

Convegno 14 giugno 2014  
MEDIAZIONE FAMILIARE ED ADR

C. Bulgheroni

Alternative Dispute Resolution (ADR) – mezzi di risoluzione delle dispute alternativi al giudizio - è categoria che non connota un tipo di pratica in particolare, ma tutta una variegata serie di possibilità procedurali di giungere alla soluzione di una contesa senza interessare il giudizio.

Si tratta di sistemi utili ad evitare che i conflitti tra le persone vengano risolti dal Giudice naturale attraverso un procedimento giudiziario.

A volte possono avere luogo completamente al di fuori dell'ambito giudiziario, mentre in altri casi sono contemplati in contiguità alla procedura giudiziaria (court-connected/annexed adr)

Tra le tante possibilità si può iscrivere anche la pratica della mediazione o, meglio, delle mediazioni, considerata la pluralità dei modelli proposti, tra loro anche molto differenti.

Anche la mediazione familiare, in quanto utile ad evitare la decisione di un giudice, rientra tra gli strumenti ADR.

Questo è il campo di studio del giurista.

In ambito giuridico la mediazione interessa, principalmente, quale possibile alternativa al giudizio.

Anche i legislatori sono ovviamente attenti a questa possibilità.

In Italia il D.lgs. n. 28/2010, anche con le successive modificazioni<sup>1</sup>, prevede la mediazione civile quale modalità privilegiata di soluzione delle controversie riguardanti i diritti disponibili, non escluso il contenzioso familiare.

Forte enfasi si colloca sulla ricerca di strumenti per la “deflazione” della quantità di procedimenti che gravano l'autorità giudiziaria, tanto a livello legislativo che di soluzioni e prassi elaborate dalla giurisprudenza: qui anche con riferimento ai diritti indisponibili ed ai rapporti di filiazione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Come si ricorderà, il d.lgs n.28/10 è stato modificato dall'art 84 della Legge n.98 del 9 agosto 2013, di conversione del D.L. n.69 del 21 giugno 2013, dopo che con sentenza n.272/2012 la Corte costituzionale ne aveva dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, nella parte in cui prevedeva il carattere obbligatorio della mediazione nei casi previsti dall'art 5 e cioè 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 mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari

<sup>2</sup> Si pensi alla c.d “procedura partecipativa” elaborata dalla IX sezione del Tribunale di Milano cfr [www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=421](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=421)

Lo sviluppo di una cultura della mediazione quale strumento utile principalmente alla “deflazione “ della quantità di processi che affollano Tribunali e Corti risponde al bisogno che queste pratiche si concludano con un accordo per togliere di mezzo il contenzioso. Ne resta ignorata l'importanza sociale di regolazione e trasformazione del potenziale distruttivo del conflitto, così come la rilevanza che queste prassi possono avere per la salvaguardia della salute e dei diritti dei soggetti deboli.

Onde favorire la diffusione della pratica della mediazione ai fini di deflazione del contenzioso giudiziario il d.lgs. n.28/2010 ha individuato nei consigli degli ordini degli avvocati i principali interlocutori per l'erogazione del servizio di mediazione.<sup>3</sup>

L'avvocatura italiana, per altro verso, rivendica ora un ruolo più centrale nella gestione stragiudiziale del conflitto, a partire da quello familiare. Sulla scorta di analoghe esperienze, elaborate dalla cultura nord-americana (collaborative law) e, poi, inglese e francese, sono state così proposte modalità di soluzione delle vicende conflittuali della famiglia basate sulla negoziazione assistita dagli avvocati (diritto collaborativo). Si tratta di modelli che sono oggi all'attenzione del legislatore.<sup>4</sup>

La mediazione familiare non rientra nel paradigma delle mediazioni disciplinate dal d.lgs. n.28/2010 - riguardando anche diritti che non sono disponibili dalle parti - ed il modello di intervento, la cultura e la pratica della mediazione in materia familiare si distinguono, come è agevole constatare nella prassi, dall'intervento di mediazione civile o commerciale.

Tantomeno la mediazione familiare può essere confusa con forme, peraltro ancora indistinte, di negoziazione diretta tra le parti, ancorché assistita dagli avvocati, delle vicende conflittuali della famiglia.

Tuttavia, in questo quadro, l'offerta poco precisata di una variegata congerie di interventi all'ostinata ricerca della soluzione del conflitto può rendere complicato - tanto per gli utenti che per i professionisti che li assistono - individuare l'esatta natura e qualità dei contributi offerti dagli operatori

La confusione degli interventi proposti può rendere più difficoltoso l'accesso ad un servizio ben definito e di qualità.

---

<sup>3</sup> Nella medesima prospettiva la recente legge di riforma dell'ordinamento forense n. 247/12 all'art 29 lett n) prevede che i consigli dell'ordine possano costituire camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie.

<sup>4</sup> Proposta di legge C. 1474 Presentata il 1° agosto 2013 (Venitelli) negoziazione assistita che segue lo schema già adottato dal legislatore francese - Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 Art 37 ss. “de la convention de procédures participative” . Si vedano anche le misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile rinvenibili nel sito internet del ministero della giustizia

Questo richiede ad interpreti e fornitori del servizio uno sforzo informativo e di vigilanza supplementare.

Ciò nonostante, il D.lgs. n.28/10 - con le successive modifiche e lo *strepitus* che ne ha accompagnato l'esperienza - ha imposto all'attenzione di operatori ed utenti la proposta, prima ignorata, di modalità di soluzione delle controversie, anche in ambito familiare, diverse dal ricorso all'autorità giudiziaria, secondo un approccio che ricorre alla cultura della mediazione.

Ciò ha indotto seppure con un approccio ancora timido ed incerto, la dottrina giuridica e forense odierne all'elaborazione di modi più appropriati alla trattazione del conflitto familiare.

E' un fermento che non può essere tralasciato dalla cultura della mediazione.

In questo senso vanno i primi tentativi di ricerca di alcuni ordini forensi della Lombardia<sup>5</sup> che, pur con modalità diverse, propongono occasioni di mediazione familiare supportate da un coinvolgimento degli avvocati e da una loro maggiore assunzione di responsabilità nella fase della mediazione.

L'esperienza degli anni più recenti ha permesso di osservare come la pratica della mediazione familiare, seppure nota ed offerta ormai da anni, abbia un ambito di applicazione ridotto, rispetto all'effettiva utilità, proprio perché estranea alla cultura forense ed indifferente alle esigenze del rapporto tra cliente ed avvocato ed alle sue qualità. La relazione tra avvocato e cliente nel conflitto familiare ha infatti effetti che trascendono il semplice rapporto di assistenza e difesa in giudizio o di consulenza e possono favorirne una positiva risoluzione.

Tali potenzialità trovano terreno fertile ed opportune possibilità di utile sviluppo nel contesto della mediazione familiare.

Le stesse prassi di negoziazione assistita elaborate dalle prime esperienze italiane di diritto collaborativo possono essere favorite e trovare sostegno in uno spazio neutrale e garantito dalla presenza di un terzo imparziale ed esperto della materia come è nella mediazione familiare.

Il ruolo del l'avvocato è, d'altro canto, fondamentale ed imprescindibile nella gestione della crisi familiare e la sua collaborazione è già decisiva per verificare l'opportunità che lo stesso procedimento di mediazione abbia luogo o per valutare se nel contesto specifico non siano

---

<sup>5</sup> L'esperimento è stato avviato dagli organismi di mediazione forense di Varese e Milano ed è in fase di avvio in Monza.

preferibili invece altri approcci alla disputa.

È inoltre sostegno insostituibile durante il percorso di mediazione onde consentire alla parte assistita non solo le scelte più opportune, ma anche il supporto necessario a proseguire nelle fatiche e difficoltà che la procedura di mediazione comporta, tenendo sempre come punto di riferimento il benessere della persona e quello della famiglia.

Anche l'informazione sul dato giuridico - che non può ovviamente essere fornita dal mediatore - è presidio di cui la parte deve continuamente potere disporre durante la procedura di mediazione familiare, anche per rafforzarne la consapevolezza durante la negoziazione. La stessa negoziazione tra le parti del conflitto familiare può avvenire secondo modalità più sicure e rassicuranti ove continuamente assistita da avvocato.

Del resto, la presenza del l'avvocato nel percorso di mediazione familiare consente di evitare il rischio di quegli esiti iniqui o pregiudizievoli per la parte più debole che in letteratura pure sono stati denunciati (T. Grillo 1991).

L'esito della procedura in termini di accordo tra le medesime parti dovrà poi essere valutato in una prospettiva di funzionalità futura e rispondenza ai loro interessi ed a quelli della famiglia che non può prescindere da valutazioni di ordine giuridico.

Il modello di mediazione familiare proposto in ambito forense non si discosta da quelli noti, ma prevede che le parti vengano accompagnate alla mediazione dai loro avvocati.

E' previsto infatti un primo incontro. a cui parteciperanno le parti con gli avvocati che le assistono. Tale primo incontro consente a loro ed ai difensori ed al mediatore, che garantisce lo spazio di dialogo, di valutare stato e natura della controversia in atto e di condividere tutte le informazioni necessarie per verificare congiuntamente l'opportunità di farsi luogo al percorso di mediazione familiare.

Nell'ipotesi che il gruppo di lavoro consideri la scelta della mediazione familiare utile e praticabile, il primo incontro prosegue con l'individuazione degli oggetti, dei tempi e dell'agenda della mediazione.

E' sempre considerata l'opportunità che negli specifici contesti possa sperimentarsi, anche un percorso di co-mediazione con mediatore psicologo o psicopedagogo.<sup>6</sup>

La chiara condivisone degli obiettivi del percorso e delle sue modalità e quindi la congruenza di esso con le aspettative delle parti è elemento imprescindibile ai fini di un suo utile svolgimento.

---

<sup>6</sup> Nell'esperienza dell'organismo di mediazione forense di Varese la presenza di due mediatori con competenze giuridiche e psicosociali è prevista in ogni caso e fin dal primo incontro.

Se le parti condivideranno la volontà di proseguire con il percorso di mediazione verranno fissati ulteriori incontri, a cui parteciperanno solo le parti ed i mediatori, ciò al fine di facilitare gli scambi tra i partecipanti, di consentire alle parti di godere di maggiore spazio e fluidità di dialogo, mantenere maggiore tranquillità ed il giusto riserbo sulle vicende personali che le riguardano.

D'altro canto, la presenza dei difensori non è necessaria in questa fase che richiede scambi diretti e personali tra le parti, a volte non immediatamente utili nell'attività negoziale e di non rilevante interesse giuridico, ma di maggiore importanza emotiva. Tali scambi possono richiedere tempi anche lunghi.

Naturalmente resta salva la possibilità per i mediatori e gli avvocati di richiedere che vengano tenuti uno o più incontri anche con la presenza dei difensori, o anche solo con essi, quando opportuno e per mantenere comunque stretta e continuativa la relazione tra avvocati e mediatori; ciò che resta elemento funzionale al raggiungimento degli obiettivi prefissi. In ogni caso, al termine del percorso, è sempre prevista una riunione congiunta del gruppo di lavoro per la verifica delle ipotesi di intesa che siano state eventualmente elaborate dalle parti o, in caso di esito negativo del percorso, per verificare gli interventi più adeguati per il seguito della vicenda.

Va da se, ovviamente, che eventuali accordi verranno ove ritenuto riportati in atti legali direttamente dagli avvocati senza più necessità di intervento del mediatore.

La breve esperienza fin qui maturata<sup>7</sup> non consente ancora di esprimere valutazioni circa la proficuità dell'esperimento.

---

<sup>7</sup> L'Organismo di mediazione forense di Varese ha trattato la prima richiesta di mediazione nel mese di luglio 2013 e quello di Milano nel marzo 2014