

Gli Autori

NATALE CENTO, mediatore familiare, consigliere A.I.Me.F. per la Sicilia

GIUSEPPE SALVATO COLLURA, presbitero, docente presso la Scuola Teologica di Base “San Luca” – Arcidiocesi di Palermo

MARIO FERRANTE, associato di diritto ecclesiastico e canonico – Università di Palermo

ROSSANA GERACI, psicologa clinico-forense, mediatrice familiare

ARTURO MANIACI, ricercatore di diritto privato – Università di Milano

ALBERTO MARCHESE, ricercatore di diritto privato – Università di Messina

PIERLUIGI MAZZAMUTO, docente di diritto civile – Università di Palermo

ANDREA NICOLUSSI, ordinario di diritto civile – Università Cattolica di Milano

RICCARDO PELLEGRINO, sociologo, mediatore familiare

MASSIMO PELLINGRA CONTINO, docente di diritto internazionale – Università di Palermo

CARLO PILIA, associato di diritto privato – Università di Cagliari

ANNA POLI, pedagoga

UGO SALANITRO, ordinario di diritto privato – Università di Catania

SALVATORE SARRACCO, avvocato

VITTORIO VEZZETTI, medico pediatra

Introduzione: la mediazione familiare quale garanzia di effettività del diritto del minore alla bigenitorialità

Pierluigi Mazzamuto

«Vi siete separati per tante difficoltà e motivi, la vita vi ha dato questa prova, ma i figli non siano quelli che portano il peso di questa separazione, non siano usati come ostaggi contro l'altro coniuge, crescano sentendo che la mamma parla bene del papà, benché non siano insieme, e che il papà parla bene della mamma. Per i genitori separati questo è molto importante e molto difficile, ma possono farlo»

Papa Francesco

(Udienza generale in Piazza San Pietro, 20 maggio 2015)

La mediazione dei conflitti familiari, oggi, come e forse più che in passato, riveste un ruolo di fondamentale importanza, solo se si riflette sulla crisi che, in Italia e in larga parte del mondo occidentale, sta attraversando la famiglia «come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Costituzione della Repubblica Italiana; dello stesso tenore l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani).

Le cause di questa preoccupante crisi della famiglia sono molteplici, sia di ordine morale (egoismo e individualismo, materialismo e consumismo, relativismo e mancanza sempre più diffusa di senso etico e di responsabilità), sia di ordine sociale (abuso delle tecniche anticoncezionali, aborto volontario e costante aumento della denatalità; proliferare delle libere convivenze e ora persino di “modelli alternativi” alla famiglia naturale composta da mamma, papà e figli, per il tramite del sempre più vasto e incontrollato *business* internazionale delle tecniche di procreazione artificiale, favorito anche dal diffondersi di pericolose ideologie contro natura come la nota teoria del *gender*, sino a giungere

all'inquietante fenomeno della c.d. "maternità surrogata" e alla sua scandalosa versione commerciale rappresentata dall'utero in affitto), sia di ordine economico (disoccupazione specie giovanile e precarietà del lavoro, discriminazioni ai danni delle lavoratrici in maternità e difficoltà a conciliare ritmi e orari di lavoro affaticanti con le esigenze di cura della prole, insufficienza e inadeguatezza delle politiche pubbliche di sostegno alle famiglie) ma non è possibile in questa sede soffermarsi su ognuna di esse.

È sufficiente osservare l'aumento esponenziale di separazioni e divorzi, quasi come se il matrimonio fosse, nella società odierna, non più considerato quale negozio familiare per eccellenza, solido e duraturo fondamento della famiglia, bensì come un semplice contratto da poter sciogliere in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo (spesso meramente economico o persino futile), pur in presenza di figli minori bisognosi, per loro natura, delle cure e attenzioni sia della madre che del padre, quali genitori presenti e responsabili: ciò pone il grosso problema di come gestire adeguatamente il conflitto e la separazione, in modo da tutelare il più possibile la salute psico-fisica dei figli che subiscono il trauma della divisione dei (e sovente dai) propri genitori e della conseguente disgregazione della famiglia.

Due sono le strade percorribili: l'una, quella più pericolosa, di esasperare i toni del conflitto e cercare a tutti i costi di far valere le proprie "ragioni" (*recitius*: egoismi) in giudizio, talora finanche al caro prezzo di privare, sostanzialmente, il figlio di una delle due figure genitoriali (il padre o la madre); l'altra, quella più prudente, di cercare il dialogo e la responsabile collaborazione nell'interesse preminente dei figli, preferibilmente con l'aiuto di un mediatore familiare professionista che assista i genitori in crisi nella ricerca del miglior accordo (o "piano genitoriale" condiviso) possibile.

Che la mediazione familiare sia oggi non solo opportuna, ma praticamente indispensabile, al fine di evitare che una insana gestione del conflitto familiare pregiudichi irrimediabilmente, nel tempo, la salute e la crescita equilibrata dei figli, con inevitabili danni alla loro psiche (che, non poche volte, segnano la loro vita, producendo in essi un persistente malessere e talora forme anche gravi di disabilità), è un dato ormai acquisito nella gran parte dei Paesi "civillizzati" del mondo.

In Italia, il primo tentativo di introduzione di una organica disciplina della mediazione familiare e dell'affidamento dei figli "condiviso" (equamente, dalla madre e dal padre separati) è stato operato dalla legge n. 54/2006, che tuttavia sia in fase di approvazione, anche a causa dell'ostilità di una parte dell'avvocatura che non vedeva con favore l'istituzione della mediazione familiare, sia in fase di successiva applicazione, nel corso degli anni, a causa della creazione giurisprudenziale della "collocazione prevalente" del minore presso uno dei due genitori (per lo più la madre), ha sostanzialmente disatteso l'importante obiettivo per il quale era stata, inizialmente, pensata.

Il risultato di tutto ciò è che, ancor oggi, all'inizio del 2019, l'Italia a differenza della gran parte dei Paesi europei ed extraeuropei non conosce una normativa organica in materia di mediazione familiare, né ha garantito l'effettività dell'affidamento condiviso dei figli di genitori separati o divorziati.

È evidente a tutti che tale grave lacuna del nostro sistema giuridico dev'essere al più presto colmata con una buona riforma che realmente introduca l'affidamento condiviso disciplinando compiutamente la mediazione familiare e la professione di mediatore familiare, quali presupposti imprescindibili per l'effettiva attuazione del principio di bigenitorialità, principio cardine in materia familiare, riconosciuto dalle fonti internazionali ed europee (v. per tutte la Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo del 1989, in particolare agli artt. da 7 a 10, ma ancor prima la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo all'art. 8 sul diritto al rispetto della vita familiare e, in tempi più recenti, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea all'art. 24 sui diritti del minore), che sanciscono il fondamentale diritto dei figli di avere e mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori – e per naturale estensione anche con entrambi i rami parentali, materno e paterno – non solo durante il normale svolgimento della vita familiare, ma anche quando la relazione coniugale dovesse entrare in crisi, dando luogo alla separazione o al divorzio.

Il legislatore italiano, nonostante le direttive e raccomandazioni dell'Unione europea in materia di mediazione civile, ha fino ad oggi incomprensibilmente ommesso di prevedere l'obbligatorietà (*rectius*: condizione di procedibilità dell'eventuale giudizio) di un tentativo o quantomeno di un incontro preliminare informativo di mediazione in materia di famiglia, ambito che coinvolge la vita delle persone in modo molto più incisivo di quanto non avvenga in altri settori e nel quale si rendono necessari strumenti di soluzione del conflitto proprio a tutela dei soggetti più deboli, in primo luogo i minori, i quali per lo più subiscono passivamente le conseguenze pregiudizievoli della conflittualità tra i propri genitori, con gravi ripercussioni sul loro equilibrio psico-fisico.

Il percorso di mediazione familiare ha pertanto come obiettivo il raggiungimento di un accordo tra i genitori che sia il più possibile rispettoso del preminente interesse dei figli, specie se minori, dei loro bisogni e diritti fondamentali fra cui spicca quello alla bigenitorialità, ossia a mantenere una relazione equilibrata e continuativa con la propria madre e con il proprio padre, anche dopo la separazione o il divorzio: in quest'ottica il mediatore familiare risulta figura preziosa, perché aiuta le parti a comprendere l'importanza dei propri distinti e complementari ruoli genitoriali, avendo speciale riguardo agli interessi della prole.

La mediazione familiare è pertanto uno strumento necessario e ineludibile nei procedimenti di separazione e divorzio, al fine di prevenire, elidere o attenuare la conflittualità tra le parti, trasformandola in una rinnovata capacità di

raggiungere accordi e di collaborare quali genitori responsabili dell'educazione, della crescita equilibrata e della salute psico-fisica dei propri figli.

Nella normalità dei casi, la previsione del passaggio in mediazione familiare quale condizione di procedibilità del giudizio costituirà, per un verso, un efficace deterrente all'instaurarsi e/o protrarsi indefinito di conflitti tra i genitori e, per altro verso, l'occasione, purtroppo ancor oggi poco nota alle famiglie italiane, per affrontare la controversia in modo riservato e pacifico, con l'ausilio di un esperto dei conflitti familiari, il quale aiuterà i genitori a raggiungere un accordo che realmente soddisfi, prima ancora che gli interessi di entrambi, anzitutto quelli della prole.

Rendendo obbligatorio il primo incontro (preliminare e informativo, preferibilmente gratuito), verrebbe salvaguardata sia la corretta funzionalità dell'istituto sia la libertà da condizionamenti, posto che i genitori rimangono liberi di intraprendere (o meno) e di proseguire (o meno) tale percorso – la cui durata massima dovrebbe essere fissata in circa 6 mesi – avendo ciascuno di essi la facoltà di porvi fine in qualsiasi momento.

In relazione alle situazioni di particolare gravità, poi, come nelle ipotesi di violenza endofamiliare o abusi, che sono causa di esclusione dell'affidamento condiviso e in cui la mediazione non è praticabile come previsto dall'art. 48 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, ferme le tutele penali e quelle parapenali rappresentate dagli ordini di protezione della vittima, sarà dovere del mediatore non avviare o interrompere il procedimento di mediazione, certificando la non mediabilità della coppia per la sussistenza di violenze domestiche o abusi in famiglia e comunque assicurando (come avviene, ad esempio, in Austria) che non avvenga un incontro fra la vittima e l'autore della violenza o dell'abuso (eventualmente contemplando sessioni separate).

Per altro verso, tuttavia, l'alta conflittualità e gli episodi di violenza che spesso conseguono all'aggravarsi della crisi coniugale/genitoriale potrebbero essere prevenuti proprio grazie al tempestivo utilizzo – prima che la conflittualità si esaspera a tal punto da sfociare in violenza – della mediazione familiare, quale percorso che educa (o rieduca) le parti al dialogo e al rispetto reciproco della persona e del ruolo genitoriale materno o paterno che le compete.

D'altro canto, nell'ambito della famiglia l'obbligatorietà del passaggio (quantomeno informativo) in mediazione, già prevista in vari ordinamenti stranieri (fra i quali spiccano l'Australia e la Norvegia, in cui, in presenza di un figlio minore, è obbligatorio un percorso di mediazione, e la Croazia, il Regno Unito e l'Ungheria, in cui è obbligatoria almeno una sessione informativa sulla mediazione familiare), si rende ancor più necessaria che nella mediazione civile e commerciale già disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010, in quanto viene coinvolta direttamente la vita e la salute delle persone che nella famiglia esprimono la loro personalità, ed è del tutto evidente come da questo punto di vista l'or-

dinamento italiano sia rimasto indietro rispetto a molti Paesi europei ed extraeuropei, dove la mediazione familiare è da decenni una prassi consolidata.

Finché sia possibile, infatti, è bene evitare di intraprendere o proseguire un giudizio, con tutte le conseguenze negative, in termini di costi economici ma soprattutto umani, che questo può comportare per la famiglia e in particolare per i soggetti più deboli, ossia i minori, che troppo spesso finiscono per diventare oggetto di contesa e di continue rivendicazioni tra i genitori in perenne conflitto tra loro per via della consolidata prassi – potenzialmente dannosa per la salute psico-fisica dei figli – di affrontare la controversia a suon di ricorsi e controricorsi giudiziari, che di certo non contribuiscono a quella serena e pacifica riorganizzazione delle relazioni familiari che soltanto un percorso riservato di mediazione familiare può garantire.

Tutte le volte in cui, grazie alla capacità del mediatore di favorire un clima di dialogo costruttivo e responsabile, la controversia si definisca con un accordo, scelto liberamente dalle parti e soddisfacente per entrambe e per i propri figli, i tempi e i costi complessivi del conflitto genitoriale, lungi dal dilatarsi e rispettivamente aumentare, conosceranno piuttosto una drastica riduzione, portando significativi benefici anche in termini di serenità familiare e di collaborazione proficua tra i genitori, nell'interesse preminente dei figli, i quali potranno così vedere soddisfatto il loro fondamentale diritto alla bigenitorialità.

Si discute perciò in questi mesi al Parlamento in merito all'opportunità/necessità di istituire un albo professionale dei mediatori familiari, facendo asurgere al rango di professione protetta (o riservata) un'attività peraltro già riconosciuta come professione (non regolamentata), ai sensi e per gli effetti di cui alla legge n. 4/2013, dalla norma tecnica UNI 11644 approvata il 30 agosto 2016.

Sarà, quindi, indispensabile valorizzare la formazione, la competenza e le abilità della figura professionale del mediatore familiare, caratterizzata da terzietà e imparzialità e la cui attività è, conseguentemente, presidiata da autonomia, segreto professionale e obblighi di informazione nei confronti delle parti.

Il presente volume, nel raccogliere gli atti (relazioni e interventi, così come rielaborati dagli Autori) del Convegno nazionale su "*La mediazione familiare quale garanzia di effettività del diritto del minore alla bigenitorialità*", svoltosi lo scorso 31 ottobre 2018 presso il Polo Territoriale Universitario di Agrigento dell'Università degli Studi di Palermo, presenta un carattere marcatamente interdisciplinare, che rispecchia pienamente la naturale vocazione della mediazione familiare, e si avvale a tal fine del contributo di studiosi ed esperti in materia familiare provenienti dalle molteplici aree del sapere in essa implicate (giuristi, mediatori familiari, pedagogisti, pediatri, psicologi, sociologi e teologi), dando voce a punti di vista autonomi e talora divergenti che tuttavia finiscono col convergere sull'importanza della mediazione familiare quale approccio indispensabile per la pacifica e responsabile composizione delle crisi fami-

liari e, in definitiva, quale garanzia del fondamentale diritto del minore alla bi-genitorialità.

La finalità dell'opera è, pertanto, duplice: per un verso, favorire una migliore conoscenza e diffusione della mediazione familiare come strumento di elezione per la pacifica risoluzione delle controversie di famiglia, nell'ottica specialmente della miglior tutela del preminente interesse del minore; per altro verso, offrire un contributo tecnico-scientifico che possa coadiuvare l'attività parlamentare di riforma in materia di affidamento condiviso e mediazione familiare, al fine di pervenire, auspicabilmente in tempi rapidi, all'approvazione di un testo unitario, equilibrato e, *magis ut valeat*, condiviso.

Mediazione e affidamento condiviso

Andrea Nicolussi

«L'intera stirpe degli uomini ama i suoi figli»
(Euripide, *Heracles*, 636)

SOMMARIO: 1. Mediazione come proiezione dello sguardo femminile sul conflitto, cioè prospettivo e relazionale. – 2. Mediazione e questioni riguardanti i figli nella prospettiva dell'affidamento condiviso. L'autonomia assistita dal mediatore e funzionale al valore del superiore interesse del minore. – 3. Mediazione e figli: neutralità o neutrità del mediatore? – 4. Bigenitorialità e superiore interesse del bambino. – 5. Affidamento condiviso in senso materiale, esigenza di criteri di riferimento generali e necessità di adeguatezza alle circostanze del caso. Correlazione tra affidamento condiviso e mediazione familiare. L'accordo assistito frutto di mediazione. – 6. Un vincolo di improcedibilità per il tentativo di mediazione o una informazione diretta presso il mediatore professionale: oltre lo spontaneismo, almeno una *nudge* da parte della legge? – 7. Affidamento condiviso e *parenting coordinator* (coordinatore genitoriale). Il problema dell'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole. Uno spunto dall'esperienza d'Oltreoceano.

1. *Mediazione come proiezione dello sguardo femminile sul conflitto, cioè prospettivo e relazionale.*

Se si riflette sulla relazione tra mediazione e famiglia¹ viene subito in men-

¹ Con la mediazione ci si riferisce a un percorso da parte dei genitori sostenuto da un terzo qualificato sia da competenze psicologiche sia da competenze giuridiche, detto appunto mediatore, che aiuti una coppia di genitori coniugati o conviventi, la cui relazione è entrata in crisi – per le molte ragioni per le quali ciò può accadere e con i diversi possibili esiti che si possono dare –, a ripristinare anzitutto la comunicazione con l'obiettivo di facilitare il raggiungimento di un accordo in vista di una pacifica riorganizzazione della vita e delle relazioni familiari, avendo particolare attenzione alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli e alla partecipazione (c.d. "condivisione") alla responsabilità genitoriale: cfr. P. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013, pp. 87-88. Sulla mediazione familiare

te che mediazione è parola di genere femminile mentre diritto è maschile, e il lessico non sembra casuale specialmente se si coniuga la mediazione con le questioni dei figli e dell'affidamento condiviso.

Il diritto nella sua storia maschile è animato dal conflitto che ne ispira il processo e la logica del contraddittorio. Una parte è posta in contrasto con l'altra, nell'ambito di una procedura che mira nella sua dinamica dialettica a far emergere la ragione del vittorioso e il torto del soccombente. È un metodo fruttuoso che in fondo si è trasferito o già appartiene al nostro pensiero, ogni volta che esso soppesa e confronta punti di vista e ragioni differenti e contrapposte per poi scegliere. Non è facile, del resto, eliminare la dialettica dal metodo razionale, così come a detta degli psicologi non è eliminabile il conflitto, o una certa conflittualità, dalle relazioni².

Tuttavia, anche questa logica non va assolutizzata. Anch'essa ha i suoi limiti che emergono nella storia delle presenze femminili nel diritto, specialmente in quello letterario: una storia che infatti è percorsa dal filo rosso di una costante ribellione alle rigidità maschili.

Antigone si oppone alla visione creontea del diritto, in nome della quale il tiranno brandisce la legge fino a sfidare le leggi non scritte degli Dei, facendosi potere smisurato e unilaterale. Nella Bibbia, nel celebre episodio delle due madri di fronte al giudice maschio (Salomone), la vera madre rinuncia ad avere ragione a favore della vita di suo figlio. Nel mercante di Venezia sotto le mentite spoglie maschili c'è una donna, Porzia, l'avvocato che salva il mercante dalla rigida applicazione della clausola contrattuale. Le donne, insomma, desiderano salvare la vita, quella eterna del fratello di Antigone, e quella terrena degli altri personaggi di fronte a una giustizia omicida disposta ad affondare col torto anche il futuro. Si potrebbe tradurre questa immagine dicendo che c'è un modo per regolare la contesa tendenzialmente in senso finale e consuntivo, cioè esclusivamente rivolto a ciò che è accaduto per dare a ognuno il suo. C'è però pure un altro modo che consiste nel riflettere su ciò che è stato anche in senso prospettico, considerando il bene della relazione fra le parti e quindi una possibile e realistica riorganizzazione di tale relazione per il futuro. È chia-

in una chiave non strettamente giuridica, v. L. PARKINSON, *La mediazione familiare*. Modelli e strategie operative (trad. it. a cura di C. Marzotto), Trento, 2013.

² Già nella prima frase dell'*Introduzione* del volume E. SCABINI-G. ROSSI (a cura di), *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Studi interdisciplinari sulla famiglia, Milano, 2004, p. 7 si legge che «l'esperienza del conflitto nelle sue diverse forme rappresenta un evento ineludibile all'interno dei rapporti umani» (C. Regalia). E sempre nello stesso volume M.T. MAIOCCI, *Tertium datur?*, sottolinea che una dimensione conflittuale è presente finanche nelle relazioni meno sospettate, ma non per questo insospettabili, come addirittura in quella tra madre e figlio. Perciò il due chiama (in soccorso?) il tre, ossia un mediatore, almeno nella forma simbolica della parola.

ro che questo secondo è l'orizzonte in cui s'inscrive la mediazione familiare e a maggior ragione quando la questione inerisce ai rapporti tra genitori e figli.

Perciò accanto alla *dispute solution* giudiziale si propone la mediazione come strumento per pervenire a una soluzione concordata mediante l'assistenza di un terzo professionista, il mediatore, e in un luogo, o *setting*, che non faccia percepire alle parti la tensione agonistica, avversariale del processo, ma semmai rafforzi in loro il proposito di mettersi d'accordo. Il problema si converte allora sul terreno giuridico in un coordinamento fra gli istituti giuridici della crisi familiare, separazione e divorzio, da un lato e dall'altro l'esigenza di tutelare il minore e di impedire che la crisi familiare scivoli in una conflittualità avversariale completamente dimentica di ogni ragione solidaristica³.

2. *Mediazione e questioni riguardanti i figli nella prospettiva dell'affidamento condiviso. L'autonomia assistita dal mediatore e funzionale al valore del superiore interesse del minore.*

Questa prospettiva culturale può cogliersi in una certa misura, ma non interamente per via di certe cadute aduolocentriche, nella premessa al disegno di legge n. 735 (depositato il 1° agosto 2018) recante “*Norme in materia di affidamento condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*”, secondo la quale con la normativa che esso mira ad introdurre si registrerebbero «alcune rilevanti modifiche normative idonee ad accompagnare questa delicata materia verso una progressiva de-giurisdizionalizzazione, rimettendo al centro la famiglia e i genitori e soprattutto restituendo in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei loro figli e lasciando al giudice il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo, ovvero di verificare la non contrarietà all'interesse del minore delle decisioni assunte dai genitori».

Una valutazione di tale premessa dipende da quale concezione della famiglia ne risulti presupposta. La mediazione può essere vista come una tecnica che si connette alla concezione neo-istituzionale della famiglia, coerente con il paradigma costituzionale che colloca la famiglia tra i rapporti etico-sociali per cui la regola dell'accordo è mediata dai valori della solidarietà e dell'unità fa-

³ Osserva giustamente C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 671 che non vi è dubbio che «la disposizione normativa (art. 337-octies c.c.) 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».

miliari⁴. Se infatti non si indulge nel riduzionismo di una prospettiva di privatizzazione, propria delle concezioni contrattualistiche che collocano i rapporti familiari su basi meramente volontaristiche, anche la fase della crisi coniugale richiede una disciplina e dei modi appropriati alla natura della famiglia e diversi da quelli della risoluzione del contratto che invece può benissimo svolgersi nell'ambito del processo. Invero il ricorso alla mediazione familiare e allo strumento più recente della coordinazione genitoriale (*parenting coordinator*), rappresentano il segno dell'insufficienza o inadeguatezza non solo dello strumento giudiziale, ma anche di una autonomia lasciata a se stessa come nella separazione consensuale.

Nondimeno l'idea che la mediazione familiare rappresenti un ulteriore passo verso la privatizzazione della famiglia è stata affermata, probabilmente sulla scorta della suggestione derivante dal fatto che la mediazione consiste nella ricerca di un accordo. Tuttavia, si tratta di un'autonomia assistita da un terzo, il mediatore, che presta opera di ausilio e consulenza almeno sotto il profilo di una *procedural fairness*⁵, a cui per lo più si aggiungono gli avvocati delle parti per la definizione formale dell'accordo. Non lo smentiscono gli artt. 1, co. 1 e co. 5, del d.d.l. n. 735/2018 in base a i quali «*Il procedimento di mediazione familiare è informale e riservato. Partecipano al procedimento di mediazione familiare le parti e i rispettivi legali*» (co. 1) e «*Il mediatore familiare, su accordo delle parti, può chiedere che gli avvocati di cui al comma 4 non partecipino agli incontri successivi. Gli stessi devono comunque essere presenti, a pena di nullità e inutilizzabilità, alla stipulazione dell'eventuale accordo, ove raggiunto*» (co. 5).

⁴L'idea istituzionale e di un nucleo essenziale della famiglia avevo espresso nei miei, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione*, in F. D'Agostino (a cura di), *Valori costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana*, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. (Roma 5-7 dicembre 2008), Milano, 2010, p. 168 ss., e *La famiglia: una concezione neo-istituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2012, p. 182 ss. sulle orme di Luigi Mengoni. Il tema è stato poi ripreso e sviluppato in forma monografica da A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neoistituzionale*, Milano, 2013, p. 89 ss. Mi permetto di rinviare anche al mio *Matrimonio, filiazione e unioni non coniugali: quale futuro per i rapporti etico-sociali?*, in *Jus-online*, 2015. Ho trattato di questa dicotomia in *Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali*, in *TCRS*, 2014, p. 27 ss. Sul piano psicologico, una prospettiva relazionale nel cui orizzonte cogliere la stessa autodeterminazione è descritta in R. ARDONE-C. CHIAROLANZA, *Relazioni affettive, I sentimenti nel conflitto e nella mediazione*, Bologna 2007, p. 66.

⁵A proposito della mediazione la dialettica tra *self-determination* e l'esigenza di un *normative content* come requisito per la giustizia della mediazione è una specie di *Leit-motiv*, come sostiene E. WALDMAN, *The Concept of Justice in Mediation: A Psychobiography*, *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2006, p. 247: «*At various points in the field's history, the notion that justice in mediation consists of fully maximized disputant self-determination holds way. At other historical moments, a tentative consensus appears to recognize that justice in mediation requires normative content independent of the disputants' beliefs and values.*»

Inoltre, l'accordo che eventualmente viene prodotto attraverso la mediazione è destinato a un controllo dell'autorità giudiziaria che nel caso riguardi i figli non è eliminabile: art. 3, co. 8 «L'efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto a seguito del procedimento di mediazione familiare deve in ogni caso essere omologata dal tribunale competente per territorio ai sensi del codice di procedura civile»⁶.

D'altra parte, nella patologia della vicenda familiare, è scontato che l'autonomia abbisogni di una assistenza esterna, tanto più quando sono in gioco gli interessi dei figli minori d'età. Riguardo a questo profilo non pare appropriato parlare *sic et simpliciter* di «diritto dei genitori di decidere sul futuro dei loro figli», espressione che sembra riportarci in una cornice paternalista in senso deteriore e che potrebbe innescare interpretazioni maliziose dello stesso d.d.l. n. 735/2018. Quelli dei genitori, come bene sottolinea la Costituzione, sono *doveri e diritti*, con una significativa inversione, rispetto alla più comune formula del diritto-dovere, in favore del *primato del dovere* che diviene diritto solo sotto il profilo negativo nei confronti di eventuali indebite ingerenze dall'esterno. Oggi la funzione genitoriale è compendiata con l'espressione responsabilità genitoriale, nell'ambito della quale l'autonomia non implica arbitrio genitoriale, ma rimane funzionalizzata al bene dei figli o a quello che si suole chiamare il loro miglior interesse. Lo stesso disegno di legge contraddice l'idea di un potere dei genitori di decidere sul futuro dei figli proprio quando stabilisce le più innovative modifiche della disciplina dell'affidamento condiviso. Lo spazio decisionale dei genitori viene infatti ridotto nella misura in cui il disegno di legge intende rafforzare la regola dell'affidamento condiviso in senso materiale sia dal punto di vista della *share residence* sia dal punto di vista cronologico⁷.

Del resto, *l'indisponibilità dell'interesse dei figli* è alla base della disciplina

⁶ Il testo, anziché parlare di omologazione dell'accordo sulla falsariga dell'art. 150 c.c., riferisce l'omologazione all'efficacia esecutiva aprendo qualche possibile dubbio interpretativo.

⁷ D.d.l. n. 735/2018, art. 11 (Modifica dell'articolo 337-ter del codice civile): 1. L'articolo 337-ter del c.c. è sostituito dal seguente «Art. 337-ter. – (Provvedimenti riguardo ai figli). – *Indipendentemente dai rapporti intercorrenti tra i due genitori, il figlio minore, nel proprio esclusivo interesse morale e materiale, ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con il padre e con la madre, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambe le figure genitoriali, con paritetica assunzione di responsabilità e di impegni e con pari opportunità. Ha anche il diritto di trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici o equipollenti, salvi i casi di impossibilità materiale. Qualora uno dei genitori ne faccia richiesta e non sussistano oggettivi elementi ostativi, il giudice assicura con idoneo provvedimento il diritto del minore di trascorrere tempi paritetici in ragione della metà del proprio tempo, compresi i pernottamenti, con ciascuno dei genitori. Salvo diverso accordo tra le parti, deve in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre, salvo comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio minore.*».

dei provvedimenti relativi ad essi fin dai tempi della riforma del 1975. Perciò le convenzioni dei coniugi circa l'affidamento della prole, e così pure le domande formulate in giudizio da un coniuge senza opposizione dell'altro, non sono vincolanti per il giudice, il quale può sempre disattenderle se le ritiene non convenienti all'interesse della prole. Deve però tenerne conto, prenderne atto, così che la sentenza sarebbe impugnabile se disattendesse le domande delle parti o il loro accordo senza un'adeguata motivazione che ne dimostri la non conformità all'interesse dei figli. Inoltre, il giudice non è vincolato dal principio dispositivo, che gli imporrebbe di giudicare esclusivamente secondo le allegazioni e le prove prodotte dalle parti. Ai fini dei provvedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli egli è munito di poteri inquisitori, che gli consentono di acquisire d'ufficio prove o qualsiasi elemento utile, comprese le informazioni di polizia giudiziaria⁸.

Anche la Corte Edu fin dal celebre caso *Marckx v. Belgio* riconosce che il principio della tutela della vita privata e familiare ammette obblighi dello Stato di intervento a protezione dei diritti dei componenti della famiglia specialmente se si tratti di minori⁹.

Coerente con l'art. 30 Cost. è la logica della bigenitorialità (o cogenitorialità) che fin dall'inizio ha ispirato la disciplina del c.d. affidamento condiviso, per la quale «*anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*». Se il matrimonio dei genitori si può sciogliere e se i genitori, coniugati o no, si possono separare, la loro qualità di genitori (dello stesso figlio) non viene meno, e ciò vale sia nei confronti dei figli sia tra i genitori medesimi. Di qui il senso di una disciplina che imponga un adeguamento delle condizioni della separazione in modo da non pregiudicare il diritto dei figli di mantenere un rapporto con entrambi i genitori. Obiettivo che sarebbe precluso in una prospettiva contrattualista della famiglia la quale vorrebbe tutto disponibile in capo ai genitori.

3. Mediazione e figli: neutralità o neutrità del mediatore?

Di per sé la mediazione familiare non è ritenuta un vero e proprio mezzo di risoluzione alternativa della controversia, dato che la mediazione non porta

⁸ Lo affermava già L. MENGONI (*Affidamento del minore nei casi di separazione e divorzio*, in *Jus*, 1983, p. 246) richiamando Trib. Napoli, 6 maggio 1980, in *Giur. merito*, p. 925.

⁹ Corte Edu, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in *Riv. dir. int.*, 1980, con nota di Daulle, *Filiazione naturale e diritti umani*, p. 35 ss.

direttamente alla soluzione giuridica della questione, la quale invece abbisogna sempre di un momento giuridico sia esso giudiziario o di negoziazione assistita¹⁰. Inoltre, si tende a ravvisare nel mediatore una funzione facilitativa, ossia rivolta a favorire la composizione spontanea degli interessi in conflitto, più che valutativa, cioè funzionale a una soluzione eteronoma della controversia. Al riguardo, va precisato, però, che la logica facilitativa non dovrebbe essere estremizzata, dal momento che nei casi in cui la questione abbia riguardo anche ai provvedimenti relativi ai figli la mediazione non può prescindere dall'obiettivo della tutela dell'interesse morale e materiale di questi ultimi. Sicché, ove sia in gioco il miglior interesse dei figli, la posizione del mediatore non dovrebbe degradare dalla neutralità, il non parteggiare per alcuna delle parti, alla neutrità, ossia all'indifferenza verso l'esito dell'accordo nei riguardi dei figli e quindi verso la rilevanza di tale punto di vista nella formazione dell'accordo.

Da questo angolo visuale, il ruolo del mediatore e forse anche la sua responsabilità dovrebbero essere pensate tenendo conto di questo obiettivo che rimane centrale, come si evince chiaramente dall'art. 337-*octies*, ultimo comma: «*Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo*, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

D'altra parte, l'interesse generale a una promozione della mediazione si coglie in modo elettivo proprio quando si tratta della ristrutturazione delle relazioni fra le parti in vista della tutela dell'interesse morale e materiale dei figli. Non a caso i pur sporadici e poco sistematici riconoscimenti legislativi della mediazione la inquadrano proprio nell'ambito della tutela dei minori. Si pensi alla legge 28 agosto 1997, n. 285 (*“Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza”*) che all'art. 4, lett. i) inserisce la mediazione familiare tra i servizi utilizzabili per perseguire le finalità della Convenzione di New York del 1989 e naturalmente l'art. 337-*octies* c.c.

Così pure il richiamo della mediazione familiare contenuto nell'art. 342-*ter* c.c. fa riferimento alla tutela di donne e minori vittime di abusi. Inoltre, tale strumento può essere visto come inserito nella linea del rispetto della famiglia

¹⁰ Da questo punto di vista, peraltro, nemmeno forse la definizione che la inquadra come «uno strumento informale di regolazione del conflitto integrativo delle controversie familiari» è del tutto adeguata, appunto perché sembra ravvisarvi una funzione regolativa, mentre lo specifico della mediazione dovrebbe essere quello della gestione del conflitto in funzione di ristrutturazione delle relazioni e di formazione di un accordo che poi il giudice dovrà omologare o che eventualmente potrebbe essere utilizzato in una procedura di negoziazione assistita.

quale istituzione che predilige forme di composizione del conflitto mediante accordo piuttosto che la logica avversariale della contrapposizione processuale. Tale linea di rispetto aveva ispirato in fondo anche la logica del coinvolgimento del giudice seguita dagli artt. 145 e 316, co. 3, c.c. In quest'ottica, ma con taglio più moderno, sembra muoversi l'art. 13 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, alla stregua del quale «*al fine di prevenire o di risolvere i conflitti e di evitare procedimenti che coinvolgono minori dinnanzi ad un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di risoluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che le Parti riterranno opportune*». In effetti, il valore della mediazione familiare ha trovato riconoscimento prima nelle istituzioni europee che nel nostro ordinamento. Si pensi alla raccomandazione 21 gennaio 1998, n. 616 R (98) 1 che invita gli Stati membri a introdurre o promuovere la mediazione familiare e, ove necessario, rafforzare la mediazione quale processo in cui un terzo, imparziale e neutrale, assiste le parti nel negoziare le questioni oggetto della lite in vista dell'accordo. E più di recente la raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 23 novembre 2003, n. 1639 ribadisce l'esigenza di «*promuovere l'affermazione della mediazione familiare negli ordinamenti degli stati membri, stimolando la definizione del rapporto tra essa e l'attività dell'autorità giudiziaria, nonché emanando precise regole di funzionamento*».

Invero, il principio del superiore interesse del minore che si è consolidato sia sul piano internazionale sia su quello del diritto interno rischia di rimanere semplicemente sulla carta se viene destrutturata proprio quella dimensione familiare che ancora oggi è ritenuta il luogo migliore in cui un bambino possa crescere. La stessa Corte Edu, ad esempio, ha ribadito in molte occasioni il diritto del minore di conservare una relazione stabile col proprio ambiente familiare riconducendolo all'art. 8 della Cedu che tutela appunto la vita privata e familiare.

4. *Bigenitorialità e superiore interesse del bambino.*

La disciplina dell'affidamento condiviso è un campo di applicazione del principio del superiore interesse del minore che trova tradizionalmente il suo spazio proprio nei settori in cui la famiglia è lacerata dal conflitto, mentre nella fisiologia familiare l'interesse del minore in linea di massima è affidato alla concretizzazione dei genitori o al dialogo fra questi ultimi e il figlio come prevede il § 1626 BGB. Solo nei casi più gravi, cioè quando vi siano gravi violazioni da parte dei genitori, esso può trovare una qualche applicazione¹¹.

¹¹ Di recente, si è sottolineata una differenza linguistica della versione anglosassone che fa