

Mediazione familiare e mediazione civile

La mediazione familiare nel tempo della “mediazione finalizzata alla conciliazione” civile e commerciale

di Gianpaolo Impagnatiello

Il d.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha istituito la “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”, regolamentando inoltre la figura e i requisiti di accreditamento professionale del mediatore civile, ha completamente ignorato quel particolare tipo di mediazione che è la mediazione familiare. In tal modo, complice anche una recente sentenza della Corte costituzionale, i mediatori familiari, da tempo alla ricerca di una più solida legittimazione positiva, hanno visto vanificato ogni sforzo per affermare la loro specificità.

1. Premessa

La mediazione familiare sta vivendo in Italia un momento molto delicato. E, paradossalmente, lo sta vivendo proprio mentre il legislatore, imponendo l'esperimento della mediazione in un'amplicissima categoria di controversie civili, ha posto le basi per consentire alla cultura dell'*alternative dispute resolution* di diffondersi nel nostro Paese come mai era accaduto in precedenza (1).

Il d.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in particolare, ha codificato delle nozioni di mediazione e di mediatore che, rifacendosi alla matrice anglosassone della *Mediation*, non hanno precedenti nella nostra tradizione (2), ma che ormai s'impongono come unici riferimenti normativi in materia: come recita l'art. 1 del citato d.Lgs., la mediazione consiste nell'«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»; invece, il mediatore è definito come «la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo». È ben vero che l'ambito di applicazione del d.Lgs. 28/2010 è circoscritto alle controversie su diritti disponibili e

non preclude altre procedure di risoluzione amichevole delle controversie; è pur vero, però, che, per le ragioni che appariranno più chiare tra breve, l'intervento del legislatore rischia di produrre l'effetto perverso di rendere la mediazione familiare - che rispetto alla comune mediazione civile è tutt'altra cosa (3) - vieppiù marginale.

Si aggiunga che, con la sentenza 21 aprile 2010, n. 131 (4), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità

Note:

(1) Ciò è reso particolarmente evidente dal proliferare in tutta Italia di corsi di formazione, retti in un primo momento, in via transitoria, dal d.m. 23 luglio 2004, n. 222 e dal decr. 24 luglio 2006 e finalizzati al rilascio della qualifica di conciliatore societario professionista, poi, a far data dalla pubblicazione del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, disciplinati dall'art. 18 del medesimo d.m. e volti al rilascio della qualifica di mediatore civile.

(2) È ben vero che, come ha di recente ricordato C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 s., accenni alla *mediazione* erano rinvenibili già da tempo nella nostra legge e nella nostra letteratura; ciò non di meno, la nozione proposta dal d.Lgs. n. 28/2010 si discosta profondamente da quegli accenni e, come si vedrà meglio nel prosieguo, finisce nella sostanza col definire nulla di più e di diverso da un tentativo stragiudiziale di conciliazione (così, del resto, lo stesso C. Punzi, *op. cit.*, 853).

(3) Cfr. A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 143.

(4) Che leggesi in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 584, con nota critica di M. Proto, *Sulla illegittimità costituzionale della legge della Regione Lazio in tema di mediazione familiare*, e in questa *Rivista*, 2011, 31, con nota di F.R. Fantetti, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*.

timità di alcune norme della legge della Regione Lazio n. 26 del 2008 che, nell'inerzia del legislatore nazionale, aveva istituito e disciplinato l'elenco dei mediatori familiari. Benché si fondi su ragioni logico-formali difficilmente criticabili (5), anche il pronunciamento del Giudice delle leggi finisce col riverberare sulla figura del mediatore familiare - e per conseguenza sull'attività professionale cui essa è preposta - un'incidenza tutt'altro che positiva, rispingendola nelle secche dell'indefinizione normativa dalle quali da anni sta faticosamente tentando di uscire.

È perciò evidente che ci si trova oggi a un punto d'impasse e che appare quanto mai utile riflettere sull'*ubi consistam* della mediazione familiare e sul ruolo che essa è realisticamente in grado di svolgere nel nostro contesto giurisdizionale. A scanso di fraintendimenti, è opportuno chiarire che nelle pagine che seguono non mi soffermerò su alcune forme peculiari di mediazione, come quella minorile e quella penale, che pure in taluni ambiti sono state sperimentate con buon successo, e concentrerò l'attenzione unicamente della mediazione familiare in rapporto alla gestione della crisi coniugale (6). Più precisamente, proverò a esaminare come, *ex positivo iure*, la mediazione familiare possa intersecarsi con i processi di separazione e di divorzio.

2. Mediazione familiare e giurisdizione

A questo scopo, è forse utile osservare, da un punto di vista generale, che il rapporto tra processo civile e mediazione è, per svariate ragioni, un rapporto non semplice.

In primo luogo, esiste un problema culturale, che scaturisce dal fatto che il nostro processo civile è intrinsecamente contenzioso. La dottrina classica - da Francesco Carnelutti a Enrico Tullio Liebman, da Lodovico Mortara a Enrico Allorio - ha sempre insegnato che la giurisdizione evoca per sua natura il comando e che il comando non può che essere atto d'imperio.

Si aggiunga che il c.p.c. del 1940 ha visto la luce in un contesto politico nel quale era massima l'esaltazione della giurisdizione come espressione dell'*auctoritas* dello Stato e del processo come luogo nel quale, attraverso il giudice, si attua la funzione sovrana dell'ordinamento di garantire la legalità. Basti considerare, a tacer d'altro, che la conciliazione e l'arbitrato, che il previgente codice di rito del 1865 - opera del salentino Giuseppe Pisanelli e frutto del liberalismo processuale del XIX secolo - teneva in tale considerazione da disciplinarli all'inizio, negli artt. 1 e ss. (7), nel 1940 subirono una profonda rimodulazione: la conciliazione divenne null'altro che uno

degli'innumerabili poteri discrezionali del giudice e l'arbitrato fu relegato «fra quegli ibridi procedimenti speciali che si trovano tradizionalmente in fondo a ogni codice del rito» (8), a riprova che l'autonomia negoziale delle parti poteva essere tutt'al più tollerata, ma doveva cedere il passo alla funzione pubblicistica del processo e della giurisdizione (9). In questo contesto, non sorprende che il processual-civilista italiano abbia faticato non poco a far sua l'idea che una lite possa avere uno sbocco non imperativo, ovvero non aggiudicativo, ma negoziato e consensuale; e sia giunto ad accettarla fino in fondo solo in anni relativamente recenti (10).

Note:

(5) Ma v., in senso diverso, le osservazioni di M. Proto, *op. cit.*, spec. 589 ss.

(6) Nella quale P. Rescigno, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 73 ss., spec. 78, ravvisa una "privatizzazione" della soluzione del conflitto tra i coniugi, nel senso precipuo che la regola di condotta interna al nucleo familiare scaturisce dall'autonomia negoziale delle parti non solo nello svolgimento fisiologico del rapporto, ma anche nel momento della sua crisi.

(7) La notazione è di F. Cipriani, *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 67 ss., § 4 (il saggio si legge anche in Id., *Ideologie e modelli del processo civile*, Napoli, 1997, 3 ss., spec. 9), il quale osserva che quella scelta del codice stava «quasi ad avvertire che il processo davanti al giudice era l'*extrema ratio* e che l'ordinamento preferiva, in linea di principio, che le controversie civili fossero risolte dalle parti, da sole o attraverso persone di loro fiducia».

(8) Così, rimarcando il mutamento di prospettiva compiuto dal «nuovo legislatore», S. Satta, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 201.

(9) La svolta autoritaria segnata in Italia dal c.p.c. del 1940 fu sia formale, sia sostanziale. Basti considerare che nella *Relazione al Re*, firmata e letta dal guardasigilli Dino Grandi - ma redatta dall'antifascista Piero Calamandrei -, viene a più riprese esaltato il fatto che, mentre il vecchio codice «si prospettava i problemi dal punto di vista del litigante che chiede giustizia, il nuovo se li propone dal punto di vista del giudice che deve amministrarla» (§ 19); nonché che il nuovo codice ridusse drasticamente i poteri delle parti, cui furono sottratti i più elementari diritti processuali, e aumentò a dismisura quelli del giudice, la cui discrezionalità nella conduzione del processo divenne il *leit motiv* del rito civile. Su questi profili, e più in generale sulla c.d. concezione pubblicistica del processo, v. gli studi di F. Cipriani raccolti nei volumi *Ideologie e modelli nel processo civile*, cit., e *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, 2006 (e ivi, in particolare, il saggio che dà il titolo al libro, 5 ss., e *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, 27 ss., spec. 35 ss.).

(10) Cfr. V. Denti, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in Id., *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, 317 ss.; L.P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 318 ss.; R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss. Non si può non ricordare, inoltre, l'impegno per l'*access to justice* profuso in modo particolare da M. Cappelletti sul finire degli anni Settanta: cfr. M. Cappelletti, B. Grath, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, in M. Cappelletti (a cura di), *Access to justice*, I, 1, Milano - Alphen aan den Rijn, 1978, 3 ss.

In secondo luogo, esiste un problema di carattere istituzionale. In Italia, per una tradizione di matrice preunitaria, la legge di ordinamento giudiziario delinea il giudice come un funzionario-burocrate, inquadrato in un rapporto di pubblico impiego con lo Stato e selezionato esclusivamente sulla base della sua preparazione tecnico-giuridica (11). A livello sistematico e in linea teorica, al giudice non è mai stato chiesto di padroneggiare le tecniche della conciliazione e della mediazione (12), sicché, di fatto, l'apertura verso tali strumenti di risoluzione delle controversie è stata rimessa alla sensibilità del singolo magistrato. Questo contribuisce a spiegare perché in Italia la mediazione ha avuto e ha tuttora una diffusione a macchia di leopardo, atteso che, mentre in alcuni contesti (per esempio Genova, Bari, Milano o Lamezia Terme) essa rappresenta una realtà consolidata, in altre è tuttora una cenerentola, che bussava inascoltata alle porte della giustizia civile.

Inoltre, non ultimo tra gli ostacoli che si frappongono a una piena e uniforme utilizzazione della mediazione familiare, vi è il fatto che a tutt'oggi, nonostante le istanze e le pressioni provenienti da più parti, il nostro legislatore non ha regolamentato la figura del mediatore familiare. Come si è accennato in apertura, negli ultimi anni alcune regioni vi avevano provveduto in modo autonomo, istituendo un pubblico elenco dei mediatori familiari e regolamentandone i profili istituzionali e i criteri di accreditamento professionale. Sennonché, la Corte costituzionale, con la citata sentenza 131/2010, ha stabilito - *rectius*, ribadito - il principio per il quale, a norma dell'art. 117, comma 3, Cost., la disciplina delle professioni appartiene alla competenza concorrente dello Stato, sicché «la potestà legislativa regionale [...] 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» (13). L'intervento della Consulta ha così riportato la mediazione familiare indietro di anni, costringendo i numerosi e talvolta autorevoli organismi presenti un po' in tutta Italia a prendere atto che, al momento, sono possibili solamente percorsi di accreditamento autoreferenziali: chi possa svolgere attività di mediazione in ambito familiare; chi sia in possesso delle necessarie conoscenze scientifiche; quali comportamenti debbano considerarsi illeciti sotto il profilo deontologico, lo stabiliscono di fatto gli stessi mediatori familiari. Non è perciò un caso che tutte le principali associa-

zioni tra mediatori, come l'A.I.Me.F., la S.I.Me.F. o l'A.I.M.S., si siano dotati di codici deontologici al cui rispetto è riconnessa grande importanza.

Sta di fatto che, per le ragioni passate in rassegna, la mediazione familiare si trova rispetto al processo civile in una posizione di notevole ambiguità: la quale è dovuta per una parte all'evanescenza normativa del profilo istituzionale e professionale del mediatore familiare, per l'altra alla mancata percezione da parte del legislatore delle peculiarità che la mediazione familiare possiede rispetto ad altre tecniche di composizione dei conflitti interpersonali, affini solamente in apparenza.

Con ogni probabilità, a questo risultato ha contribuito in maniera significativa l'attrazione della mediazione familiare nell'ambito delle ADR, avutasi all'estero prima ancora che in Italia. In verità, che la mediazione familiare costituisca un metodo di risoluzione delle controversie familiari alternativo - e senza dubbio qualitativamente migliore - rispetto alla giurisdizione, è fuor di dubbio. Il punto è che, mentre nei paesi anglosassoni, che possono contare su sistemi processuali tra i più efficienti al mondo, la sensibilità verso le tecniche di ADR è maturata prescindendo dal piano della deflazione del contenzioso, ma piuttosto valorizzando la qualità intrinseca della soluzione negoziale del conflitto, in Italia, che sconta un gravissimo *deficit* di efficienza nell'amministrazione della giustizia, il legislatore si è interessato alle tecniche conciliative principalmente, se non esclusivamente, in considerazione della loro capacità di disincentivare il contenzioso civile e, conseguentemente, di contribuire - praticamente a costo

Note:

(11) Sul modello italiano di magistratura, v., tra gli altri, A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, spec. 29 ss., nonché C. Guarnieri, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in P. Biavati, C. Guarnieri, R. Orlandi e N. Zanon, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2008, spec. 33 ss.

(12) Se non da quando il Consiglio Superiore della Magistratura, nel quadro della formazione e dell'aggiornamento professionale dei magistrati, ha iniziato a promuovere la conoscenza degli strumenti di ADR.

(13) Nella motivazione della sentenza non ha invece avuto riscontro l'ulteriore assunto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, secondo cui l'art. 6 della l. reg. 26/2008, equiparando ai fini dell'iscrizione nell'elenco titoli di natura profondamente diversa perché conseguibili all'esito di percorsi formativi differenti e non assimilabili tra loro (diploma di laurea specialistica e titolo di formazione regionale conseguito all'esito della frequenza di un corso della durata di cinquecento ore), avrebbe potuto «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».

zero o, per usare un'espressione alla moda, "senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato" - ad alleggerire i ruoli degli uffici giudiziari (14).

E allora agevole comprendere perché la mediazione familiare non sia mai riuscita a esercitare un particolare *appeal* sul nostro legislatore, fino al punto di essere sostanzialmente misconosciuta dal d.Lgs. 28/2010. Infatti, in un sistema nel quale l'intervento dell'autorità giudiziaria nella crisi familiare è in ogni caso imprescindibile, assumendo carattere costitutivo necessario, la mediazione familiare può, tutt'al più, contribuire a semplificare il giudizio di separazione o di divorzio, ma non può mai evitarne l'insorgenza. Ergo, a chi abbia a cuore solo l'aspetto, per dir così, "contabile" della giustizia e consideri l'attuazione dei diritti della persona poco più che una partita di giro, l'utilità della mediazione familiare deve essere apparsa obiettivamente piuttosto relativa.

In realtà, anche a voler valorizzare esclusivamente il profilo utilitaristico, non può non considerarsi che il contributo che la mediazione familiare è in grado di dare all'amministrazione della giustizia può essere tutt'altro che trascurabile, per l'ovvia e decisiva ragione che i tempi di definizione dei giudizi camerale di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta sono infinitamente più brevi di quelli richiesti per la pronuncia della separazione giudiziale o del divorzio in sede contenziosa (15).

Tuttavia, ed è qualche più conta, a voler legare le sorti della mediazione familiare alla dimensione biematicamente "numerica" della deflazione del contenzioso si finisce con l'incorrere in un grave errore prospettico, perdendo di vista ciò che la mediazione familiare è e le sue più profonde aspirazioni: si finisce, per essere più chiari, con l'appiattare quelle manifestazioni del fenomeno mediatico che hanno nella qualità della soluzione del conflitto la loro ragion d'essere - quelle che Andrea Proto Pisani ha giustamente definito «alte» (16) - con quelle altre forme di mediazione-conciliazione che si intersecano col processo solamente nel più o meno dichiarato intento di scoraggiare l'accesso alla giustizia (17).

3. I riconoscimenti normativi della mediazione familiare

La mediazione familiare nasce negli anni Settanta negli Stati Uniti sulla base di una riflessione, condotta in ambito legale, sull'inadeguatezza dei consueti strumenti contenziosi a gestire i conflitti interpersonali tipici della crisi coniugale. In particolare, si osservò che, soprattutto in presenza di figli, i rapporti tra i coniugi separati o addirittura divorziati

non si interrompono definitivamente, ma sono inevitabilmente destinati a proseguire. In questa prospettiva, qualunque assetto dei rapporti familiari che non sia accettato in maniera spontanea e responsabile da ciascuna parte, ma sia imposto autoritariamente dal giudice, corre il rischio di essere tutt'altro che risolutivo e di costituire solo la base di nuove incomprensioni e di reciproche tensioni. Ne conseguì una sempre maggiore attenzione verso quegli strumenti in grado di consentire ai coniugi in crisi di riappropriarsi della capacità di gestire in modo autonomo e responsabile il conflitto, sì da giungere a una regola del rapporto negoziata e condivisa.

Dagli Stati Uniti, la sperimentazione delle nuove tecniche di mediazione familiare si diffonde rapidamente in tutto il mondo occidentale. Approda in Europa negli anni Ottanta, quando anche in Italia nascono le prime esperienze: la Ge.A. di Milano, tuttora una delle più importanti associazioni tra mediatori familiari, viene costituita nel 1987.

È però soprattutto negli anni Novanta che la mediazione cresce come fenomeno culturale e acquisisce sia in Europa, sia in Italia una precisa fisionomia. Infatti, nel 1992 viene siglata a Parigi la *Charte européenne de formation des médiateurs familiaux dans les situations de divorce et separation* e in Italia fioriscono un po' dappertutto associazioni fra mediatori familiari.

Il primo riconoscimento ufficiale a livello europeo si ha nel 1996, quando a Strasburgo viene siglata la *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo*, il cui art. 13 (rubricato "Mediazione e altri metodi di soluzione dei conflitti") impegna espressamente le parti a incoraggiare «il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi in cui le

Note:

(14) Il rilievo è comune in dottrina: v. ampiamente M. Taruffo, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 779 ss.; S. Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, ivi, 2000, 447; Id., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 694; R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, cit., 165 ss.; G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 617.

(15) Per un'interessante esperienza francese, v. quanto riferito da M. Juston, *La mediazione familiare: un'occasione per le separazioni di buon senso*, in *Mediaries*, 2009, 51 ss. Quanto all'attuazione della mediazione familiare in Spagna, v. A.M. Sanchez Duran, *La mediazione civile in Spagna. Novità e sfide*, *ibid.*, 91 ss.

(16) A. Proto Pisani, *Appunti su mediazione e conciliazione*, cit., 143.

(17) R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, I, Quadro generale, in *Foro it.*, 2010, V, 92.

Parti lo riterranno opportuno». Si tratta di un primo, timido invito ai Paesi aderenti alla Convenzione a favorire pratiche di mediazione familiare nei conflitti coinvolgenti i minori, ma che tuttavia focalizza la finalità della mediazione nella “soluzione dei conflitti”, contribuendo a collocare a pieno titolo la mediazione tra le ADR.

La mediazione, tuttavia, non entra ancora formalmente nell’ordinamento giuridico italiano, poiché la Convenzione sarà ratificata solo dalla l. 20 marzo 2003, n. 77.

Sta di fatto che, anche sulla spinta della Convenzione europea, la l. 28 agosto 1997, n. 285, nel dettare «Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l’infanzia e l’adolescenza» introduce il primo riferimento normativo esplicito di diritto interno alla mediazione: in particolare, l’art. 4 della legge prevede espressamente, tra le misure adottabili per realizzare le finalità della legge, «i servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali». Disposizione, questa, dal sapore vagamente programmatico, ma che comunque è stata utile alla giurisprudenza per introdurre nel tessuto processuale delle pratiche di mediazione.

All’art. 4 della l. 285/1997, infatti, fa riferimento il Tribunale (ordinario) di Bari nell’ord. 21 novembre 2000 (18) - uno dei pochissimi provvedimenti editi in materia - che, in un giudizio di modifica dei provvedimenti di separazione, ha così potuto fare spazio a un percorso di mediazione tra due coniugi separati che si contendevano il diritto di visita del minore.

Bisogna attendere quattro anni per un nuovo riferimento normativo alla mediazione familiare. La l. 5 aprile 2001, n. 154, nell’introdurre «Misure contro la violenza nelle relazioni familiari», prevede nell’art. 342-ter c.c. che il giudice, adito per l’emanazione di un ordine di protezione (anche nei giudizi di separazione e divorzio, ai sensi dell’art. 8 della stessa l. 154/2001), possa «altresì» disporre l’intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare. La norma non precisa se tale misura sia alternativa all’ordine di protezione o si cumuli con questa, ma dal tenore della disposizione sembra di capire che la soluzione più corretta sia la seconda. Il che depotenzia alquanto l’utilità del percorso di mediazione, per poco che si consideri che l’ordine di protezione, una volta emanato, può in concreto esacerbare gli animi, specie quello del responsabile della condotta violenta, sì da rendere per lo meno improbabile il buon esito della mediazione e da escluderne finanche la fattibilità. Si aggiunga che in questo caso la mediazione forma oggetto di un potere discre-

zionale del giudice, che nel disporla non è neppure tenuto ad acquisire il consenso delle parti. Il che solleva non poche perplessità, se si considera che, secondo l’impostazione che appare preferibile, un obbligo di mediazione rappresenta una contraddizione in termini (19). Sotto questo profilo, non persuadono gli argomenti di quanti, partendo dal presupposto che processo e mediazione siano assolutamente inconciliabili, ritengono che la legge debba prevedere un obbligo per i coniugi in conflitto di rivolgersi preventivamente e obbligatoriamente a un centro di mediazione, pena l’improponibilità della domanda giudiziale. Un percorso di mediazione familiare ha senso solo se i coniugi lo intraprendono in assoluta libertà e senza coazione, sicché va considerato con favore il fatto che la proposta di prevedere una mediazione preventiva obbligatoria, formulata nel corso dei lavori preparatori della l. 8 febbraio 2006, n. 54, sia stata alla fine abbandonata.

4. Segue. La mediazione familiare come potere del giudice: l’art. 155-sexies c.c.

Si giunge così alla testé citata l. 54/2006, che, nel dettare la più ampia riforma del diritto di famiglia dopo quella del 1975, ha non solo introdotto un istituto assai noto, l’affidamento condiviso, ma anche creato un nuovo spazio per la mediazione familiare (20). L’ha creato tuttavia in un modo piuttosto discutibile e angusto. Infatti, il nuovo art. 155-sexies c.c., sotto la rubrica «Poteri del giudice e ascolto del minore» prevede nel comma 2 che «qualora ne ravvisi l’opportunità, il giudice, sentite le parti e acquisito 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 morale e materiale dei figli».

Note:

(18) In questa *Rivista*, 2001, 72, con nota di C. Petitti, *Il mediatore familiare come ausiliario del giudice*.

(19) Basti ricordare le parole con le quali, centocinquanta anni fa, G. Pisanelli rimarcava l’inanità delle conciliazioni obbligatorie: «la conciliazione delle parti è un’idea che ha molte attrattive, ma conviene di non esagerarla, e molto più ancora di non forzarla: allora perde ogni pregio e si corre il pericolo di riuscire ad un fine opposto. Quando lo sperimento della conciliazione si volle rendere obbligatorio, come preliminare necessario del giudizio, non corrispose alle aspettative e degenerò in una vana formalità» (G. Pisanelli, *Relazione ministeriale sul libro primo del progetto di codice di procedura civile*, in *Codice di procedura civile del Regno d’Italia (1865)*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, XIII, Milano, 2004, 5).

(20) Cfr. L. Guaglione, *Affidamento condiviso tra mediazione familiare e poteri del giudice*, in *Corti pugliesi*, 2007, 28 ss.

Pur avendo il merito di avere per la prima volta posto in relazione diretta mediazione familiare e processo civile, la norma, come ho anticipato, solleva non poche e non lievi perplessità. Tanto per cominciare, essa si riferisce soltanto alla mediazione c.d. endoprocessuale, ossia quella che si svolge in pendenza del giudizio di separazione allorquando il giudice, acquisito il consenso delle parti, differisce l'emanazione dei provvedimenti di propria competenza per favorire un accordo conciliativo. Non viene invece presa in alcuna considerazione la mediazione familiare preventiva rispetto all'instaurazione del giudizio di separazione, la quale continua a rimanere sostanzialmente nell'ombra.

Con ogni probabilità, questo si spiega col fatto che è latente nell'art. 155-sexies c.c. una certa qual confusione tra mediazione familiare e conciliazione (21). La conciliazione, infatti, rappresenta un istituto ben noto al diritto processuale civile, che ne offre un vasto campionario: dal tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico in funzione di prevenzione della lite (art. 410 c.p.c.; art. 65 d.Lgs. 165/2001), a quello preventivo extraprocessuale affidato al giudice di pace (art. 322 c.p.c.), fino ai molteplici tentativi facoltativi di conciliazione endoprocessuali affidati al giudice (artt. 185, 350 e 420 c.p.c.) o a un suo ausiliario (art. 198 c.p.c.) (22). La conciliazione è tuttavia un istituto molto distante dalla mediazione familiare, con la quale non può e non deve essere confuso, essenzialmente per una ragione: nella conciliazione è il terzo, di regola un'autorità che si trova in posizione di superiorità rispetto alle parti, che la "tenta", proponendo una o più soluzioni che le parti stesse possono al massimo discutere, ma che alla fine possono solo accettare o rifiutare (23). Nella mediazione familiare, invece, il terzo mediatore dialoga con i contendenti in posizione di parità ed esaurisce il suo compito nell'aiutare le parti a riappropriarsi della capacità di dialogare e di dirimere da soli il conflitto (*self-empowerment*). Anzi, al di là delle variabili legate alle diverse impostazioni teoriche, la specificità del fenomeno mediatico è proprio nella riappropriazione da parte dei coniugi della capacità di essere protagonisti della soluzione del conflitto; riappropriazione che il mediatore può guidare, ma non può mai imporre né coartare (24).

L'impressione, avvalorata anche dal dato testuale («...tentino una mediazione...», «...per raggiungere un accordo...»), è che il legislatore abbia di fatto ridotto la mediazione familiare a una forma qualificata di conciliazione (25). In realtà, se si considera che l'obiettivo della mediazione non è direttamente

quello di raggiungere un accordo, ma solo quello di creare le condizioni per raggiungerlo, riannodando i fili del dialogo tra coniugi in crisi, diventa agevole cogliere le ragioni dell'affermazione, giustamente ricorrente in dottrina, per la quale la mediazione familiare non si tenta, si "fa", nel senso che i coniugi possono ben rifiutarsi di intraprendere il percorso mediatico, ma se lo intraprendono non compiono un tentativo, ma *realizzano* la mediazione: la quale ha valore di per sé e indipendentemente dal fatto di mettere capo all'accordo conciliativo.

Sembra, peraltro, che il legislatore, più che favorire la mediazione quale nuova e più evoluta forma di gestione del conflitto, abbia voluto incrementare i poteri del giudice, facendo ruotare la mediazione intorno a lui: il che, se ve ne fosse bisogno, è reso evidente dalla stessa rubrica dell'art. 155-sexies (26). D'altra parte, la Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza 131/2010, ha osservato che l'art. 155-sexies ha solo *accennato* all'attività di mediazione familiare, senza definirne contenuti, limiti e ambito oggettivo e, soprattutto, senza prevedere alcuno specifico profilo professionale dei soggetti chiamati a svolgerla.

Note:

(21) Cfr. C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 847 ss.

(22) Per ogni approfondimento, si rinvia agli studi monografici di F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008 e di F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

(23) Si vedano, al riguardo, le riflessioni di C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., spec. 850 s.

(24) Sui principi-cardine della mediazione familiare, v., per tutti, J. Haynes, I. Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996; L. Laurent-Boyer (a cura di), *La mediazione familiare*, Napoli, 2000.

(25) Considerazioni solo in apparenza analoghe possono farsi a proposito del progetto di c.p.c. predisposto dal Prof. A. Proto Pisani (in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.), il cui art. 2.20, sotto la rubrica "Mediazione", prevede che nella prima udienza o in qualunque ulteriore stato del processo il giudice possa, se ne ravvisi l'opportunità e col consenso delle parti, rinviare la causa per «consentire alle parti, avvalendosi di esperti, di tentare una mediazione per raggiungere un accordo». In realtà, al di là delle coincidenze terminologiche con l'art. 155-sexies c.c., la disposizione contenuta nell'articolo ha una dimensione generale e non è dettata con specifico riferimento alle controversie di separazione e divorzio, sicché la "mediazione" alla quale essa fa riferimento non è, o non è solo, quella familiare.

(26) Nel senso che la mediazione familiare costituisca un «nuovo potere discrezionale del giudice», che può essere esercitato non solo nel processo di separazione, ma anche in quello di divorzio, v. Trib. Lamezia Terme 26 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2009, 292, con nota di C. Ciliberto, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, nonché Trib. Lamezia Terme 28 novembre 2007, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 943, con nota di A. Ansaldo, *La mediazione familiare nel divorzio*.

Si aggiungano alcune considerazioni:

a) innanzi tutto, l'art. 155-*sexies* si limita a stabilire che il "tentativo di mediazione" deve precedere l'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole di cui all'art. 155 c.c. Se ne può dedurre che l'art. 155-*sexies* è destinato a operare prioritariamente nell'udienza presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c., anche se nulla impedisce di credere che il tentativo di mediazione possa trovare spazio pure successivamente, nella fase che si svolge dinanzi all'istruttore. In tale ultima ipotesi, però, la mediazione non si svolge "a bocce ferme", ma dopo che i provvedimenti presidenziali sono già stati emanati e ne è stata domandata la modifica;

b) la norma chiarisce che l'avvio del procedimento di mediazione è subordinato al consenso delle parti, ma non specifica se siano le parti a dover rappresentarle al giudice l'opportunità o l'iniziativa possa essere assunta dallo stesso giudice. La collocazione sistematica della norma, la sua rubrica e la sua lettera lasciano intendere che non è da escludere che sia il giudice a "invitare" le parti a rivolgersi a un mediatore familiare, differendo l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. Se così è, viene da domandarsi quanto le parti siano davvero padrone di rifiutare la sollecitazione proveniente dal giudice e quanto, invece, la loro libera determinazione sia in qualche modo condizionata dal contesto nel quale giudice e parti sono chiamati a interagire; e torna alla mente l'ammonimento di Piero Calamandrei, che avvertiva: «quanti tentativi di conciliazione [...] sono richiesti dai difensori e ordinati dal giudice istruttore unicamente come espedienti per rimandare l'istruttoria di un mese o due, eppur colla certezza che il tentativo di conciliazione non riuscirà» (27); c) non è prevista la sospensione del processo, sicché è da ritenere che anche la durata della mediazione familiare possa essere autoritariamente imposta dal giudice attraverso la fissazione della successiva udienza;

d) la legge non parla di mediatori, ma di "esperti"; il che, se può forse spiegarsi con l'intento di connotare in chiave tecnica la funzione di ausilio prestata dal terzo alla coppia in crisi (28), rappresenta una notevole regressione non solo rispetto ai progetti di legge succedutisi nei lavori preparatori, ma anche - e soprattutto - rispetto al dibattito culturale sviluppatosi in Italia e all'estero negli ultimi vent'anni. Insomma, il legislatore non ha tenuto nel dovuto conto il profilo professionale del mediatore, quale si è venuto evolvendo negli ultimi anni, sia sulla base della *Charte européenne* del 1992, sia nella legislazio-

ne comunitaria (penso soprattutto alle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 616/1998, 10/2002 e 1639/2003);

e) manca qualunque garanzia di riservatezza delle attività svolte in sede di mediazione familiare. A differenza di quel che accade in altri ambiti (si pensi, per es., alla conciliazione societaria prevista dall'abrogato art. 40 d.Lgs. 5/2003 (29) e, oggi, al procedimento di mediazione di cui al d.Lgs. 28/2010 (30)), il legislatore non ha previsto che le dichiarazioni rese dalle parti dinanzi al mediatore familiare siano riservate e non possano essere fatte valere in giudizio, la qual cosa potrebbe rappresentare un grave ostacolo all'utilizzo della mediazione;

f) l'accordo raggiunto con l'assistenza dell'esperto non è automaticamente recepito dal giudice, ma, a norma dell'art. 158 c.c., è subordinato alla verifica da parte dell'autorità giudiziaria che i patti relativi all'affidamento e al mantenimento della prole non sono in contrasto con gli interessi di questa (31).

5. La "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.Lgs. 28/2010

Com'è noto, 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 più volte citato d.Lgs. 28/2010 ha introdotto e regolamentato la «mediazione finalizzata alla conciliazione».

Va subito chiarito, come ho già ricordato, che l'art. 2 del d.Lgs. circoscrive l'ambito della mediazione «alle sole controversie civili e commerciali su diritti disponibili». Il che è sufficiente a tagliar fuori dal suo campo di applicazione la mediazione familiare, dal momento che nei processi di separazione e divorzio si controvverte di diritti che, eccezion fatta per i profili di carattere strettamente economico riguardanti i coniugi, sono in larga misura indisponibili.

In realtà, la limitazione contenuta nell'art. 2 contribuisce a disvelare quello che, in fondo, è il reale obiettivo perseguito dal legislatore attraverso gli

Note:

(27) P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 37.

(28) Così C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 847.

(29) Su cui v. D. Borghesi, *La conciliazione in materia societaria*, in *Riv. arbitrato*, 2004, 225 ss.

(30) Cfr. D. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *www.judicium.it*, (2010).

(31) C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 852.

strumenti della mediazione e della conciliazione: deflazionare il contenzioso civile, rendendo possibile lo smaltimento in sede stragiudiziale di un più o meno elevato numero di controversie, mediante un accordo che renda inutile l'accesso alla giurisdizione o consenta di porre fine, per cessazione della materia del contendere, a un giudizio in corso (32). Ecco allora spiegato il motivo per il quale il legislatore ha ignorato la mediazione in ambito familiare: qui, non potendosi evitare il giudizio, la mediazione finalizzata alla conciliazione non ha ragione di essere.

Ora, anche a voler prescindere dalla constatazione che, come ho già notato, la mediazione familiare è idonea a svolgere anche una funzione deflativa, favorendo la separazione consensuale e i divorzi su domanda congiunta, è opportuno considerare che l'idea che la mediazione costituisca nient'altro che un mezzo al fine della conciliazione rappresenta la negazione stessa del concetto di mediazione. La quale, lo si è visto, costituisce piuttosto uno strumento di composizione dei conflitti interpersonali connotato da ben precise peculiarità, che lo distinguono nettamente dalla conciliazione. Tali peculiarità vengono sostanzialmente obliterate dal d.lgs. 28/2010. Per il legislatore delegato, infatti:

– la mediazione è un "procedimento", che può addirittura svolgersi per via telematica (art. 3, comma 4) e deve concludersi al massimo entro quattro mesi (art. 6);

– in alcune materie, tassativamente elencate dall'art. 5, comma 1, la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda (33);

– per favorire l'accesso alla mediazione, l'avvocato è tenuto, a pena di annullabilità del contratto di patrocinio, a informare per iscritto la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle relative agevolazioni fiscali, con l'ulteriore obbligo di allegare il documento contenente l'informazione all'atto introduttivo del giudizio (34);

– nell'intento di indurre la parte alla quale è comunicata la domanda a partecipare al procedimento, l'art. 8, ultimo comma, stabilisce che «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile» (35);

– il mediatore deve adoperarsi «affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia» (art. 8, comma 3) e può addirittura essere affiancato da uno o più mediatori ausiliari (art. 8, comma 1) o nominare "esperti" scegliendoli

negli elenchi dei consulenti tecnici d'ufficio (art. 8, comma 4);

– se le parti non raggiungono spontaneamente l'accordo, il mediatore ha il potere e, se le parti gliene fanno concordemente richiesta, il dovere di formulare per iscritto una proposta conciliativa che le parti possono solo accettare o rifiutare (art. 11, comma 1);

– il rifiuto della proposta conciliativa può determinare conseguenze sfavorevoli con riguardo alla ripartizione delle spese del successivo giudizio di merito, poiché il giudice, se la sua decisione corrisponde «interamente» al contenuto della proposta conciliativa rifiutata, può addirittura condannare la parte vittoriosa a rifondere le spese alla parte soccombente (art. 13) (36);

– l'accordo conciliativo è favorito mediante il riconoscimento alle parti di non trascurabili benefici fiscali, dal credito d'imposta commisurato all'indennità versata all'organismo di mediazione all'esenzione dall'imposta di registro fino all'importo di 50.000 euro.

Se ne può dedurre che la mediazione è stata concepita dal legislatore alla stregua di un'attività fortemente procedimentalizzata (37), che investe il mediatore di un forte ruolo aggiudicativo - tanto da consentirgli di formulare proposte conciliative che le parti non possono negoziare e che di fatto danno luogo a una *decisione ipotetica* della controversia (38)

Note:

(32) Sul punto, v., in termini particolarmente critici, G. Monteleone, *La mediazione "forzata"*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 21 ss.

(33) Per ogni approfondimento, si rinvia a E. Fabiani, M. Leo, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *www.judicium.it*, (2010), § 2.2.

(34) Su questo profilo, v. ampiamente D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Rass. forense*, 2010, 54 ss.; G. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., 618 ss.

(35) V. in particolare le riflessioni di M. Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *www.judicium.it*, (2010).

(36) Cfr. amplius G. Monteleone, *La mediazione "forzata"*, cit., 25; M. Fabiani, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, 1147 ss.

(37) Per questa critica, v. in particolare C. Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corr. giur.*, 2010, 431 ss.; G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro it.*, 2010, V, 147; M. Fabiani, *Profili critici*, cit., 1142.

(38) Così, in modo particolarmente chiaro, G. Monteleone, *La mediazione "forzata"*, cit., 25, il quale osserva che solo in questa prospettiva ha senso legare la sorte delle spese processuali del successivo giudizio di merito alla corrispondenza totale o parziale della sentenza al contenuto della proposta formulata dal mediatore ai sensi dell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

- e utilizza l'incentivazione fiscale e la distribuzione delle spese di lite come strumenti di coazione della volontà delle parti. Quanto tutto ciò sia lontano dalle logiche della mediazione familiare - e fors'anche della mediazione *tout-court* (39) -, è fin troppo evidente e non ha bisogno di essere rimarcato.

6. Segue. Mediatori civili e mediatori familiari

Come si è visto, l'art. 1 del d.lgs. 28/2010 definisce non solo la mediazione, ma anche la figura del mediatore. Il successivo d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, nel dare attuazione al decreto legislativo, ha previsto i requisiti dei quali il mediatore deve essere in possesso ai fini dell'accreditamento presso il Ministero della Giustizia. In particolare, l'art. 4, comma 3, del d.m. stabilisce che il mediatore deve possedere, oltre ai consueti requisiti di onorabilità (non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa, non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici etc.): *a*) un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, l'iscrizione a un ordine o collegio professionale; *b*) una specifica formazione e uno specifico aggiornamento almeno biennale.

L'art. 18, comma 2, del d.m. definisce i percorsi formativi e di aggiornamento necessari per l'acquisizione e il mantenimento del titolo di mediatore civile e commerciale. I primi 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 incentrate su talune tematiche (che la norma, in verità, chiama pomposamente "materie": dalla normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione alla metodologia delle procedure di negoziazione e di mediazione, dall'efficacia delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione ai compiti e alle responsabilità del mediatore) e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, modulata distintamente per la parte teorica e pratica. I percorsi di aggiornamento, invece, 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.

Orbene, non si può fare a meno di constatare che i percorsi formativi testé descritti sono diversi e, *si licet*, meno rigorosi rispetto a quelli che le associazioni di settore reputano necessari per l'acquisizione della qualifica di mediatore familiare. Per esempio,

l'art. 12 del Regolamento interno dell'A.I.Me.F. stabilisce, fra l'altro, 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; 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 stages, 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 complessivo (40).

La contrapposizione tra modello legale di mediatore civile e commerciale e modello, per dir così, "libero" di mediatore familiare appare oggi stridente. Il che, ancora una volta, rischia di andare a tutto scapito dei mediatori familiari, i quali ben difficilmente possono giustificare sul piano normativo l'e-

Note:

(39) Ciò consente di chiarire che, al di là delle equivoche coincidenze terminologiche, la mediazione "finalizzata alla conciliazione" di cui al d.lgs. 28/2010 presenta non poche differenze rispetto alla mediazione disciplinata dalla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (sulla quale v. M.F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; E. Minervini, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2009, 41 ss.). La direttiva, con specifico riguardo alle controversie transfrontaliere, delinea infatti una mediazione tipicamente *facilitativa*, che prevede l'attribuzione al mediatore di un *low profile*: secondo le definizioni contenute nell'art. 3 della direttiva, «per "mediazione" si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, *su base volontaria*, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore»; e «per "mediatore" si intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione». Il d.lgs. n. 28/2010, per contro, disegna un modello di mediazione che ha i propri perni nell'obbligatorietà imposta in talune materie, nel potere-dovere del mediatore di formulare la proposta conciliativa e nelle conseguenze favorevoli della sua accettazione e sfavorevoli del suo rifiuto (rimarcano le differenze tra il modello europeo e quello italiano di mediazione, tra gli altri, C. Punzi, *Mediazione e conciliazione*, cit., 847 s.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, spec. 658 ss.; L. Dittrich, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 578 s.; D. Dalfino, *Dalla conciliazione societaria*, cit., spec. 53 s.).

(40) I contenuti del percorso formativo sono resi pubblici sul sito www.aimf.it. Similmente articolati sono anche i corsi accreditati dalla S.I.Me.F., consultabili all'indirizzo www.associazione-gea.it/formazione_mediaz1.htm.

sigenza di godere di un differente *status* e di pretendere dagli aspiranti mediatori percorsi di accreditamento professionale più complessi (e costosi) di quelli istituiti dal d.m. n. 180/2010. Che siano loro - e solo loro - gli "esperti" dei quali discorre l'art. 155-sexies c.c., quelli ai quali il giudice può demandare il compito di assistere i coniugi che vogliono tentare una mediazione, è oggi, *ex positivo iure*, meno agevole da dimostrare di quanto non fosse fino a ieri. E a tale dimostrazione può pervenirsi solo assumendo che il mediatore civile e commerciale, avendo seguito un percorso formativo generalista, funzionale unicamente allo svolgimento delle procedure mediative di cui al d.Lgs. n. 28/2010 (le quali non possono mai avere a oggetto diritti indisponibili), non può certo dirsi un "esperto" nella gestione della crisi coniugale.

7. Conclusioni

Il breve *excursus* normativo sin qui condotto induce a concludere che il legislatore, anche laddove ha fatto menzione della mediazione familiare, le ha riservato in realtà spazi molto ristretti, che tradiscono una certa qual diffidenza nei confronti di tale strumento di composizione dei conflitti. Intanto non esiste alcuna disposizione di legge che, in modo espresso, incoraggi (e tanto meno imponga) la mediazione familiare preventiva rispetto alla proposizione della domanda di separazione o di divorzio. Come si è visto, la sola forma di mediazione familiare che riceva una considerazione positiva è quella endoprocessuale, ma anche in tal caso il suo utilizzo è lasciato sostanzialmente alla buona volontà dei presidenti di tribunale e dei giudici istruttori, i quali saranno tanto più indotti ad avvalersene quanto più il contesto nel quale operano sia sensibile verso la soluzione negoziata dei conflitti coniugali e, soprattutto, esistano modelli collaborativi condivisi dalla locale classe forense. Alcune realtà territoriali offrono in questo senso esempi eccellenti, ma in altre la mediazione familiare non è, di fatto, mai riuscita ad attecchire.

Con ogni probabilità, il punto più delicato è quello dei rapporti tra giudice e mediatore familiare, poiché non è dato capire se questo debba essere considerato un ausiliario del giudice, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., oppure no. La giurisprudenza si è talvolta espressa nel primo dei due sensi, pur precisando che il mediatore familiare è un ausiliario atipico (41). Tuttavia, tale qualificazione - che in verità, a diritto positivo invariato, appare pressoché inevitabile - solleva qualche problema, soprattutto in considerazione del fatto che l'ausiliario è tenuto a relazionare

al giudice sulle attività svolte, rendendogli i chiarimenti che egli richiede (arg. *ex art.* 62 c.p.c.), e, di fatto, ciò rischia di compromettere la fattività del percorso di mediazione, che deve poter contare imprescindibilmente sulla riservatezza degli atti compiuti e delle dichiarazioni rese dalle parti. Non è perciò un caso che l'esigenza di riconoscere al mediatore familiare un profilo istituzionale diverso dall'ausiliario del giudice - se non in senso del tutto atecnico - sia fortemente avvertita dal mondo dell'associazionismo (42).

A parte questo, è innegabile che il d.Lgs. n. 28/2010 presenti parecchie zone d'ombra e racchiuda non poche incognite, a cominciare dalla difficile coabitazione tra obbligatorietà e onerosità del procedimento di mediazione. Credo però che la strada intrapresa dal legislatore meriti senz'altro di essere esplorata, nonché che il momento sia propizio per dedicare l'attenzione che merita anche a quel particolare tipo di mediazione che è la mediazione familiare, definendone in modo soddisfacente e compiuto i rapporti con la giurisdizione. Al qual fine, è a parer mio imprescindibile:

- regolamentare la figura del mediatore familiare, prevedendone i requisiti di professionalità, terzietà e imparzialità, dei quali deve necessariamente godere per poter acquisire credibilità nell'opinione pubblica e agli occhi degli operatori del diritto, magistrati e avvocati *in primis*. A questo scopo, è necessario preliminarmente chiarire se l'accesso alla professione di mediatore debba essere riservato agli psicologi o possa essere aperto anche a professionisti di diversa estrazione culturale, a cominciare dai cultori delle discipline giuridiche e sociali (43); e, una volta che ciò sia stato stabilito, quali debbano essere i percorsi formativi di accreditamento professionale;

- risolvere alcuni problemi di tecnica processuale, come quelli relativi alle modalità di tutela della riservatezza e agli strumenti di raccordo tra mediatore familiare e giudice.

Note:

(41) Così la già citata Trib. Bari 21 novembre 2001, nonché Trib. Lamezia Terme 5 dicembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 265, con nota di C. Troisi, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*.

(42) Tanto da essere stata espressamente ribadita dalle Linee Guida approvate dall'A.I.Me.F. il 10 settembre 2007.

(43) Va ricordato che Cons. naz. forense 16 aprile 2008, n. 17, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Merito extra*, 2010.68.1, ha escluso l'incompatibilità tra iscrizione nell'albo degli avvocati ed esercizio dell'attività di mediatore familiare, assumendo che la mediazione familiare «appare compatibile ed anzi coerente con una tipologia caratteristica d'esercizio della professione legale».

Più a monte, però, appaiono ineludibili talune riforme strutturali del nostro sistema giustiziale. Da un lato, occorre ripensare ruolo e profilo istituzionale del magistrato, ponendo le condizioni per l'affermarsi di una nuova cultura della giurisdizione che sia aperta ai valori della mediazione, intesa nel senso più profondo e autentico.

Dall'altro, è opportuno individuare forme di coinvolgimento e di sensibilizzazione della classe forense, poiché è illusorio e metodologicamente sbagliato credere che un riassetto della gestione giudiziale del contenzioso familiare possa passare sopra la testa dei professionisti del processo.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

CONTRATTI

Formulario commentato

Con Cd-Rom

A cura di Francesco Macario



Il volume ricomprende un'ampia ed articolata raccolta delle formule di maggior uso nella **pratica commerciale nazionale ed internazionale** che consentono all'utente di affrontare la questione sottoposta al suo esame e di procedere all'impostazione pratica e corretta dell'atto senza sottoporsi ad un lungo lavoro di ricerca dottrinale e giurisprudenziale.

La casistica in materia è estremamente vasta e comprende le maggiori figure contrattuali utilizzate nelle **transazioni commerciali** (come ad esempio l'assicurazione, il mandato, la vendita, ecc.) e nella **pratica internazionale** (ad es. il contratto di "buy back"), oltre alle **tipologie contrattuali più attuali**, quali l'assistenza informatica e medico sanitaria, il "Call and put option", i "Financial futures" e il contratto di Call Center (Tele-assistenza).
Le **oltre 200 formule contrattuali**, selezionate in considerazione delle loro ric-

dute pratiche o implicazioni nell'attività commerciale, accolte di recente nella prassi o propiziate dalle ultime riforme legislative, sono corredate da un **commento d'autore** che ne evidenzia gli aspetti essenziali e fornisce ulteriori elementi per una migliore comprensione delle dinamiche della contrattazione e delle conseguenze sul piano giuridico di un determinato accordo, da una **rassegna di giurisprudenza** e dalla **bibliografia essenziale**, per approfondire gli aspetti più controversi.

Ipsoa 2011, Euro 150,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/lpsoa>**