

## ***Il difficile rapporto tra mediazione e conciliazione***

*Valeria Montaruli*

**SOMMARIO:**1. *La mediazione.*- 2. *Modelli di mediazione.*-3. *Mediazione e conciliazione.*-4.*Il difficile rapporto tra giustizia contenziosa e conciliativa.*-4.1. *Istituti di tipo conciliativo.*-5. *La mediazione nei procedimenti di separazione e divorzio.*-6. *La mediazione nel ddl Pillon S. 735/2018.*- 7. *La mediazione in ambito penale.*-8. *Gli Uffici per la mediazione giudiziaria.*-9. *Conclusioni.*

### ***1. La mediazione***

Il tema della mediazione assume particolare rilievo nell'individuazione di un nuovo modello di giudice della persona e della famiglia, nella prospettiva dell'auspicata costituzione del tribunale della famiglia come unico giudice dei rapporti personali.

In quest'ottica s'inseriscono anche le disposizioni contenute nella legge n. 149/2001 relative alla difesa tecnica nei procedimenti minorili, che contemplano la presenza dei difensori e del curatore speciale per il minore. Il giudice dovrà essere ancor più attento al rispetto delle regole processuali, pur senza cadere nell'exasperazione dei tecnicismi. Tale rigorosa applicazione del **principio del contraddittorio** mette dunque in campo l'esigenza di sviluppare una **cultura della mediazione e dell'ascolto**, che si concili con le esigenze e caratteristiche della giurisdizione.

Occorre pertanto conciliare due realtà, **processo contenzioso e mediazione**, che sembrano opposte: il primo punta a gestire il conflitto su cui è chiamato ad intervenire per stabilire chi ha torto e chi ha ragione; la seconda privilegia la ricerca di nuovi assetti familiari e sociali, per agevolare il recupero di un dialogo.

### ***2. Modelli di mediazione***

V'è un concetto comune di **mediazione**, valido per tutti i settori della mediazione (familiare, penale, minorile, penitenziaria) che si può riassumere nella definizione contenuta nel foglio illustrativo diffuso dall'Ufficio per la mediazione di Milano: *“La mediazione è l'attività*

*in cui un terzo neutrale, il mediatore, ha il compito di favorire la comunicazione tra due o più soggetti in conflitto. Il mediatore non giudica, non impone soluzioni, ma offre l'opportunità di parlare e di essere ascoltati in uno spazio protetto, libero e confidenziale”.*

Attraverso il percorso mediativo le parti vengono aiutate ad ‘ascoltarsi’, provano ad accogliere le difficoltà dell’altro e a manifestare le proprie, ripristinando una comunicazione funzionale, orientata al riconoscimento dei bisogni reciproci e nascosti dietro la difesa del conflitto.

Tale percorso deve avvenire in un **ambiente neutrale**, in cui vi sia una garanzia di **riservatezza**, inclusa anche la garanzia dell’**inutilizzabilità** delle dichiarazioni rese durante la mediazione in sede processuale.

In questo ambito, si distinguono tre modelli di mediazione:

1) **modello familiare**, orientato ad un percorso di tipo confidenziale che abbia come obiettivo il sostegno delle relazioni familiari e genitoriali;

2) **modello orientato verso l’accordo**, che mira cioè ad ottenere il raggiungimento di accordi funzionali alle esigenze delle parti e duraturi (*problem solving*);

3) modello di stampo **terapeutico**, che considera maggiormente l’aspetto simbolico delle questioni, più che il merito delle cose.

### **3. Mediazione e conciliazione**

In generale, viene solitamente individuata una differenza tra la mediazione e conciliazione.

**La conciliazione** (o meglio il tentativo di conciliazione), come è noto, fa parte dell’ordinaria procedura civile ed è uno dei principi fondamentali del processo. E’ finalizzata a favorire l’accordo delle parti al fine di determinare la fine del giudizio per rinuncia delle parti o per provvedimento del giudice, che dichiari l’intervenuta cessazione della materia del contendere. Conciliatore può essere lo stesso giudice nell’ambito del processo oppure un suo ausiliario (per es. consulente all’uopo nominato).

**La mediazione** non ha come scopo principale quello di arrivare ad una transazione ponendo fine alla causa, ma si propone piuttosto di ristabilire il dialogo, in modo che le parti riconoscano il conflitto che li oppone, lo gestiscano e lo superino. Mediatore non può essere il

giudice né un suo ausiliario, bensì un soggetto che abbia acquisito una professionalità specifica in materia.

Nell'ambito delle ADR (alternative dispute resolution), dai **metodi aggiudicativi** di composizione delle controversie (come l'arbitrato) si distinguono i **metodi facilitativi**, nei quali il terzo neutrale interviene, non già per pronunciare una decisione sulla controversia, bensì per aiutare le parti a trovare un accordo che ponga fine al conflitto. Nell'ambito di tali strategie, trovano collocazione i **metodi conciliativi**, tra i quali una variante di origine anglosassone è costituita dalla mediazione (*mediation*), da non confondersi con la figura contrattuale del mediatore, disciplinata nel nostro codice civile.

In particolare, nel nostro ordinamento, la figura della mediazione ha trovato precipuamente ingresso nei settori di rilevanza maggiormente pubblicistica, ovvero quello penale e della famiglia ed ha la funzione, indipendentemente dal risultato concretamente conseguito, di far dialogare le parti, nella ricerca di una soluzione condivisa.

Una definizione normativa delle categorie della mediazione e della conciliazione è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 1 **D. lgs. n. 4 marzo 2010, n. 28, attuativo dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69**, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Ai sensi dell'art. 1 del predetto decreto legislativo si intende per:

- a) **mediazione** l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;
- b) **mediatore**: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;
- c) **conciliazione**: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”.

La definizione di carattere generale della mediazione è stata introdotta nel nostro ordinamento a seguito della **Direttiva 2008/52/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio che, all'art. 3 lett. a), la definisce come “*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere*

*un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato Membro”.*

Si tratta di una definizione onnicomprensiva, che comprende sia i metodi alternativi di risoluzione delle controversie avviati su **impulso del giudice**, o comunque quelli condotti da un giudice diverso da quello investito della decisione della controversia, sia quelli avviati su **base volontaria**, per prevenire o dare soluzione ad una controversia. La legge stabilisce i casi in cui l'esperimento del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, ecc.).

A tali modelli, improntati al principio della conciliazione - mediazione tra le parti ad opera di un terzo neutrale, deve aggiungersi il **modello della negoziazione**, che a livello codicistico è ritagliato sulla figura della transazione stragiudiziale di cui all'art. 1965 cc. In tale modello viene meno la stessa figura del terzo facilitatore, in quanto l'accordo transattivo viene raggiunto esclusivamente ad opera delle parti, sulla base di una negoziazione che si incentra su reciproche concessioni, per raggiungere una comune utilità.

**Una variante inedita relativa al modello della negoziazione** è stata da ultimo adottata dal nostro legislatore con il decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con legge 10 novembre 2014, n. 162, recante “misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”; infatti, con tale provvedimento è stata istituita, come modalità alternativa di gestione delle controversie, la figura della negoziazione assistita, in cui le parti sono coadiuvate da almeno un avvocato.

#### ***4. Il difficile rapporto tra giustizia contenziosa e conciliativa.***

Il difficile rapporto tra la giustizia contenziosa e quella conciliativa si traduce in un'evidente diffidenza nei confronti della mediazione come tale ed emerge dal **carattere frammentario** della normativa in materia, nella quale il termine mediazione viene utilizzato solo raramente e in modo atecnico.

Invero, la legislazione finora non si è occupata in modo organico dell'istituto della mediazione, se non attraverso una fondamentale disposizione a carattere programmatico, **l'art. 4 Legge 28 agosto**

**1997, n. 285** (in Gazz. Uff., 5 settembre, n. 207) - Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza, che, nell'ambito dei *Servizi di sostegno alla relazione genitore-figli e di contrasto della povertà e della violenza, con misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo-assistenziali*, fa un esplicito riferimento alla **possibilità di istituire servizi di mediazione familiare** per il superamento delle difficoltà relazionali in famiglia.

#### 4.1. *Istituti di tipo conciliativo*

Nelle pieghe del sistema possono essere tuttavia individuate una serie di disposizioni che, nei diversi ambiti, hanno previsto e disciplinato degli istituti di tipo conciliativo, seppure non di vera e propria mediazione. Si citano, a titolo esemplificativo, le seguenti norme:

- In materia commerciale, la **legge 29 dicembre 1993 n. 580**, al fine di risolvere controversie tra imprese, prevede il ricorso a camere arbitrali; per le controversie relative al servizio telefonico la legge 31 luglio 1997, n. 249, prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale ; in materia lavoristica, l'art. **411 cpc** prevede la possibilità di un tentativo di conciliazione in sede sindacale, in alternativa rispetto alla disciplina prevista dall'art. **410 cpc** per le conciliazioni espletate dinanzi alle commissioni provinciali appositamente costituite.
- In materia processual – civilistica, va poi ricordato il tentativo di conciliazione, previsto dall'art. **183 cpc** come prodromico rispetto alla trattazione della controversia, anche se di rara applicazione.
- In materia familiare nell'ambito del processo civile, l'**art. 342 bis cc** (introdotto dalla legge 4 aprile 2001, n. 154) prevede gli **ordini di protezione contro gli abusi familiari**, nel senso che, quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342 ter<sup>1</sup>. Nel perseguire l'intento della

---

<sup>1</sup> L'art. 342-ter cc prevede quanto segue: “ Con il decreto di cui all'articolo [342-bis](#) il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone

tutela delle vittime contro le condotte pregiudizievoli in ambito familiare, la norma ha previsto altresì che il giudice possa avvalersi del supporto, oltre che dei servizi territoriali generalmente intesi e delle associazioni a tutela delle donne e dei minori, anche dei centri di mediazione familiare.

- Sempre in materia familiare, il nuovo **art. 337 octies cc**, che, a seguito dell'entrata in vigore della riforma della filiazione con d.lgs. n. 153/2013, ha sostituito l'art. 155 *sexies* cc, prevede la possibilità di ricorso alla mediazione nei procedimenti di separazione e divorzio. Va rilevato che, a differenza dei menzionati artt. 4 l. 285/97 e 342 *ter* cc, che utilizzano l'espressione 'mediazione familiare', l'art. 337 *octies* cc parla semplicemente di 'mediazione', così facendo riferimento ad un concetto unitario e onnicomprensivo. La norma lascia peraltro intravedere il presupposto di una mediazione minorile, laddove sancisce che essa deve fare particolare riferimento "alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli".

#### *5. La mediazione nei procedimenti di separazione e divorzio*

Nell'ambito dei **procedimenti di separazione e divorzio** è riscontrabile una situazione contraddittoria, laddove alla previsione della mediazione contenuta nell'art. 337 - *octies*, che s'inscrive in una logica di composizione del conflitto, fa da contraltare un'accentuazione della natura contenziosa del procedimento, sicché la predetta norma, con le sue carenze che poi evidenzieremo, rischia di diventare una monade e di avere scarsa attuazione.

Come è noto l'impianto normativo e processuale dei giudizi di separazione e divorzio è stato ridisegnato dalla **legge 14 maggio 2005 n. 80** (conversione del decreto competitività), che ha integralmente sostituito gli artt. 706 – 709 cpc, introdotto l'art. 709 *bis* cpc e modificato l'art. 4 l. 1 dicembre 1970, n. 898 (già modificato per effetto della legge 6 marzo 1987 n. 74), relativo alla disciplina processuale sul divorzio. Sulla materia ha poi ulteriormente inciso la legge n. 54 del 2006 in materia di "separazione dei genitori e affidamento condiviso", che, tra le altre importanti novità, ha modificato il menzionato art. 155 *sexies*, poi trasfuso nell'art. 337 *octies* cc, prevedendo la possibilità, nel procedimento di separazione tra coniugi, di differire l'assunzione dei provvedimenti presidenziali per fare ricorso alla mediazione.

---

*ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro".*



Convivono, dunque, due realtà: il **contenzioso** e la **volontaria giurisdizione**, nella quale ultima si fa rientrare la mediazione.

La natura bifasica del rito emerge innanzitutto dalle scansioni dell'udienza presidenziale, nella quale a seguito della riforma, i difensori partecipano sin dall'inizio all'udienza.

La novella mantiene tale natura bifasica del procedimento di separazione e di divorzio, caratterizzato dalla presenza di una prima fase, costituita dall'udienza presidenziale, e di una seconda fase, di natura sicuramente contenziosa, avente ad oggetto la trattazione del giudizio. La *ratio* di questa bipartizione viene individuata nel *favor matrimoni*, per cui, prima che i coniugi possano accedere alla tutela giurisdizionale dei loro diritti, è previsto l'espletamento di un tentativo di composizione della lite coniugale. La novella, tuttavia, in un'ottica di sfiducia verso il tentativo di conciliazione – che quasi sempre, nella prassi, si riduce ad un'inutile formalità – ne attenua i profili volontaristici, come dimostra anche la previsione **dell'obbligatorietà di una difesa tecnica** sin dalla prima fase del giudizio, così riconoscendo la prevalenza del carattere contenzioso dello stesso, rispetto al quale non è incompatibile il mantenimento della previsione del tentativo di conciliazione.

Tale evoluzione assume rilievo anche nei **procedimenti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli di genitori non coniugati**, oggi di competenza del tribunale ordinario a seguito della modifica dell'art. 38 *bis* disp. att. cc (legge n. 219/2012); infatti il procedimento si svolge nelle forme del rito camerale ex artt. 737 ss. cpc e dunque non ha struttura bifasica, e cionondimeno ha natura contenziosa. Anche rispetto a tali procedimenti opera il principio stabilito dall'art. 337 *octies* cc.

In questo panorama, e qualora non si abbia la capacità di realizzare un equilibrato temperamento tra l'aspetto conciliativo e quello contenzioso del procedimento, la pur encomiabile previsione di cui all'art. 337 *sexies* cc rischia di diventare un inutile orpello.

La norma presenta profili di criticità, laddove costruisce la mediazione non come strumento diretto a realizzare il protagonismo delle parti che intendono farvi ricorso, ma come potere del giudice, e laddove non fa alcun riferimento alla figura professionale del mediatore, ma parla genericamente di 'esperti'.

Non è neppure chiaro come il giudice debba procedere, potendo inviare le parti ad un centro specializzato, ma anche dare incarico ad un esperto mediante CTU. Non si pone a mio parere il problema dell'utilizzabilità in giudizio delle dichiarazioni rese dalle parti durante il percorso di mediazione, svolgendosi esso in sede extraprocessuale.

## **6. La mediazione nel ddl Pillon S. 735/2018**

L'istituto della mediazione potrebbe ricevere ulteriore impulso con l'approvazione del disegno di legge Pillon.

La lettura complessiva del **disegno di legge S. 735/2018**, presentato al Senato il 1° agosto 2018 dal senatore Pillon<sup>2</sup>, mette in evidenza la visione deformata del principio di bigenitorialità cui si ispira, tutta spostata verso la tutela delle istanze di una delle parti del conflitto genitoriale e pervasa da una logica adulto-centrica, in contrasto con il principio del superiore interesse del minore, che è immanente nell'ordinamento interno ed è universalmente affermato dalle convenzioni internazionali e dalle linee guida del Consiglio di Europa del 2010. Appare in tal senso illuminante una dichiarazione contenuta in un'intervista del primo proponente, pubblicata sul Corriere della Sera, "non possiamo sacrificare un genitore sull'altare dell'habitat del figlio".

Pur essendo apprezzabile in linea generale la previsione di una disciplina che dia ampio spazio all'istituto della mediazione familiare in

---

<sup>2</sup> Cfr. Art. 3. (Procedimento di mediazione familiare)

1. Il procedimento di mediazione familiare è informale e riservato. Partecipano al procedimento di mediazione familiare le parti e i rispettivi legali. La partecipazione al procedimento di mediazione di minori, purché di età superiore a dodici anni, può essere ammessa solo con il consenso di tutte le parti e, comunque, di entrambi i genitori.
2. Le parti devono rivolgersi a un mediatore familiare scelto tra quelli che esercitano la professione nell'ambito del distretto del tribunale competente per territorio ai sensi del codice di procedura civile.
3. La partecipazione al procedimento di mediazione familiare è volontariamente scelta dalle parti e può essere interrotta in qualsiasi momento. L'esperimento della mediazione familiare è comunque condizione di procedibilità secondo quanto previsto dalla legge qualora nel procedimento debbano essere assunte decisioni che coinvolgono direttamente o indirettamente i diritti dei minori.
4. Il procedimento di mediazione familiare ha una durata non superiore a sei mesi, decorrenti dal primo incontro cui hanno partecipato entrambe le parti. Le parti devono partecipare al primo incontro del procedimento di mediazione familiare assistite dai rispettivi avvocati, qualora esse abbiano già dato loro mandato.
5. Il mediatore familiare, su accordo delle parti, può chiedere che gli avvocati di cui al comma 4 non partecipino agli incontri successivi. Gli stessi devono comunque essere presenti, a pena di nullità e inutilizzabilità, alla stipulazione dell'eventuale accordo, ove raggiunto.
6. Gli avvocati e le parti hanno il dovere di collaborare lealmente con il mediatore familiare.
7. Si applicano gli articoli 8, 9, 10, 11, 13 e 14, commi 1 e 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.
8. L'efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto a seguito del procedimento di mediazione familiare deve in ogni caso essere omologata dal tribunale competente per territorio ai sensi del codice di procedura civile.
9. Il tribunale di cui al comma 8 decide in camera di consiglio entro quindici giorni dalla richiesta.

Art. 4.

(Spese e compensi per il mediatore familiare)

1. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro della giustizia, con proprio decreto, stabilisce i parametri per la determinazione dei compensi professionali per i mediatori familiari, prevedendo in ogni caso la gratuità del primo incontro. Gli avvocati e gli altri professionisti che operano in funzione di mediatori familiari devono applicare le tariffe professionali relative a tale ultima funzione.



funzione di composizione dei conflitti familiari, devono rilevarsi numerose criticità.

La nuova disciplina si muove, infatti, in un'ottica privatistica e negoziale del diritto di famiglia, introducendo la mediazione obbligatoria in tutte le separazioni familiari in cui sia coinvolto "direttamente o indirettamente un minore" ed elevandola "a condizione di procedibilità per l'accesso alla Giustizia"<sup>3</sup>.

Non trova spazio, fini dell'esclusione della mediazione obbligatoria, l'ipotesi della violenza domestica, in spregio all'art. 48 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, licenziata a Istanbul l'11 maggio 2011, che impone agli Stati il divieto di fare ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione".

---

<sup>3</sup> Cfr. documento AIAF in sede di audizioni: Si osserva che: a) è inaccettabile la confusione tra mediazione familiare e mediazione civile e commerciale, prevista nel D.lgs. 28/10, trattandosi di istituti completamente differenti; introduzione della mediazione familiare determinerebbe un aggravio di costi che sarebbero a carico dei separandi, giusta la clausola di invarianza finanziaria (art. 24) e si possono calcolare maggiori costi aggiuntivi per almeno 77 milioni di euro all'anno; il legislatore, che pure ritiene a parole di promuovere la mediazione e le ADR, non si premura ad esempio di prevedere l'ammissione al gratuito patrocinio; c) i mediatori familiari hanno sempre osservato che, per funzionare, la mediazione deve essere volontaria e non può essere imposta; d) occorre comunque ricordare che già l'Avvocatura svolge un filtro (rectius: costituisce una diga) al contenzioso familiare, anche grazie alla negoziazione assistita e al "divorzio amministrativo". Le separazioni conflittuali sono il 17% del totale. Una percentuale di conflitto "quasi" fisiologica che potrà essere ulteriormente abbassata, ma che non si può certo sperare venga del tutto eliminata. L'introduzione di altre figure, non sempre in grado di redigere correttamente accordi di separazione e divorzio che hanno fortissimi risvolti giuridici, rischia di creare una diminuzione solo apparente. Altre critiche dell'Unione camere civili si incentrano sul fatto che non si tiene in adeguato conto la Convenzione di Istanbul l'11 maggio 2011, che impone infatti agli Stati il divieto di fare ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione. Nel documento AIMEF si legge: "Il percorso di mediazione familiare non può essere condizione di procedibilità. Il ddl n. 735 dettaglia, nell'art. 3, il percorso di mediazione familiare. Come già precedentemente detto, la procedura illustrata risente dell'istituto della mediazione civile. Inoltre, si evidenzia, sempre con riferimento all'art. 3 del citato ddl, che, in ragione della riservatezza, eventuali figure terze possono essere introdotte solo previo consenso dei genitori e qualora il mediatore ne ravvisi la necessità, ovvero al fine di facilitare la riorganizzazione delle relazioni familiari e il raggiungimento degli obiettivi precedentemente prefissati dagli stessi genitori. Il percorso di mediazione è articolato su circa 10/12 incontri ed ha una durata tra i 6 e i 12 mesi, escluso l'incontro informativo. La durata per l'espletamento dell'intervento (esclusa l'informazione) contenuta nei ddl n. 735 (sei mesi art. 3 c. 4) risulta troppo ristretta". La dott.ssa Servetti osserva: "L'intervento dei legali non presenta alcuna utilità nell'ambito della fase di mediazione, dal momento che l'art. 3 comma 8 prevede che l'efficacia esecutiva dell'accordo intervenuto all'esito del percorso sia subordinata "all'omologazione da parte del tribunale", chiamato a decidere in camera di consiglio entro il termine (all'evidenza ordinatorio) di 15 gg.: ciò significa che nulla muta rispetto alla disciplina della separazione consensuale (verbale sottoscritto innanzi al giudice e omologato con decreto collegiale) se non che la sottoscrizione dei genitori sembra, nella prospettiva di riforma, collocarsi nel momento finale della mediazione al quale partecipano, qui di necessità attivamente, i rispettivi legali.

E' evidente la concezione patriarcale e cripto - indissolubilista alla base della proposta.

E' reso inoltre impossibile l'accesso diretto alla Giustizia nei casi di urgenza e/o di grave pregiudizio per i minori; non è, infatti, prevista alcuna clausola di salvezza o deroga alla mediazione obbligatoria che garantisca l'accesso diretto ed immediato alla giustizia.

Si evidenzia, inoltre, una confusione di fondo tra l'istituto della mediazione di cui al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, annoverato tra le ADR e in funzione conciliativa, con la vera e propria mediazione familiare.

Come si è detto, la mediazione non ha come scopo principale quello di arrivare ad una transazione ponendo fine alla causa, ma si propone piuttosto di ristabilire il dialogo, in modo che le parti riconoscano il conflitto che li oppone, lo gestiscano e lo superino. Conseguentemente, al fine di garantire la necessaria libertà alle parti, la mediazione deve svolgersi al di fuori del procedimento giurisdizionale, in cui non confluisce quanto le parti hanno dichiarato e portato nel corso della medesima.

Nel disegno di legge, invece, la mediazione, pur potendosi svolgere (negli incontri successivi al primo) in assenza degli avvocati, si conclude con il raggiungimento di un accordo e con la **partecipazione necessaria dei difensori**; l'accordo ha efficacia esecutiva ed è suscettibile di omologa da parte del tribunale.

Infine, pur dovendosi salutare positivamente **l'introduzione dell'albo nazionale dei mediatori familiari**, che imporrebbe criteri di uniformità per tale professione, si rileva la sua eccessiva **onerosità**, atteso che l'art. 4 non prevede la possibilità di beneficiare del patrocinio a spese dello Stato, limitandosi a prevedere la gratuità solo del primo incontro.

### *7. La mediazione in ambito penale*

In ambito penale, accanto al tradizionale modello sanzionatorio, può essere individuato un modello riabilitativo della giustizia penale, che presuppone un rapporto diretto tra vittima ed autore del reato, nonché un'attività in cui si esaurisca la risposta istituzionale alla commissione del reato.

In tale ottica, assumono rilievo l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cp (ravvedimento operoso), l'art. 165 cp (subordinazione della sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo risarcitorio e delle restituzioni).

Tali norme, nell'ambito penale minorile, devono conciliarsi con il fatto che il processo minorile non consente la costituzione di parte civile.

La mediazione può dunque assumere un ruolo decisivo nel creare un dialogo, a scopo riparativo, tra l'autore del reato e la vittima. La sperimentazione attuata in area minorile prevede che l'incontro tra vittima ed autore del reato avvenga nel corso del processo, su impulso dell'Autorità giudiziaria, ma che esso si svolga in un'area neutrale<sup>4</sup>.

Nell'ambito della messa alla prova, **l'art. 28 del DPR 448/88** prevede la possibilità di impartire al minore, sottoposto alla messa alla prova, "prescrizioni dirette a riparare alle conseguenze del reato e promuovere la conciliazione tra minorenni e parte lesa". Non si parla tuttavia di mediazione.

La l. n 274/00, in materia di competenza penale del giudice di pace, prevede che, per i reati perseguibili a querela, il giudice promuova la conciliazione tra le parti.

In materia penitenziaria, l'art. 27 del dpr 30 giugno 2000, n. 230, prevede che l'osservazione della personalità dei detenuti comporti una riflessione sull'azione di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento del danno<sup>5</sup>.

In materia di droga, l'art. 73 5 co. *bis* l.n. 49/06 prevede una messa alla prova di imputati adulti con possibilità di espletamento di attività socialmente utili in sostituzione di pene detentive.

In ambito minorile, in cui – come si è visto – si colloca l'art. 337 *octies* cc, la mediazione trova il suo fondamento programmatico sia nella Costituzione, che nelle convenzioni internazionali, tanto in materia civile che in quella penale.

Tra le fonti normative internazionali, va ricordata innanzitutto **la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo adottata a New York nel 1989** e ratificata dall'Italia nel 1991; tale Convenzione prevede la possibilità per il fanciullo di essere ascoltato in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi, sia direttamente sia tramite un rappresentante o un'apposita istituzione (v. art. 12 Conv.)<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. il progetto Incontro del Dipartimento della Giustizia minorile, avviato in alcune regioni meridionali.

<sup>5</sup> La norma recita: "L'osservazione scientifica della personalità è diretta all'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto, connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione. Ai fini dell'osservazione si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento. Sulla base dei dati giudiziari acquisiti, viene espletata, con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona".

<sup>6</sup> L'art.12 che così recita: "1. Gli Stati devono assicurare al fanciullo capace di formarsi una propria opinione il diritto di esprimerla liberamente e in qualsiasi materia, dando alle opinioni del fanciullo il giusto peso in relazione alla sua età ed al suo grado di maturità. 2. A tal fine, verrà in particolare offerta al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguardi, sia direttamente, sia tramite un

Un'altra fonte di riferimento è **la Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori del 1995**, adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 ed entrata in vigore il 1 luglio 2000 (ratificata in Italia con legge 20 marzo 2003 n. 77), la quale pone espressamente le basi per la mediazione nel Preambolo e nell'art. 13 rubricato "Mediazione e altri metodi di soluzione dei conflitti". All'art. 13 recita: "*Per prevenire o risolvere i conflitti ed evitare procedimenti giudiziari riguardanti bambini, le Parti incoraggiano l'attuazione della mediazione o di ogni altro metodo di risoluzione dei conflitti e la loro utilizzazione per raggiungere l'accordo nei casi appropriati determinati dalle Parti*".

In ambito europeo, il **Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con risoluzione n. 616 del 21.1.1998**, ha affermato la necessità di incrementare l'utilizzo della mediazione, la quale favorisce la soluzione di un conflitto con l'aiuto di un terzo neutrale.

Le **Linee Guida del Comitato dei Ministri e del Consiglio di Europa per una giustizia a misura del minore del 2010** stabiliscono che gli strumenti alternativi al procedimento giudiziario, quali la mediazione, *la diversion* (strumenti diversi da quelli giudiziari che si muovono nell'area della degiurisdizionalizzazione) e i metodi alternativi di risoluzione delle controversie dovrebbero essere incoraggiati ogniquale volta questi possano servire al meglio l'interesse superiore del minore. Il ricorso preliminare a tali alternative non dovrebbe tuttavia essere usato come un ostacolo all'accesso alla giustizia da parte del minore.

### **8. Gli Uffici per la mediazione giudiziaria**

Permane la necessità di una compiuta regolamentazione della mediazione, già sollecitata dalla legislazione europea (art. 13 Convenzione europea sui diritti dell'infanzia).

L'istituto della mediazione ha trovato comunque attenzione nella giurisprudenza di merito più sensibile ed accorta.

Nell'ambito del settore della famiglia e minorile, sono stati altresì istituiti uffici per la mediazione giudiziaria. In particolare, da tempo - per iniziativa dei giudici minorili e degli enti locali - sono stati istituiti in diverse città (Torino, Milano, Bari, Foggia, Catanzaro, Cagliari, Sassari) Uffici per la mediazione, che talvolta hanno limitato la loro

---

*rappresentante o un'apposita istituzione, in conformità con le regole di procedura della legislazione nazionale". La mediazione è certamente un servizio di cui all'art. 18 par. 2: " Al fine di garantire e di promuovere i diritti enunciati nella presente Convenzione, gli Stati parti devono fornire un'assistenza adeguata ai genitori o ai tutori legali nell'adempimento delle loro responsabilità in materia di allevamento del fanciullo, e devono assicurare lo sviluppo di istituzioni e servizi per l'assistenza all'infanzia".*

attività alla sola mediazione penale in ambito minorile, in altri casi si occupano di ogni tipo di mediazione minorile, dando ampio spazio a quella familiare.

Sportelli per la mediazione familiare sono stati istituiti in numerosi uffici giudiziari, tra i quali i tribunali di Milano, Bari e Napoli Nord.

### **9. Conclusioni**

La mediazione è espressione di una cultura della democrazia familiare, che non ammette vincoli gerarchici. Essa mira ad una pace duratura e si pone nel solco del diritto mite come ricerca di soluzioni condivise.

A mio avviso, l'ambito della mediazione deve restare comunque distinto dall'ambito della giurisdizione contenziosa, pur ponendosi comunque al servizio di un migliore andamento della giustizia. Il giudice è figura distinta dal mediatore, anche se il giudice della persona deve avere peculiarità specifiche e capacità di ascolto di tutte le istanze, per ricercare soluzioni condivise. Pertanto, non appare utile dare ingresso al mediatore nel processo mediante una CTU.

Una buona mediazione potrà naturalmente condurre, in ambito processuale, ad un'efficace composizione del conflitto, mediante l'individuazione di soluzioni condivise.

A tal fine è necessaria una fattiva collaborazione della classe forense, che deve essere preparata e sensibilizzata a dimettere l'atteggiamento diffuso di cavalcare la rabbia del cliente, per incoraggiare invece la composizione del conflitto, sviluppando tecniche di conciliazione. Cito in proposito un documento della prima conferenza europea tenutasi a Vienna nel 9.07, nel quale si sottolinea il ruolo della mediazione nel mettere la giurisdizione a contatto del conflitto vivo tra le parti, per dare risposte condivise, e si dice: *“La mediazione, dunque, nel contesto della lite, può rendere le parti in causa più consapevoli dei motivi profondi della loro domanda di giustizia, e contemporaneamente, di renderli consapevoli e responsabili della riuscita, in concreto, della decisione del giudice”*.

Nel settore del diritto di famiglia e della persona, la mediazione può dunque diventare un importante grimaldello per realizzare un giurisdizione mite, come antidoto alla tendenza all'exasperazione dei conflitti cui si assiste quotidianamente ad ogni livello.