

# Mediazione Familiare

La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio ovvero note a margine dell'art. 155-sexies, introdotto dalla legge 54/2006

di

**Giuseppe SPADARO**

**Presidente del tribunale di Lamezia Terme**

**Sommario. 1. L'art. 155-sexies c.c. e la mediazione. 2. Presupposti applicativi. 3. Esiti della mediazione. 4. Dal rito della separazione al rito del divorzio, art. 4, comma II, legge 54/2006. 5. Qualificazione giuridica dei mediatori. 6. Breve bibliografia**

## **1. L'art. 155-sexies c.c. e la mediazione**

La legge 8 febbraio 2006 n. 54, recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, ha introdotto disposizioni normative di nuovo conio in seno alla disciplina concernente la separazione personale dei coniugi, tra cui l'art. 155-sexies c.c. che, al comma II, recita:

*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 155 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.*

Trattasi di una norma introduttiva di un “nuovo” potere discrezionale del Giudice facente capo alla possibilità che questi rimetta le parti in causa dinnanzi ad un collegio di esperti affinché in quella sede nascano accordi – tra i coniugi - intesi a regolamentare il nuovo *menage* familiare successivo alla crisi coniugale.

La disposizione, per quanto scarna, comprende anche un regime di procedura. Ed, infatti, alla presenza di talune condizioni, il Giudice ha facoltà di disporre il rinvio a nuova data della adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.p.c. I presupposti per la operatività della mediazione sono, tuttavia, previsti ex lege.

## **2. Presupposti applicativi.**

Il Giudice può *rimettere* le parti dinnanzi ai mediatori se:

<b>1. IL GIUDICE NE RAVVISA L'OPPORTUNITA'</b>
<b>2. LE PARTI SONO STATE SENTITE</b>
<b>3. LE PARTI HANNO PRESTATO IL LORO CONSENSO</b>

Quanto al primo presupposto, esso involge la discrezionalità valutativa – insindacabile – del giudicante che, alla luce di una valutazione sommaria ma non superficiale reputa “opportuna” la mediazione. L'opportunità, tuttavia, non è legata ad una prognosi concernente le sorti della mediazione ma ad un esame approssimativo dell'indice di conflittualità rilevato tra le parti. E, cioè, il giudice valuta l'opportunità del “tentativo” non “dell'accordo”. Ciò che dovrà, pertanto, verificare non è la probabilità di riuscita dell'accordo, ma l'incidenza positiva del tentativo.

Quanto al secondo requisito, esso ha una duplice valenza: in primis, è solo ascoltando direttamente le parti che il Giudice può porre in essere quel giudizio di opportunità di cui appena discusso; in secundis, è solo in tal modo che la rimessione agli esperti è adottata in funzione della “coppia” e non degli “individui” e, cioè, nel rispetto del contraddittorio. Ciò

vuol dire che il termine “parte” deve essere inteso in senso sostanziale e, cioè, il difensore non può sostituire l’assistito, in questa attività.

L’ultimo requisito è determinante poiché solo il consenso delle parti giustifica e rende produttivo un rinvio che, altrimenti, sarebbe una involuzione patologica del rito speciale di tipo presidenziale.

### **3. Esiti della mediazione.**

Quanto al *modus agendi* concreto, il giudice, sentite le parti ed accolto il loro consenso, se reputa opportuna la mediazione, ne dà atto nel verbale di udienza in cui, in ogni caso, fissa la nuova comparizione delle parti dinnanzi a sé. In tale udienza gli esiti possono essere differenti:

#### **ESITI DELLA MEDIAZIONE**

**1) ACCORDO RAGGIUNTO.** Il giudice provvede alla omologazione dell’accordo raggiunto dalle parti, nei modi e limiti previsti dalla legge

**2) ACCORDO NON RAGGIUNTO.** Il giudice provvede ai sensi degli artt. 155 c.c. e ss.

**3) ACCORDO IN ITINERE.** Il giudice – rilevato che necessita altro tempo per la formazione dell’accordo, sentite le parti, acquisito nuovamente il loro consenso, dispone un ultimo rinvio.

Nella procedura di mediazione, il giudice dialoga con gli esperti al fine di monitorare il corso dei lavori ed acquisisce, periodicamente, le relazioni dei mediatori. Le operazioni degli esperti sono riservate e poste in essere in completa autonomia nei limiti fisiologici della mediazione.

### **4. Dal rito della separazione al rito del divorzio, art. 4, comma II, legge 54/2006.**

Si è discusso circa l’applicabilità della Mediazione al rito del divorzio, da taluni esclusa poiché ontologicamente non compatibile con quel rito: se, infatti, nel rito della separazione essa è funzionale al raggiungimento di un accordo di omologa, nel rito divorzile siffatta ratio verrebbe meno. La mediazione, infatti, è deputata a far sì che i coniugi pervengano ad un "Accordo": orbene, gli accordi in vista della separazione sono pacificamente, ormai, reputati validi ed ammissibili; gli accordi in vista del divorzio, invece, sono tuttora ritenuti improduttivi di effetti ("gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, e x multis Cass. civ. 2076/2003). E, tuttavia, ai sensi dell’art. 4, comma II, legge 54/2006, le disposizioni della normativa già cit. (quindi anche l’art. 155-sexies c.c.) , si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Una interpretatio ortopedica, restrittiva, appre, invero, non condivisibile. Comunque vi è di più. La norma di cui all’art. 155-sexies, comma II, c.c. resterebbe, comunque, applicabile in via analogica nel procedimento divorzile, giusta – in linea generale – il potere conferito al Presidente di esperire il tentativo di conciliazione ed in linea di principio le medesime ragioni giustificative dell’istituto nell’ambito del procedimento inteso a conseguire la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Non può, infatti, essere sottaciuto che - anche nel rito del divorzio – permane l’interesse preminente e primario alla tutela della prole, in particolare dei figli minori – cosicché laddove la mediazione sia deputata a realizzare siffatta tutela, escluderla, in siffatti casi, creerebbe un vulnus agli artt. 3, 30, 31 Cost. E, dunque, l’estensione dell’istituto, anche al rito del divorzio, può essere postulata anche in forza del ricorso allo

strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata o teleologica o sistematica, in guisa del richiamo al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. (come, invero, già fatto in altro caso ma in relazione ai medesimi riti da Trib. Lamezia Terme, ordinanza 20 luglio 2007, Pres. ed est. C. Trapuzzano).

A maggior ragione, siffatto sforzo ermeneutico è dovuto laddove sia la stessa prole a far richiesta della mediazione, al fine di ripristinare l'equilibrio nella famiglia divelta nei suoi tessuti connettivi dalla crisi intervenuta. Non può sottacersi, infatti, che l'esigenza della mediazione nasce, in maggior parte, proprio dalla necessità di salvaguardare i rapporti verticali, pur dinnanzi alla esternazione – nella sede presidenziale – di una intesa, in vista del divorzio, già in via di consolidamento. E, peraltro, l'art. 155-sexies, comma II, c.c. non è destinato esclusivamente ai figli minori ma alla prole in generale (l'articolo cita, infatti, testualmente "figli"): ciò vuol dire che l'interesse che muove la mediazione può essere dal giudice rinvenuto anche nella situazione giuridica soggettiva (da tutelare) che fa capo ai figli maggiorenni non ancora usciti dal nucleo familiare e bisognosi della genitorialità.

Ed, infatti, la genitorialità è concetto che non ha un "termine di durata" riferito all'età del figlio ma involge, più propriamente, lo stato della prole fintanto che questa abbia bisogno della propria famiglia e non abbia deciso di lasciare la stessa in quanto autosufficiente da un punto di vista economico e morale. D'altronde, la novella legislativa attribuisce rilevanza al dato cronologico, ed alla età del figlio, esclusivamente al fine di regolare i rapporti economici; e vi è di più: non fa riferimento al ruolo del genitore, in quanto padre o madre, ma ha riguardo alla genitorialità in quanto veicolo per individuare gli obbligati nei confronti della prole fintanto che la stessa non sia divenuta autosufficiente economicamente. Il che vuol dire che il regime giuridico regolamenta, limitandolo, solo il diritto di tipo patrimoniale alla corresponsione del mantenimento non anche quello, sine die, alla genitorialità in senso puro, discendente dai grimaldelli costituzionali.

Ed, ancora, la ratio sottesa alla mediazione non è tout court quella di confezionare un patto geminato dalle ceneri dell'*affectio coniugalis* venuto meno (ottica formalistica), ma, al contrario (ottica sostanzialistica) quello di evitare che la crisi della famiglia pregiudichi, in modo irrimediabile, i rapporti che da quella società "naturale" erano sorti. Si passa, cioè, da un'ottica in cui *l'accordo compone la lite* ad un'ottica in cui *le relazioni familiari si compongono con l'accordo*.

Se questo è vero, allora il Presidente, nella sua valutazione discrezionale – ai fini del rinvio di cui all'art. 155-sexies, comma II, c.c. - non si limita a verificare che ad acta risulti prodotto un negozio da omologare, ma accerta, altresì, che la discussione di quell'accordo, dinnanzi ai mediatori, non possa rivelarsi l'occasione per ripristinare, rinsanire o addirittura ricostituire i rapporti di famiglia (in senso orizzontale, coniugio; in senso verticale: filiazione).

## **5. Qualificazione giuridica dei mediatori.**

Come già anticipato, è dibattuta, sin dall'entrata in vigore della riforma, la natura giuridica dei "mediatori", tradizionalmente intesi e considerati, dagli operatori del settore, alla stregua di professionisti aventi una funzione compositiva della lite (e non valutativa).

Le associazioni di settore, al riguardo, hanno sollecitato gli operatori giuridici verso una interpretazione che li qualifichi in termini di nuova figura processuale, extraprocessuale, recisa dalla veste tipica del consulente tecnico ovvero dell'ausiliario questo al fine di garantire la loro naturale fisiologia, caratterizzata da complementarità ed autonomia del percorso di mediazione.

Le ragioni addotte a sostegno della tesi – da parte delle associazioni citate – non sono certo censurabili e muovono dal presupposto che vada garantita una corretta funzione nell'ambito della mediazione. E, ciò nonostante, il Giudice giammai potrebbe allontanarsi

ermeneuticamente dal dato normativo fino a “rompere” la tenuta della disposizione essendo, questi, soggetto alla Legge a garanzia del principio di legalità.

Ciò vuol dire che l’interpretazione da adottare non può prescindere dall’articolo 155-sexies c.c. che, come è stato pur autorevolmente affermato, non è stato talmente “audace” da recepire – in toto – l’istituto della mediazione quale nuovo ed autonomo sistema di A.D.R.

Orbene, la disposizione succitata, prevede che “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 155 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”. Il dato normativo è chiaro.

In primo luogo il codice parla di **esperti** e non di mediatori così avendo voluto ricondurre la figura a quelle già esistenti senza creazione ex novo di una nuova professionalità (ovviamente ai fini processuali e limitatamente al processo). Ed, infatti, la mediazione non emerge come “soggetto” (i mediatori tentano una composizione) ma come oggetto (gli esperti tentano una mediazione).

In secundis, la mediazione è configurata come **strumento** per raggiungere un accordo che non può non essere che quello “di separazione” il quale rappresenta (pur alla presenza della mediazione) un negozio di diritto familiare sospensivamente condizionato alla omologa (condicio juris di efficacia) e, quindi, inscindibile dal ruolo del Presidente nella fase presidenziale del giudizio. La dottrina, peraltro (si veda, ad es. , C. PETITTI, *Il mediatore familiare come ausiliario del giudice*, in *Famiglia e diritto*, 1/2006, p. 85 ss.) ha rilevato tutte le difficoltà interpretative del nuovo istituto non disdegnando l’orientamento che qualifica i “mediatori” (rectius: gli esperti) come ausiliari del Giudice.

E, infatti, dal dato normativo – invero alquanto scarno – emerge che la figura deputata a “mediare” tra i coniugi è dotata di particolari competenze professionali ed assume, di fatto, la qualità di ausiliario del giudice. Diversi i referenti ermeneutici di siffatta conclusione:

1) La disposizione ex art. 155-sexies c.p.c. è rubricata “poteri del giudice ed ascolto del minore”: la scelta discrezionale di far ricorso alla mediazione va iscritta, pertanto, nel novero dei “nuovi poteri” del giudicante e un simile inquadramento sistematico richiama immediatamente la facoltà (rectius: potere) di ricorrere all’assistenza di organi d’ausilio. Si tratta, cioè, di uno di quei “casi previsti dalla legge” in cui “il giudice ... si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non e' in grado di compiere da sé solo” (art. 68 c.p.c. , rubricato, per l’appunto, “altri ausiliari”).

2) Il dato letterale depone nel senso di uno stretto rapporto tra esperti e giudice, potendosi reputare che i primi agiscano come una vera e propria *longa manus* del giudicante: ed, infatti, la disposizione adotta il verbo “avvalendosi”.

Ed, invero, siffatta interpretazione consente l’applicabilità dell’art. 52 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. , ai fini della giusta copertura finanziaria dell’eventuale mediazione svolta, se non altrimenti stabilito (il compenso agli ausiliari di cui all’articolo 68 del codice è liquidato con decreto dal giudice che li ha nominati o dal capo dell’ufficio giudiziario al quale appartiene il cancelliere o l’ufficiale giudiziario che li ha chiamati, tenuto conto dell’attività svolta).

Peraltro, le paure esternate da chi critica siffatto orientamento non sono condivisibili.

Si eccipisce, cioè, che così facendo, il destinatario dell’attività dell’ausiliario sarebbe il giudice e non le parti; si teme, anche, una lesione del principio di autonomia del mediatore.

Quanto al primo profilo, in verità, si trascura di considerare che i coniugi sono i beneficiari dell’attività, al di là di colui dinnanzi al quale si debba rispondere per la stessa; quando al secondo profilo, si trascurano le concrete modalità operative di mediazione che – al di là del nomen juris – sono quelle scelte dagli esperti in piena autonomia.

Occorre rilevare, peraltro, che già prima della legge 54/06, taluni giudici – nel ricorso alla mediazione – si erano orientati ritenendo applicabile l’art. 68 c.p.c., che recita:

*“nei casi previsti dalla legge o quando ne sorga necessità, il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non e' in grado di compiere da sé solo. Il giudice può commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge”.*

Si può ricordare, ad esempio, la decisione del *Tribunale Bari*, 21 novembre 2000 (in *Dir. famiglia* 2001, 1501 nota SIGILLÒ): “È assai opportuno e conforme a legge che il giudice, in caso di crisi del nucleo domestico, qualora accerti la disponibilità delle parti a partecipare attivamente ad un programma di mediazione fra le opposte esigenze e le corrispondenti pretese, rinvii gli interessati ad un organismo o Centro qualificato di mediazione familiare, allo scopo di raggiungere (o di agevolare) la conclusione di un accordo e l'adesione consapevole ad una soluzione non imposta dall'alto, ma voluta dalle parti stesse; un rinvio siffatto, peraltro in armonia con i poteri/doveri conciliativi del giudice, nonché con la normativa, nazionale ed internazionale, auspicante l'intervento di un soggetto imparziale, diverso dal giudice, anche, e soprattutto, nei conflitti domestici, non esclude che il vaglio finale della soluzione concordata spetti, pur sempre, al giudice, del quale i mediatori possono considerarsi, ex art. 68 c.p.c., ausiliari atipici”.

Alla luce di quanto sin qui esposto, può e deve osservarsi quanto segue in ordine alla “linee guida operative” adottate a Milano, in data 10 settembre 2007, dall'A.I.Me.F.

1) il dispositivo suggerito dalle parti è in linea con l'art. 155-sexies c.c. ma richiede l'esplicitazione dell'ulteriore requisito (valutazione del Giudice in ordine all'opportunità del provvedimento);

2) quanto alla sospensione del procedimento, occorre segnalare le precisazioni del caso. Come affermato dalle Sezioni unite della Cassazione (14670/2003, orientamento non più disatteso), non vi è spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensivo legale: ove ammessa, infatti, una tale facoltà si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (art. 3 cost.) e della tutela giurisdizionale (art. 24 cost.), sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del nuovo art. 111 cost. Dalla esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa operante iudicis del giudizio, deriva sistematicamente, come logico corollario, la impugnabilità, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione "ex lege" (Cass. civ. 31 gennaio 2007 n. 2089). Il che vuol dire che la proposta ermeneutica dell'A.I.Me.F. va ricondotta, semmai, all'art. 296 c.p.c. cosicché il giudice istruttore, su istanza di tutte le parti, può disporre che il processo rimanga sospeso ma “per un periodo non superiore a quattro mesi”.

3) Non è possibile non ricondurre il mediatore all'art. 68 c.p.c. poiché dalla legge definito, per l'appunto, “esperto” che tenta la mediazione e non tout court “mediatore”.

4) Il rinvio cd. coatto non è conforme a legge: è condicio sine qua non il consenso di tutte e due le parti.

Da tutto quanto sin qui esposto, è suggestivo segnalare che l'istituto appare profilarsi quasi come un "*accertamento tecnico preventivo sui sentimenti*" che non conoscono giustizia se non quella del cuore.

Sia consentita, in conclusione, una citazione.

*"La famiglia è il test della libertà, perché è l'unica cosa che l'uomo libero fa da sé e per sé."*, Gilbert Keith Chesterton

## **6. Breve bibliografia**

1. ARDONE R., LUCARDI M., La mediazione familiare. Sviluppi, prospettive, applicazioni, Kappa, 2005.
2. BISCIONE S., Affidato condiviso. Patti di famiglia e nuove norme in tema di separazione e divorzio. Come cambia il diritto di famiglia dopo le leggi 54/2006 e 55/2006, Edizioni Giuridiche Simone, 2006.
3. BARONE E., Figli condivisi. La psicologia dello sviluppo nella mediazione familiare, Edizioni Univ. Romane, 2007.
4. PUPOLIZIO I., La mediazione familiare in Italia, Linea Professionale, 2007
5. PARKINSON L., Separazione, divorzio e mediazione familiare, Erikson, Trento, 1995.
6. HAYNES J.M., Buzzi I., Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione, Giuffr , Milano, 1996.
7. LAURENT-BOYER L. (a cura di), La mediazione familiare, Liguori, Napoli, 2000
8. MALAGOLI TOGLIATTI M., Affidato congiunto e condivisione della genitorialit , F. Angeli, 2003
9. SCABINI E., ROSSI G., a cura di, Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie, Vita e Pensiero, 2003
10. LONGO, *Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento O condiviso. Famiglia e diritto 2003,I, 87*
11. ALLEGRI E., DEFILIPPI P., Mediazione familiare, Armando, 2004
12. EMERY R. E., Il divorzio. Rinegoziare le relazioni familiari, Franco Angeli, 1998, 2<sup>a</sup> ed..
13. NTUK EFFIONG L., Separazioni e divorzi. Le controversie familiari dopo la riforma del rito, Sistemi Editoriali, 2006.
14. Mediazione familiare: anche nel rito del divorzio, commento a Trib. Lamezia Terme, ordinanza 28.11.2007, a cura di M. G. Travaglia Cicirello

Fonte : <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=2371>