



PIERLUIGI MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, in *Modelli e Rimedi*, collana diretta da Adolfo di Majo, Giappichelli, Torino, 2013.

La mediazione e la rinnovata prospettiva rimediale in ambito familiare, civile e commerciale

“La mediazione nella tutela della famiglia” costituisce il titolo del pregevole volume scritto da Pierluigi Mazzamuto, edito nel 2013 da Giappichelli e pubblicato sulla prestigiosa collana *Modelli e Rimedi* diretta da Adolfo di Majo. L’interessante lavoro merita l’attenzione della civilistica italiana per il riuscito tentativo di ricondurre l’affermazione della mediazione tra le principali direttrici riscontrabili nell’evoluzione del sistema delle tutele giudiziarie ed extragiudiziarie.

La piacevole lettura suggerisce alcune valutazioni di più ampio respiro sull’affermarsi e rinnovarsi della prospettiva rimediale in ambito familiare, civile e commerciale che, è stato facile prevedere, si sta accentuando col passare degli anni. In tal senso, sono ravvisabili una pluralità di indicazioni risultanti non solo a livello internazionale ed europeo, puntualmente segnalate dall’autore, ma anche nella recente legislazione nazionale che ha visto l’introduzione di ulteriori significative normative durante la fase di stampa del volume e nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione. Tra le più importanti novità assumono particolare rilievo la reintroduzione dell’obbligatorietà della mediazione civile e commerciale per effetto del decreto c.d. del fare (d.l. 69/2013, conv. l. 98/2013) e, altresì, il varo delle misure urgenti di degiurisdizionalizzazione del contenzioso (d.l. 132/2014, conv. l. 162/2014) che coinvolgono anche il diritto di famiglia.

L’autore affronta l’innovativo e complesso istituto giuridico della *mediation* di matrice statunitense impostando l’impianto della ricerca sulla scorta di due principali criteri ricostruttivi, entrambi riferiti al diritto di famiglia, concernenti sia il campo applicativo che il taglio funzionale. La scelta redazionale è da apprezzare e si dimostra felice per molteplici ragioni che emergono con chiarezza nello svolgimento dell’articolato lavoro diretto non solo ad indagare l’essenza della mediazione ma anche a ricostruire la disciplina ad essa applicabile, stante la frammentarietà della vigente normativa italiana.

Tra i sistemi di risoluzione extragiudiziarie delle controversie, oramai conosciuti con l’acronimo inglese *a.d.r.* (*alternative dispute resolution*), ha assunto una centrale rilevanza proprio la mediazione, intesa quale procedimento semplificato, duttile, economico e riservato, finalizzato alla ricerca di un componimento amichevole e condiviso dalle parti contendenti che si avvalgono della qualificata assistenza prestata da un professionista terzo, imparziale e competente il quale rimane privo dei poteri di esprimere valutazioni e di adottare decisioni vincolanti. Siffatta nozione di mediazione è stata enucleata in maniera volutamente aperta e quasi generica dagli esperti teorici e pratici che si occupano della materia nello sforzo di raccogliere sotto la mede-



sima denominazione invalsa nel linguaggio internazionale una realtà fenomenica tanto ampia quanto eterogenea. Da alcuni decenni invero la mediazione registra un'inarrestabile diffusione che spazia dagli ambiti applicativi privatistici a quelli pubblicistici, sia interni che internazionali, assumendo configurazioni e discipline assai differenti a seconda degli ordinamenti giuridici e delle molteplici fonti normative e di altra natura, amministrativa, negoziale e deontologica che volta per volta assumono rilievo.

Con il riferimento al diritto di famiglia operato dall'autore, anzitutto parrebbe soddisfarsi la necessità di una puntuale delimitazione del campo della ricerca rispetto alle restanti e più vaste aree giuridiche privatistiche, oltre che pubblicistiche, nelle quali si trovano ad operare i meccanismi di autocomposizione dei conflitti e la stessa mediazione. Alla mediazione familiare, inoltre, corrisponde una specifica configurazione che risulta coerente alla peculiare natura giuridica e alla fondamentale rilevanza costituzionale dei diritti coinvolti, in ragione delle normative dettate a livello internazionale e nazionale per conformare gli statuti delle organizzazioni familiari, anche per quanto concerne la soluzione dei conflitti nella pendenza del rapporto e persino nella fase successiva alla crisi dissolutrice del vincolo matrimoniale o della convivenza *more uxorio*. La mediazione familiare, infatti, ha ricevuto a livello europeo, come pure negli ordinamenti degli Stati, sia all'interno che all'esterno dell'Unione, apposite discipline ben illustrate dall'autore che si affiancano e, per tanti aspetti, si differenziano le une dalle altre, oltre che rispetto a quelle di portata più ampia e generale stabilite per la risoluzione delle controversie civili e commerciali. Nella mediazione familiare, pur nelle diverse varianti organizzative che sono state finora sperimentate, la garanzia dei valori istituzionali della famiglia e di quelli personali di chi la compone assumono rilievo decisamente preminente rispetto alla gestione degli interessi meramente patrimoniali delle parti contendenti nelle comuni contese di stampo economico.

La presenza di una pluralità di discipline differenziate della mediazione, pertanto, solleva una serie di questioni fortemente dibattute e tuttora controverse aventi carattere sia teorico concettuale che pratico applicativo legate alla configurabilità del medesimo meccanismo tecnico giuridico. Una tale opzione ricostruttiva presuppone che si riesca a ravvisare un fondamento comune, un'essenza condivisa malgrado la notevole varietà di articolazioni contenutistiche delle regole di concreto funzionamento della mediazione, a seconda degli ambiti applicativi e delle esigenze di tutela da soddisfare. L'indagine funzionale, in questo senso, contribuisce all'individuazione della natura giuridica della mediazione intesa come *genus* e alla ricostruzione dell'atteggiarsi delle discipline delle sue varie *species*, a cominciare da quella familiare oggetto di indagine approfondita.

La tutela della famiglia, nella prospettiva sviluppata e auspicata dall'autore, costituisce l'ulteriore chiave funzionale d'indagine del meccanismo compositivo extragiudiziario da applicare sia in via preventiva, che in via rimediabile nella gestione amichevole delle crisi tra coniugi, figli e gli altri componenti delle famiglie. I conflitti familiari orizzontali e verticali, come segnalato nel volume, si radicano in un sistema familiare che si declina anch'esso secondo una plura-

JUS CIVILE



lità di formule organizzative, tradizionali ed innovative, che rispecchiano l'evoluzione liquida delle società verso la complessità e la molteplicità di valori. La connotazione pluralistica è ampiamente diffusa sul piano normativo e radicata nella realtà sociale. Invero, tanto emerge sia dalla comparazione delle differenti legislazioni adottate dai vari Paesi, nelle quali concorrono più statuti familiari, sia dalla concreta osservazione dell'eterogenea composizione delle compagini familiari nelle quali con sempre maggiore frequenza convivono molteplici culture, valori e sensibilità che rispecchiano l'attuale pluralismo sociale. In questi contesti multiculturali, l'approccio giuridico più appropriato ed efficiente nel governo delle dinamiche relazionali, tanto nella formulazione delle norme, quanto nella gestione dei conflitti che insorgono nelle formazioni sociali, dovrebbe essere improntato ai canoni del *soft law*. Nell'osservanza degli irrinunciabili principi cardine del sistema, è senz'altro da favorire la ricerca di soluzioni equilibrate e condivise tra i portatori delle varie posizioni e dei contrastanti valori e interessi che si fronteggiano. Per garantire la coesione familiare e sociale, in attuazione dell'inderogabile vincolo della solidarietà che lega reciprocamente i soggetti in conflitto, ciascuno responsabilmente dovrebbe riprendere consapevolezza che i propri diritti sono tutelati nella misura in cui si rispettano quelli altrui.

Attraverso la mediazione familiare, piuttosto che per il tramite dell'intervento dell'autorità giudiziaria, pertanto, si riuscirebbe a garantire meglio l'esistenza e il corretto funzionamento delle compagini familiari, oltre che la tutela dei diritti, per tanti aspetti indisponibili, di quanti le compongono. Lungi dal perseguire finalità processuali di deflazione dell'enorme contenzioso giudiziario, ovvero dal porsi obiettivi mercantili di sviluppo delle dinamiche del mercato nazionale, europeo e internazionale sottese alla previsione della mediazione nelle controversie civili e commerciali sui diritti disponibili, secondo l'autore, la mediazione familiare avrebbe una sua propria finalità strettamente rivolta a garantire la famiglia e i diritti indisponibili dei soggetti più deboli, di regola, individuati nei figli minori e con disabilità, oltre che nel coniuge o convivente privo di adeguate risorse.

Per le fonti normative internazionali ed europee, invero, la mediazione familiare corrisponde all'esigenza precipua di adozione delle modalità extragiudiziarie più appropriate di tutela dei diritti dei fanciulli nelle crisi familiari. Proprio i figli minorenni sono i soggetti più indifesi che vengono esposti ai peggiori sacrifici psicofisici, quali vittime involontarie, spesso strumentalizzate, delle dinamiche difensive e ritorsive innescate dai genitori davanti all'autorità giudiziaria. La stessa riforma italiana dell'affido condiviso, nell'affermare il principio della bigenitorialità nella cogestione della relazione filiale conseguente alla crisi familiare, non a caso, ha costituito l'occasione per l'introduzione all'interno del corpo del codice civile dei più significativi riferimenti normativi dedicati alla mediazione familiare, pur senza arrivare alla formulazione di una disciplina organica ed esaustiva. Con l'accostamento normativo all'affidamento condiviso che è stato operato nel libro primo del codice civile (art. 155 *bis*), sul piano funzionale, si segnalano le finalità importanti che la mediazione familiare è chiamata a svolgere non solamente nella ricer-

JUS CIVILE



ca della risoluzione amichevole dei conflitti insorti, se non della pacificazione e riconciliazione, quanto nel favorire l'educazione e la responsabilizzazione dei genitori e dei componenti della famiglia all'altrui rispetto, all'ascolto delle posizioni di tutti, compresi i minori e quanti siano in tutto o in parte privi di autonomia, al dialogo continuo e al confronto pacifico finalizzato alla pratica della gestione partecipata e condivisa delle relazioni familiari.

Nel vigente diritto di famiglia, risultato di varie riforme e numerosi interventi che a più riprese si sono succeduti nello sforzo di adeguare le più risalenti e autoritarie disposizioni dell'originario impianto codicistico di stampo patriarcale ai principi costituzionali di uguaglianza, solidarietà e tutela dei diritti inviolabili, sono ravvisabili discipline che riconoscono spazi crescenti di flessibilità e disponibilità nei contenuti degli statuti giuridici, dentro e fuori del matrimonio, che esaltano l'autonomia privata. L'accordo tra componenti dei nuclei familiari, pertanto, assurge a via principale di costituzione, regolazione e gestione degli assetti di indole personale e patrimoniale, ancorché nel doveroso rispetto dei limiti inderogabili ricavabili dal sistema delle fonti nazionali, europee e internazionali. Nella rinnovata cornice ordinamentale, come bene sottolinea l'autore, in caso di controversie irrisolvibili all'interno della famiglia per mancanza di accordo, il ricorso alla decisione imposta dall'autorità giudiziaria si atteggia a misura fortemente intrusiva, perciò da utilizzare in via soltanto residuale. Sono decisamente più congeniali ed efficaci gli strumenti alternativi di ricerca delle soluzioni amichevoli e condivise tra i contendenti mediante l'assistenza qualificata di professionisti specializzati nel servizio di mediazione familiare.

Per avere successo e riuscire a realizzare le auspiccate finalità educative e preventive, la mediazione familiare dovrebbe essere impostata, organizzata e gestita con elevata competenza professionale, secondo gli standard qualitativi elaborati dagli studiosi stranieri e italiani della materia. La qualità del servizio di mediazione, come sottolinea l'autore, impone di avvalersi di professionisti altamente specializzati, con un'ampia esperienza nella gestione dei conflitti familiari, in possesso di un'adeguata formazione teorica e pratica di carattere interdisciplinare che abbracci i contenuti psicologico-pedagogici e relazionali, oltre che quelli giuridici ed economici. I mediatori devono disporre di tutte le competenze occorrenti per assistere adeguatamente i contendenti nella ricerca di una composizione amichevole dei conflitti e, più in generale, nella corretta gestione delle fasi più critiche e laceranti delle relazioni familiari. Le qualità dei mediatori, tuttavia, non si esauriscono nei percorsi formativi e di tirocinio pratico da seguire, in quanto assumono rilievo attitudini e abilità che, pur affinabili con l'esercizio, si legano alla personalità del professionista capace di sviluppare approcci empatici con i contendenti. In ragione della molteplicità di specializzazioni, abilità comunicative e attitudini personali occorrenti, nel servizio di mediazione dovranno operare più professionisti, da impiegare anche in maniera collegiale in relazione alle concrete esigenze che si prospettano in ogni diversa situazione per garantire la migliore assistenza alle parti in conflitto.

Solamente se impostata nei segnalati termini qualitativi, ancorché non ancora stabiliti dal legislatore italiano, il servizio di mediazione familiare riuscirebbe a soddisfare le molteplici ri-



chieste di tutela provenienti dalle famiglie in crisi, senza esaurirsi nell'aggiunta di un'inutile parentesi extragiudiziale che contribuirebbe ad allungare l'inevitabile percorso giudiziario, finendo per esasperare l'animosità dei contendenti. La perdurante mancanza all'interno del codice civile, come pure nella legislazione italiana, di uno statuto organico dedicato alla mediazione familiare impone agli studiosi e agli esperti della materia la ricerca della disciplina applicabile, tra l'altro quanto ai requisiti formativi e professionali dei mediatori, la strutturazione degli organismi abilitati a gestire i procedimenti, nonché gli ambiti applicativi, i principi e le regole per l'accesso, lo svolgimento e gli esiti del tentativo di composizione amichevole del conflitto. La marcata specialità della mediazione familiare e, comunque, del diritto di famiglia costituisce il principale ostacolo, ben segnalato dall'autore, all'estensione delle soluzioni dettate dalle altre normative settoriali e generali sulla risoluzione extragiudiziale dei conflitti rinvenibili nell'ordinamento italiano a proposito delle singole materie civili e commerciali.

Coloro che si occupano dello studio e della gestione della mediazione familiare, peraltro, sono chiamati a sviluppare un approccio ermeneutico aperto e di più ampio respiro, senza limitarsi alle poche disposizioni codicistiche accompagnate dalle rare pronunce giurisprudenziali finora disponibili. Del pari minimo e, comunque, tuttora insufficiente è stato l'approfondimento che la dottrina giuridica ha riservato al tema, maggiormente indagato dalle altre branche scientifiche legate alla medicina, alla psicologia, alla sociologia, alle lingue e alle tecniche di comunicazione. Nella scienza giuridica, inoltre, la mediazione ha suscitato maggiore interesse nei cultori del diritto processuale che in quelli del diritto sostanziale e, in particolare, dei privatisti. La mediazione per lo più ha ingenerato forti critiche e aspre resistenze tra i giuristi, soprattutto da parte del ceto forense, che ha paventato preoccupazioni sia di tentativi striscianti di limitazione dell'accesso alla giurisdizione e sia di abbassamento delle garanzie di tutela dei diritti. Siffatti atteggiamenti, invero, denotano un approccio chiuso e conservatore nella tutela dei diritti, almeno in buona misura dovuto all'obiettiva arretratezza culturale, formativa e professionale che in Italia scontiamo in materia di a.d.r., se solo ci confrontiamo con le realtà straniere più avanzate, a cominciare da quelle nord americane ed europee.

Di particolare significato, pertanto, risulta il contributo scientifico del giovane civilista palermitano sulla mediazione familiare che conduce un'ampia e approfondita indagine, senza limitarsi al poco materiale giuridico italiano, per tanti aspetti insufficiente per la compiuta ricostruzione della natura giuridica e dei principi fondamentali dell'istituto. L'autore supporta l'incisiva azione ricostruttiva mediante il vaglio scrupoloso di ulteriori elementi significativi che attinge da altri piani di ricerca. Prezioso si dimostra il vaglio dei risultati più avanzati raggiunti attraverso le più approfondite ricerche condotte ad opera di autorevoli studiosi ed esperti che da tempo si sono confrontati sulle esperienze straniere ed internazionali più evolute. In chiave sistematica ed evolutiva, ancora, occorre considerare l'incessante svilupparsi di una pluralità di riferimenti rilevanti per il giurista italiano nel vigente sistema multilivello delle fonti. Nella mediazione, compresa quella familiare, sussistono alcuni principi cardine condivisi a livello internazionale ai

JUS CIVILE



quali attingere, unitamente alle migliori prassi organizzative che gli operatori specializzati hanno elaborato nel corso degli anni e che si sono oramai ampiamente diffuse, consolidandosi nei vari Paesi, compresa l'Italia dove sussistono già alcuni centri pilota e d'eccellenza che erogano il servizio di mediazione familiare. A differenza di quanto accade nel regime pubblicistico dei processi giudiziari, per le tecniche alternative di composizione amichevole dei conflitti ispirate all'autonomia privata non occorre una regolamentazione minuziosa e di dettaglio, che finirebbe per mortificarne l'essenza di meccanismi flessibili, in quanto basta il rispetto di alcuni principi cardine da declinare in base alle concrete esigenze delle parti che si avvalgono del servizio.

Con il recepimento della direttiva 2008/52/CE sui principi comuni ai Paesi membri sulla mediazione per le controversie in materia civile e commerciale, l'ordinamento giuridico italiano dispone oramai di una organica disciplina generale dedicata alla mediazione contenuta nel d.lgs. 28/2010, nel testo risultante dalle molteplici modificazioni succedutesi nel tempo. In pochi anni, peraltro, il sistema della mediazione civile e commerciale è stato pienamente strutturato in tutta Italia grazie all'impulso coercitivo costituito dalla prescrizione dell'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento di composizione amichevole prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria (art. 5). Pur segnalando le aree di sovrapposizione della mediazione familiare e di quella civile (tra l'altro, nelle controversie in materia di divisione, successione ereditaria e patti di famiglia), l'autore tiene a rimarcare le profonde differenze esistenti tra i due sistemi di gestione dei conflitti, in ragione della diversa natura e rilevanza delle posizioni soggettive coinvolte e dei diritti oggetto di contestazione. Pertanto, egli confida nell'introduzione di un'apposita disciplina speciale dedicata alla mediazione familiare, che permetterebbe di definire in maniera puntuale i numerosi profili regolamentari tuttora controversi, senza che vi sia più la necessità di ricorrere all'elaborazione in via interpretativa di soluzioni, invero fortemente opinabili, ricavabili dalla pluralità di indici significativi sparsi nel più generale sistema multilivello della mediazione. Non possono però tacersi i forti rischi legati agli imprevedibili esiti dei delicati equilibri parlamentari che più volte, per effetto di una serie di veti incrociati e di pressioni di stampo corporativistico, anche di recente hanno finito per ostacolare, piuttosto che favorire, lo sviluppo della mediazione tanto auspicato dalle fonti internazionali ed europee.

Dall'osservazione delle dinamiche evolutive del diritto privato, tuttavia, risulta che le distanze tra le aree del diritto di famiglia e quelle del diritto civile e commerciale, per tanti versi, si stanno assottigliando quanto alla disponibilità delle situazioni giuridiche, all'esercizio dell'autonomia privata e ai meccanismi di composizione extragiudiziale delle controversie. Basti solo segnalare, tra le tante, l'ultima e più significativa novità introdotta dal pacchetto di misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile (d.l. 132/2014, convertito, con modifiche, dalla L. 162/2014), che persegue dichiaratamente finalità deflattive applicabili sia al contenzioso civile che a quello familiare. Per la prima volta, in particolare, è stata prevista la possibilità di realizzare una soluzione consensuale di separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio,

JUS CIVILE



nonché di modifica delle condizioni di separazione e divorzio per via extragiudiziale qualora, ancorché nel rispetto di precisi limiti, sia raggiunto l'accordo di entrambi i coniugi mediante due distinte modalità. Nell'una, le dichiarazioni sono rese separatamente dai coniugi direttamente davanti al sindaco, quale pubblico ufficiale dello stato civile, che con la sua presenza garantisce l'autenticità della volontà che raccoglie e pubblicizza. L'accordo però non può contenere patti di trasferimento immobiliare. L'altra, invece, la composizione extragiudiziale si realizza mediante la negoziazione assistita dagli avvocati dei due coniugi. Costoro, in pratica, con l'assistenza qualificata dei rispettivi legali, raggiungono un accordo per la soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo concluso produce i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che definiscono i corrispondenti procedimenti, senza bisogno di omologazione giudiziale, potendo contenere le determinazioni in ordine ai conseguenti profili personali e patrimoniali relativi ai rapporti tra coniugi ed eventualmente i figli. In quest'ultimo caso, sono previste forme di controllo dell'accordo da parte del Procuratore della Repubblica differenziate a seconda che si tratti di minori, maggiorenni, incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

L'accordo così raggiunto, peraltro, è suscettibile di assurgere a titolo esecutivo, ancora una volta, senza necessità di un vaglio giudiziario, qualora gli avvocati ne certifichino la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico. Si tratta, com'è evidente, di novità di straordinaria importanza per il nostro Paese che, seppur in grave ritardo, si allinea alle tendenze più generali verso la degiurisdizionalizzazione del contenzioso, in favore di tecniche di composizione amichevole, che si impongono in tutti i settori.

L'introduzione della tecnica extragiudiziaria della negoziazione assistita, che in Italia viene ripresa dall'esperienza francese, permette di svolgere un'altra interessante considerazione di ordine sistematico alla luce della richiamata novità normativa che ne prevede l'applicazione anche alle controversie civili e commerciali sui diritti disponibili. Più precisamente, l'esperimento della negoziazione assistita costituisce addirittura una condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria nelle controversie in materia di risarcimento dei danni da circolazione di veicoli e natanti e nelle domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori a cinquantamila euro, tranne che nei casi di mediazione obbligatoria per legge, ai sensi dell'art. 5 d.lg.vo 28/2010 (controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari).

Sempre in chiave sistematica, infine, merita un'opportuna segnalazione il rilievo che la procedura di negoziazione assistita con gli avvocati assume anche in materia di tutela dei lavoratori. Per effetto della novellazione dell'art. 2113 del codice civile, disposto con il richiamato pacchetto di misure urgenti di degiurisdizionalizzazione del contenzioso, infatti, l'esclusione della

JUS CIVILE



invalidità delle rinunce e transazioni dei diritti dei prestatori di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge, dei contratto e degli accordi collettivi, opera non solo in caso di conciliazione giudiziale e lavoristica, ma anche in quella conclusa a seguito di una procedura di negoziazione assistita con un avvocato.

Le ultime novità normative appena segnalate, in conclusione, dimostrano come in Italia si stia realizzando la circolazione dei principali modelli extragiudiziali di tutela di stampo consensuale ripresi dalle esperienze straniere ed internazionali, che trovano piena applicazione senza più contrapposizioni settoriali tanto nelle controversie in materia civile e commerciale, comprese quelle lavoristiche, quanto in quelle familiari. In questo senso, con le tecniche extragiudiziali di risoluzione amichevole si affermano altrettanti regimi di disponibilità dei diritti che favoriscono il superamento dei più risalenti e rigidi schemi di indisponibilità delle posizioni familiari, come incisivamente colto dall'autore.

[CARLO PILIA]