

La mediazione familiare in Europa Dott.ssa Margherita Marzario

Tratto dal sito <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/mediazioneineuropamarzario.htm>

INDICE

1. Premessa.
 2. In Inghilterra: dall'information meeting al divorce preventig order.
 3. In Francia: la proximité, la vicinanza emotiva della giustizia.
 4. In Spagna: il derecho comparado español.
 5. In Germania: un nuovo compito del giurista.
 6. In Svizzera: il buon divorzio e il processo di ascolto dei minori.
 7. Nel resto d'Europa.
- Bibliografia

1. Premessa.

Da un'analisi diacronica e sincronica degli ordinamenti giuridici europei emergono varie comunanze nel diritto delle persone e della famiglia:

- nascita del diritto matrimoniale ad opera del diritto canonico (pubblico) che a sua volta si è rifatto al diritto romano (privato);
- oscillazione del diritto matrimoniale e familiare tra privatizzazione e pubblicizzazione;
- pluralità di sistemi matrimoniali e familiari;
- evoluzione della disciplina di separazione e divorzio da "sanzione" a "rimedio";
- tendenza a risolvere pacificamente le controversie tra le parti stesse.

In questo quadro di jus commune si inserisce la diffusione europea della mediazione familiare.

La sensibilità in Europa verso la mediazione familiare ha portato nel 1997 l'Unione Europea a promuovere un'iniziativa denominata Daphne, contenente un programma (giunto alla seconda edizione nel 2004) con lo stesso nome che prevede il finanziamento di progetti di promozione della mediazione familiare e di tutela delle donne e dei minori. Tra questi, quello a cui ha aderito l'Italia, in collaborazione con la Spagna e la Germania, è il Progetto Matilde.

2. In Inghilterra: dall'information meeting al divorce preventig order.

Il primo Paese europeo in cui è giunta la mediazione familiare, in quanto facente parte della sfera del common law è stata l'Inghilterra (e Galles) in cui si fa risalire la nascita di questa tecnica già a metà degli anni '70 quasi contemporaneamente agli U.S.A. (il primo servizio di mediazione familiare nasce a Bristol nel 1978).

Negli anni '80 la diffusione della mediazione riceve un impulso grazie al Consiglio Nazionale di Conciliazione Familiare (NFCC), ente che raggruppa la maggior parte dei servizi di mediazione "indipendente", cioè non legata alle Corti.

Nel 1985 il NFCC elabora congiuntamente con l'Associazione degli Avvocati di Diritto di Famiglia un codice di pratica mediativa, che viene osservato da tutte le organizzazioni affiliate al Consiglio (il NFCC ha preceduto così la figura e l'attività dell'UK College).

All'inizio degli anni '90 sorge un pullulare di organizzazioni, senza però un riconoscimento ufficiale e senza un vero e proprio organismo centrale (a differenza di quanto avviene in Francia).

Accanto alle organizzazioni "individuali", opera lo UK College of Family Mediators, il quale è una sorta di organizzazione "ombrello", istituita cioè da tre corpi preesistenti, la cui formazione avviata il 1° gennaio 1996 si è conclusa con la sua formale presentazione il 17 settembre dello stesso anno. L'UK College, che agisce come un "regolatore dei regolatori", dal 1998 ammette al suo interno tutti coloro che rispettano gli standards da esso stabiliti (tra il 1997 e il 1998 sono risultati iscritti al Collegio, sia come associati sia come membri effettivi, 800 mediatori familiari).

Dopo un ventennio di pratica, nel 1996, sia per far fronte all'elevato numero di divorzi (oltre 50.000 ogni anno) sia per una particolare attenzione che hanno sempre avuto gli inglesi per le tematiche sociali, viene emanata una nuova legge sul divorzio, il Family Law Act (solitamente denominato come FLA 1996/1999, perché l'entrata in vigore, implementation, era prevista, dopo una *vacatio legis* di tre anni, nel 1999 ma è stata poi nuovamente prorogata; solo la Parte IV, sulla violenza domestica, diversamente dal resto del FLA, è entrata in vigore sin dall'ottobre del 1997).

Questa legge (suddivisa in quattro parti, poi in sezioni corrispondenti ai nostri articoli e queste in punti corrispondenti ai nostri commi) si colloca al termine di un percorso legislativo cominciato nel 1969 con il Divorce Reform Act, per cambiare il procedimento di divorzio, e consolidatosi nel 1989 col Children Act, per la tutela dei minori (in cui si parla di *parental responsibility*, responsabilità genitoriale e non di potestà genitoriale e di *parenting plan*, progetto genitoriale che i genitori in via di separazione devono presentare sin dalla prima udienza).

La novità principale del FLA è l'abolizione dell'uso dell'asserzione della colpa dell'altro coniuge per la richiesta di divorzio.

Il legislatore è stato spinto a questa innovazione perché sino ad allora in Inghilterra vi era stato un continuo incrementarsi delle richieste di divorzio adducendo, come cause di fallimento del matrimonio, quelle basate sulla colpa dell'altro coniuge (cioè l'adulterio ed il comportamento intollerabile) non tanto perché ciò corrispondesse al vero, quanto piuttosto perché in quei casi la procedura era, senz'altro, più rapida, potendosi infatti ottenere il divorzio in soli tre mesi. Tale sistema, fra i vari aspetti negativi, contribuiva ad inasprire i rapporti tra le parti, a danno soprattutto dei figli, qualora ve ne fossero, e con riverberi sociali ed economici ed è tutto quanto il FLA si propone di evitare.

Infatti nella Section 1 sono enucleati quattro principi generali:

- "a) l'istituto del matrimonio deve, in ogni modo, essere tutelato;
- b) nel caso in cui i coniugi si accorgano che la loro relazione attraversa una profonda crisi, costoro dovranno essere in ogni modo incoraggiati nell'intraprendere ogni via praticabile per tentare di salvare l'unione;
- c) nel caso in cui la stabilità del matrimonio sia ormai irrimediabilmente compromessa, lo scioglimento del vincolo dovrà avvenire riducendo al massimo gli affanni (stress) tanto per i coniugi, quanto per i figli; attraverso comportamenti, reciprocamente tenuti dai coniugi, che permettano il permanere del miglior rapporto possibile tra di essi, con particolare riguardo ai figli ed ai rispettivi interessi di natura economica; contenendo al massimo i costi della procedura volta ad ottenere lo scioglimento del vincolo;
- d) qualunque probabile rischio dipendente da un eventuale comportamento violento tenuto da un coniuge nei confronti dell'altro o dei figli dovrà per quanto possibile essere estremamente contenuto o, addirittura, eliminato".

Questi principi, che hanno anticipato per sommi capi il Preambolo della R(98)1, richiamano il contenuto della Sec.1730 California's Code del 1939 (vedi § 1 Cap. I) e i quattro principi enucleati dal legislatore catalano nel Codice di Famiglia del 1997 a riprova che l'attenzione del legislatore per l'istituto familiare non ha limiti né di tempo né di spazio.

Fondamentalmente le finalità del FLA sono due: massima tutela del matrimonio e dell'unità familiare; in caso di inevitabile fallimento del matrimonio, centralità della mediazione familiare.

Il procedimento di divorzio passa attraverso varie fasi (check points).

Inizialmente è previsto un information meeting (incontro informativo) al fine soprattutto di fornire informazioni relative ai vari servizi di supporto alla famiglia, tra cui la mediazione, e aiutare la coppia a comprendere le conseguenze del divorzio, particolarmente per i figli.

Tre mesi dopo l'incontro informativo al giudice competente può pervenire la dichiarazione di break down marriage, individuale o congiunta, mediante la quale le parti attestino il fallimento del rapporto matrimoniale (Sections 5 e 6 del FLA; in tale dichiarazione non deve essere necessariamente affermato che il matrimonio è in crisi in modo irreparabile, perché l'irreparabilità della rottura viene riconosciuta successivamente e formalmente dal giudice).

La Section 7 prevede il period for reflection and consideration (periodo di riflessione e valutazione), che può durare, salvo eccezioni, da un minimo di nove mesi (a decorrere dal quattordicesimo giorno successivo alla data in cui il giudice competente è investito della questione) ad un massimo di ventisette mesi. Questo spatium deliberandi è esplicitamente finalizzato a fare in modo che i coniugi "considerino la possibilità di salvare il rapporto matrimoniale riconciliandosi e, ove ciò fosse impossibile, riflettano approfonditamente circa l'impostazione del proprio futuro al di fuori della coppia, valutando con ponderazione gli effetti delle proprie decisioni" (Section 7 (1) (2)).

Ove la riconciliazione non fosse possibile, lo scopo principale del periodo di riflessione e valutazione è consentire alla coppia di concordare le modalità della separazione attraverso l'automediazione o l'eteromediazione.

L'automediazione si esplica negli accordi, di cui alla Section 9, mediante i quali i coniugi regolamentano i reciproci diritti e doveri di natura economica o riguardanti l'eventuale prole. Tali convenzioni dovranno, poi, essere sottoposte all'esame del giudice competente, affinché questi ne valuti la congruità prestando particolare attenzione alle disposizioni relative alla coppia ed al modo in cui viene tutelato il best interest dei minori. Gli accordi previsti nella Section 9 del FLA, tuttavia, non rappresentano una novità nell'ordinamento giuridico inglese. Da oltre un secolo, infatti, la giurisprudenza anglosassone ha elaborato la figura dei c.c. dd. separation agreements, di quegli accordi cioè mediante i quali i coniugi stabiliscono di separarsi specificando al contempo i termini della separazione stessa. Nonostante la legge del 1996 non li menzioni esplicitamente, i separation agreements costituiscono lo strumento analogicamente più vicino, oltre che il diretto antecedente, agli accordi previsti in astratto dalla Section 9 del FLA. Visto che nella legge mancano tanto uno schema di convenzione quanto precise linee di guida per la stipulazione (previste solo per gli accordi relativi alla prole nella Section 11), i separation agreements sono un valido modello di riferimento.

Successivamente la Section 13 (Directions with respect to mediation) prevede che il giudice, in qualsiasi momento del procedimento, può, su richiesta delle parti o d'ufficio, indirizzare le parti a partecipare ad un incontro esplorativo presso un servizio di mediazione (eteromediazione), affinché siano date loro spiegazioni sul procedimento di mediazione e i coniugi possano valutare se è l'intervento adatto per le loro controversie.

Alla mediazione è dedicata tutta la Parte III.

Il procedimento termina col divorce order (Section 9) oppure, come prevede la Section 10, nel caso in cui soltanto uno dei coniugi abbia richiesto il divorzio, il giudice adito, dietro istanza dell'altro coniuge, può disporre che l'unione matrimoniale non debba essere dissolta. Un simile provvedimento (order preventing divorce) può essere adottato soltanto se venga giudizialmente accertato: a) che lo scioglimento del rapporto coniugale si tradurrebbe in un eccessivo sacrificio, non soltanto economico, per la parte che si troverebbe a subire il divorzio o per l'eventuale prole e b) che, considerate tutte le circostanze del caso (comprese la

condotta dei coniugi e il preminente interesse dei figli), lo scioglimento del rapporto coniugale equivarrebbe ad un errore.

La normativa del FLA rappresenta sicuramente un notevole sforzo legislativo che ha portato a risultati positivi: incontro informativo dei separandi, pluralità di servizi a sostegno della famiglia, promozione della mediazione familiare, rimedi per fronteggiare e limitare il più possibile gli episodi di violenza domestica, rappresentazione del divorzio non come mero procedimento giuridico e giudiziario ma come percorso di vita che, soprattutto quando vi sono dei figli, non si esaurisce con il provvedimento del giudice ma si svolge nel tempo.

Se certi sono gli aspetti positivi non mancano, però, quelli negativi.

Innanzitutto la legge del 1996 non fornisce una definizione della mediazione né dei criteri o degli standards cui fare riferimento così come non prevede i requisiti di formazione e di accesso all'attività di mediazione né il controllo su questa (a differenza della legge catalana).

Alcune di queste lacune sono state in parte ovviate dagli statuti, regolamenti e codici di condotta delle numerose organizzazioni di mediazione familiare.

Nel FLA è sottovalutato il ruolo degli avvocati (visti quasi come dei fomentatori di un distruttivo antagonismo, o come causa determinante di insostenibili costi a carico delle parti in lite), che hanno l'obbligo specifico di informare le parti dell'esistenza e della fruibilità di altri servizi, tra cui la consulenza matrimoniale e la mediazione. La legge del 1996 se da un lato ha suscitato l'ostilità di parte degli avvocati, dall'altro potrebbe favorire l'incrementarsi di due fenomeni positivi già evidenti da tempo: la specializzazione degli avvocati in questioni di diritto di famiglia e una costruttiva collaborazione tra diversi tipi di professionisti (c. d. comediazione), al fine del raggiungimento di un risultato ottimale in termini di riduzione di tempo, di stress e di costi per le parti in causa e per la società.

Il legislatore inglese si occupa della mediazione familiare inserita nel procedimento di separazione e divorzio quando la crisi coniugale e familiare è spesso irreversibile, quindi è più una divorce mediation che una family mediation.

Il period for reflection and consideration previsto dalla Section 7, commendevole per gli intendimenti del legislatore, appare fondato su una visione semplicisticamente ottimistica della realtà.

La volontarietà della mediazione in più punti è contraddetta. Infatti sin dallo information meeting le parti vengono incoraggiate a considerare il ricorso ai servizi di mediazione familiare; gli avvocati hanno l'obbligo di informare le parti sulla mediazione.

Il giudice ha il potere di ordinare che le parti partecipino ad un incontro di mediazione (S.13); l'ordine specifica anche la persona che condurrà l'incontro e richiede che questa stenda una relazione che informi il giudice se le parti hanno partecipato all'incontro e se hanno acconsentito a partecipare ad incontri successivi con il mediatore familiare. Successivamente (Section 14 Adjournments) è previsto il potere del giudice di disporre dei rinvii, inclusi alcuni destinati a cercare di risolvere amichevolmente le controversie. Alla fine di questi rinvii il giudice chiederà una relazione che riferisca se le parti hanno iniziato e preso parte ad alcuna mediazione; se è stato raggiunto qualche accordo; se sono state risolte questioni e fino a che punto; se è necessaria altra attività di mediazione e se si ritiene che il proseguire con la mediazione sia potenzialmente proficuo.

Quest'ultima disposizione come tutta la disciplina rischia di determinare una burocratizzazione della mediazione familiare (come è avvenuto in Italia per il tentativo di conciliazione ad opera del presidente del Tribunale), inutili lungaggini e una coazione al mantenimento del vincolo matrimoniale.

Tanto gli aspetti positivi quanto quelli negativi del FLA costituiscono di certo una checklist per il legislatore e gli operatori italiani.

3. In Francia: la *proximité*, la vicinanza emotiva della giustizia.

Il primo Stato europeo a legiferare in materia di mediazione familiare e che oggi conta il più elevato numero di centri (più di un centinaio) è la Francia.

Qui i prodromi della mediazione familiare si rinvergono nell'EPE (*École des Parents et des Educateurs*), nata nel 1929 e dichiarata di pubblica utilità nel 1952, oggi conta venti sedi affiliate e gode di finanziamenti pubblici. Offre un servizio di appoggio per il superamento delle difficoltà che possono sorgere in una famiglia e svolge molta attività di formazione per operatori delle varie branche socio psico pedagogiche interessate, curando anche la pubblicazione di testi e riviste specializzati. Gli operatori, tutti scelti tra coloro che hanno esperienze di lavoro in materia, seguono un corso di formazione basato su un testo del 1988.

È proprio negli anni '80 che, per l'influenza canadese, si sviluppa e si diffonde la vera e propria mediazione familiare.

In principio si presenta come una pratica privata nel seno di associazioni preoccupate di questioni familiari. Solo più avanti istituzioni governative, come la Segreteria di Stato per i Diritti delle Donne o il Ministero di Giustizia, si interessano alla mediazione familiare e promuovono inchieste e la messa in pratica di progetti pilota.

Come in Inghilterra e Galles, anche in Francia la diffusione della mediazione si innesta in un percorso legislativo sul diritto delle persone e della famiglia, tra cui la legge del 22 luglio 1987 sull'autorità parentale e la legge dell'8 gennaio 1993 relativa alla famiglia.

Nel 1988 a Parigi nasce la prima associazione specifica di mediazione, l'Association pour la Promotion de la Mediation Familiale (APMF), fondata su iniziativa di un gruppo interdisciplinare di avvocati, magistrati, associazioni di genitori, assistenti sociali, educatori, psicologi ed avente funzione di creazione e coordinamento dell'attività di mediazione.

Nel 1989, un primo progetto di legge sulla mediazione giudiziale è elaborato e approvato dall'Assemblea Nazionale il 5 aprile 1990, ma bocciato dal Senato poiché contrario alla creazione di una nuova professione.

Nello stesso 1990 l'APMF adotta il proprio codice deontologico che rappresenta il primo atto scritto francese sulla mediazione familiare e che ancora oggi è un paradigma per la sua completezza e la sua avanguardia.

Nel 1991, con l'impegno dell'APMF, la Commissione sulla Formazione del Mediatore Familiare redige la Charte Européenne de la formation des médiateurs familiaux dans les situations de divorce et separation.

La Carta, a cui nel 1992 aderiscono diversi Paesi europei tra cui l'Italia, ha l'obiettivo di garantire ordine, coerenza, omogeneità e professionalità in un settore ancora oggi contraddistinto da proposte tra le più diversificate.

Dopo sei anni dal primo progetto di legge, l'8 febbraio 1995 è approvata la legge n. 95125 sull'organizzazione giurisdizionale e il processo civile, penale e amministrativo che disciplina la mediazione giudiziaria a cui segue il decreto di applicazione n. 96652 del 22 luglio 1996, il cui art. 2 introduce il Titolo VI bis, riferito alla mediazione, nel Libro I del Nuovo Codice di Procedura Civile. Per l'elaborazione dei testi sono stati consultati gli avvocati, i magistrati e le associazioni di mediazione.

Grazie alla sinergia francese, un'altra pietra miliare nel conseguimento di una definizione unitaria a livello europeo del significato di mediazione familiare è posta a Marsiglia nel 1997 con la costituzione del Forum Europeo per la formazione e la ricerca in mediazione familiare, che è un'associazione composta da più di 75 centri di formazione di sette Paesi d'Europa (il Forum Europeo fa parte del World Mediation Forum, fondato nel 1993 e promotore di congressi internazionali di cui il terzo si è svolto in Italia nel 2000).

Anche in Francia, come in Inghilterra, è riconosciuta l'automediazione.

Ciò che differenzia la Francia dal resto d'Europa è che la mediazione è intesa come dimensione culturale e sociale. È l'attualizzazione del motto "Liberté, égalité, fraternité" elaborato durante la Rivoluzione francese e che oggi si trova sulle facciate dei palazzi di giustizia. In modo particolare la fratellanza sta a significare che la giustizia ha come obiettivo la riconciliazione sociale.

La mediazione è espressione di una giustizia più moderna, una giustizia nuova; in francese viene usato un termine *proximité* che non ha un equivalente in italiano per definire un tipo di giustizia a diretto contatto con il cittadino. Forse solo il termine "quotidiano", giustizia del quotidiano, può esprimere le stesse tensioni sottese al concetto di *proximité*, per evocare in fondo l'idea della vicinanza nei suoi molteplici aspetti:

la vicinanza geografica (basti pensare all'elevato numero di centri di mediazione in Francia per coprire le esigenze del territorio in modo capillare);

la vicinanza temporale (di norma la mediazione familiare dura dodici sedute distribuite in tre mesi mentre un processo civile è di durata non prevedibile);

la vicinanza emotiva, imparzialità nella mediazione non significa indifferenza e rifiuto del contatto ma trasparenza e costruzione di un luogo di comunicazione diretta;

infine la possibile vicinanza stessa tra i litiganti. Una giustizia prossima è anche una giustizia che si preoccupa di ridurre le distanze tra i confliggenti. Uno degli sforzi ineludibili dei prossimi anni sembra proprio essere quello che pieghi la giustizia verso una restituzione della parola ai litiganti e in particolare verso il soggetto debole.

4. In Spagna: il *derecho comparado español*.

Esemplare nel quadro europeo è la situazione della Spagna, dove in materia di mediazione familiare il legislatore (principalmente quello catalano) ha avuto la pretesa di regolarla dettagliatamente e al tempo stesso si assiste ad una pluralità di legislazioni simili tra le varie province spagnole tanto che è possibile e necessario riferirsi ad un "derecho comparado español". Entrambi gli aspetti hanno ragioni storiche: l'attenzione del legislatore alla materia familiare è dovuta tanto alla forte cultura cattolica quanto al fatto che questa materia in passato ha avuto alterne vicende nelle contese tra Stato e Chiesa; per quanto attiene al particolarismo giuridico, questo è una peculiarità che ha segnato la storia della Spagna nel corso dei secoli per cui accanto alla Costituzione e al Codice civile nazionali vi sono le legislazioni provinciali (comunemente dette regionali per cui si parla anche di regionalismo giuridico spagnolo).

La possibilità di risolvere consensualmente le dispute di coppia viene introdotta per la prima volta in Spagna dai Tribunali Ecclesiastici, in modo particolare quello di Barcellona che in materia di separazione matrimoniale aveva instaurato la possibilità pratica della separazione per mutuo consenso.

In seguito la Ley de Divorcio 30/1981 del 7 luglio introduce la separazione e il divorzio consensuali. La suddetta legge, che presenta vari difetti criticati dai giuristi, ha avuto però il merito di introdurre alcuni principi che hanno anticipato la mediazione familiare, tra cui quello previsto nella Disposición Adicional 5a K secondo cui in qualunque momento del procedimento contenzioso le parti possono chiedere che continui in maniera consensuale e quello contenuto nella Disp. Adic. 6 a, 6 secondo cui il giudice di famiglia potrà negare l'omologazione dell'accordo che gli si sottomette o alcune delle sue clausole se vi è pregiudizio per i figli.

Ma perché si parli espressamente di mediazione familiare bisogna attendere il 1990 quando il Ministero de Asuntos Sociales approva il Programma di Mediazione per la separazione e il divorzio. Nel 1992 è istituito il Servizio di Mediazione familiare di Barcellona (SMFB) alle dipendenze dell'Institut de Treball Social i Serveis Socials (INTRESS). Queste prime esperienze sono state avviate soprattutto grazie al contributo degli Istituti di Psicologia giuridica di Madrid e di Barcellona che hanno illustrato a professionisti e studenti l'interrelazione tra diritto e psicologia, entrambi aventi per oggetto la condotta umana e della Scuola di Terapia familiare del Servizio di Psichiatria dell'Hospital de la Santa Creu i Sant Pau di Barcellona (quindi anche in Spagna, come in Italia, la mediazione familiare ha avuto una matrice psicologica). Dopo queste esperienze pionieristiche altri servizi simili nascono in altre province quali País Vasco, León ecc.

Antesignana nella disciplina della mediazione familiare è la Catalogna che si è sempre distinta nel campo giuridico in virtù del suo separatismo (c. d. catalanismo) e della sua vicinanza al confine francese. Il primo riferimento legislativo alla mediazione familiare compare nel Proyecto de Código de Familia del 1997 (il cui testo definitivo viene promulgato nel 1998) nel quale si introduce all'ultimo momento l'art. 79.2, in cui si parla di persona o entidad mediadora. All'art. 79.2 si aggiunge la Disposición final tercera (DF 3ª) che prevede l'elaborazione di un Proyecto de Ley de mediación familiar che il Governo dovrà presentare al Parlamento nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Codice attenendosi a quattro principi:

- a) Confidenzialità assoluta del contenuto delle sedute della mediazione.
- b) Libertà delle parti di allontanarsi o desistere dalla mediazione in qualunque momento.
- c) Approvazione giudiziale degli accordi raggiunti nella mediazione.
- d) Durata massima del processo di mediazione limitata a tre mesi, prorogabili per il medesimo tempo su richiesta del mediatore o mediatrice.

Nel 1999 viene presentato il primo Proyecto de Ley de mediación familiar (che viene poi detto anteproyecto) ma l'iter legislativo viene interrotto per lo scioglimento del Parlamento, per cui nel 2000 viene presentato un secondo Proyecto.

Le incongruenze dei due Proyectos sono molteplici e suscitano polemiche e discussioni. Grazie anche ai risultati delle Jornadas Internacionales de Mediación Familiar organizzate dall'UNAF (Unión de Asociaciones Familiares) dal 23 al 25 novembre 2000 a Madrid molte incongruenze vengono superate e viene promulgata la Legge di mediazione familiare di Catalogna (LMFC) 1/2001 del 15 marzo che, però, entra in vigore dopo una vacatio legis di nove mesi il 26 dicembre 2001.

Il legislatore catalano ha seguito, anche se spesso contraddittoriamente, i quattro principi indicati nella DF3^a dell'art. 79.2 del C.F. ed i principi della R(98)1.

L'art. 5 LMFC determina l'ambito della mediazione familiare che è molto ampio rispetto ai due Proyectos, infatti, le persone legittimate a sollecitare la mediazione sono:

- a) le persone unite dal vincolo matrimoniale;
- b) le persone che formano un'unione stabile di coppia, regolata dalla Legge 10/1998 del 15 luglio "Legge sulle unioni stabili di coppia" (quindi anche le coppie omosessuali, che in Spagna possono, a certe condizioni, adottare bambini);
- c) le persone che formano una coppia non soggetta alla suddetta legge, la c. d. coppia di fatto;
- d) membri di una famiglia in materia di alimenti;
- e) persone estranee che esercitano funzioni tutelari per questioni attinenti a queste.

L'ambito soggettivo è molto ampio ma emergono delle incongruenze quando la legge va a delineare l'ambito materiale. A proposito delle coppie unite in matrimonio emerge una contraddizione tra il preambolo che recita "...se inizialmente la mediazione familiare si dirigeva principalmente alla riconciliazione della coppia, attualmente si orienta di più verso la conclusione di accordi necessari per la regolazione della rottura" e l'art. 5.1 Primero a) in cui si parla di "raggiungere accordi necessari per evitare la rottura" riemergendo così la tendenza espressa nei due Proyectos. Il legislatore catalano ha perso qui di vista tanto le indicazioni della R(98) 1 quanto l'indicazione dell'art. 79.2 C.F. in cui si dispone che la finalità della mediazione deve essere risolvere le divergenze (e non la rottura) e presentare una propuesta de convenio regulador.

La più grossa incongruenza per quanto concerne l'ambito materiale della mediazione si verifica rispetto alle crisi delle coppie di fatto che non costituiscono una coppia stabile, poiché la legge circoscrive la mediazione familiare alle questioni relative all'esercizio della patria potestà rispetto ai figli comuni (art. 5.1 Tercero LMFC) e la limita alla sola forma privata, cioè non finanziata né controllata dalla Generalidad (Stato). È davvero inspiegabile che questi soggetti, già privi di tutela, che possono rivolgersi solo alla mediazione privata si vedano poi limitata anche la loro possibilità di articolare la mediazione su materie diverse da quelle indicate dalla legge.

L'ambito oggettivo della mediazione familiare ristretto per le ultime tre categorie di soggetti è invece ampio per le prime due (coppie unite in matrimonio e coppie conviventi), le quali possono ricorrere tanto alla mediazione parziale, prevista specificamente nella legge e che si occupa dell'affidamento dei figli e del regime del diritto di visita del genitore non affidatario, quanto alla mediazione globale.

Nel Capitolo II della LMFC, rubricato "Caratteristiche della mediazione familiare" sono regolati i principi della mediazione, volontarietà, imparzialità, neutralità, confidenzialità e professionalità, e i conseguenti doveri del mediatore. Il primo principio espresso è la volontarietà che vale per

le parti confliggenti, per l'operatore e per il giudice. A proposito di quest'ultimo, la disposizione dell'art. 11 LMFC è in linea con la Disposición Adicional 5ª della Ley de Devorcio del 1981 (legge statale) che stabilisce, a differenza della relativa legge italiana, che "non sarà necessario tentare previamente la conciliazione" e con l'art. 79.2 C.F. in cui si dispone che "...se, date le circostanze del caso, l'autorità giudiziale...può rimettere le parti a una persona o ente mediatore...".

È disciplinata, poi, l'imparzialità che è però contraddetta in un articolo del Capitolo I della LMFC e precisamente nell'art. 6.3 che detta: "Quando non esistono figli comuni o questi siano maggiori d'età o emancipati, deve darsi la priorità all'interesse del coniuge più necessitato, facendo attenzione ai criteri d'età, situazione lavorativa, salute fisica e psichica e durata della convivenza, in conformità, in ogni caso, con quanto stabilito nel Codice di Famiglia e la Legge 10/1998 del 15 luglio sulle unioni stabili di coppia". Questo precetto risulta appropriato per la risoluzione giudiziale di un conflitto nel quale il giudice deve decidere tenendo conto delle circostanze del caso. Al contrario non risulta corretto nell'ambito della mediazione nella quale le parti devono decidere da sé. Inoltre se vi è un coniuge o partner più debole il mediatore deve cercare di porsi da contrappeso sempre e non solo quando non vi sono figli da tutelare. La suddetta disposizione confonde il mediatore con l'avvocato, rappresentante e difensore degli interessi di una parte, invece nella mediazione l'unico interesse superiore e preminente è quello dei minori allorché questi siano presenti in un nucleo familiare. E comunque se vi è un grave squilibrio tra le parti è minato tutto il procedimento della mediazione sin dall'inizio. Infine sono inadeguati i criteri indicati perché le differenze tra le persone possono dipendere da molte altre circostanze.

All'imparzialità segue la neutralità: la prima si riferisce all'atteggiamento del mediatore nei confronti dei soggetti, la seconda invece inerisce all'atteggiamento del mediatore nei riguardi dell'oggetto. La legge catalana anche qui cade in contraddizione e fonde e confonde entrambi i concetti.

Seguendo la R(98)1 in prosieguo è disciplinata la confidenzialità, le cui deroghe rispetto ai due Proyectos sono state ampliate. Infatti, nell'art. 19 d) si dispone che il mediatore ha l'obbligo di porre termine alla mediazione e di informare le autorità competenti non solo sui dati che possono rivelare l'esistenza di una minaccia per la vita o per l'integrità fisica o psichica di una persona ma anche su quelli relativi alla possibile esistenza di reati perseguibili d'ufficio.

Infine è disciplinata la professionalità. La legge catalana richiede che il mediatore sia una persona che esercita l'attività di avvocato, "lavoratore sociale", educatore sociale o pedagoga e che sia iscritta nel collegio professionale corrispondente.

A differenza, quindi, di quanto previsto nei due Proyectos si richiedono tre requisiti: un determinato titolo professionale, esercizio di fatto della professione e iscrizione nel relativo collegio professionale. Il punto più controverso è quello relativo all'esercizio perché in tal modo s'impedisce di diventare mediatori a coloro che non esercitano di fatto o che hanno smesso di esercitare.

Per la questione afferente al vincolo dell'esercizio della mediazione ai collegi professionali, in Catalogna si è passati da una desvinculació eccessiva nell'anteproyecto a una "certa ipertrofia collegiale" nella legge finalmente approvata.

I collegi professionali, oltre a gestire gli albi dei mediatori, hanno la potestà disciplinare e la funzione di programmare e svolgere la formazione specifica per la mediazione. Per altre funzioni essi si riferiscono al Centro de Mediación Familiar de la Generalidad presso il quale si trova il Registro general de personas mediadoras. A sua volta il Centro è collegato al Departamento de Justicia de la Generalidad ; si tratta dunque di un'organizzazione capillare e verticistica.

L'ultima incongruenza è ravvisabile nel Capitolo V che si riferisce al régimen sancionador che si applica senza eccezione anche alle ipotesi di mediazione familiare non coperte dalla legge (per es. mediazione familiare privata per iniziativa delle parti). Se si analizzano le sanzioni previste nel Capitolo V della LMFC, che si applicano, come già detto, a tutte le forme di mediazione, si osserva che sono comminate per le violazioni dei doveri che gravano in capo al mediatore previsti nel Capitolo II, doveri richiesti solo al mediatore che esercita la mediazione disciplinata nella legge. Questo grave difetto strutturale della LMFC, assente nell'anteproyecto, è comparso nel secondo Proyecto per la necessità di negoziare il testo con i collegi professionali.

In definitiva per quanto il testo legislativo catalano sia commendevole, è criticabile per le numerose discrasie che sono più che un tenue riflesso delle battaglie dei collegi professionali per assicurarsi il futuro mercato della mediazione (basti pensare anche alla lunga vacatio legis). Il legislatore catalano sembra essersi preoccupato più degli aspetti tecnici della mediazione che non del soggetto oggetto della mediazione stessa, la famiglia. Non è riuscito a non farsi influenzare dalle lobbies ed ha trascurato le indicazioni degli studiosi. Per questi la mediazione deve essere globalizadora, in altre parole anche quando essa è parziale l'operatore deve essere accorto a slatentizzare altri problemi sottesi a quelli messi in discussione dalle parti tenendo presenti l'unitarietà e la multiproblematicità di ogni individuo e di ogni famiglia. Ciò sta a significare che il mediatore è un generalista e non uno specialista. È conveniente, per l'esito della mediazione, che questa si realizzi congiuntamente e in collaborazione con uno psicologo e un avvocato (senza creare così contrasti con i collegi professionali); e, se possibile, i mediatori dovrebbero essere di entrambi i sessi. Infine oltre alle qualità professionali del mediatore rilevano, forse più, le caratteristiche personali, quali maturità di giudizio, una certa esperienza di vita, prudenza, discrezione, età matura.

Quasi coeva alla LMFC è la Ley gallega 4/2001 del 31 maggio (sulla base di un Progetto preliminare presentato nel 1999), che è la seconda legge sulla mediazione familiare approvata in Spagna.

La Ley gallega, a differenza della LMFC, si riferisce soltanto alla mediazione promossa dalle persone unite dal vincolo matrimoniale e da quelle persone che abbiano formato un'unione stabile di coppia e che si trovino in una situazione di crisi della convivenza (art. 4.2 LMFG).

La LMFG enuclea ma sviluppa poco i principi informatori della mediazione familiare (si veda per es. l'art. 8.2).

L'aspetto che la differenzia di più dalla LMFC è che a proposito della professionalità ha adottato una posizione molto più aperta. Infatti il suo art. 5 non enumera i titoli professionali che daranno accesso alla professione di mediatore e si limita a prescrivere che " dette persone dovranno riunire i requisiti di esperienza professionale e formazione specifica che si stabiliranno con regolamento, però in ogni caso saranno esperti in situazioni psico socio familiari ". Sono delegate al regolamento anche l'istituzione di un'unità organica che debba occuparsi dello svolgimento, controllo e valutazione della mediazione familiare e la disciplina di ogni eventuale relazione di questo nuovo organismo con i collegi professionali. Infine si stabilisce che la mediazione può essere sia giudiziale che extragiudiziale e in ogni caso dovrà

attenersi alle disposizioni contenute nella legge. La LMFG, quindi, sia per la minore pressione dei colleghi professionali sia per un diverso atteggiamento del legislatore si è liberata di molti difetti presenti invece nella LMFC.

Invece il legislatore di Navarra e quello di Valencia hanno emulato per più versi quello catalano.

5. In Germania: un nuovo compito del giurista.

Negli anni '90 la mediazione familiare si diffonde anche in Germania, Paese che si contraddistingue dagli altri per varie peculiarità.

Qui la mediazione familiare non è nata come tecnica a sé stante ma inserita nella mediazione in generale ed è esercitata prevalentemente da avvocati o comunque alla presenza di avvocati.

Si applica anche alle coppie omosessuali, che dispongono di una base giuridica nella c. d. "Legge sulla convivenza registrata" del 16 novembre 2000 e in vigore dal 1° agosto 2001.

Agli incontri, a seconda del tipo di conflitto, partecipano oltre ai coniugi anche altri membri familiari, in modo particolare i figli.

Dagli statuti associativi si ricava che i principi da osservare sono: imparzialità, neutralità e oggettività del mediatore, flessibilità (tanto delle regole del procedimento quanto dei risultati) e riservatezza (le informazioni fornite al mediatore non possono in alcun caso essere rivelate al Tribunale) dell'intera attività, volontarietà e disponibilità di tutte le parti (mediatore e confliggenti) che si vagliano in un incontro preventivo.

Il mediatore è considerato come un intermediario o agente.

Per svolgere con successo la funzione di mediatore, oltre alla qualificazione giuridica (avvocato o altro giurista) si richiede una qualificazione aggiuntiva fornita da corsi in materia di psicologia familiare nonché di dinamica di gruppo; non meno importanti sono capacità individuali come capacità di indagine e capacità di immedesimazione (einfüllung, empatia, concetto che è nato proprio in Germania).

Tra le organizzazioni principali di mediazione familiare bisogna ricordare la BAFM (Associazione Federale per la Mediazione Familiare), che certifica coloro che seguono un corso di formazione di duecento ore e le associazioni federali degli avvocati (DAV, BRAK), che propongono corsi più brevi.

Nel 90% dei casi il servizio di mediazione familiare è offerto da professionisti privati, nei rimanenti casi da soggetti convenzionati con l'Ufficio di Assistenza ai Minorenni e da organizzazioni no profit.

Per i costi ancora elevati e per la mentalità che la mediazione presuppone, essa è considerata chic ed è accolta da una parte della classe media.

Sia il sistema legislativo che il sistema giudiziario tedeschi sembrano non dare molto spazio alla mediazione familiare nel procedimento di separazione e divorzio. Così non è a dimostrazione che la mediazione familiare non si pone in alternativa o addirittura opposizione ai suddetti sistemi. Nel rispetto della cornice legislativa nel contesto della mediazione, grazie alla sua flessibilità e alla disponibilità delle parti, è possibile, attraverso i "colloqui" (in Germania si preferisce chiamarli così perché la quintessenza della mediazione è proprio la comunicazione), fare e disfare dei "pacchetti" per ottenere delle soluzioni complessive, adattate alla situazione personale, patrimoniale e finanziaria degli interessati, che non possono e non potrebbero essere raggiunte dinanzi al Tribunale. Per es. una delle conseguenze della separazione o del divorzio è che i genitori continuano ad esercitare congiuntamente la potestà sui figli minori; in sede di mediazione i genitori possono decidere che i figli, sentendo il loro parere, soggiorneranno presso uno di loro e l'altro potrà vederli nei giorni prestabiliti. L'intervento del giudice viene così ridotto ad una componente formale in quanto sarà chiamato a recepire nella sentenza, salvo eccezioni, la proposta dei genitori.

La mediazione familiare in Germania rispecchia quanto sintetizzato da Ludwig Raiser, uno dei massimi civilisti tedeschi, nei suoi saggi sul diritto tedesco (in modo particolare sul diritto privato). A proposito del compito e della responsabilità del giurista nella società Raiser preconizzava "la collaborazione dei giuristi alla definizione di un ordinamento giuridico e alla soluzione dei conflitti individuali e sociali".

In questo Paese difficilmente si perverrà ad una regolamentazione legislativa della mediazione familiare per il suo oggetto, per le sue caratteristiche tra cui la flessibilità e per la funzione di vigilante (wächteramt) del matrimonio e della famiglia da parte dello Stato.

6. In Svizzera: il buon divorzio e il processo di ascolto dei minori.

Nella Confederazione elvetica sino a qualche anno fa vigeva la più vecchia legge del continente europeo in materia di divorzio risalente al 1907.

Il 1° gennaio 2000 è entrata in vigore la Legge Federale del 26 giugno 1998 che ha novellato, tra l'altro, alcuni articoli del Libro Secondo "Del diritto di famiglia" del codice civile svizzero (RS 210).

Come si ricava dagli studi che hanno accompagnato i lavori preparatori, la ratio di questa legge (che contiene disposizioni di diritto sostanziale, diritto procedurale e diritto transitorio) è il "buon divorzio", cioè fare in modo che il divorzio sia una "trasformazione della famiglia", "una storia d'amore che finisce ed una storia di veri genitori che nasce", "processo di maturazione circa l'ineluttabilità di quell'evento e la necessità di affrontarlo propositivamente".

Varie sono le novità introdotte nel nuovo diritto di divorzio: abolizione del parametro della colpa; rallentamento delle procedure di divorzio convenzionale; non è più obbligatorio l'esperimento di conciliazione; possibilità di esercitare l'autorità parentale congiunta sui figli minori.

La novità più rilevante è certamente l'ascolto dei minori nelle procedure amministrative e giudiziarie. In realtà non è una novità assoluta in quanto l'ascolto dei minori nei processi era già possibile in virtù del c. d. principio inquisitorio (art. 156 cod. civ. svizzero) e in modo

particolare grazie alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 (art. 9 par. 2 e art. 12) entrata in vigore in Svizzera dal 26 marzo 1997.

La vera novità quindi è la disciplina dell'ascolto dei minori (del quale la legge federale prevede gli aspetti giuridici ma non quelli pratici che si sono formalizzati dopo un anno di prassi a cominciare dal 2 gennaio 2001 e soprattutto grazie all'esperienza ticinese) che è un obbligo del giudice ed un diritto dei minori.

L'ascolto dei figli, la cui ratio è tutelare la personalità e l'interesse del minorenne, ha negli intenti del legislatore federale diverse finalità pratiche: per il giudice accertare i fatti importanti da considerare nella sentenza, informare il figlio delle conseguenze che il provvedimento giudiziario avrà per tutta la famiglia, fare esprimere al minorenne le proprie opinioni sulle conseguenze della vicenda giudiziaria che lo riguardano ed esporre i suoi desideri e le sue necessità.

L'ascolto è un aspetto fondamentale del diritto di filiazione, perché i genitori devono rispettare la personalità dei figli (art. 272 cod. civ. svizzero) e devono tenerne in considerazione l'opinione negli affari importanti (art. 301 c. 2 cod. civ. svizzero).

Il nuovo art. 144 cod. civ. svizzero si applica a tutte le procedure che interessano la sorte dei figli minorenni: separazione, divorzio, modifica della sentenza di separazione e/o di divorzio, nullità del matrimonio, misure di protezione dell'unione coniugale, misure provvisoriale (di natura economica e non), misure di protezione dei minorenni.

L'ascolto dei minori si presenta come un processo interattivo ed interdisciplinare (in cui ascoltare un bambino è diverso dall'essere all'ascolto del bambino) che si innesta nel processo giudiziario: all'ascolto dei genitori segue quello dei minori direttamente da parte del giudice (preferibilmente se si tratta di minori dai 12 anni in su, seguendo le teorie di Piaget) o da parte di un terzo incaricato dal giudice (per i minori infradodicesenni). Lo specialista designato per il processo di ascolto deve essere formato in varie tecniche tra cui la mediazione familiare, perché deve "mediare la parola del bambino" e deve realizzare un lavoro mediativo tra i genitori ed i figli. Al termine del suo intervento consegna al giudice una dichiarazione descrittiva (diversa dalla relazione analitica a cui è tenuto un perito). Anche quando l'ascolto dei minori è effettuato direttamente dal giudice, vi può essere la "supervisione o intervizione" di specialisti.

L'art. 146 del cod. civ. svizzero fa poi obbligo al giudice di nominare il curatore al minore allorquando sussistono dei gravi motivi o se il minore, capace di discernimento, lo richiede (commi 1 e 3). Per contro la legge lascia questa nomina all'apprezzamento del giudice negli altri casi, ad es. se i genitori litigano su delle questioni importanti relative ai figli oppure emerge la manifesta inadeguatezza della loro proposta relativamente ai figli minorenni (comma 2). Anche con la figura del curatore rileva la mediazione familiare, perché l'art. 147 impone una formazione al giurista che voglia divenire curatore e in questa formazione sicuramente rientra un corso propedeutico alla mediazione. Inoltre nelle ipotesi esemplificative del comma 2 dell'art. 146 (es. n. 1 litigio di un certo spessore che coinvolge il figlio), anziché designare un curatore, che è un atto assai incisivo nei confronti dei genitori (che rischia di acuire la conflittualità se interpretato quale atto di sfiducia e di squalifica nei loro confronti e non quale strumento a disposizione del figlio per fare emergere la sua posizione e richieste) il giudice può ricorrere ad altre risorse meno invasive come la mediazione familiare.

La mediazione familiare tout court può essere prescritta dal giudice del divorzio come misura di accompagnamento (e non di restrizione) per le relazioni personali (espressione ritenuta più adatta che ingloba anche il c. d. "diritto di visita") tra genitori e figli per il dopo divorzio (per es. mediante i cc. dd. Punti di incontro).

Un'altra peculiarità dell'ordinamento giuridico svizzero è la previsione della protezione dell'unione coniugale (artt. 171 e ss. cod. civ. svizzero) attraverso misure legali tra cui consultori e misure giudiziarie di cui è competente un giudice ad hoc, il giudice delle misure di protezione coniugale; mentre l'autorità tutoria si occupa delle misure di protezione dei minori (l'importanza che si dà alla famiglia in Svizzera la si evince anche dal fatto che si preferisce parlare di mediazione "famigliare" e non "familiare").

In conclusione in Svizzera non vi è l'enfaticizzazione della mediazione familiare che si ha in altri Paesi europei, in primo luogo l'Inghilterra; la mediazione è intesa come tecnica di specializzazione degli operatori in diritto familiare e minorile, come misura meno incisiva rispetto ad altre (es. nomina del curatore del minore) e soprattutto come intervento che si pone a latere di altri interventi per costruire una cultura in cui tutti siano veramente soggetti di diritto e in cui tutti possano esprimersi.

7. Nel resto d'Europa.

Nel Belgio, come in Germania, si preferisce la figura dell'avvocato per l'esercizio della mediazione, però, a differenza del Paese confinante, essa è svolta sia dal settore pubblico che da quello privato. La mediazione familiare belga si presenta come un servizio molto flessibile ed orientato ai bisogni delle famiglie ovvero non si attende che le famiglie si rivolgano agli operatori, ma sono gli operatori che vanno laddove c'è bisogno, anche nei casi di violenze familiari, anche dove nessuno sa cosa sia la mediazione familiare e quindi dove nessuno ne fa formale domanda. Anche se nella pratica la mediazione ha un'applicazione molto vasta, il legislatore belga, come quello francese, ha disciplinato solo quella giudiziaria con la "Loi relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire" entrata in vigore il 1° ottobre 2001.

In Olanda, dove si ha notizia della mediazione familiare già dagli anni '70, essa è volontaria e quella pubblica è prevalentemente parziale, ovvero tratta solo le questioni relative ai figli; in generale la mediazione sembra non avere una grande diffusione.

In altre realtà, quali Grecia e Bulgaria, la mediazione è scarsamente conosciuta ma sta suscitando interesse.

Bibliografia

Casals Miquel Martin

La mediacion familiar: concepto y principios generales en las iniciativas legislativas espanolas (La mediazione familiare: concetto e principi generali nelle iniziative legislative spagnole)
Familia, 2001, fasc. 4 (dicembre), pp. 11251153 (senza traduzione)

Centineo Cavarretta Gloria

La mediazione familiare nell'esperienza inglese: spunti per una riflessione comparatistica
Il diritto di famiglia e delle persone, 2001, fasc. 3 (settembre), pp. 12711299

Codici di deontologia della mediazione familiare (Francia e Belgio)
Rassegna Forense, 1997, pp. 879 885

Epiney Colombo Emanuela
Ascoltare i figli minorenni nel Cantone Ticino: aspetti giuridici e pratici
BOA (Bollettino dell'Ordine degli Avvocati) n. 20/dicembre 2000

Giaino Giuseppe,
La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale di divorzio. Profili comparatistici,
Il diritto di famiglia e delle persone n. 4/2001,pt. II, pp. 16061641
Hohloch Gerhard
La mediazione familiare nel diritto tedesco
Familia, 2002, fasc. 1 (marzo), pp. 129147

Jordan Villacampa Maria Luisa
La mediación familiar: recurso voluntario u obligatorio
(La mediazione familiare: ricorso volontario o obbligatorio)
Il diritto ecclesiastico, 1999, fasc. 3 (settembre), pt. 1, pp. 736755 (senza traduzione)

Laroque Muriel
La mediazione familiare in Francia e il ruolo dell'avvocato,
Rassegna forense , 1997, pp. 809818

Raiser Ludwig
Il compito del diritto privato
Giuffrè Editore, 1990

Stein Peter
I fondamenti del diritto europeo
Giuffrè Editore, 1987

Per ulteriori approfondimenti sulla Svizzera si consulti il sito:
www.divorzio.ch