitore-vinto, e capire che il conflitto si può risolvere anche, e meglio per tutti, con il dialogo, con la

² Negli Stati Uniti e nel Canada lo scopo del ricorso alla mediazione fu individuato nella necessità di *"assistere le parti affinché pervengano ad una soluzione dei problemi direttamente connessi alla disgregazione coniugale e strutturino un accordo che risulti di reciproco interesse, accettato e soddisfacente e pertanto rispettato nel futuro"*.

³ In Francia nel 1995 la legge consacra la mediazione in tutti i casi in cui si tratta di diritti disponibili per una giustizia *humanissant* e non *tranchante*. Più specificamente per la mediazione familiare: in Norvegia nel 1992 un Decreto governativo istituisce un servizio di mediazione presso tutte le comunità locali ed i mediatori non sono degli esperti di diritto; in Olanda la mediazione è inclusa nel codice di procedura civile ed è presente un Istituto che controlla la qualità dei mediatori; in Scozia la mediazione viene regolata con legge nel 1995, si prevede il ricorso obbligatorio alla mediazione nei processi di divorzio. Anche in numerosi altri paesi europei la mediazione è stata regolata con legge nei suoi contenuti, riguardo al percorso di formazione dei mediatori ecc.

comprensione dei bisogni e delle paure dell'altro, senza necessariamente ricorrere alla guerra che lascia sul campo morti di entrambi gli eserciti.

Dobbiamo tendere a ridimensionare il ruolo del diritto e del giudice nella nostra vita: **più *principles* e meno *rules*; più dialogo e meno processi.**

Vorremmo un “diritto fraterno”⁴; vorremmo poter comunicare davanti ad un giudice capace di conciliare le parti del conflitto valorizzando quel minimo denominatore comune sul quale si è raggiunto il consenso.

Anzi, vorremmo proprio non entrarci nel processo (che in Italia ha assunto ormai aspetti di kafkiana memoria) ed essere aiutati ad imparare la pratica della mediazione per una soluzione meno dolorosa delle controversie.

Occorrono politiche culturali e sociali di ampio respiro che sappiano guardare lontano e in profondità. I nostri ragazzi devono imparare un modo diverso di “vivere” i rapporti e di “gestire i conflitti”.

Focalizzando lo sguardo sul conflitto familiare, occorre capire che una soluzione della controversia tra i coniugi condivisa ed autodeterminata è sicuramente la migliore perché frutto della loro scelta ed è quella tendenzialmente destinata a durare nel tempo. Responsabilizzare i coniugi ad attivare le proprie risorse per la risoluzione dei contrasti li aiuta a crescere, a non delegare più agli altri le scelte della vita loro e di quella dei figli, ad acquisire gli strumenti per una giusta comunicazione, positiva e mirata, che li aiuterà a gestire autonomamente ogni nuovo eventuale conflitto.

E' noto che il vero problema delle decisioni assunte dal giudice della separazione e del divorzio, per quanto giuste possano essere alla stregua delle norme e dei principi di diritto ormai consolidati elaborati dalla Corte di Cassazione, è proprio quello della loro esecuzione e della loro stabilità, giacché molto spesso il coniuge onerato che le sente come imposte ed ingiuste, le disattende, dando luogo a nuovi conflitti.

⁴ v. Eligio Resta: “Diritto Fraterno” Laterza, Bari.

3- LA MEDIAZIONE FAMILIARE

a- cosa non è la mediazione familiare

a.1- Non è una terapia della coppia perché non ha lo scopo di aiutare i coniugi a mantenere la loro relazione ma solo quello di risolvere i contrasti sorti a seguito della dissoluzione della coppia, di cui ci si limita a prendere atto.

a.2- Non è una psicoterapia familiare perché non si occupa dell'analisi del passato né della storia dei coniugi per comprenderne i pensieri ed i comportamenti attuali, ma tende a trovare una soluzione dei problemi pratici del presente, relativi alla cura dei figli, al loro affidamento, alle visite, al mantenimento ecc.

a.3- Non è una consulenza familiare perché la mediazione non vuole capire i motivi che hanno portato la coppia alla rottura e non ha come scopo la riconciliazione, ma interviene quando la coppia si è già separata e tende a mettere i coniugi in condizione di governare il conflitto e di negoziare la soluzione più accettabile per entrambi.

Obiettivo principale della mediazione è riaprire i canali di comunicazione tra i coniugi separati in modo che possano raggiungere una soluzione del conflitto concordata.

b- quando non si fa?

Vi sono diversi casi in cui la mediazione non ha possibilità di successo e ne ha molto poca, per cui è sconsigliabile:

- nel caso di episodi di violenza sul coniuge o sui figli, di alcolismo, tossicodipendenza ecc;
- nel caso in cui i coniugi sono mossi da rancori e risentimenti e chiedono al giudice di essere “risarciti” o vogliono “umiliare” l'altro consacrando la loro vittoria in un provvedimento ufficiale;
- quando i coniugi sono diventati del tutto estranei e non c'è voglia non solo di dialogare ma neppure di litigare;
- quando il conflitto è esteso alle rispettive famiglie di origine che lo acuiscono;
- quando uno dei coniugi assume la parte della vittima e rinuncia a diventare protagonista della situazione.

La condivisione delle scelte nasce da un comune modo di sentire, appartiene al campo dei sentimenti e delle emozioni e, come si sa, al cuore non si comanda. La condivisione imposta è una contraddizione in termini.

c- definizione di mediazione familiare. Affidamento condiviso e mediazione.

Il sistema famiglia si rompe, le relazioni familiari si interrompono: i due ex *partners* non riescono a dialogare come coppia né come genitori. La separazione è vissuta come un evento altamente stressante, perché il matrimonio e la genitorialità sono ancor oggi vissuti come fonti primarie di identità e *status* sociale; fuori da quel contesto i membri

della coppia vivono un sentimento di lutto e di perdita per il fallimento del progetto in cui ciascuno, a suo modo, aveva investito emotivamente e materialmente. Si sentono persi, senza più gli abituali punti di riferimento.

Diventa perciò necessario riorganizzare le relazioni e riaprire il dialogo.

È in tale contesto che la mediazione si propone come

“ 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 e in autonomia dall’ambito giudiziario, si adopera affinché i partner elaborino in prima persona un programma di separazione soddisfacente per sé e per i figli, in cui possano esercitare la comune responsabilità genitoriale”.⁵

La legge n.54/2006 ha introdotto **l’affidamento condiviso** disponendo che il giudice, nel decidere in ordine all’affidamento dei figli minori, valuti “prioritariamente” la possibilità che restino affidati ad entrambi i genitori.

Un affidamento condiviso richiede che entrambi i genitori siano responsabili; che entrambi tendenzialmente abbiano **uguali diritti e doveri**; che vi sia una autoregolamentazione dei compiti del genitore convivente e di quello non convivente; delle aree decisionali e delle differenti competenze.

Ciò significa che si continua ad essere genitori “insieme”, “cogenitori”.

La responsabilità delle scelte educative deve essere condivisa; mentre la potestà è esercitata da entrambi i genitori in maniera autonoma nel senso che ciascuno può decidere su quanto necessario ed utile per il figlio nella quotidianità ma rispettando le linee guida concordate con l’altro genitore.

Non voglio ora prendere posizione sulla questione se la nuova legge sensibilizza i giudici e gli stessi coniugi alla cultura della cogenitorialità, della comune responsabilità di genitori nei confronti dei figli; ovvero attribuisce più poteri ad un certo numero di padri che da qualche tempo lamentavano di essere costretti ad “uscire di casa”, a “pagare assegni di mantenimento” senza però poter “decidere” sulla quotidianità dei loro figli.

Quel che è certo è che l’affidamento condiviso, non può essere imposto e richiederebbe, per avere una felice riuscita, il consenso dei due genitori anche per quel che riguarda le concrete modalità di gestione del coaffidamento, almeno con riferimento alle scelte di maggiore interesse per i figli.

In tale situazione diventa sempre più importante la mediazione come luogo di ricerca dell’accordo sulla gestione dei rapporti genitori-figli, al di fuori del processo.

⁵ Definizione della SIMEF (Società Italiana di Mediazione Familiare).

4- IL PERCORSO DELLA MEDIAZIONE

Il conflitto della coppia separata mobilita importanti risorse emotive di contenuto negativo (delusione, amarezza, tradimento, rabbia, risentimento, ingiustizia, vendetta).

Quando i due genitori separati affrontano il tema della condivisione della cura dei figli si sviluppano:

- conflitti su dati oggettivi (ciascuno sostiene di volta in volta che il figlio ha bisogno... di vacanze al mare,.. di fare nuoto... di uscire la sera... di una scuola privata... in disaccordo con l'altro) in cui ciascuno dei genitori ritiene di sapere interpretare al meglio le necessità dei figli;
- conflitti di valore (non si concorda sulla funzione educativa, sullo stile di vita, sulla cultura, sulla religione, sulle ideologie, sugli aspetti economici, ecc.);
- conflitti di relazione (i coniugi separati non dialogano e ciascuno pensa di non essere stimato, di non essere ascoltato, di non essere compreso).

I mediatori aiutano i coniugi a migliorare la qualità della comunicazione, modificando l'idea e la percezione dell'altro portandoli a considerare le reciproche qualità positive.

I mediatori "aiutano" i genitori a mettere a fuoco i vari nodi conflittuali nella relazione tra loro, e a pianificare le concrete modalità di gestione del rapporto con i figli.⁶

A differenza del giudice, che è terzo e imparziale nel senso che nella contesa tra i due "non è né questo né quello", i mediatori "sono questo e quello" nel senso che partecipano dei torti e delle ragioni dei due contendenti ma cercano di sottrarli al ripetere assordante delle loro ragioni⁷ e li aiutano ad abbandonare il "risentimento", che rinnova in ciascuno il sentimento di offesa e li congela nel tempo passato, e a pensare al futuro, tornando protagonisti del conflitto e stabilendo la maniera di comporlo più giusta per entrambi.

Secondo i mediatori, un'azione ben condotta consente di far esprimere e di far valere le posizioni di ciascun antagonista nel rispetto di quelle dell'altro.

La posizione "equidistante" del mediatore bilancia le ragioni e determina un movimento che permette di ritrovare l'equilibrio. Il percorso destruttura la precedente modalità relazionale che impedisce il dialogo e ristruttura le modalità comunicative e relazionali.

La pratica della mediazione ha rivelato che spesso il conflitto non nasce dalla separazione in sé ma dalle ferite dolorose che ne sono conseguite, dal risentimento e dalla non accettazione del fallimento, attribuito sempre ai comportamenti dell'altro. Solo se ciascun coniuge arriva ad ammettere la propria responsabilità ovvero a prendere atto che non vi è responsabilità di

⁶ V. relazione Irene Bernardini, Corso del CSM su "Conciliazione, mediazione e riparazione". Frascati 11-13 marzo 1999.

⁷ V. relazione avv. Cinzia Capano nel convegno ANM "Viaggio nei processi di separazione e di divorzio. Come attuare un processo ragionevole" Roma 3 giugno 2003.

alcuno ma che la storia, come tutte le belle storie, può anche finire, solo in tal caso può avere successo il percorso di mediazione.

Tutto questo richiede tempo, rigore professionale dei mediatori e soprattutto il consenso libero delle parti.

Occorre anche comprendere che la mediazione è altro dalla semplice **conciliazione** perché in tal caso è il conciliatore l'attore del processo conciliativo; ha il compito di trovare la soluzione, che è concordata dalle parti solo nel minimo comune denominatore, e che il conciliatore definisce ritagliando l'ipotesi che può essere accettata da entrambe le parti del conflitto.

Che cosa le parti dovranno fare lo dice il conciliatore, mentre nella mediazione, alla fine del percorso, sono gli stessi coniugi che trovano il modo di porre fine alla contesa e di programmare il futuro delle loro relazioni con i figli.

Il percorso di mediazione è altro anche rispetto **processo di separazione e di divorzio** perché è centrato sul raggiungimento di una soluzione conciliativa; le parti possono disporre liberamente della loro controversia; non è prevista la presenza di un giudizio e soprattutto di provvedimenti sanzionatori.

a- fasi del percorso.

Il percorso si snoda attraverso più colloqui (in media da 2 ad un massimo di 8-10) in una sede extraprocessuale, strutturata per accogliere le parti del conflitto.

a.1- primo contatto: i mediatori informano i coniugi sulle regole del "comportamento" e sugli obiettivi della mediazione. Si cerca di capire la reale motivazione che li spinge alla mediazione e si acquisisce il loro consenso.

a.2- fase iniziale: si osserva e si valuta quali sono le aree più utili da affrontare.

In questa fase il mediatore cerca di acquisire la conoscenza delle regole che caratterizzano quella particolare famiglia e dei loro miti (tra cui: la continuità professionale tra generazioni, la famiglia felice, la famiglia sfortunata ecc.) per comprendere meglio le dinamiche della relazione. Cerca di conoscere la storia della famiglia (fidanzamento, matrimonio, nascite, morti ecc.) per avere informazioni utili alla conoscenza di quella coppia concreta.

Il mediatore osserva come i due si presentano e si relazionano tra di loro fisicamente (come si siedono, chi prende la parola, se parlando si guardano e cercano il coinvolgimento dell'altro, ecc). Permette loro di raccontare, di analizzare i problemi aiutandoli a separare i fatti dalle emozioni, ed a scomporre i problemi più importanti in tanti elementi più semplici da affrontare. Valuta se affrontare direttamente il nodo del conflitto o trovare gli accordi sulle questioni meno problematiche.

a.3- fase centrale: le parti negoziano e, aiutate dalla riformulazione del mediatore, arrivano a dare una definizione al problema soddisfacente per entrambi i coniugi. Tale fase si conclude con un contratto verbale.

a.4- fase conclusiva: i mediatori, verificano insieme alla coppia gli accordi raggiunti e fanno presente la necessità di limitare nel tempo gli accordi da prendere, di non demandare ad altri le responsabilità, di rispettare

le soluzioni condivise. Si stende il contratto scritto che ha valore solo per i due genitori ed è frutto della loro collaborazione.

Il mediatore avverte i genitori che potrebbero esserci contrasti in futuro ma che ormai hanno ripreso possesso della loro responsabilità genitoriale e che hanno riacquisito fiducia nelle loro risorse che saranno in grado di risolvere i nuovi conflitti con la *comunicazione* e la *condivisione*.

Il percorso può dirsi riuscito quando dalla stanza di mediazione i coniugi escono “diversi” da come erano quando sono entrati. Solo così può dirsi raggiunto l’obiettivo, altrimenti si sarà solo raggiunto un accordo: ma la mediazione non è un atto notarile è un’esperienza di vita.⁸

b- se la mediazione riesce? e se non riesce?.

Se la mediazione ha successo, la ricaduta sul processo si attuerà con la trasformazione della separazione (o del divorzio) da conflittuale in consensuale.

Se il percorso non raggiunge il suo naturale traguardo, il giudice non saprà mai cosa è successo davanti al mediatore e risolverà la controversia tra i coniugi applicando le regole del diritto.

Nel secondo caso i coniugi devono capire che la regola è dettata dall’esterno (regola eteronoma), in base alle norme del diritto di famiglia, e che il giudice ha il solo potere di applicare quelle norme e di emettere una decisione che per ciò solo è considerata “ giusta”. Devono però sapere che tale decisione teoricamente “giusta”, potrebbe essere percepita come ingiusta da uno di loro con la conseguenza che chi pensa di avere subito un torto non rispetterà la decisione.

Una regola autonoma, che nasce da una visione condivisa della soluzione del problema, avrà il vantaggio di essere certamente più adeguata alla situazione concreta; ridurrà la sofferenza di osservare una regola non sentita come giusta; sarà tendenzialmente più rispettata nel tempo.

⁸ Anna Coppola De Vanna “*La Mediazione Mediterranea*”, che pone l’accento sulle diverse caratteristiche relazionali dei vari popoli, sui dati antropologici tipici, che rendono diversi anche il modo di litigare e di mediare.

5- LO STATO DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA in materia di mediazione

a- le leggi che ci sono.

Allo stato attuale della legislazione italiana, la previsione di una possibilità di soluzione delle controversie extragiudiziale è prevista sotto forma di conciliazione:

- in relazione alla conciliazione extragiudiziale dei giudici di pace in materia civile senza alcuna limitazione di valore della lite; in materia penale in cui il conciliatore può sospendere il processo e inviare l'autore del reato e la vittima al centro di mediazione;

- per le cause in cui sono coinvolte le associazioni dei consumatori è previsto l'intervento conciliativo delle Camere di Commercio;

Di mediazione vera e propria si parla in varie leggi che riguardano i minori e la famiglia:

- I. n. 285/1997 "*Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza*", art. 4.1; si riconoscono i servizi di mediazione familiare e di consulenza per le famiglie e per i minori come servizi di sostegno e di superamento delle difficoltà relazionali;

- l. n. 154/2001 "*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*" in cui si prevede che il giudice possa disporre l'intervento dei Servizi Sociali o di un centro di mediazione familiare;

- art. 155 sexies c.c. che come detto prevede che i coniugi possano tentare una mediazione con l'aiuto di "esperti".

Vi sono poi Direttive, Raccomandazioni, Convenzioni Europee che hanno come obiettivo quello di promuovere il ricorso alla mediazione e di evitare che i bambini vengano coinvolti in procedimenti giudiziari, di cui si deve tenere conto.

b- le leggi che mancano.

Non c'è in Italia alcuna legge che disegni il profilo professionale del mediatore familiare; che dica quali titoli di studio deve avere; come si accede alla professione; quali sono i contenuti le modalità e la durata della formazione del mediatore; quale è esattamente l'area del suo intervento, le caratteristiche dell'intervento e la deontologia cui deve attenersi.⁹

Eppure, per la professione del mediatore non basta la competenza tecnica dello psicologo e del giurista, perché il mediatore deve avere anche una nuova e diversa filosofia delle relazioni familiari; un atteggiamento culturale e umano che dia valore e fiducia nelle risorse dei genitori separati assumendo il punto di vista del bambino ma vincendo la tentazione di dare le risposte, aiutando i coniugi a capire le regole del dialogo senza dettare i contenuti della loro comunicazione.

Insomma, per essere buon mediatore occorre seguire un percorso di formazione specifico, acquisire tutte le cognizioni necessarie "*leggere tutti i*

⁹ Nel 1992, in Francia è stata redatta la "*Carta europea della formazione dei mediatori familiari nelle situazioni di divorzio e di separazione*", in cui vengono individuate una serie di linee e indicazioni per salvaguardare la professionalità dei mediatori. Il 4.6.2004 è stato redatto il "*Codice di condotta europea dei mediatori*".

*libri e poi lasciarli fuori dalla stanza del colloquio. Fuori accanto alle armi che, simbolicamente, i genitori depongono prima di entrare nella stanza della mediazione”.*¹⁰

In Italia la realtà, con le nuove sollecitazioni e le nuove istanze di tutela dei cittadini, precede sempre di gran lunga l'intervento del legislatore che in tanti settori interviene quando i giochi sono in gran parte già fatti e molti i danni già prodotti. In particolare nel campo della mediazione taluno è giunto a parlare di *far west*.¹¹

In mancanza di una legislazione *ad hoc* sono già proliferate in Italia numerose iniziative private e pubbliche¹² che, senza un preciso quadro normativo di riferimento, corrono il rischio di essere caratterizzate non già da una professionalità seria e definita, quanto piuttosto da una riconversione disinvolta di competenze diverse, inadeguate a svolgere il ruolo proprio del mediatore.

¹⁰ V. relazione Irene Bernardini, Corso del CSM su “*Conciliazione, mediazione e riparazione*”. Frascati 11-13 marzo 1999.

¹¹ Marco Bouchard , “*La mediation Civile et Commerciale en Italie*”, www.petites-affiches.com. *La formation des médiateurs familiaux est garantie par la SIMEF. Quelle des conciliateurs des chambres de commerce par les memes organismes. Pour le reste c'est un peu le far west !*.

¹² I centri di mediazione familiare iscritti al Forum Europeo sono oltre 50 e non sono i soli esistenti in Italia.

6- ISTRUZIONI PER L'USO.

a- COSA DEVE SAPERE IL GIUDICE DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO?

Il giudice:

- deve sapere che mediare non è suo compito perché non ha le competenze necessarie;
- deve conoscere il significato della mediazione e saper valutare la possibilità che vi sia un reale consenso dei coniugi alla mediazione e la mancanza di cause impeditive;
- deve sapere che la mediazione non è un modo per lanciare ad altri la “patata bollente” della decisione, e che non avrà alcuna relazione sui motivi del fallimento della mediazione che possa poi guidarlo nella decisione. Il mediatore non gli fornirà valutazioni sulla struttura di personalità dei coniugi, né suggerirà interventi di altra natura; la legge non prevede alcun obbligo del mediatore di riferire al magistrato in linea con le caratteristiche di riservatezza, segreto professionale ed autonomia della mediazione;
- deve sapere che vale la pena di tentare la mediazione perché in caso di riuscita verrà meno la conflittualità e si saranno sottratti coniugi separati e figli alla esperienza di un processo che inevitabilmente aggrava la loro sofferenza.

b- COSA DEVONO SAPERE GLI AVVOCATI?

Da qualche tempo stanno nascendo associazioni di avvocati che si occupano particolarmente della mediazione familiare¹³.

La prassi dimostra che è necessario che l'attività del difensore dei coniugi in conflitto venga svolta in maniera nuova. L'avvocato della famiglia:

- non deve soffiare sul fuoco del conflitto alimentando i contrasti;
- non deve sostenere il proprio cliente con riferimento a posizioni che possano portare a situazioni di concreto svantaggio per la serena crescita dei figli, deve fargli capire che è un valore da perseguire la conservazione della relazione genitori-figli;
- deve supportare la scelta di mediazione del cliente non azionando iniziative giudiziarie incompatibili con la finalità propria del percorso di mediazione;
- deve tenere conto delle scelte che il suo cliente ha condiviso nel corso degli incontri di mediazione;

¹³ Nel 2005 a Bari è stato costituito il Comitato degli Avvocati per la Mediazione Familiare che ha preparato e diffuso un libretto sulla mediazione familiare che costituisce un Vademecum per gli avvocati.

Da sempre l'AIAF (Associazione Italiana Degli Avvocati Per La Famiglia E Per i Minori) ha guardato con interesse alla mediazione e si è occupata della formazione degli avvocati alla cultura della mediazione.

- deve garantire la sua collaborazione se durante la mediazione si presentano questioni tecnico-giuridiche (questioni finanziarie o patrimoniali e la stessa definizione giuridica degli accordi) che richiedono il suo intervento e che i mediatori non possono gestire.

7- LA MEDIAZIONE ED IL PROCESSO

La nuova disciplina dettata dalla l. n. 564/2006 pone una serie di interrogativi.

Il legislatore, opportunamente rinunciando ai progetti di legge che prevedevano la obbligatorietà della mediazione nell'ambito dei processi di separazione¹⁴, alla fine ha scelto di rimettere al giudice la valutazione della opportunità che i coniugi tentino una mediazione per raggiungere un accordo. Non si è neppure previsto un obbligo del giudice di informazione sulla possibilità di ricorrere alla mediazione, richiedendosi solo che siano "sentite" le parti e che si ottenga il loro "consenso".

La norma¹⁵ non prevede alcun controllo di professionalità dei mediatori; non rende chiaro se il giudice debba individuare il centro o l'esperto che seguirà i coniugi nel percorso di mediazione, ovvero se la scelta è rimessa alle parti; nulla dice sui tempi e sui modi della mediazione e sui rapporti tra il percorso di mediazione e la trattazione del processo di separazione e di divorzio.

a- tante domande, poche risposte.

a.1- Sembra che si tratti di una mediazione "globale" perché il mediatore aiuterà i coniugi a trovare un accordo "*con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*", e dunque anche in relazione agli assegni di mantenimento laddove si è sempre ritenuto che il terreno su cui lavora il mediatore è quello della relazione personale tra genitori e figli in vista di una migliore gestione dell'affidamento e dell'esercizio della potestà.

a.2- Non è chiaro in quale momento del processo di separazione e di divorzio si colloca la mediazione; e quale giudice valuta l'opportunità che i coniugi seguano un percorso di mediazione: solo il presidente, il giudice istruttore, e il collegio?.

a.3- è possibile la mediazione anche nel giudizio di appello, in occasione del reclamo avverso i provvedimenti provvisori adottati dal presidente (art.708, comma 4, c.p.c.)?¹⁶

¹⁴ V. i ccdd. Progetti di legge Paniz 2 (aprile 2003) e 3 (aprile 2004) in cui era previsto l'obbligo, prima di adire il giudice, di rivolgersi ad un centro o ad un esperto di mediazione familiare.

¹⁵ Art. 155 sexies, comma 2, c.c. "*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 155 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*".

¹⁶ Art. 708, comma 4, c.p.c. "*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 notifica del provvedimento*".

a.4- nell'udienza presidenziale è consigliabile che il presidente adotti i provvedimenti provvisori e poi invii i coniugi in mediazione, o è più opportuno che sospenda ogni decisione rinviando l'udienza per consentire la mediazione? E, in tale ipotesi, per quanto tempo?.

Certamente la prassi evidenzierà altri problemi che al momento non si è in grado di mettere a fuoco.

Basti pensare che lo stesso rapporto tra mediazione e giurisdizione ha diviso gli studiosi e gli operatori del settore, che hanno espresso già opinioni diverse.

C'è chi sostiene che la mediazione deve svolgersi fuori e lontano dal processo, e che il giudice dovrà adottare i provvedimenti, anche quelli presidenziali provvisori, a prescindere dal percorso di mediazione, e proseguire normalmente nell'istruttoria della causa che seguirà il suo percorso parallelamente a quello della mediazione, senza reciproche interferenze se non in caso di successo della mediazione, che evidentemente metterà fine al giudizio.

C'è chi ritiene che sia meglio, quantomeno nei casi di conflittualità più accesa e di nodi critici più aggrovigliati, non adottare neppure i provvedimenti provvisori prima che i coniugi tentino la mediazione perché in tal caso la posizione di diritto "conquistata" da uno dei due, diventa un ostacolo per un accordo di tipo diverso e rende più arduo il compito del mediatore.

8- CONCLUSIONI

Né questo né i tanti altri convegni che ci sono stati e ci saranno potranno fare miracoli e tanto meno lo potrà fare il processo, il malato cronico della giustizia italiana.

Le norme continuano a porre problemi e introducono elementi di confusione.

Il principio della “bigenitorialità” e l’obiettivo di rendere entrambi i genitori separati responsabili della cura dei figli e capaci di condividere le scelte educative senza delegarle al giudice (terzo e imparziale ma pur sempre altro, “né questo né quello”), corrono un serio pericolo di restare delle belle affermazioni di principio difficilmente tramutabili in atti e comportamenti concreti in grado di cambiare in meglio la vita dei figli.

Oltre alle difficoltà evidenziate sinora, voglio richiamare l’attenzione sull’art. 5 della l. n. 54/2006: “*Disposizione Finanziaria*” che al comma 1 detta:

“ Dall’attuazione della presente legge non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”.

Ciascuno può valutare, al termine di questi sintetici appunti, le probabilità che hanno le nuove norme di incidere effettivamente sulla storia della separazione e del divorzio, consentendo concretamente ai poveri coniugi ed ai figli di sottrarsi al processo e di trovare un altro luogo più accogliente per la composizione concordata del loro conflitto e per il recupero della capacità di essere ancora madri e padri che sanno dialogare per il futuro ed il bene dei figli.

Non è destinata alcuna risorsa economica per il buon funzionamento della nuova legge; né si prevede una diversa distribuzione delle risorse.

Pur tuttavia, noi tutti giudici ed avvocati abbiamo il dovere di fare il possibile perché la nuova cultura della genitorialità si affermi e per questo siamo qui non solo a discutere dei principi ma, in linea con una ben precisa scelta della Commissione Famiglia della ANM, a cercare prassi virtuose e linee guida condivise, sperando che la Mediazione, la Cenerentola del nostro processo di separazione e di divorzio, diventi una splendida principessa.

Buon lavoro a tutti.

Roma 29 maggio 2006

Fiorella Buttiglione