

IL DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE

ISSN 0390-1882

RIVISTA TRIMESTRALE

Vol. XLV - Aprile-Giugno 2016

2

DIRETTA DA

V. LO IACONO - G. GIACOBBE - S. CICCARELLO - G. FREZZA

Si segnalano all'attenzione del lettore

Trib. min. Roma 30 dicembre 2015

Due donne omosessuali stabilmente conviventi, ognuna delle quali ottiene l'adozione della figlia della propria partner

T.A.R. Bologna 9 febbraio 2016 n. 166

Laicità dello Stato e illegittimità delle Benedizioni pasquali nelle scuole pubbliche (n. P. Cavana)

Trib. Milano ordinanza 16 giugno 2015

Coppia genitoriale coniugata e gravissimamente disfunzionale: il conferimento ai Servizi sociali d'ogni potere decisionale

Trib. Modena - Giud. tutel. decreto 10 dicembre 2015

Patologia ancora in fieri, ma già presente e clinicamente accertata, e legittimità della nomina preventiva di un a.d.s.

Trib. Modena - Giud. tutel. decreto 18 marzo 2016

Persona rimasta sconosciuta, con abituali comportamenti simulatori, oppositivi, bizzarri, fatui, manipolatori, e sua trasferibilità in altra residenza psichiatrica solo ad opera non di un a.d.s., ma di un sostituto/rappresentante nominato ex art. 405 c.c.

"Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita" (E. Giacobbe)



GIUFFRÈ EDITORE

di determinazione e capacità del soggetto debole (comportamenti di terzi potenzialmente idonei ad incidere sulle) — C.d. “coazione esterna” (sussistenza e rilevanza della) — Chiari limiti cognitivi e psichicamente un po’ depressa (persona debole con) — Persona debole, ma non disgregata e idonea, comunque, ad una normale attività di autotutela dei propri interessi (sussistenza di una) — A.d.s. (inammissibilità di una) — con nota di G. CRESTA, <i>Il vulnus sociale: la coazione esterna</i>	550
TRIB. MIN. ROMA 30 dicembre 2015	
Adozione in casi particolari (finalità della) — Persona singola (proponibilità dell’adozione in casi particolari da parte di) — Adottante e genitore dell’adottando (orientamento sessuale dello) — Irrilevanza — Adottante e genitore dell’adottando (identità di sesso e rapporto di stabile convivenza omosessuale tra) — Irrilevanza — Presupposto dell’art. 44, comma 1, lett. d) (impossibilità, di fatto o di diritto, di un affidamento preadottivo) — Coppie conviventi eterosessuali od omosessuali — Irrilevanza — Interesse dell’adottando (poeriorità assoluta dello) — Sussistenza e rilevanza decisiva	557
TRIB. MODENA decreto 18 marzo 2016	
S.P.D.C. in regime T.V. (persona da alcuni mesi ricoverata in) — Proprie generalità (persona che ha sempre rifiutato di declinare le) — Indagini delle forze dell’ordine e contatti diplomatici (persona rimasta sconosciuta malgrado) — Persona definentesi “analista informatico” e possessore di “informazioni <i>top secret</i> ” — Comportamenti oppositivi, bizzarri, fatui e manipolatori (soggetto con) — Ufficio tutele dell’Azienda U.S.L. di Modena (richiesta di trasferimento avanzata al G. tutel. di Modena dallo) — Giudice tutelare di Modena (incompetenza e mancata legittimazione del) — Sostituto/rappresentante dell’infermo <i>ex art.</i> 405 c.c. (competenza e legittimazione di un) — Sussistenza	579

Parte II

STUDI — NOTE — DOCUMENTI — SEGNALAZIONI

Studi

PIRAINO S., <i>Politica e diritto</i>	583
GIACOBBE E., <i>“Dell’insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita”</i>	590
PETRALIA V., <i>La dimensione culturale e religiosa dei modelli familiari. Il caso dei matrimoni poligamici</i>	607
IRTI C., <i>Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita</i>	665
MONTECCHIARI T., <i>Scioglimento del matrimonio per rettifica di sesso. Diritto all’identità di genere e automatismo delle norme</i>	681

GESTIONE CONDIVISA DELLA CRISI FAMILIARE: DALLA MEDIAZIONE FAMILIARE ALLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

SOMMARIO: 1. Introduzione — 2. La mediazione familiare — 2.1. La mediazione familiare come mediazione endoprocedurale — 3. La negoziazione assistita in materia di separazione legale, di divorzio e di modifica alle condizioni di separazione e divorzio — 3.1. Nuovi poteri all'autonomia dei privati — 4. Osservazioni conclusive.

1. Negli ultimi anni si è potuta registrare una progressiva propensione da parte di interpreti e operatori del diritto di famiglia — propensione da ultimo manifestata, sempre più convincentemente, anche dal legislatore (1) — a favorire lo spostamento della gestione della crisi familiare dal potere giudiziario all'autonomia privata (2), attraverso strumenti quali la mediazione familiare (3), la c.d. pratica collaborativa (4) e, da ultimo, la negoziazione assistita.

(1) C'è, tuttavia, chi sostiene — non a torto — che il legislatore italiano “si è interessato alle tecniche conciliative principalmente, se non esclusivamente, in considerazione della loro capacità di disincentivare il contenzioso civile e, contestualmente, di contribuire, ..., ad alleggerire i ruoli degli Uffici giudiziari”, G. IMPAGNIATELLO, *La mediazione familiare nel tempo della “mediazione finalizzata alla conciliazione” civile e commerciale*, in *Fam. dir.*, 2011, 5, 525 e ss., 525 (cfr. n. 14 e 15 per ulteriori riferimenti bibliografici).

(2) *Ex pluris*, in dottrina, P. ZATTI, *La parabola della “privatizzazione” del diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I. *Famiglia e matrimonio* a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2002, I, t. 1, 19 ss.

(3) “Il tema della mediazione familiare si inserisce all'interno di una riflessione più ampia che riguarda la privatizzazione della materia, quando non persegue il disegno più avanzato ed ambizioso, o addirittura utopistico, della deregolamentazione spinta sino alla rinuncia ad un regime giuridico dei fenomeni familiari” così, P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della “mediazione familiare”*, in *Giur. it.*, 1995, parte IV, c. 73 e ss.

(4) Il divorzio collaborativo è una pratica non contenziosa di risoluzione della crisi familiare che nasce intorno agli Anni '90 negli Stati Uniti per iniziativa della classe forense. Nel nostro Paese non è disciplinata e non ha trovato larga diffusione; per

L'intervento giudiziale tende, il più delle volte, ad accrescere la conflittualità coniugale e/o genitoriale, accentuando l'ottica "oppositiva", che dovrebbe rimanere il più possibile marginale nella definizione e risoluzione di controversie che incidono su fondamentali aspetti della vita personale, prima ancora che patrimoniale, per lo più caratterizzati da un profondo coinvolgimento psicologico ed emotivo di persone che continueranno ad incontrarsi e relazionarsi anche dopo la crisi.

I successivi passaggi nei diversi gradi di giudizio perdurano lo stato di incertezza sulla definizione del contenzioso e acuiscono ulteriormente il conflitto; per di più, decisioni assunte giudizialmente a valle di procedimenti lunghi e defatiganti, ove non condivise dalle parti, rischiano di restare comunque disattese.

Da queste considerazioni nasce l'esigenza, soprattutto nell'ambito dei rapporti familiari che coinvolgono soggetti minori, di un cambio di prospettiva che abbandoni il consueto schema oppositivo — proprio tanto del giudizio, quanto della trattativa legale condotta in via esclusiva dagli avvocati — per accogliere un approccio il più possibile "conciliativo", basato, innanzi tutto, su trasparenza e reciproca fiducia fra le parti.

Tanto la nuova procedura di negoziazione assistita, quanto la già nota pratica della mediazione familiare — strutturalmente molto diverse tra loro — condividono un tale approccio e si fondano sul presupposto di un dialogo ispirato a principi di buona fede e correttezza. L'introduzione della nuova procedura stragiudiziale potrebbe, dunque, rappresentare un'occasione per sperimentare, finalmente, l'utilizzo della mediazione familiare nella fase del conflitto che gli è più consona (esterna ed antecedente alla fase giudiziale) e in condizioni di rapporto tra le parti quasi sempre ancora ottimali, scevre dalla acrimonia propria di quella conflittualità che, nel rifiutare ogni forma di dialogo, le avrebbe comunque condotte ad escludere la scelta extragiudiziale di gestione della crisi.

In questa ottica ci accingiamo ad analizzare caratteri essenziali dei due fenomeni per rilevarne similitudini, differenze e possibili sinergie.

2. Tentare di dare una definizione della mediazione può risultare

maggiori approfondimenti M.N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto*, Milano, 2015, 93 e ss.

compito improbo; chiunque vi ci sia cimentato (5), non è potuto andare oltre una generica riconduzione del fenomeno ad una pratica negoziale che si caratterizza per la presenza di un soggetto terzo e indipendente rispetto alle parti, che ha il compito di aiutarle ad instaurare un dialogo, affinché raggiungano un accordo in merito ad una contesa in atto. Detta pratica viene espletata in molteplici ambiti (civile, commerciale, lavoristico, minorile, internazionale, etc.), ragione per cui risulta difficile sia darne una definizione unitaria, sia ricondurla ad una disciplina uniforme (6).

È fatta rientrare — secondo i più — tra quegli strumenti extragiurisdizionali di risoluzione delle controversie genericamente identificati con l'acronimo inglese ADR, "*alternative dispute resolution*" (7). Il Libro verde della Commissione Europea relativo ai modi di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale pubblicato nel 2002 li definisce "*procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, condotte da un parte terza neutrale*".

Caratteristiche ricorrenti di questi strumenti sono l'"informalismo" e l'extragiurisdizionalità (pratiche non regolate dal diritto che si sviluppano al di fuori del processo ordinario). Ma non tutti i procedimenti ricondotti in questo ambito condividono queste caratteristiche: l'arbitrato, per esempio, può essere anche formale (detto rituale).

La mediazione familiare, in particolare, se, da un lato, prende il via all'interno di un procedimento giudiziario già avviato e non lo anticipa,

(5) M. A. FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 43 e ss., 45.

(6) Anche la Direttiva 2008/52/CE ha rinunciato ad operare una precisa scelta terminologica disponendo che "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. Tale procedimento può essere attivato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale, o prescritto dal diritto di uno Stato membro". Il novellato art. 1, comma 1°, lett. a) del d. lgs. n. 28/2010 la definisce, invece "l'attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assicurare due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche mediante la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".

(7) Con l'espressione "procedure alternative di risoluzione delle controversie" s'intende indicare — com'è noto — un'articolata e multiforme serie di procedure, finalizzate sia alla vera e propria risoluzione delle controversie, sia alla prevenzione delle stesse; procedure le quali si sono andate via via affiancando, nel corso del tempo, all'attività giudiziaria ordinaria. Per una più ampia ricostruzione di queste tecniche, si rinvia a M. A. FODDAI, *op. cit.*, 43, 44.

dall'altro conduce a risultati che avranno uno sbocco concreto solo nell'ambito processuale, perché in qualche modo ricondotti in un accordo oggetto di un provvedimento giudiziale. Pur rimanendo, dunque, un momento extraprocessuale, si innesta in un procedimento già avviato di natura processuale, aprendo una "parentesi infra-processuale", all'esito della quale gli effetti in essa prodotti si riverbereranno sul giudizio (8).

La peculiarità della materia della famiglia — caratterizzata dalla generale indisponibilità dei diritti ad essa sottesi e alla necessità delle c.d. procedure costitutive (solo di recente in parte revisionate a seguito della introduzione della c.d. negoziazione assistita, *infra*) — porta, tuttavia, parte della dottrina (9) a ritenere che la mediazione familiare non sia ascrivibile al novero degli ADR, quale mezzo "alternativo" al contenzioso giudiziario volto alla deflazione dello stesso, ma, piuttosto, si configuri come uno strumento informale di regolazione del conflitto "integrativo" delle controversie familiari.

2.1. A livello normativo nazionale la mediazione familiare è stata configurata esclusivamente quale mediazione endo-processuale (10), mentre alcuna considerazione era stata inizialmente rivolta alla mediazione familiare preventiva, da attuarsi prima dell'istaurazione di un eventuale giudizio (11).

Nelle ipotesi contemplate dall'art. 337 *octies*, comma 2 (12), alla

(8) Cfr. G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giustizia civile*, 2012, 10, 499.

(9) D. D'AMATO, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 377 e ss.

(10) Come vedremo più oltre, la riforma in materia di negoziazione assistita l'ha spostata anche al di fuori del processo.

(11) Ciò, nonostante la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio di Europa del 21 gennaio 1998 n. 116, suggerisse agli Stati membri dell'Unione di riconoscere l'autonomia della mediazione e la possibilità per essa di aver luogo prima, durante e dopo la procedura giudiziaria.

(12) La norma trova applicazione, per espressa previsione legislativa anche nei procedimenti di scioglimento, cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio, nonché nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Non fa riferimento alla separazione consensuale, ma non c'è alcun motivo per escludere che anche nella separazione consensuale il giudice possa invitare le parti ad avvalersi della mediazione al fine di rivedere quegli accordi che egli ritenga non essere passibili di omologa, perché, ad esempio, non rispettosi dell'interesse dei figli a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e le famiglie di origine. Sebbene l'art.

mediazione si ricorre su iniziativa del giudice, sia pure con il consenso delle parti, in pendenza di un giudizio di crisi coniugale, quando egli ne ravvisi l'opportunità (13).

Peraltro, i risultati della mediazione “hanno quasi sempre uno sbocco processuale” (14) perché un eventuale esito positivo della stessa — comunque subordinato al controllo giudiziario in merito alla effettiva tutela degli interessi della prole — si concretizza nel contenuto degli accordi oggetto di omologazione nella separazione consensuale, o in quello predisposto nella domanda di divorzio congiunto. In ipotesi di separazione giudiziale i risultati raggiunti in sede di mediazione possono poi formare oggetto di quegli accordi intervenuti fra i genitori di cui il giudice, a norma dell'art. 337-ter c.c, prende atto se non contrari all'interesse dei figli.

Secondo alcuni commentatori (15), la norma risente di una mancata presa di coscienza da parte del legislatore delle differenze di

158, comma II si limiti in questo caso a disporre che il giudice riconvoca i coniugi “indicando ad essi le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli”, nulla esclude che egli possa suggerire loro a tal fine l'utilizzo di un percorso di mediazione. Così il Tribunale di Lamezia Terme con provvedimenti del 26 maggio 2008 e del 11 marzo 2010 ha riconosciuto la possibilità di accesso alla mediazione familiare anche in sede di separazione consensuale ove l'accordo predisposto “sia lacunoso o presenti clausole *prima facie*, in contrasto con l'interesse morale e materiale della prole”.

(13) La mediazione è richiamata anche da altre disposizioni codicistiche. In particolare gli artt. 342-bis e *ter* prevedono che, in sede di assunzione dei vari provvedimenti di repressione degli abusi familiari, il giudice possa “*disporre ..., ove occorra, l'intervento ... di un centro di mediazione familiare*”, prescindendo, ovviamente, in questo caso, dal consenso delle parti. Caratteristica precipua di questo tipo di intervento è la sua obbligatorietà, in quanto, in queste ipotesi, le parti ricorrono alla mediazione per ottemperare all'ordine del giudice. Il mediatore dovrebbe svolgere la funzione di indurre il soggetto abusante a ravvedersi ed intraprendere una relazione non patologica, senza che, tuttavia, ciò debba condurre alla “conclusione” di un accordo fra i soggetti coinvolti. Si tratta di una funzione che può essere alternativamente svolta, come indica la stessa legge, da un mediatore, ma anche da altri organismi, quali i Servizi sociali e le associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglimento di donne e minori vittime di violenze o abusi. Evidentemente, in questo caso il legislatore ha inteso attribuire ai Centri di mediazione una funzione che rientra solo in via indiretta nelle attribuzioni che più strettamente loro competono, ma che suggerisce possibilità di ampliamento delle competenze da attribuirsi alla figura professionale del mediatore. Si tratta di un istituto rimasto inattuato nella prassi. Cfr. F. TOMMASEO, *Mediazione familiare e processo civile*, in *Fam. dir.*, 2012, 8/9, 831 e ss.

(14) F. TOMMASEO, *Mediazione familiare e processo civile*, cit., 831 e ss.

(15) G. IMPAGNIATIELLO, *La mediazione familiare nel tempo della “mediazione finalizzata alla conciliazione” civile e commerciale*, cit., 525 ss.

sostanza tra “conciliazione” e “mediazione”: la prima, istituto ben noto al diritto processuale, in cui il terzo — generalmente un’ autorità — propone una o più soluzioni alle parti, che alla fine, dopo averne discusso, possono decidere se accettare o rifiutare; la seconda, istituto esterno al processo, in cui il terzo si pone come soggetto indipendente e imparziale rispetto alle parti, il cui compito è quello di creare un dialogo tra le stesse, affinché, ove possibile, raggiungano un accordo condiviso e non eterodiretto (16).

Il legislatore — si aggiunge — nel far ruotare la mediazione attorno alla figura del giudice, più che favorire l’ istituto quale nuova o più evolutiva forma di gestione del conflitto, tende a incrementarne i poteri (17).

Il punto più delicato è proprio quello dei rapporti tra mediatore e giudice: la giurisprudenza ha fornito un primo inquadramento della figura del mediatore all’ interno del processo, assimilandolo alla figura dell’ ausiliare (18) atipico del giudice, ai sensi dell’ art. 68 c.p.c., il quale prevede che “*nei casi previsti dalla legge o quando ne sorge la necessità il giudice (...) si può far assistere da esperti di una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che egli non è in grado di compiere da sé solo*” (19). La figura del mediatore non deve essere, invece, confusa con quella del consulente tecnico, che,

(16) Sulla distinzione fra “conciliazione” e “mediazione” si rinvia a quanto evidenziato da FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, cit., 49. Alcuni sottolineano come la “confusione” continua ad essere alimentata anche dalla ambigua formulazione del novellato art.1, comma 1°, lett. a) del d. lgs. 28/2010 (riportata sopra, nota 6) ove la riforma dimostra di privilegiare “un rapporto di mezzo a fine tra la pratica della mediazione, genericamente intesa, e la conciliazione vera e propria: la prima rappresenta la concreta modalità attraverso cui si svolge il procedimento negoziale; la seconda identifica il risultato finale, raggiunto all’ esito del procedimento di mediazione”: così S. CANATA, *La proiezione diacronica del conflitto e i poteri del giudice nella nuova mediazione delegata*, commento a Trib. Milano ord. 29 ottobre 2013, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2014, 232 e ss.

(17) Non a caso la norma, il 337-*octies*, è rubricata “Poteri del giudice e ascolto del minore”.

(18) Al mediatore, quale ausiliario del giudice, si applicheranno le disposizioni di cui agli artt. 52 e 53 disp. att. c.p.c., concernenti la disciplina del compenso, liquidato con decreto del giudice che lo ha nominato, tenuto conto dell’ attività svolta, posto a carico delle parti, salvo il caso che tale servizio non sia offerto gratuitamente come servizio pubblico affidato ad appositi organismi sulla base di protocolli di intesa fra Ordini professionali, Enti locali e Uffici giudiziari (“sportelli di mediazione”).

(19) Cfr., *ex multis*, Trib. Lamezia Terme 26 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 292 ss., con nota di CILIBERTO.

diversamente dal mediatore, risponde a quesiti posti dal giudice e a lui ha l'obbligo di riferire, svolgendo la sua attività sulla base di un calendario peritale, comunque interno al processo. La mediazione, per sua natura, deve rimanere autonoma rispetto al processo, soprattutto se il percorso non ha avuto successo, e ciò si estrinseca, dal punto di vista deontologico, nel dovere di riservatezza che è proprio del mediatore (20).

Sebbene sia opinione condivisa che il mediatore debba essere un soggetto neutrale, terzo e imparziale sia rispetto alle parti, sia rispetto al giudice, ancora non è stato individuato a livello nazionale un unitario percorso formativo, l'eventuale inquadramento in un Albo o elenco professionale, un *corpus* di regole deontologiche di riferimento. Del resto, neppure chiaro risulta essere se con il termine "mediatore" ci si debba riferire a un singolo professionista, ovvero a una pluralità di figure professionali (avvocato, psicologo, educatore, ecc.) che confluiscono in un'unica struttura. Un inquadramento autonomo della figura professionale è fortemente sostenuto dai rappresentanti della c.d. categoria dei mediatori familiari, che ambisce a ottenere un formale riconoscimento, valorizzando l'indipendenza del mediatore rispetto al giudice del procedimento in corso, sollecitando gli operatori del diritto a prediligere un'interpretazione della norma che affermi l'autonomia del percorso di mediazione e che, in definitiva, attesti la creazione di una nuova categoria professionale, svincolata dal processo e dai soggetti che vi operano.

Ciò premesso, non vi è dubbio che la disposizione normativa è molto — forse volutamente — laconica: non fornisce indicazioni in merito alle modalità di raccordo tra procedimento giurisdizionale e mediazione, non indica alcuna modalità operativa di svolgimento della procedura di mediazione, né le modalità attraverso le quali, una volta effettuato il percorso di mediazione, si prosegua il giudizio.

Dal punto di vista procedimentale, l'attivazione della fase di mediazione è subordinata al compimento, da parte del giudice investito della controversia, di una valutazione concernente l'opportunità di

(20) Il legislatore, nel non aver mai provveduto a disciplinare giuridicamente la figura del mediatore familiare, non si è mai espresso sui "doveri" ad esso imposti; il dovere di riservatezza si può considerare, tuttavia, connaturato al ruolo che il mediatore è chiamato a svolgere; è previsto dai codici deontologici delle associazioni territoriali che rappresentano la categoria.

consentire ai coniugi, che lo abbiano richiesto, di intraprendere il percorso di mediazione familiare.

L'ampio potere discrezionale (21) attribuito all'organo giudicante dalla disciplina in commento si concretizza, in primo luogo, nella possibilità di optare per il rigetto della richiesta di accesso alla mediazione congiuntamente avanzata dai coniugi, qualora egli ritenga che tale soluzione possa essere pregiudizievole per l'interesse dei figli, ovvero sia incompatibile con la situazione della coppia (come, ad esempio, nelle ipotesi di violenza familiare). Anche nella scelta della figura del mediatore si ritiene che il giudice abbia ampia discrezionalità, pur essendo tenuto a prendere in considerazione quelle che possono essere le indicazioni fornite dalle parti stesse.

Il mediatore, quando coinvolto, interviene non già con lo scopo di porre rimedio alla crisi, bensì per accompagnare la coppia alla composizione ottimale degli interessi coinvolti, nell'ottica prioritaria di perseguire l'interesse dei figli, come si evince dal testo dell'art. 337-*octies*, comma 2° c.c., che, nel prevedere che le parti "tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli", rende palese come la tutela del suddetto interesse costituisca, in realtà, il fine precipuo dell'istituto.

Certo è che nel percorso di mediazione vi è una totale assenza di etero-determinazione delle soluzioni adottate, che sono assunte direttamente dalla coppia, limitandosi, il mediatore, a favorire tale processo decisionale. Le decisioni definitivamente assunte vengono trasferite al giudice, che, valutata la non contrarietà delle stesse all'interesse dei figli (22), dovrà tenerne conto ai fini dell'emanazione dei provvedimenti decisori.

(21) Cfr. Cass. civ. 9 marzo 2012 n. 5108: "Del pari privo di pregio si rivela il secondo motivo di ricorso, inerente al mancato esercizio da parte dei giudici di merito, del potere, previsto dall'art. 155-*sexies* c.c., comma 2, di rinviare la decisione per consentire ai coniugi di tentare una mediazione finalizzata al raggiungimento di un accordo. La questione involta dalla censura non risulta prospettata e dibattuta nelle fasi di merito, sicché ne è precluso il primo esame in questa sede; in ogni caso, la citata norma attribuisce al giudice un potere discrezionale esercitabile per ragioni di opportunità, ragioni la cui ricorrenza risulta, nella specie, evidentemente esclusa dalla rilevata urgenza di provvedere per evitare anche che, nelle more del ristabilimento del dialogo genitoriale, la minore potesse subire ulteriori danni".

(22) Sottolinea l'esigenza che le decisioni assunte, anche in sede di mediazione, in ordine alla relazione genitori-figli nella fase patologica del rapporto genitoriale vengano, comunque, vagliate dal giudice alla luce del superiore interesse del minore, criterio che serve a tracciare il confine entro il quale ammettere la libera determinazione

La breve ricostruzione offerta rende evidente come la mediazione familiare — istituto pur riconducibile nel novero delle c.d. “*alternative dispute resolution*” — non è stata pensata, almeno originariamente, dal nostro legislatore come una tecnica di risoluzione delle controversie stragiudiziale, preordinata alla riduzione del contenzioso giudiziario (dunque, con finalità deflattive), ma, piuttosto, come un percorso di composizione del conflitto familiare, comunque destinata a produrre i suoi frutti all’interno dello stesso procedimento giudiziario da cui trae origine (23).

3. Discorso diverso deve essere fatto con riferimento alla nuova procedura di negoziazione assistita in materia di separazione legale dei coniugi, divorzio e modifiche alle condizioni di separazione e divorzio, anch’essa fatta rientrare, in termini generali, tra le c.d. procedure negoziali di risoluzione delle controversie (24).

Non fosse altro che per le evidenti ricadute in termini d’impatto sociale, essa rappresenta una delle innovazioni più rilevanti del d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile), convertito in legge il 10 novembre 2014: legge n. 162.

Entrambe le nuove modalità di intervento in materia familiare, disciplinate dagli artt. 6 e 12 della l. n. 162/2014 (25) — il primo

dei genitori, G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, cit., 499; sulla necessaria salvaguardia dei diritti dei minori anche nell’esplicarsi dell’autonomia privata in ambito familiare si veda anche P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e famiglia, cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 343 s.

(23) In tal senso, da ultimo, D’AMATO, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, cit., *passim*.

(24) Le origini della procedura di negoziazione assistita sono state individuate nell’esperienza del c.d. diritto collaborativo di matrice nord-americana, che può considerarsi l’approdo più recente delle *Alternative Dispute Resolution*. Antecedente naturale della odierna negoziazione assistita è il *collaborative divorce*, la c.d. pratica del divorzio collaborativo, che nel corso degli ultimi anni ha avuto un ampio sviluppo non soltanto negli Stati Uniti (dove è praticato nella maggior parte degli Stati), ma anche in Canada, e si è diffuso in Australia, in Nuova Zelanda, per approdare, da ultimo, anche in Europa. Cfr. M. N. BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuov. giur. civ.*, 2013, II, 269 e ss.

(25) In un primo momento la nuova disciplina, emanata con decreto di urgenza (il d.l. 12 settembre 2014 n.132), aveva un ambito applicativo più limitato, essendo l’istituto stato riservato per le sole coppie prive di figli minori, di figli maggiorenni portatori di *handicap* grave, o ancora di figli maggiorenni ma economicamente non

riguardante l'impiego della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati; il secondo relativo alla possibilità di stipulare un accordo dinanzi all'ufficiale dello stato civile — sono improntate (come, peraltro, reso esplicito dal titolo del decreto) ad un'ottica di *degiurisdizionalizzazione* delle controversie, ovvero ad un'ottica puramente deflattiva del contenzioso giudiziario.

L'art. 6 introduce la procedura di negoziazione assistita in materia familiare e prevede la possibilità per i coniugi (o ex coniugi) di procedere alla stesura di una convenzione di negoziazione, assistita da un avvocato per parte, al fine di ottenere la separazione legale, il divorzio e le modifiche alle condizioni di separazione e divorzio. L'accordo, una volta raggiunto, deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, sia in mancanza sia in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, 3° comma l. 5 febbraio 1992 n. 104, ovvero economicamente non sufficienti, con rilevanti differenze, tuttavia, per ciò che concerne la portata e gli effetti del controllo che il Pubblico ministero è chiamato a svolgere. Infatti, ai sensi del 2° comma dell'art. 6, nel primo caso, quando il P.m. “non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti di cui al comma 3”. Nel secondo caso, invece, il P.m. “autorizza” l'accordo soltanto se ritiene che questo risponda “all'interesse dei figli”; altrimenti, “lo trasmette, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo”.

L'art. 12, invece, riguarda la separazione, il divorzio o la modifica delle relative condizioni davanti al sindaco nella qualità di ufficiale dello stato civile, il quale “*riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi, ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*”. Il ricorso a tale procedura non è ammesso nel caso in cui vi

autosufficienti. In tali casi la scelta di ricorrere alla negoziazione assistita escludeva qualsiasi controllo da parte dell'autorità giudiziaria, in quanto l'accordo sottoscritto davanti ai legali avrebbe prodotto immediatamente i suoi effetti: in sede di conversione, come noto, è stato introdotto il vaglio dell'autorità giudiziaria, nella figura del P.M., rispetto agli accordi comunque sottoscritti, diversamente modulato a seconda che siano presenti o meno nel nucleo familiare in scioglimento figli bisognosi di protezione (minorenni o maggiorenni con date caratteristiche).

siano figli minori, o portatori di *handicap*, o economicamente non autosufficienti, né in quelle ipotesi in cui i coniugi intendano operare dei trasferimenti patrimoniali tra loro. Dal che si deduce, in assenza di richiamo del divieto nel testo dell'art. 6, che eventuali clausole di trasferimento patrimoniale possano essere contenute nell'accordo disciplinato da tale ultima norma.

Per opinione dei più, alla normativa generale in materia di "negoziato assistita" ci si può richiamare per definire tutti quegli aspetti (26) non appositamente disciplinati dal legislatore *ratione materiae*, ivi compreso l'art. 2, comma 1° della legge 162/2014, che offre una definizione dell'intesa prodromica all'avvio della vera e propria procedura di negoziazione, come di "un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'Albo".

La negoziazione assistita è, dunque, concepita come una procedura bifasica: al preliminare accordo che disciplina le modalità di trattativa (27), dovrebbe far seguito, in ipotesi di successo della negoziazione, l'accordo vero e proprio, il cui contenuto racchiude l'esito della stessa.

Senonché, quanto meno per quanto concerne la negoziazione familiare, il legislatore non è intervenuto in alcun modo a disciplinare le due fasi in cui il procedimento si dovrebbe articolare, limitandosi a stabilire che l'accordo, ove raggiunto, "produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio" (art. 6, 3° comma). Ciò rende vieppiù evidente quanto le nuove norme non siano destinate ad incidere né sulle

(26) Pertanto: la procedura prende avvio, attraverso la comunicazione dell'invito effettuata, per il tramite dell'avvocato, da uno dei due coniugi all'altro, e finalizzata alla stipulazione di una convenzione che ponga un primo punto fermo in ordine al reciproco consenso di procedere alla produzione degli effetti di separazione, divorzio e modifica delle rispettive condizioni precedentemente stabilite; le parti e gli avvocati, con la stipulazione della convenzione, si impegnano a cooperare, secondo buona fede e lealtà al fine di raggiungere "un accordo di composizione amichevole della controversia" (che evidentemente riguarderà non il fatto in sé di procedere alla separazione o al divorzio o alle modificazioni delle condizioni, ma la determinazione del nuovo e conseguente assetto patrimoniale, nonché, eventualmente, l'affidamento della prole); le parti e gli avvocati sono tenuti agli obblighi di riservatezza di cui all'art. 9.

(27) M. N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 4/2015, 515 e ss.

modalità di svolgimento delle procedure negoziali di risoluzione delle controversie, né sul buon esito delle stesse (28).

L'art. 6, comma 2° stabilisce, altresì, che nell'accordo si deve dar atto "che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori".

Si tratta di un passaggio che non può essere trascurato: attraverso la citata previsione — la mediazione familiare esce dall'ambito strettamente processuale — dove era stata relegata dall'art. 317-*sexies* — e viene richiamata, sia pure in un inciso, come una modalità di gestione del conflitto che può coadiuvare le parti al raggiungimento dell'accordo negoziale nella procedura stragiudiziale. Quello che la disposizione sembra dare per sottinteso è che gli avvocati "debbono", nel corso della negoziazione, preoccuparsi di consigliare alle parti di tentare la via della mediazione per agevolare la procedura conciliativa. I risultati raggiunti mediante l'utilizzo della mediazione familiare possono entrare a far parte del contenuto dell'accordo di separazione e così produrre immediati effetti.

La richiamata previsione normativa finisce con il rimarcare — ove fosse necessario — la principale differenza tra "negoziiazione assistita in ambito familiare" e "mediazione familiare": la prima mera tecnica deflattiva del contenzioso, la seconda una modalità di gestione della crisi che ha come scopo principale quello di valorizzare gli interessi e i bisogni della persona, attribuendo alle parti un ruolo "principe" nella gestione del conflitto.

(28) In tal senso, C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in questa *Rivista*, II, 1, 2015, 207 e ss., in specie nota 11. Lo stesso autore sottolinea come "nella prassi raramente verrà sottoscritta una 'convenzione di negoziazione assistita al fine di raggiungere una soluzione consensuale', nel senso che è difficile immaginare che i coniugi, di fronte alla crisi del loro matrimonio, sottoscrivano una convenzione con la quale si impegnano a negoziare al fine di trovare un accordo sulla soluzione dei problemi che da tale crisi sono originati. Semplicemente, se — all'esito di una negoziazione che normalmente viene effettuata senza che si avverta la necessità di un preventivo impegno formale — viene raggiunta soluzione consensuale, i coniugi possono ora direttamente sottoscrivere l'accordo di cui all'art. 6, comma 2° del d.l. n. 132 del 2014.

3.1. Dal punto di vista sistematico, la novità più rilevante rispetto alla recente riforma in materia di negoziazione assistita consiste nell'aver attribuito all'autonomia dei privati il potere di incidere con effetti modificativi e/o estintivi sullo *status* coniugale (29), posto che la fonte da cui scaturiscono gli effetti tipici della separazione e del divorzio va ormai ravvisata nel consenso stesso dei coniugi e non più nella pronuncia del giudice (30).

Quanto ai coniugi, la nuova disciplina sancisce un "parallelismo" tra il momento costitutivo del vincolo — sorto in virtù di una loro libera scelta — e quello risolutivo, ancora una volta espressione di una loro libera scelta (31). Del resto, già da tempo la giurisprudenza ha statuito che ciascun coniuge è titolare del diritto soggettivo di separarsi, divorziare e ricostituire una famiglia (32).

L'attribuzione della massima libertà sembra, tuttavia, riguardare la decisione in merito alla scelta sulle procedure di scioglimento del vincolo, piuttosto che quella relativa alle concrete pattuizioni oggetto del contenuto dei vari accordi (33).

Come è stato osservato (34), infatti, l'ampliamento dell'autonomia dei coniugi in ordine allo *status* non si ritiene possa consentire ai coniugi di disporre di diritti e situazioni giuridiche soggettive indisponibili; la nuova normativa riserva alla autorità pubblica, nella figura del P. m., un controllo formale e di contenuto dell'accordo, che in nessun caso potrà violare norme imperative, o palesarsi contrario all'ordine

(29) Per alcuni rilievi critici, cfr. M.N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., 38 e ss.

(30) In materia di separazione e divorzio congiunto la predisposizione di soluzioni consensualmente definite dovevano pur sempre essere depositate in Tribunale per la indispensabile omologazione.

(31) "In breve, per quanto riguarda la relazione di coppia, il matrimonio è affare privato dei coniugi": così M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, 295 e ss., 296.

(32) Da ultimo, Cass. 19 marzo 2014 n. 6289; in dottrina E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà postconiugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Fam. dir.*, 2014, 1043 e ss.

(33) Sottolinea questo aspetto F. DANOVÌ, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Fam. dir.*, 2015, 1043 e ss., 1047, che parla di "indisponibilità ... sostanziale, a fronte di una più ben ampia disponibilità processuale"; *ivi* anche per ampia bibliografia in nota.

(34) M.N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, cit., 47 e ss.

pubblico o al buon costume (35); controllo dal quale è resa esente solo la procedura espletata dinanzi all'ufficiale di stato civile, ove l'accordo si limita ad una dichiarazione sullo *status* (36).

Allorquando nella crisi sono coinvolti figli minori o maggiorenni bisognosi di tutela, peraltro, l'accordo deve necessariamente disciplinare la regolazione sia dei rapporti personali tra genitori e figli (le modalità di affidamento) che di quelli patrimoniali (il mantenimento e l'assegnazione della casa coniugale). Rispetto a tali pattuizioni, il dovere/potere di controllo dell'autorità giudiziaria è più incisivo, essendo diretto a verificare che le disposizioni assunte corrispondano al concreto interesse della prole, cosicché, ove l'accordo risultasse contrario a detto interesse, il Pubblico ministero deve trasmettere gli atti al Presidente del Tribunale (37).

Una delle principali critiche mosse nei confronti della riforma attiene proprio a questo aspetto, ove, secondo alcuni (38), la dimensione pubblicistica che viene riservata alla tutela dei soggetti minori o maggiorenni bisognosi — anche nel più generale contesto di “privatizzazione” dei rapporti familiari — avrebbe dovuto indurre il legislatore a sottoporre fin da subito al vaglio del giudice (mediante un vero e proprio provvedimento di omologazione degli accordi) le determinazioni assunte dai genitori riguardo ai figli (39), senza coinvolgere il

(35) In questo senso si esprime F. TOMMASEO, in *La separazione e il divorzio: profili processuali e “degiurisdizionalizzazione” alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 8/9, 2015, 1141 e ss., e, ancora in *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Fam. dir.*, 11/2015, 1053 e ss.

(36) Pur in assenza di qualsiasi disposizione normativa, si ritiene che anche il Sindaco debba rifiutarsi di ricevere accordi in palese contrasto con norme inderogabili o manifestamenti contrari all'ordine pubblico: cfr. F. TOMMASEO, *op. ult. cit.*, 1058.

(37) Che provvederà a fissare la comparizione delle parti “entro i successivi trenta giorni” per valutare la situazione e “provvedere senza ritardo”; “Con questa evasiva formula la legge lascia incerti sui poteri che possono essere esercitati nell'udienza fissata dal Presidente e non è neppure chiaro se l'autorizzazione sia data dal Presidente oppure dal Collegio, come nel procedimento di omologazione della separazione consensuale”: così F. TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e “degiurisdizionalizzazione” alla luce delle recenti riforme*, cit., 1147.

(38) D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.treccani.it/magazine/diritto.

(39) Come accade, invece, nell'omologa procedura francese (la c.d. “convenzione collaborativa”), disciplina alla quale il nostro legislatore sembra essersi ampiamente ispirato; in merito cfr. A.G. PARINI, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuov. giur. civ.*, 2015, 602 e ss. Cfr. anche MASONI,

Pubblico ministero (40), non avvezzo ad una simile attività, attraverso una procedura di controllo che si paleserà il più delle volte affrettata, vista l'assenza di alcuna istruttoria.

Proprio con riferimento a questi aspetti, sarebbe molto più auspicabile che in sede di negoziazione assistita gli avvocati si preoccupino di sollecitare l'intervento di un mediatore che favorisca un dialogo finalizzato, innanzi tutto, a tutelare il primario interesse della prole, potendo l'intervento del mediatore garantire, quanto meno, l'avvenuto espletamento di un confronto atto a favorire l'assunzione di determinazioni che abbiano tenuto in debito conto il suddetto interesse.

4. Decidere quale sia il sistema più efficace di risoluzione alternativo delle controversie che scaturiscono dalla crisi familiare è, innanzi tutto, un problema di scelte politico-legislative; la logica deflattiva — che sembra, da ultimo, aver condizionato in larga parte queste scelte — non deve, tuttavia, finire con l'offuscare l'obiettivo primario delle misure alternative che, specie in ambito familiare, deve essere quello di favorire l'aspetto relazionale e il ripristino della comunicazione delle parti in conflitto, nel rispetto di principi di buona fede e correttezza reciproca.

Ciò non toglie che le recenti riforme siano destinate a favorire un mutamento di attitudine da parte degli operatori istituzionali, giudici e avvocati, per l'affermarsi di una cultura della giurisdizione aperta nei confronti delle tecniche di ADR in genere, e della mediazione familiare in particolare, affinché il contributo di entrambi sia mirato ad indurre le parti ad una negoziazione, nel rispetto delle regole comportamentali e dei principi che governano l'approccio collaborativo.

Utile sarebbe, affinché il processo sia completo, che il nostro legislatore introducesse una compiuta regolamentazione della media-

Negoziazione assistita in ambito familiare e problemi connessi, in questa *Rivista*, 2015, 1390, nota a Trib. Torino 20 aprile 2015.

(40) Appare condivisibile la posizione di chi ritiene "illusorio pensare di risolvere il problema dell'ingolfamento degli uffici giudiziari (uno degli obiettivi, questo, al quale sicuramente punta, come innanzi detto, l'intero impianto della l. 162/2014) in materia di separazione e divorzio, scaricando sull'ufficio del Pubblico ministero il fardello rappresentato dalla necessità di esaminare gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di negoziazione assistita, costringendo, appunto, i magistrati addetti a quell'ufficio alla lettura di atti concernenti questioni delle quali poco o niente, per prassi, si occupano effettivamente": così D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.treccani.it/magazine/diritto.

zione familiare, almeno per quanto concerne l'individuazione delle specifiche figure professionali (la cui formazione è oggi rimessa alla autodisciplina delle singole associazioni che le raggruppano), unitamente alla predisposizione di percorsi di formazione propri per gli operatori legali impegnati nella negoziazione assistita, anche al fine di favorire l'acquisizione di competenze nelle tecniche di gestione e composizione del conflitto, tenuto conto della delicatezza e rilevanza degli interessi coinvolti.

CLAUDIA IRTI