

MEDIAZIONE FAMILIARE E LEGGE 54/06

Avv. Filomena Giannattasio

Via S. Giovanni Bosco 47 - 84124 Salerno
Tel/Fax 089/9951586- cell.: 320/2982778
milenagiannattasio@fastwebnet.it

Con la L. 54/06, l'istituto della mediazione familiare fa ingresso ufficialmente nel panorama normativo italiano. Il nuovo art. 155 cc. *sexies*, in particolare, al II 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'art. 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse materiale e morale dei figli*".

Si tratta di un ingresso nitido, anche se da più parti giudicato troppo morbido, in quanto il legislatore lo prevede sì espressamente, ma lascia in ombra la caratterizzazione della procedura da seguire e della figura, non adeguatamente delineata, del mediatore.

Prima di analizzare la normativa nel dettaglio ed individuare i presupposti fissati ex lege per il ricorso alla mediazione è doveroso fare delle considerazioni.

Innanzitutto ricordiamo che prima della riforma il legislatore italiano non aveva ignorato l'esistenza della mediazione familiare, sia pure prevedendola in maniera del tutto generica, annoverandola, senza una regolamentazione concreta, tra i mezzi di aiuto, promozione e tutela degli interessi della famiglia e dei minori.

In questa linea, ricordiamo l'art. 342 bis c.c., che, in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari, ai sensi della L. 154/01, prevede che il giudice possa disporre l'intervento di un centro di mediazione familiare, quando lo ritenga opportuno. Altro riferimento alla mediazione si ha nella legge n. 285/1997, recante disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza, che, all'art. 4, lett. I, indica i servizi di mediazione familiare tra quelli di sostegno alla relazione genitori – figli, attribuendo ad essi, in modo generico, il compito di contribuire al superamento delle " difficoltà relazionali". Maggiore attenzione è stata dedicata all'istituto in esame dalla legislazione regionale, mi riferisco, tra le altre, alla L. R. Valle D'Aosta n. 44/1998, L. Regione Toscana n. 41/2005, L. Regione Calabria n. 1/2004. Si tratta, però, pur sempre di interventi che si limitano a predisporre la creazione di servizi pubblici di mediazione familiare, senza, però, offrire una normativa dettagliata sui compiti e sul funzionamento di queste figure.

Ricordiamo, infine, che l'Italia con L. n. 77/2003 ha ratificato la Convenzione di Strasburgo, che all'art. 13 prevede la mediazione come strumento per prevenire e risolvere i conflitti ed evitare ogni procedura giudiziaria riguardante il fanciullo ed impegna i paesi affinché promuovano la reale operatività di questo meccanismo, aderendo a quanto disposto dalla Convenzione di New York di 1989. In queste norme si sottolinea il ruolo della mediazione familiare come strumento privilegiato di composizione dei conflitti tra genitori, nell'interesse dei figli, specialmente minori.

Nel 1998 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha inviato agli stati membri la Risoluzione n. 616 (raccomandazione R (98) 1). Essa muove dalla considerazione dei risultati dello studio sull'uso della mediazione in diversi paesi, i quali dimostrano che il ricorso alla mediazione familiare può effettivamente migliorare la comunicazione familiare, ridurre i conflitti tra le parti, favorire accordi, assicurare il mantenimento dei rapporti genitori – figli, ridurre i costi sociali ed economici della separazione e del divorzio per le persone e per gli Stati, ridurre il tempo necessario per ricomporre il conflitto, e perciò raccomanda agli Stati membri non soltanto di introdurla, ma di promuoverla. La raccomandazione in oggetto sancisce con forza la centralità assunta nell'istituto dalla tutela del superiore interesse del fanciullo, con la conseguenza, per il mediatore, di doverne tenere sempre primariamente conto, incoraggiando i genitori a concentrarsi sui bisogni dei figli e richiamando loro la responsabilità primordiale che hanno nei loro confronti.

Anche il documento redatto in seguito al II incontro nazionale in materia di giustizia minorile dal titolo "**Mediazione e diritti dei bambini, per una mediazione a misura di bambino**", promosso dall'UNICEF Italia, rappresenta un'altra sollecitazione per un consolidamento della mediazione come strumento essenziale nella realizzazione effettiva della tutela degli interessi e dei diritti del fanciullo. La materia, infine, è stata oggetto del codice di condotta europeo dei mediatori del giugno 2004 della Commissione europea.

In Italia, ad introdurre e disciplinare in maniera più ampia, sia pure con delle carenze, la mediazione familiare è proprio la L. 54/06, non a caso.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare più volte, nel corso degli incontri precedenti, la riforma operata dalla novella del 2006 si muove nell'ottica della **centralità del fanciullo**, che proprio nella fase patologica del rapporto coniugale, finisce spesso per diventare vittima inconsapevole della conflittualità dei coniugi e va, pertanto,

maggiormente tutelato. L'istituto dell'AFFIDO CONDIVISO è basato proprio sul diritto del figlio alla BIGENITORIALITÀ. Ed è in questa stessa ottica che si inserisce la mediazione familiare, intesa come strumento per il superamento della conflittualità tra i coniugi, nell'interesse dei figli.

Questo aspetto emerge con chiarezza dalla stessa lettera della legge. L'art. 155 sexies, II comma, infatti, parla di **figli** e non soltanto di minori. Ciò vuol dire che l'interesse che muove la mediazione può essere rinvenuto dal giudice anche nella situazione giuridica soggettiva da tutelare che fa capo ai figli maggiorenni non ancora usciti dal nucleo familiare e bisognosi della bigenitorialità.

La genitorialità, infatti, è un concetto che non ha un termine di durata, riferito all'età del figlio, ma involge, più propriamente, lo stato della prole fino a che questa abbia bisogno della propria famiglia e non abbia deciso di lasciare la stessa in quanto non ancora autosufficiente sotto un profilo economico. Il diritto alla genitorialità, è, pertanto, un diritto *sine die*, discendente dagli stessi principi costituzionali, cui oggi pacificamente, come sappiamo, viene attribuita una portata non meramente programmatica, ma immediatamente precettiva.

La ratio sottesa alla mediazione familiare, allora, è proprio quella di favorire la bigenitorialità, onde evitare che la conflittualità tra coniugi comprometta questo diritto dei figli.

L'intervento del mediatore è finalizzato a favorire il dialogo per il raggiungimento di un accordo in relazione alle questioni sorte con la separazione o il divorzio. Il legislatore, in altri termini, offre una soluzione che certamente può risultare più efficace e che è ben lontana dal meccanismo del procedimento giudiziale, la cui struttura e le cui dinamiche spesso hanno finito per accentuare, più che comporre, la conflittualità tra i coniugi.

La mediazione diventa canale per un dialogo in una fase estremamente delicata della famiglia, offre un sostegno concreto per superare un aperto conflitto in cui, come sappiamo, si incrociano sentimenti contrastanti, emozioni, ansie e difficoltà relazionali.

Proprio attraverso la mediazione sarà possibile traghettare i rapporti familiari da un assetto ormai estinto ad un nuovo assetto, attraverso una soluzione che rappresenti un equilibrio tra la logica del diritto, che cerca soluzioni precise, definite e rispettose dei valori ritenuti prevalenti nell'ordinamento giuridico, e la logica dei sentimenti e dell'emozionalità, motore primario dei comportamenti e delle reazioni delle persone.

Si dividono i beni, si separano gli spazi, si interrompono i rapporti ma contemporaneamente si rinforza un dialogo sui figli e si stimolano i genitori a riaprire una comunicazione, al fine di predisporre un **progetto condiviso**.

Sotto questo profilo non si spiega davvero l'atteggiamento così timoroso del legislatore. Parla, sì, di mediazione, ma poi diventa eccessivamente cauto nel disciplinarla, e ancora una volta lascia lacune e dubbi interpretativi, forse per scongiurare una sorta di degiuridizzazione della materia familiare.

La mediazione rappresenta certamente una modalità autonoma di risoluzione dei conflitti e, in quanto procedimento alternativo alla risoluzione giudiziale, è stata vista come uno strumento di riappropriazione dell'autonomia privata della gestione e composizione dei conflitti, come una chiara manifestazione della progressiva tendenza alla "privatizzazione" del diritto di famiglia che sta caratterizzando il sistema non solo italiano, ma anche degli altri Paesi europei.

Ma occorre tener presente che la mediazione familiare si muove proprio nell'ottica di una famiglia letta in chiave costituzionale, ed è espressione del diritto *mite*, citando Zagrebelsky, cioè di un diritto inteso come sistema di regole di comunicazione, di un diritto che si basa sulla logica *dell'et – et* e non *dell'aut – aut*.

Il conflitto tra coniugi viene, così, non più acuito ed amplificato dal momento giudiziario, ma ridotto e razionalizzato, incanalato verso una forma collaborativa e di dialogo funzionale ad una crescita il più possibile serena dei figli.

Così come l'affido condiviso, anche la mediazione familiare rappresenta, quindi, un monito culturale, un nuovo orientamento per i genitori circa le modalità con cui vivere e risolvere la loro conflittualità, nell'interesse superiore dei figli.

La funzione mediativa è dunque una nuova e diversa modalità di regolazione dei rapporti interprivati, ma anche dei rapporti tra lo stato e la società civile, e sotto questo profilo si profila come una concretizzazione del principio di **sussidiarietà** in chiave verticale, ben noto in ambito amministrativo, che troverebbe spazio anche nella materia familiare. Sono i genitori a dover cercare, adeguatamente orientati, un confronto, e soltanto in ultima analisi, in sussidio, in ausilio appunto, può intervenire il giudice, il cui intervento si giustifica solo laddove la eccessiva conflittualità determina una incapacità di comunicazione insormontabile.

Il legislatore del 2006, quindi, perde l'occasione per fornirne una disciplina analitica e sistematica. In questo modo lo strumento della mediazione familiare rimane esposto al rischio di venire vanificato ed è soggetto ad approcci applicativi generici, superficiali, capaci di danneggiare, già in partenza, l'idea della mediazione familiare e di pregiudicarne, così, lo sviluppo.

Analizziamo, ora, le problematiche più rilevanti che l'art. 155 sexies ha sollevato:

1) **PRESUPPOSTI** - La disposizione di cui all'art. 155 sexies introduce chiaramente un nuovo potere discrezionale del Giudice, che è chiamato a valutare l'**opportunità** di ricorrere alla mediazione familiare.

Potere discrezionale che si giustifica proprio per la flessibilità tipica del diritto di famiglia, ogni situazione differisce dall'altra, il giudice deve valutare caso per caso, in relazione a quei figli, quei genitori, quella specifica situazione familiare. Abbiamo più volte sottolineato come, in questa vera e propria rivoluzione culturale della gestione dei rapporti familiari, il giudice (speriamo dotato di una spiccata sensibilità e attenzione a tematiche così peculiari), svolga un ruolo direi nevralgico. Ma, attenzione, ruolo ancora più rilevante ha, secondo il mio parere, l'avvocato, che funge da veicolo della nuova concezione dei rapporti familiari, orienta i coniugi ma anche il giudice.

Fondamentale sarà la prospettazione dell'avvocato, il quale da una parte dovrà "educare" le due parti in conflitto, anche introducendole alla mediazione familiare, dall'altra dovrà orientare il giudice, immergendolo nella concreta realtà familiare che si trova a gestire. La discrezionalità valutativa del giudicante, dovrà scaturire, infatti, da una analisi sommaria, sì, ma non superficiale del caso concreto.

L'opportunità - attenzione - non è legata ad un giudizio di prognosi ex ante, circa la possibilità di riuscita dell'intervento di mediazione, ma ad un esame approssimativo dell'indice di conflittualità delle parti. In giudice valuta l'opportunità del tentativo, non dell'accordo. In altri termini, dovrà ritenere non opportuno il tentativo di mediazione soltanto laddove ravvisi l'assoluta inesistenza di un minimo di volontà comunicativa, o laddove sussistano ostacoli insormontabili che impediscano a priori ed in maniera definitiva ogni forma di confronto. Dovrà, quindi, valutare non la probabilità di riuscita dell'accordo, ma l'incidenza positiva del tentativo. Si spiega, così, il secondo requisito richiesto ex lege, il consenso delle parti. Il giudice dovrà, pertanto, ascoltare le parti, proprio per valutare l'opportunità del rinvio, che altrimenti costituirebbe una involuzione patologica del rito speciale di tipo presidenziale.

2) **PROCEDURA** - Quanto al *modus agendi* in concreto, il giudice, sentite le parti ed accolto il loro consenso, se reputa opportuna la mediazione, ne dà atto nel verbale di udienza e fissa la nuova comparizione delle parti dinanzi a sé. In questa udienza se l'accordo è stato raggiunto, il giudice procede all'omologazione. Se, invece, il tentativo ha avuto esito negativo, provvede ai sensi degli artt. 155 e ss. C.c.. Può anche accadere che l'accordo non sia stato raggiunto ma è in itinere. In questo caso, il giudice, sentite le parti ed acquisito nuovamente il loro consenso, dispone un ulteriore rinvio. Nella procedura di mediazione il giudice dialoga con i mediatori ed acquisisce periodicamente le loro relazioni.

3) **APPLICABILITA' DELLA MEDIAZIONE AL DIVORZIO** - Si è discusso circa l'applicabilità della mediazione al rito del divorzio, da taluni esclusa poiché ontologicamente incompatibile con quel rito: se, infatti, nel rito della separazione essa è funzionale al raggiungimento di un accordo di omologa, nel rito divorzile questa ratio verrebbe meno. Mentre, infatti, gli accordi in vista della separazione sono pacificamente reputati validi ed ammissibili, gli accordi in vista del divorzio sono ritenuti improduttivi di effetti (v., ex plurimis, Cass. Civ. 2076/03 "*gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa*").

Tuttavia, ai sensi dell'art. 4, comma II, L. 54/06, le disposizioni della novella, tra cui anche l'art. 155 sexies, si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Una interpretazione restrittiva allora della norma in esame non sarebbe consentita. In tal senso molto significativa è l'ordinanza 26 maggio 2008 del Tribunale di Lamezia Terme. Il Presidente estensore dott. Giuseppe Spadaro affronta esplicitamente la problematica e conclude per l'applicazione dell'art. 155 sexies nel procedimento di divorzio e in presenza di una conflittualità molto elevata tra i coniugi, nell'interesse preminente dei figli. Leggiamo alcuni passaggi rilevanti: *"Il giudice odierno reputa che in ogni caso la norma di cui all'art. 155 sexies resterebbe applicabile in via analogica al procedimento divorzile. Non può, infatti, essere sottaciuto che anche nel rito del divorzio permane l'interesse preminente e primario alla tutela della prole, in particolare dei figli minori, cosicché la mediazione sia deputata a realizzare siffatta tutela, escluderla, in questi casi, creerebbe un vulnus agli artt. 3, 30, 31 Cost.*

E dunque, l'estensione dell'istituto, anche al rito del divorzio, può essere postulata in forza del ricorso allo strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata o teleologica o sistematica, in guisa del richiamo al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost."

Rilevato, allora, che nel caso di specie il ricorso alla mediazione rispondeva all'interesse superiore della figlia minore, nonostante la conflittualità accesa, ottenuto il consenso dei coniugi, il Presidente sospende il procedimento, rinviando l'udienza affinché "le parti possano rivolgersi al Collegio di mediazione, costituito in seno al tribunale di Lamezia Terme e composto da esperti in mediazione familiare di rinomata professionalità, al fine di tentare di

raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale della figlia". Dello stesso tenore, sempre Tribunale di Lamezia Terme, ordinanza 20 luglio 2007).

4) **QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEI MEDIATORI** Fin dall'entrata in vigore della riforma, una delle questioni più dibattute attiene alla natura giuridica dei mediatori. La novella parla di mediazione e non di mediatori, e non delinea la figura in esame, lasciando non pochi dubbi. Le associazioni di settore hanno sollecitato gli operatori giuridici verso una interpretazione che qualifichi il mediatore in termini di una nuova figura professionale, diversa dal consulente tecnico o dall'ausiliario del giudice, al fine di garantirne la autonomia dal processo.

Ma nel delineare la figura del mediatore occorre pur sempre tener presente la lettera della legge. In primo luogo il codice parla di ESPERTI e non di mediatori. Sembra, perciò, voler ricondurre questa figura a quelle già esistenti, senza la creazione ex novo di una nuova professionalità, sempre, ovviamente ai fini processuali e limitatamente al processo. Ed infatti, la mediazione non emerge come soggetto, ma come oggetto (gli esperti tentano una mediazione).

In secondo luogo, la mediazione è configurata come strumento per il raggiungimento di un accordo che sarà comunque omologato dal presidente e che quindi non può prescindere del ruolo dello stesso.

Dal dato normativo , invero piuttosto scarno, emerge che la figura deputata a mediare tra coniugi è dotata di particolari competenze professionali ed assume di fatto la qualità di ausiliario del giudice. Diversi sono i referenti ermeneutica che depongono in tal senso:

La disposizione ex art. 155 sexies è rubricata "*poteri del giudice e ascolto del minore*" la scelta discrezionale del giudice di far ricorso alla mediazione va annoverata, pertanto, nel novero dei nuovi poteri riconosciutigli *ex lege* ed un simile inquadramento richiama immediatamente il potere o facoltà di avvalersi di ausiliari. Si tratterebbe, pertanto, di uno di quei "*casi previsti dalla legge*", in cui "*il giudice può farsi assistere da esperti in una determinata arte o professione, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da solo*", ai sensi dell'art. 68 c.p.c., rubricato, appunto "*altri ausiliari*".

D'altra parte, lo stesso dato letterale sembra deporre nel senso di uno stretto rapporto tra esperti e giudice. Già l'espressione "avvalendosi" fa pensare che i primi agiscano come una vera e propria *longa manus* del giudicante . (su questa linea la citata ordinanza del tribunale di Lamezia Terme, che configura il mediatore come ausiliario del giudice, ex art. 68 c.p.c. il giudice rinvia ad un apposito collegio di mediazione strutturato in seno al Tribunale stesso.)

Sulla base di tale impostazione, si è ritenuto applicabile in queste ipotesi l'art. 52 disp. Att. C.p.c., ai fini della giusta copertura finanziaria dell'eventuale mediazione svolta. Tale orientamento è stato, però, sottoposto a critica, in quanto sembra minare all'autonomia dei mediatori. Si è ritenuto, allora, che si tratterebbe di " ausiliari atipici", in quanto il giudice non entra a sindacare le modalità operative della mediazione, che gli esperti scelgono autonomamente, attagliandole alle specifiche problematiche del caso concreto.

Di diverso avviso, come accennato, sono, invece, le Associazioni di settore. In proposito appare interessante delineare, sia pure brevemente, le "**linee guida A.Me.F per l'accesso alla mediazione familiare nel corso del procedimento di separazione e divorzio**", adottate a Milano il 10 settembre 2007, dall'A.I.me.F., che interpreta in maniera diversa l'art. 155 sexies, affermando che, sebbene la dizione letterale della norma generi confusione circa la natura giuridica del mediatore, lo stesso deve essere tenuto ben distinto dal consulente tecnico o dall'esperto quale ausiliario del giudice ai sensi dell'art. 68 c.p.c. Il mediatore previsto dall'art. 155 sexies c.c. è una figura nuova, extraprocessuale, caratterizzata da terzietà, imparzialità ed autonomia, scelto dalle parti e non dal giudice. Nel documento in esame si prevedono due ipotesi diverse:

1) il giudice nomina direttamente un esperto in funzione di mediatore ai sensi dell'art. 68 c.p.c. In questo caso il CTU, anche se mediatore familiare, dovrà attenersi all'incarico ricevuto e svolgere le attività previste e regolate dal c.p.c. senza avviare un percorso di mediazione vero e proprio;

2) il giudice, ai sensi dell'art. 155 sexies c.c., valutatane l'opportunità ed ottenuto il consenso delle parti, le invita a scegliere un mediatore al fine di risolvere i loro conflitti. In questo caso soltanto si dà l'avvio ad un vero e proprio percorso di mediazione familiare e l'attività di mediazione sarà svolta in piena autonomia, con intenti puramente negoziali e compositivi. Il mediatore dovrà astenersi, pertanto, da valutazioni tipiche della consulenza tecnica e da qualsiasi altra attività preclusa dal suo codice deontologico.

Alla luce di quanto esposto è evidente che la problematica è quantomai accesa e ben lontana da una soluzione definitiva, il che è dimostrato in maniera lampante anche dalle contrastanti pronunce giurisprudenziali in materia.