

GIUSTIZIA CIVILE

Anno LXII Fasc. 10 - 2012

Gianni Ballarani

**LA MEDIAZIONE FAMILIARE ALLA
LUCE DEI VALORI DELLA
COSTITUZIONE ITALIANA E DELLE
NORME DEL DIRITTO EUROPEO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

[7788/264] LA MEDIAZIONE FAMILIARE
ALLA LUCE DEI VALORI DELLA COSTITUZIONE ITALIANA
E DELLE NORME DEL DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Definizione, funzione e natura della mediazione familiare. — 3. Il piano normativo interno: l'art. 155-sexies c.c. — 4. Cenni al quadro normativo dei principali Stati europei. — 5. Le radici della mediazione in Europa. — 6. Fondamento e limiti della privatizzazione del diritto della famiglia. — 7. La mediazione tra istanze di autonomia privata ed esigenze di tutela degli interessi superindividuali. — 8. Conclusioni: la necessità del vaglio giudiziale dell'accordo a garanzia del superiore interesse del minore.

1. *Considerazioni introduttive.* — L'indagine che in questa sede s'intende svolgere, attiene alla individuazione del fondamento dell'istituto della mediazione in materia familiare (1) (con specifico riferimento al disposto di cui all'art. 155-sexies, comma 2, c.c.) sul piano dei valori della Costituzione e sul terreno del diritto europeo, ai fini di una valutazione di corrispondenza tra l'istituto e l'esigenza di protezione ordinamentale del superiore interesse del minore.

Orbene, in premessa non può omettersi di considerare come la materia del diritto della famiglia, e dei minori in particolare, sia una delle branche che forse maggiormente risente dei mutamenti sociali, dei cambiamenti di contesto, delle variazioni dello spazio e del tempo, in quanto il rapporto dialettico tra diritto e società in ambito familiare è continuo e dinamico.

Ma, del pari, il diritto della famiglia affonda le proprie radici nei canoni naturalistici del vivere in comunione: l'affetto, la solidarietà, il prendersi cura dell'altro, il condividere lo stesso spazio, il crescere i figli, sono regole di « diritto naturale », prima che di diritto positivo. Ed è per questo che Arturo Carlo Jemolo definiva la famiglia come « un'isola che il mare del diritto può solo lambire, ma non penetrare » (2). Ed è ancora per questo che anche a livello costituzionale, l'ordinamento non attribuisce i diritti alla famiglia, bensì si limita a riconoscerli come un qualcosa che preesiste rispetto al sistema giuridico, e, di conseguenza, li tutela.

(1) In generale sulla mediazione familiare, cfr., FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *La mediazione familiare*, in *L'affidamento condiviso* a cura di PATTI e ROSSI CARLEO, Milano 2006, 229 ss.; BIANCA C.M., *La famiglia*, Milano 2005, 203; TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, *Lo scioglimento del matrimonio* a cura di BONILINI e TOMMASEO, 2^a ed., Milano 2004, 340; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da BIGIARI, *Separazione e divorzio* a cura di FERRANDO, I, Torino 2003, 560 ss.; BASILE, *La mediazione nelle controversie coniugali sugli effetti della separazione e del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio* a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, t. 2, Milano 2002, 1483 ss.; DOGLIOTTI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia* diretto da FERRANDO, I, *Matrimonio, separazione e divorzio* a cura di FERRANDO, Bologna 2007, 1064 ss.; ID., *La mediazione familiare: un dibattito ancora attuale*, in *Fam. dir.*, 1996, 766 ss.; RESCIGNO P., *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della « mediazione familiare »*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 73 ss.; ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino 2000, 343 ss.

(2) JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli 1949, 38.

È proprio questa intima relazione del diritto della famiglia con il « diritto sociale » — a voler utilizzare una espressione cara a Giorgio Oppo (3) — e l'attitudine del primo a « subire » le mutazioni e le variazioni del contesto in cui questo si trova ad operare, che oggi debbono essere tenuti in assoluta considerazione, in quanto la realtà geo-politica spinge il giurista a volgere lo sguardo oltre gli stretti confini territoriali, ove la ricerca si confronta con nuovi parametri, con nuove frontiere e con nuove sfide.

Sono, del resto, di ogni evidenza i problemi che si pongono anche in ambito di diritto della famiglia e dei minori, in una Europa a ventisette Stati, ove le differenze tra tradizioni e ordinamenti comportano nuove difficoltà, aprono nuovi scenari e richiedono nuove riflessioni per addivenire a soluzioni efficienti e condivise: soluzioni informate, non alla stretta logica impositiva della singola norma di legge che ben può apparire insufficiente, bensì a quella regola posta alla base del diritto che è la ragione.

E non è chi non veda come i modelli tradizionali della famiglia subiscano inevitabilmente il confronto con la rivoluzione dei costumi, determinata da quella globalizzazione che fa convergere e scontrare culture e tradizioni affatto diverse.

In questo contesto, la tradizionale realtà unitaria della famiglia rischia di frantumarsi in un arcipelago in cui realtà post-moderne si incontrano e si scontrano con tradizioni pre-moderne e la regola positiva può risultare a tratti insufficiente o inadeguata anche solo a lambirne i contorni, se non ancorata a solidi principi etico-giuridici.

Ebbene, in questa prospettiva, in cui i rapporti e i ruoli possono apparire sempre più sfumati e dagli incerti contorni, non può omettersi di considerare come nella realtà familiare confluiscono, non solo le ragioni di libera scelta degli adulti, bensì i diritti e gli interessi dei minori, posti come assiologicamente superiori e rispetto ai quali, le prime debbono cedere il passo.

Di fronte a queste esigenze di protezione e di tutela, l'ordinamento non può sottrarsi, dovendo segnare il limite alla facoltà dei privati di auto-regolamentare i propri interessi.

2. Definizione, funzione e natura della mediazione familiare. — Svoltata questa breve considerazione e volendo ora volgere l'attenzione alla specificità della materia che ci occupa, appare necessario precisare, seppur sommariamente, cosa debba intendersi per mediazione familiare: questa viene tradizionalmente qualificata in termini di istituto extraprocessuale conciliativo di giustizia informale, rivolto, non tanto alla risoluzione del conflitto, quanto piuttosto alla gestione di esso (4); in tal senso, infatti, la mediazione assolve ad una funzione preventiva e propedeutica all'assunzione dei provvedimenti da parte del giudice e si pone come alternativa, sia al processo (ossia al modo di procedere), sia al giudizio (ossia ai criteri per decidere) (5). Essa svolge, ad un tempo, un ruolo deflattivo del processo civile, contenendo la « domanda » di giustizia — volendo parafrasare attenta

(3) OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 1 ss.; nonché, ID., *Ancora su persona umana e diritto*, ivi, 2007, I, 259 ss., ove l'autore riprendeva le tematiche anticipate in ID., *Scienza, diritto, vita umana*, ivi, 2002, I, 11 ss.

(4) ROMANO, in *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155-sexies a cura di PATTI e CARLEO*, in *Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA e BRANCA*, Bologna-Roma 2010, sub art. 155-sexies, 378 ss., specialmente 380; ID., *La mediazione familiare tra tentativi di valorizzazione e difficoltà operative*, in *Famiglia*, 2008, 108 ss.

(5) Ci si vuol riferire a quanto attentamente considerato da RIONDINO, *Mediazione familiare e*

dottrina (6) — e contenitivo della conflittualità. In via di prima approssimazione, occorre, altresì, notare come la mediazione familiare cui rinvia la l. 8 febbraio 2006 n. 54 sull'affidamento condiviso dei figli, pur rimanendo un momento extraprocessuale, si innesti in un procedimento già avviato di natura processuale, aprendo una parentesi infraprocessuale, all'esito della quale gli effetti in essa prodotti si riverbereranno sul giudizio.

A voler indagare lo scopo dell'istituto della mediazione familiare, giova guardare al procedimento come ad un percorso che, attenuando la conflittualità nella crisi della coppia e tentando di ripristinare una comunicazione costruttiva, tenda alla ricerca di una soluzione concordata, negoziata e condivisa del conflitto (7), volta, in primo luogo, a tutelare il superiore interesse del minore (8), rendendo realizzabile il progetto educativo della prole (9).

In materia, merita altresì di essere segnalato come, sul piano applicativo, si sia ancora in attesa di una definizione formale della figura del mediatore familiare; se, dal punto di vista processuale, questo viene generalmente ricondotto agli ausiliari atipici del giudice di cui all'art. 68 c.p.c. (10), è dal punto di vista pratico dell'inquadramento professionale che si incontrano le maggiori difficoltà: sebbene sia opinione condivisa che il mediatore debba essere soggetto che garantisca neutralità, terzietà ed imparzialità sia rispetto alle parti, sia rispetto al giudice, è ancora da definire un unitario percorso formativo, il *corpus* di regole deontologiche e l'eventuale inquadramento in un albo o elenco professionale (11).

Del resto, neppure chiaro risulta essere se con il termine « mediatore » ci si debba riferire a un singolo professionista, ovvero a una pluralità di figure profes-

interculturalità in Europa. Profili di diritto comparato, in *Dir. fam. pers.*, 2010, II, 1845, specialmente 1852 (ora in *Id.*, *Famiglia e minori. Temi giuridici e canonici*, Città del Vaticano 2011, 67 ss.).

(6) FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 560.

(7) ROMANO, *sub art. 155-sexies*, cit., 384.

(8) La letteratura in tema è vastissima; così, senza pretesa di completezza alcuna, cfr. PERLINGIERI P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana* a cura di PERLINGIERI, Napoli 1979, 95 ss.; STANZIONE, *Lo statuto del minore (commento al disegno di l. 12 gennaio 1994, n. 1792)*, in *Fam. dir.*, 1994, 351 ss.; AUTORINO STANZIONE, *I figli nella crisi della famiglia: esperienze europee a confronto*, in *Vita not.*, 1995, 26 ss.; RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali (art. 315-319)*, in *Il Codice civile. Commentario*, cit., Milano 1996, 78 ss.; QUADRI E., *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1999, 80 ss.; DOGLIOTTI, *Che cos'è l'interesse del minore?* (nota a Trib. min. Torino 26 febbraio 1992), in *Dir. fam. pers.*, 1992, I, 1093 ss. Da ultimo, sul concetto di « interesse del minore » e sul fondamento della sua superiorità, cfr. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, in *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici* (Atti del XIV Colloquio giuridico internazionale tenutosi a Roma, Città del Vaticano, il 9 e 10 marzo 2010) a cura di FALCHI e IACCARINO, Città del Vaticano 2012, 465 ss., specialmente 468 ss.; il concetto in parola, nella specificità della crisi della convivenza è oggetto di analisi in BALLARANI, in *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155-sexies*, cit., *sub art. 155*, 20 ss.

(9) GIACOBBE G., *Potestà dei genitori e progetto educativo*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* a cura di FREZZA, Milano 2005, 113 ss.; cfr., altresì, *Id.*, *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 678 ss.; *Id.*, *La famiglia dal codice civile alla legge di riforma*, in *Justitia*, 1999, 242 ss. (ora in *Id.*, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino 2006, 1 ss.).

(10) Cfr., *ex multis*, da ultimo, Trib. Lamezia Terme 26 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, 292 ss., con nota di CILIBERTO, ma l'orientamento è ben consolidato nel tempo: *ex pluribus*, Trib. Bari 21 novembre 2000, in *Giur. merito*, 2001, I, 342 ss.; in tema, cfr. ROMANO, in *Provvedimenti riguardo ai figli. Art. 155-155-sexies*, cit., *sub art. 155-sexies*, 392; FANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice* (nota a C. cost. 15 aprile 2010 n. 131), in *Fam. dir.*, 2011, 39; FRASSINETTI, in *Commentario breve del diritto di famiglia* a cura di ZACCARIA, 2^a ed., Padova 2011, *sub art. 155-sexies c.c.*, 490.

(11) Al riguardo cfr. RESCIGNO P., *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della « mediazione familiare »*, cit., 79 s.; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 568 s.; nonché TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., 340.

sionali (avvocato, psicologo, educatore ecc.) che confluiscono in un'unica struttura. In materia, peraltro, si contendono il campo le posizioni di quanti rileva che dalla tendenza alla settorializzazione non possa farsi discendere « un'automatica riduzione dell'attività del mediatore ad una semplice specializzazione di chi già opera, in base a distinto titolo professionale (avvocato, psicologo, assistente sociale) in situazioni conflittuali » (12), rispetto a chi sostiene, per converso, come la mediazione possa non richiedere un nuovo operatore, ma una « funzione nuova degli operatori già esistenti » (13).

In argomento, la sola certezza è stata fornita da un recente intervento della Corte costituzionale con il quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della l. rg. Lazio .n. 26 e 27 del 2008 con cui si voleva istituire la figura del mediatore familiare su base regionale (14). In quella occasione la Corte ha difatti affermato la competenza normativa dello Stato, negando al contempo che la materia possa ricondursi alle competenze regionali *ex art. 117 cost.*

3. Il piano normativo interno: l'art. 155 sexies c.c. — Sul piano normativo interno, il dato dal quale occorre prendere le mosse è rappresentato dal disposto di cui all'art. 155-sexies, comma 2, c.c., introdotto con la l. 8 febbraio 2006, n. 54 sull'affidamento condiviso dei figli nella crisi genitoriale (15).

La norma in parola sottopone il ricorso alla mediazione ad un duplice vaglio consistente nella valutazione discrezionale del giudice riguardo alla opportunità di rinviare alla mediazione nel caso concreto e nel necessario consenso delle parti alla mediazione stessa.

Che il consenso debba, del resto, intendersi come un presupposto indefettibile, è facilmente argomentabile sotto un duplice aspetto: per un verso, dal punto di vista costituzionale, ove il riferimento è al diritto di azione e di difesa di cui agli art. 24 e 25 cost. dovendosi considerare come la materia abbia ad oggetto diritti indisponibili (16); e, per altro verso, sul piano pratico, venendo in rilievo come il buon esito della mediazione sia vincolato allo spontaneo accesso alla procedura (17).

Al tema del consenso si ricollega un ulteriore problema legato alla incidenza diretta o indiretta dell'eventuale risultato positivo del procedimento di mediazione nel giudizio. La normativa non precisa, infatti, i compiti del giudice, né se questi debba o meno recepire integralmente l'eventuale accordo o se, per converso, debba ad esso riconoscersi un compito valutativo.

Così, a mo' di accenno a quanto nel prosieguo sarà oggetto di compiuta analisi, basti in questa sede precisare come quest'ultima linea di indirizzo appaia a tutta

(12) PUGLIESE, *Problemi e prospettive in tema di disciplina della mediazione familiare e della relativa professione, anche alla luce della recente Direttiva europea sulla mediazione in materia civile e commerciale*, in *Famiglia*, 2008, n. 3, 57.

(13) In questi termini, DOSI, *Sistema giudiziario, conflittualità familiare e mediazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, 772.

(14) C. cost. 15 aprile 2010 n. 131, in *Fam. dir.*, 2011, 31 ss., con nota di FANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, cit.

(15) In generale, sulla materia, cfr. nello specifico, ROMANO, *loc. ult. cit.*

(16) Che una previsione normativa di obbligatorietà della mediazione si sarebbe, in effetti, posta in contrasto con il principio costituzionale di cui all'art. 24, comma 1, secondo il quale « tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi » e di cui all'art. 25, comma 1, a mente del quale « nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge » è affermato da SCHLESINGER, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, 301 ss.

(17) FRASSINETTI, *op. cit.*, 490.

prima preferibile, in quanto non è dato negare la funzione di protezione del giudice con riguardo al superiore interesse del minore.

4. *Cenni al quadro normativo dei principali Stati europei.* — Volendo volgere lo sguardo al contesto europeo, l'ordinamento francese opera un primo riconoscimento della mediazione in ambito familiare con la *Loi* 2002-305 del 4 marzo 2002 relativa all'*autorité parentale* (18), ove si riconosce al giudice il potere di suggerire alle parti il ricorso alla mediazione, ancorché il primo riscontro normativo, sebbene in materia di organizzazione della giurisdizione civile e penale, risalga al 1995 (*Loi* 1995-125 dell'8 febbraio 1995); la rilevanza dell'istituto ha trovato poi conferma nella *Loi* 2004-439 del 26 maggio 2004 di riforma del divorzio.

Il sistema francese coinvolge per un verso l'avvocato dei coniugi, affidandogli il compito di informarli sul possibile ricorso stragiudiziale alla mediazione e, per altro verso, il giudice al quale è attribuita la facoltà di interrompere i procedimenti invitando i coniugi ad avvalersi dell'ausilio di un mediatore (art. 310-2-10 *code civil*). La peculiarità della procedura è da ravvisarsi nel compito di verifica sui contenuti dell'eventuale accordo raggiunto mediante la mediazione attribuito al giudice, il quale è tenuto ad operare un vaglio di corrispondenza tra questo ed il superiore interesse della prole (19).

L'ordinamento tedesco non dedica una normativa specifica alla mediazione ancorché questa sia a disponibilità volontaria delle parti (figli compresi) per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia coniugale. La procedura di mediazione deve essere gestita da un avvocato o, più in generale, da un giurista che abbia però una solida base di psicologia familiare e sociale (20). A tal proposito, in dottrina si pone in luce come la giurisprudenza tedesca sia orientata nell'affermare un vero e proprio obbligo in capo ai coniugi di ricercare soluzioni consensuali (21).

In Inghilterra e nel Galles la mediazione trova accoglimento nel *Family Law Act* del 1996 in materia di procedimenti di separazione e divorzio. In questo ambito si conferma la natura volontaria della mediazione prevedendosi il consenso come presupposto necessario per l'accesso ad essa e, del pari, l'obbligo per i legali di informare i clienti riguardo la via stragiudiziale. Dagli studi in materia emerge chiaramente come la finalità della mediazione sia quella di favorire, ai fini di « una maturazione nella crisi e (del) consolidamento o (della) riassunzione delle responsabilità genitoriali » (22), il dialogo tra i coniugi sul bene dei figli. Le procedure di

(18) Al riguardo, cfr. PATTI, *Separazione dei genitori e affidamento condiviso*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa* a cura di PATTI e CUBEDDU, Milano 2008, 339 s., ove si specifica come nella legge in parola si tenda a favorire il dialogo tra i genitori e le soluzioni concordate.

(19) Al riguardo cfr. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa*, cit., 1861 s.; FANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, cit., 37; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 566; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *La mediazione familiare*, cit., 252, testo e nt. 47; LAURENT-BOYER, *La médiation familiale: définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et étude de modèles*, in *La médiation familiale* a cura di LAURENT-BOYER, Cowansville 1992, 10 ss.; LAROQUE, *La médiation familiale en France*, in *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, 337 ss.; AUFIÈRE, BABU, BERUBE, LAMBERT, *Guide du médiateur familial*, Ramonville 2003, *passim*; GUIGOU, *La médiation familiale en Europe*, Strasburg 2000, 15 ss.

(20) In tema, in generale, cfr. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa*, cit., 1864; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*; MAHLER, *Licht und Schatten. Zum Umgang mit dem Gesetzesrecht in der Mediation*, in *Familie Partnerschaft, Recht* (FUR), 1996, 16 ss.

(21) Ci si vuol riferire a OLG Nourberg, 23 luglio 2001, in *FamRz*, 2002, 564 ss. e a quanto osservato da PATTI, *Separazione dei genitori e affidamento condiviso*, cit., 344.

(22) RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa*, cit., 1861; HALE, PEARL, COOKE, BATES, *The Family, law and society. Cases and materials*, 5th ed., London 2002, 76 ss.

separazione e divorzio, peraltro, sono introdotte previo esperimento di una fase stragiudiziale in cui le parti partecipano ad un incontro con un mediatore indicato dal giudice e, una volta introdotte, rimane fermo il potere del giudice di proporre una parentesi di mediazione (*section 13 del Family Law Act*). Qualora venga accolta la proposta di mediazione, i risultati di questa, l'accordo raggiunto e il comportamento tenuto dalle parti dovranno essere portati a conoscenza del giudice mediante una relazione finale redatta dal mediatore (23).

Con riferimento all'ordinamento spagnolo, questo è caratterizzato da una pluralità di testi normativi elaborati dalle varie Comunità autonome e, in particolare, dalla Catalogna (*Ley 15 marzo 2001, n. 1 e successivo regolamento 14 marzo 2002 n. 139*), dalla Galizia (*Ley 31 maggio 2001 n. 4 e regolamento 31 gennaio 2003 n. 159*), dalla Valenzia (*Ley 26 novembre 2001 n. 7*), dalle Canarie (*Ley 8 aprile 2003 n. 15, poi modificata con la Ley 23 giugno 2005 n. 3*), di Castiglia-La Mancha (*Ley 24 maggio 2005 n. 4*) e di Castiglia e Leon (*Ley 6 aprile 2006 n. 1*). Tratto comune delle diverse leggi è da ravvisare nel richiamo e nell'adeguamento ai principi espressi con la raccomandazione UE 21 gennaio 1998 n. 616 R (98) 1, sulla quale a breve (*infra*, § 5) si avrà modo di tornare (24).

Ma l'accoglimento delle prassi di mediazione si estende anche agli ordinamenti della Norvegia, del Belgio, della Danimarca e della Finlandia, della Svezia, dell'Austria e di Malta (25).

5. Le radici della mediazione in Europa. — Quanto sinora precisato consente adesso di spostare l'ottica dell'indagine verso l'individuazione dei presupposti assiologici, prim'anche che normativi, a livello europeo e interno.

A tale scopo, ciò che mette conto chiarire è come l'istituto della mediazione sia il frutto di quella spinta alla c.d. « privatizzazione » del diritto di famiglia, da intendersi, in senso acritico, come svalutazione dei tratti di interesse pubblico e privazione del carattere di « istituzione » della famiglia (26). La privatizzazione in parola ha trovato primo riscontro all'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ove la norma, nel tutelare la vita privata e familiare, assume, al comma 1, che non possa

(23) In tema v., in generale, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *La mediazione familiare*, cit., 252 nt. 47; RIONDINO, *loc. ult. cit.*; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 566; FANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, cit., 36; mentre, in particolare, BURTON, *Family Law*, London 2003, 3 ss.; HALE, PEARL, COOKE, BATES, *The Family, law and society*, cit., 76 ss.

(24) Ricostruisce ampiamente il quadro dell'ordinamento spagnolo RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa*, cit., 1862, al quale si rinvia per approfondimenti; FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *loc. ult. cit.*; in particolare, cfr. MARTINS CASALS, *La mediación familiar: concepto y principios generales en las iniciativas legislativas españolas*, in *Familia*, 2001, 1125 ss.; PEREZ CONESA, *La mediación familiar ante las crisis matrimoniales*, in *Aranzadi Civil*, II, 2004, 2010 ss.; OROZCO PARDO, *Notas acerca de la mediación familiar en el derecho español*, in *Rev. Facultad de Derecho Univesidad de Granada*, 2002, specialmente 749 ss.

(25) In tema, si rinvia a FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *La mediazione familiare*, cit., 252, nt. 47; in particolare, sulla comparazione con la disciplina della mediazione in Francia, in Belgio e in Spagna, cfr. PUGLIESE C.B., *Problemi e prospettive in tema di disciplina della mediazione familiare*, cit., 80 ss., nonché FANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, cit., 37; e ancora DOSI, *La mediazione civile come condizione di procedibilità della domanda giudiziale*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 331 s.

(26) In tema, si rinvia a ZATTI, *La parabola della « privatizzazione » del diritto di famiglia*, cit., I, t. 1, 19 ss., ove si ripercorrono con attenzione critica le dinamiche che hanno condotto alla definizione del concetto in analisi; al riguardo, cfr., altresì, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *La mediazione familiare*, cit., 234 ss.

esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto, se non nei casi espressamente previsti dalla legge (27).

L'*incipit* della norma in parola, che, ad un tempo, ha avuto il pregio di segnare un fondamentale passaggio da una visione ideologica e statalista degli istituti del diritto familiare verso una nuova concezione di questi e ha posto le basi su cui edificare la odierna costruzione dogmatica e normativa delle relazioni familiari, è stata poi recepita all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (28).

Che il precetto sia la spia di un innovativo approccio alla materia, viene del resto in evidenza sol che si consideri come la norma non si limiti a garantire l'autonomia dei privati in siffatti contesti, bensì si renda espressione del principio di sussidiarietà attraverso la riserva di legge in essa contenuta che consente un intervento dell'autorità pubblica a fronte della esigenza di tutelare interessi e diritti che trascendono dai contesti individuali.

In tale contesto, non può omettersi di considerare la stringente esigenza ordinamentale di garantire, infatti, un equo temperamento tra le istanze di autonomia privata familiare e gli ambiti di necessario intervento pubblico a tutela degli interessi superindividuali che nella cellula-famiglia vengono coinvolti (29).

L'assunto in parola si viene ad inserire nel solco ormai da tempo tracciato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e che trova il suo principio originario allorché la Corte, già nel 1979, ebbe modo di precisare come l'affermazione dei diritti e delle libertà personali anche in ambito familiare pone in capo agli Stati obblighi, ad un tempo, negativi e positivi: i primi volti al rispetto di quelle posizioni soggettive e alla non ingerenza degli Stati nelle realtà familiari; i secondi volti a garantire margini di intervento pubblico a protezione dei medesimi diritti, specie qualora titolare di questi sia un soggetto minore di età che, per definizione, deve essere oggetto di precipua tutela ordinamentale (30).

A voler proseguire nel ripercorrere le tappe fondamentali che segnarono il radicarsi nella coscienza giuridica europea del senso e della portata della mediazione in ambito familiare, dell'orientamento indicato dalla Corte di Strasburgo si rinviene traccia nelle riflessioni sul futuro del diritto della famiglia affrontate nel corso della Terza Conferenza europea sul diritto della famiglia (31). Fu, infatti, quella, la prima occasione in cui, affrontandosi il tema del ruolo della mediazione familiare, se ne affermò l'utilità come strumento per risolvere le controversie in questi ambiti. Il risultato al quale si giunse fu quello di suggerire al Consiglio

(27) In argomento, cfr. ALBINI, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo e la tutela della famiglia: gli art. 8 e 12 della Convenzione. L'attuazione dei principi dell'Ordinamento interno*, in *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU* (Autori vari), in *Giur. merito*, 2008, n. 12, suppl., 57.

(28) La Carta di Nizza, approvata dal Consiglio d'Europa l'11 dicembre del 2000, ora ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona.

(29) RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della « mediazione familiare »*, cit., 78 s.; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 560 s.

(30) Ci si vuol riferire al noto caso *Marckx c. Belgio* 1979, del 13 giugno 1979, in *Foro it.*, 1079, IV, 342 ss., reso in materia di discriminazioni normative tra figli legittimi e figli naturali; in quella occasione, la Corte di Strasburgo ebbe modo di interpretare il succitato art. 8 della CEDU, individuandone lo scopo primario nella protezione dell'individuo dalle interferenze arbitrarie da parte della pubblica autorità: sul punto cfr.: ALBINI, *La Corte europea dei diritti dell'Uomo*, cit., 57; PINTENS, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa* a cura di PATTI e CUBEDDU, cit., 91.

(31) La Conferenza in parola si svolse a Cadice il 21 e 22 aprile del 1995 e ebbe ad oggetto « Il diritto di famiglia nel futuro »; in tema, cfr. RIONDINO, *Mediazione familiare e interculturalità in Europa*, cit., 1858.

d'Europa di predisporre « uno strumento internazionale che contenesse i principi guida di questa tecnica » (32). Il Consiglio d'Europa, recependo il segnale, commissionò a un comitato di esperti l'elaborazione di un progetto di raccomandazione in materia, che fu poi oggetto di analisi da parte del Comitato europeo di cooperazione giuridica. A distanza di appena un anno dalla Terza Conferenza europea si ebbe l'esplicita conferma dell'importanza che l'Europa attribuiva allo strumento della mediazione. Il 25 gennaio 1996 fu siglata, infatti, la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori ove, l'art. 13 dispone espressamente che « al fine di prevenire o di risolvere i conflitti e di evitare procedimenti che coinvolgano minori dinnanzi ad una autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che la Parti riterranno opportune »: la mediazione familiare viene, così, ad essere annoverato tra gli strumenti propri per la tutela dei diritti dei minori.

Si arrivò, per tal via, all'adozione, da parte del Consiglio d'Europa, della raccomandazione 21 gennaio 1998 n. 616 R (98) 1 — cui si è fatto poc'anzi cenno — con la quale si invitarono gli Stati membri ad « introdurre o promuovere la mediazione familiare o, dove necessario, rafforzare la mediazione » se già esistente « quale processo in cui un terzo, imparziale e neutrale, assiste le parti nel negoziare le questioni oggetto della lite in vista dell'accordo » (33); con la medesima raccomandazione si sollecitarono gli Stati a provvedere all'attuazione di principi per la promozione e l'utilizzo di questo strumento.

A ciò si aggiunse, da ultimo, la raccomandazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 23 novembre 2003 n. 1639 con la quale si ribadì l'esigenza di « promuovere l'affermazione della mediazione familiare negli ordinamenti degli Stati membri, stimolando la definizione del rapporto tra essa e l'attività dell'autorità giudiziaria, nonché emanando precise regole di funzionamento » (34).

6. Fondamento e limiti della privatizzazione del diritto della famiglia. — Orbene, pare giusto il caso di ricordare in questa sede come l'intera costruzione di un diritto europeo poggi su esigenze di carattere mercatorio piuttosto che su ragioni di natura personalistica.

Il diritto europeo è, infatti, informato a quel principio di sussidiarietà di derivazione ordoliberal che tende a costituire una realtà socio-giuridica sempre più radicata sulla libera iniziativa e sull'autonomia dei privati, relegando l'intervento dell'Autorità entro i limiti dell'insufficienza dell'azione di quest'ultimi a realizzare gli obiettivi dell'Unione europea: ma, pur non potendosi prescindere dal richiamare gli insegnamenti della Scuola di Friburgo (35), non è revocabile in

(32) V., ancora, RIONDINO, *op. ult. cit.*, 1845.

(33) Raccomandazione della Comunità europea-Comitato dei ministri degli Stati membri sulla mediazione familiare n. 616 R (98) 1, adottata dal Comitato dei ministri il 21 gennaio 1998 nel corso della riunione dei delegati dei ministri; i principi fondamentali stabiliti nella raccomandazione europea del 1998 riguardano, in primo luogo, la necessità di estendere la possibilità di ricorrere alla mediazione per ogni conflitto familiare (coniugale o non); la non obbligatorietà della mediazione; la libertà degli Stati di organizzare la mediazione tanto in strutture pubbliche, quanto in private; il dover regolamentare la selezione e la qualificazione dei mediatori, definendo gli standard professionali cui debbono attenersi, nonché il dover garantire la neutralità, l'imparzialità, la segretezza e il rispetto del punto di vista delle parti. In argomento, cfr. RIONDINO, *op. ult. cit.*, 1858 s.; FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 568; ROMANO, *op. ult. cit.*, 378.

(34) Cfr., ancora, ROMANO, *lc. ult. cit.*

(35) In generale, sulla costruzione teorica ordoliberal elaborata dalla Scuola di Friburgo, v.

dubbio come il principio trovi il suo terreno di naturale sviluppo sul piano dei rapporti patrimoniali; per converso, il modello mostra i suoi limiti se posto in relazione alle poliedriche realtà delle relazioni familiari, alla cui regolamentazione il diritto, l'ordinamento, non possono sottrarsi.

Ciò nonostante, che la tendenza alla privatizzazione anche in ambito familiare rinvenga la sua forza propulsiva nell'elaborazione concettuale del principio di sussidiarietà, riceve ragionevole conforto solo a voler considerare le prime elaborazioni del principio in parola ad opera della dottrina sociale della Chiesa e, segnatamente, le considerazioni svolte nella enciclica di Pio XI *Quadragesimo anno* (36) ove la sussidiarietà (*subsidium ferre*) è volta anche a garantire lo spazio vitale delle cellule minori ed essenziali della società: « all'attuazione del principio di sussidiarietà corrispondono: il rispetto e la promozione effettiva del primato della persona e della famiglia [...] » (37).

Che il modello di privatizzazione « puro » degli ambiti familiari non possa ritenersi percorribile, trova esplicita conferma nel Libro Verde relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (38) redatto dalla Commissione europea nel 2002, che poi ha condotto alla direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio il 21 maggio 2008 (39).

Il summenzionato Libro Verde, infatti, esclude espressamente (§ 1.1, nota IV) che possano essere oggetto di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) le questioni inerenti a diritti indisponibili come quelle attinenti al diritto delle persone e della famiglia.

Quantunque, infatti, la mediazione sia chiara espressione dell'autonomia privata in ambito familiare, innegabile risulta essere la necessità di confrontare lo strumento con gli interessi che caratterizzano la materia, non potendosi sottacere il limite che l'esercizio della libertà dei privati deve incontrare, specie con riguardo al carattere preminente dell'interesse della prole. A tal proposito, in dottrina si sottolinea con attenta sensibilità come, sebbene l'autonomia dei singoli sia « la base su cui deve costruirsi il sistema » (40), questa non può essere mezzo con cui si determini un sacrificio dei « principi fondamentali dell'eguaglianza dei coniugi, della libertà dei singoli e del rispetto della personalità dei figli » (41), specie se si considera come i principi in parola trovino la loro fonte nel disposto costituzionale.

l'attenta ricostruzione di DI NELLA, *La Scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia* a cura di IRTI, Padova 1999, 171 ss.; BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in: *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 17 (1966), 75 ss.; GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Societ: After 50 Years of European and European Buiness Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, 553 ss.

(36) Pio XI, Lett. enc. *Quadragesimo anno*: AAS 23 (1931) 203, promulgata a Roma, San Pietro, il 15 maggio 1931.

(37) Cfr., in tal senso, il *Compendio della dottrina sociale della Chiesa a Giovanni Paolo II*, elaborato dal Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, pubblicato, su espresso incarico del Santo Padre, il 25 ottobre 2004, e in particolare la pt. I, cap. IV, § 186 in ordine al principio di sussidiarietà e la pt. II, cap. V, § 209 ss. sulla famiglia.

(38) Il Libro Verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale — COM (2002) 196 — è consultabile su www.eur-lex.europa.eu.

(39) La direttiva in parola è stata recepita con l. 18 giugno 2009 n. 69 e attuata, da ultimo, con il d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, con cui si è dato corso all'art. 61 l. n. 69 del 2009 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; in tema, cfr.: PUGLIESE, *Problemi e prospettive in tema di disciplina della mediazione familiare*, cit., 80 ss.; FANTETTI, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, cit., 41 s.

(40) RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e famiglia*, cit., 343 s.

(41) RESCIGNO, *lc. ult. cit.*

Se la mediazione muove, infatti, dagli interessi superiori del minore, di fronte a questi deve cedere.

Già da tempo, invero, la migliore dottrina, pur riconoscendo la validità del ricorso agli strumenti dell'autonomia privata in ambito familiare, avverte le insidie alle quali una estrema privatizzazione del sistema-famiglia rischia di esporre il medesimo, specie se spinta, « sino alla rinuncia ad un regime giuridico dei fenomeni familiari » (42).

Se la privatizzazione tende ad elevare l'autonomia privata a fonte prevalente delle regole che governano tanto la fase fisiologica, quanto quella patologica delle relazioni familiari, questo « scolorimento dell'interesse pubblico » — a voler utilizzare una rappresentativa espressione di attenta dottrina (43) — si proietta, in positivo, in una chiara emersione del piano valoriale della persona e dell'autonomia della coppia, ma del pari, in negativo, in un indubbio rischio di sacrificio degli interessi individuali e superindividuali che la materia coinvolge.

In particolare, nel quadro normativo interno, a che la mediazione familiare possa rispondere efficacemente agli scopi ai quali tende, senza tradursi in un possibile *vulnus* per i minori, questa deve confrontarsi costantemente con la finalità ultima che la legge sull'affido condiviso persegue e che rappresenta l'unica possibile chiave di lettura dell'intera architettura normativa, ossia con il superiore interesse del minore a un sano e armonico sviluppo psicofisico. Ed è propriamente questo il limite di fronte al quale l'autonomia privata deve arrestarsi.

Forte emerge, infatti, l'esigenza di protezione del minore, del rispetto di questo come persona umana, in ogni contesto. E il rispetto del minore comporta tanto norme di protezione in quanto soggetto non pienamente formato, la cui personalità è *in fieri*, quanto la considerazione di esso come autonomo soggetto portatore di autonomi diritti e, nello specifico, di quei diritti garantiti, nel contesto europeo, *in primis*, dal Trattato di Lisbona e dalla Carta di Nizza.

La via per l'armonizzazione europea in materia è, allora, da individuarsi nel confronto tra la sfera etica e la sfera giuridica; confronto da attuarsi sul piano dei valori e, in particolare, di quei valori fondanti, essenziali e condivisi, fatti propri dall'Europa di Lisbona tra i quali, in primo luogo, il principio di precauzione.

Si vuol dire che, la spinta alla privatizzazione deve confrontarsi, sul terreno del diritto della famiglia e dei minori, con una forza eguale e contraria rappresentata dalla conquista della centralità del valore della persona umana.

Sul piano del diritto interno, la riflessione si inserisce, del resto, in quel profondo solco tracciato dall'avvento della Costituzione e dall'effetto che questa ha avuto sull'intero corpo del diritto civile e, nello specifico, sugli studi in materia di diritti della personalità e di diritto della famiglia.

L'affermazione del principio personalistico di cui è specchio l'art. 2 cost. e la conseguente esaltazione del valore fondante della persona umana, fulcro e ragione ultima dell'ordinamento, hanno, infatti, determinato una visione androcentrica del diritto, ispirando la dottrina e la giurisprudenza più sensibili in quella visione costituzionalmente orientata del diritto civile che ne ha determinato la lenta

(42) RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della « mediazione familiare »*, cit., 78; ID., *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e famiglia*, cit., *passim*, specialmente 361, ove è ben posto in luce il tratto eminentemente « privato » della famiglia e la radice « consensualistica » dei rapporti familiari.

(43) FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 561.

erosione della matrice patrimonialistica (44). Nella nuova prospettiva definita dalla legalità costituzionale (45), la persona umana diviene portatrice di quell'insieme di situazioni giuridiche soggettive esistenziali ad essa afferenti e costituzionalmente protette; ed è propriamente ciò che ne determina il ruolo di valore centrale dell'ordinamento, di « valore dei valori » (46), che ne fa metro e misura di ogni altro valore e interesse che con essa viene a rapportarsi (47). In questa prospettiva, è nel confronto tra l'interesse dei figli e il dovere di cura da parte dei genitori, che viene a definirsi il confine della autonomia privata di questi ultimi (48). I nuovi assetti definiti dalla Costituzione hanno determinato una profonda rivisitazione concettuale della relazione tra la posizione giuridica dei genitori e quella della prole (49) ove i poteri alla potestà riconnessi divengono strumenti per l'adempimento dei doveri genitoriali (50), sicché l'esercizio di queste funzioni diviene un *munus* volto alla realizzazione degli interessi della prole (51): ed è in ciò che si radica la superiorità dell'interesse del minore.

7. La mediazione tra istanze di autonomia privata ed esigenze di tutela degli interessi superindividuali. — Alla luce di quanto sinora argomentato, che l'analisi si orienti verso l'individuazione delle più idonee garanzie di conformità agli intenti che il procedimento di mediazione deve fornire, si impone fortemente.

Nell'economia del discorso che ci si appresta a sviluppare, il campo dell'inda-

(44) Nel contesto, puntuale è il richiamo a quella dottrina che ha posto in luce come ciò abbia comportato una inversione di posizione gerarchica delle situazioni esistenziali rispetto a quelle patrimoniali e il conseguente sviluppo in termini di deprivatizzazione del diritto di civile: PERLINGIERI P., *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, Napoli 2006, 114 ss.; DE CUPIS, *Sulla deprivatizzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 482 ss.; STANZIONE, *Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, 265.

(45) PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972, 22; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, I, cit., 717 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli 1975, 127 ss.; cfr., inoltre, SCALISI, *Il valore della persona umana e i nuovi diritti della personalità*, Milano 1990, 43.

(46) PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., 22.

(47) BIANCA C.M., *Diritto civile*, I, Milano 2002, 136 ss.; COTTA, *Soggetto di diritto*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 1225 ss.; CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Milano 1959, 185 ss.

(48) Sul punto, cfr. BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, cit., 465 ss. In materia, cfr. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia del minore tra famiglia e società* a cura di DE CRISTOFARO e BELVEDERE, Milano 1980, 301 ss.; GIARDINA, *I rapporti tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1376; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il Codice Civile. Commentario*, cit., Milano 1990, 262 ss.

(49) DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano 2007, *passim*; BIANCA C.M., *La famiglia*, Milano 2005, 329 ss.; GIACOBBE G., *Libertà di educazione, diritti del minore, potestà dei genitori nel nuovo diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 678 ss.; Id., *Potestà dei genitori e progetto educativo*, cit., 113 ss.

(50) GIACOBBE G., *Potestà dei genitori e progetto educativo*, cit., 113 ss., specialmente 117 ss.; BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Milano 2008, 40 ss.; Id., *Diritti dei figli e della famiglia: antinomia o integrazione?*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, I, *Teoria generale, persone e famiglia*, Milano 2010, 473 ss.

(51) Sulla concezione della potestà come esercizio di funzione, cfr., *ex multis*, Cass. 11 gennaio 1978 n. 83; Cass. 2 giugno 1983 n. 3776, in *Dir. fam. pers.*, 1984, I, 39 ss.; da ultimo, cfr. Cass. 17 aprile 2008 n. 10094. La Corte costituzionale ha, peraltro, avuto modo di precisare come la potestà genitoriale trovi nell'interesse dei figli la sua funzione e il suo limite, essendo i diritti e i doveri che la connotano preposti a garantire il pieno sviluppo della personalità del minore: C. cost. 27 marzo 1992 n. 132, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993, 685 ss.; in termini non dissimili, cfr. C. cost. 25 giugno 1981 n. 109, in *Foro it.*, 1981, I, 1791 ss.

gine si restringe al risultato della mediazione, ossia all'accordo, dovendosene valutare la natura, l'oggetto e gli effetti.

A tal proposito, coinvolgendo la materia il piano del consenso, il modello di riferimento dal quale poter attingere è rappresentato da quegli istituti di diritto familiare di natura negoziale ove la libera iniziativa privata è normativamente posta al vaglio della conformità dell'accordo raggiunto con i superiori interessi della famiglia e della prole (52).

In questi ambiti di autoregolamentazione degli interessi familiari nelle fasi patologiche dei rapporti, ci si vuol riferire, nello specifico, al procedimento di separazione consensuale e all'indagine sul rapporto tra l'accordo fra le parti e l'omologazione di questo da parte del giudice.

L'esigenza di un raffronto tra i due istituti può trovare ragione considerando come l'esito positivo del procedimento di mediazione sia rappresentato dal raggiungimento di un accordo.

Orbene, con riguardo alla natura dell'accordo di mediazione, questo, al pari quello di separazione consensuale, si suole far rientrare nella categoria degli atti giuridici negoziali ed in particolare viene qualificato come negozio bilaterale di natura personale (53).

Al riguardo, infatti, pare non possa essere attribuita eccessiva rilevanza al contributo che al raggiungimento dell'accordo offre il mediatore, sol che si consideri come, anche in ambito di separazione consensuale, è indubbio l'apporto del legale o dei legali delle parti, ferme le evidenti differenze di ruolo e di professione. Ciò su cui preme soffermare l'attenzione è piuttosto l'accordo in sé considerato e la necessità che questo venga sottoposto al vaglio dell'interprete, in quanto di per sé inidoneo alla produzione di effetti giuridici, dovendosene, in tal senso, indagare il rapporto.

In merito a ciò occorre precisare che, benché, a differenza di quanto accade nella separazione consensuale, l'accordo raggiunto si innesti in una procedura giudiziale volta a definire i rapporti tra le parti e la prole, questo necessiterà, al pari e ancor di più di ciò che accade nella separazione consensuale, di un vaglio giudiziale (54), giusta la previsione di cui all'art. 155, comma 2, c.c., nella parte in cui la norma dispone che il giudice prenda atto, « se non contrari agli interessi dei figli », degli accordi intervenuti tra i genitori.

Per espressa disposizione di legge, infatti, lo scopo della parentesi della mediazione accordato dal giudice alle parti (previa valutazione di opportunità) è, appunto, quello di tentare, avvalendosi di esperti, di raggiungere un accordo con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli (art. 155-sexies, comma 2, c.c.).

Essendo legata la precisazione in parola, nel corpo del comma 2 dell'art. 155-sexies c.c., all'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c., pare potersi ravvisare in ciò l'intenzione normativa di confinare il contenuto dell'accordo di mediazione entro i limiti delle determinazioni riguardo ai figli: in altri termini,

(52) Cfr., *ex multis*, BIANCA C.M., *La famiglia*, cit., 248; DORIA, *Autonomia privata e « causa » familiare*, Milano 1996, 120; Cass. 24 febbraio 1993 n. 2270, in *Dir. fam. pers.*, 1994, I, 554 ss., con nota di DORIA; la sentenza in questione merita di essere ricordata anche per aver segnato un significativo mutamento di indirizzo in senso al Suprema Corte in ordine alla ammissibilità dei patti successivi alla omologazione, se orientati alla tutela dell'interesse della prole, sino ad allora considerati nulli: *ex multis*, cfr. Cass. 5 gennaio 1984 n. 14, in questa *Rivista*, 1984, I, 699.

(53) FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 562 ss.

(54) FERRANDO, *lc. ult. cit.*

l'oggetto della mediazione dovrebbe individuarsi con precipuo riferimento alla definizione degli assetti generali e delle modalità operative, personali e patrimoniali, del progetto di affidamento della prole, dovendosi escludere ogni altra determinazione.

Ma, l'accordo così determinato nei contenuti, ancorché rilevante giuridicamente, deve, altresì, ritenersi di per sé inidoneo alla produzione di effetti: dal combinato disposto del comma 2 dell'art. 155-*sexies* e del comma 2 dell'art. 155-*bis* c.c. emerge, infatti, con ogni evidenza come la pura autonomia delle parti non sia sufficiente a determinare la tipologia e gli assetti dell'affidamento della prole, se non supportata dal vaglio giudiziale.

A differenza della separazione consensuale, le determinazioni in ordine all'affidamento della prole rimangono comunque « giudiziali », anche a fronte di una proposizione concordata del progetto di affidamento. Del resto, solamente il giudice è chiamato, in ultima analisi, a garantire la tutela del superiore interesse del minore, in ragione del fatto che il minore non può considerarsi parte in senso processuale nei giudizi di separazione e divorzio, ancorché, secondo i recenti approdi giurisprudenziali, sia parte in senso sostanziale (55).

Nell'ottica della tutela del preminente interesse della prole, al giudice non può riconoscersi la facoltà di recepire *sic et simpliciter* la volontà pattiziamente raggiunta dai genitori: al riguardo, basti, in tal senso, porre mente alla lettera del comma 2 dell'art. 155 c.c., ove questa impone al giudice una valutazione di corrispondenza degli assetti definiti dalle parti con il superiore interesse del minore.

Le considerazioni dianzi svolte non obliterano, bensì rafforzano il senso del confronto che in questa sede si propone, stimolando ad individuare i tratti comuni tra i due istituti definendone meglio i contorni.

In una siffatta prospettiva, il dato dal quale occorre prendere le mosse è rappresentato proprio da quella spinta alla privatizzazione cui si è fatto precedentemente cenno. E non è chi non veda come la separazione consensuale sia emblematico esempio di ciò.

Che la causa unitaria dell'intero istituto testé menzionato sia da rinvenire nella autonomia dei coniugi di sospendere, in quanto possibile, l'attuazione del loro rapporto coniugale, è ormai approdo comunemente riconosciuto nella prospettiva rimediale che connota la separazione dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 (56). La nuova fisionomia dell'istituto diviene, infatti, lo specchio sul quale si riflette la rilevanza che l'autonomia privata assume nel diritto di famiglia e di come gli interessi personali dei membri di questa vengano ad elevarsi al medesimo piano su cui tradizionalmente si poneva l'interesse della famiglia in sé considerato. Ciò

(55) Ci si vuol riferire alle non poche perplessità, sollevate specialmente dalla Corte costituzionale, in ordine al considerare *sic et simpliciter* il minore come « parte » del giudizio di separazione tra i genitori, per timore di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli (C. cost. 14 luglio 1986 n. 185: in questa *Rivista*, 1986, I, 2321 ss., con nota critica di BOCCACCIO, *La Corte Costituzionale e l'interesse del minore: un'occasione mancata*, ivi, 1987, I, 2188 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 1986, I, 883 ss.; in *Foro it.*, 1986, I, 2679 ss.); al riguardo è di recente intervenuta la Suprema Corte con una importante pronuncia, resa a sezioni unite, con cui si è giunti a considerare, con specifico riguardo all'audizione, il minore parte in senso sostanziale nei procedimenti riguardanti l'affidamento dei figli (Cass., sez. un., 21 ottobre 2009 n. 22238: in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 307 ss., con nota di LONG, *Ascolto dei figli contesi e individuazione della giurisdizione nel caso di trasferimento all'estero dei figli da parte del genitore affidatario*; in *Fam. pers. succ.*, 2010, 254, con nota di FANETTI, *La facoltà dell'ascolto del minore e la Convenzione europea di Strasburgo*); in tema, cfr. BALLARANI, *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, II, 1807 ss.

(56) BIANCA C.M., *La famiglia*, cit., 248; Cfr. Cass. 17 luglio 1997 n. 6566, in *Fam. dir.*, 1998, 82 ss.

nondimeno, l'indagine sul rapporto tra l'autonomia privata in ambito familiare e la tutela degli interessi superindividuali si risolve nel confronto tra l'elemento del consenso e l'omologazione del giudice, in quanto quest'ultima diviene, nella prospettiva attuale, condizione legale volta a dare efficacia all'accordo fra le parti (art. 158 c.c.).

La funzione dell'omologazione, accanto a quella di certificare la modifica dello *status* di coniuge, è, in relazione alle pattuizioni aventi ad oggetto le relazioni con la prole, propriamente quella di consentire un controllo sulla rispondenza degli accordi stessi al superiore interesse del minore, così come, in ambito di affidamento della prole, prevede espressamente l'art. 155 c.c. Al riguardo, merita di essere segnalata la tendenza in dottrina a limitare il controllo in parola alla sola legittimità dei contenuti dell'accordo (57), escludendosi che il giudice possa entrare nel merito di questo; del resto, la sufficienza del compito si svela considerando come un accordo lesivo dell'interesse del minore non possa condurre alla ratifica dell'interprete, in quanto reso in violazione di principi normativi; in tal senso, basti porre mente alla situazione in cui i genitori si accordino in ordine ad un affidamento esclusivo della prole, ovvero al caso in cui dietro un accordo definito di affidamento condiviso si celi un programma marcatamente esclusivo: nelle due ipotesi, con ogni evidenza risulta la sufficienza della indagine sulla legittimità, in quanto in entrambi i casi palese è la violazione dei principi espressi dall'art. 155 c.c.

Se, in un ambito come quello della separazione consensuale, ove è massima l'espressione dell'autonomia delle parti, l'omologazione è vista come *condicio iuris* sospensiva degli effetti dell'accordo, dovendo operare il giudice la verifica che l'accordo sia in linea con i superiori interessi della famiglia e della prole e che non vi siano ostacoli a renderlo produttivo di effetti (58), a maggior ragione, in ambito di affidamento, ove all'accordo è riservata una valenza infraprocessuale, indubbia appare la necessità che questo subisca l'attento vaglio discrezionale del giudice, il quale potrà ben disattendere la volontà concordata se la riterrà di pregiudizio per la sana e armonica crescita del minore.

Al pari di ciò che accade nella separazione consensuale, del resto, non partecipando il giudice al procedimento formativo dell'accordo, questi sarà chiamato a certificare *ab externo* che lo stesso non sia contrario agli interessi protetti dall'ordinamento, e, nello specifico, che non leda l'interesse dei figli, non potendo altrimenti procedere all'accoglimento delle volontà in esso rappresentate.

8. Conclusioni: la necessità del vaglio giudiziale dell'accordo a garanzia del superiore interesse del minore. — Le riflessioni che precedono, muovono da una considerazione di fondo sulla specifica qualificazione di superiorità dell'interesse

(57) FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 562.

(58) In dottrina, cfr.: FALZEA, *La separazione personale*, Milano 1943, *passim*; CARNELUTTI, *Separazione per accordo tra i coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1936, II, 153 ss.; BIANCA C.M., *La famiglia*, cit., specialmente 248. BARBIERA, *Separazione e divorzio: fattispecie, disciplina processuale, effetti patrimoniali*, Bologna 1997, 44; MORACE PINELLI, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano 2001, specialmente 161 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. 8 luglio 1998 n. 6664, in *Foro it.*, 1998, I, 2370, secondo cui il giudice è condizionato all'accordo dei coniugi. Per altro verso, non è mancato chi ha individuato la fonte della separazione nella omologazione, attribuendo ad essa natura costitutiva; in tale prospettiva, l'accordo tra i coniugi rappresenta un mero presupposto: cfr., in tal senso, App. Venezia 11 giugno 1983, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 666 ss. Altri intende, per converso, la separazione consensuale come fattispecie complessa a formazione progressiva in cui si combinano l'accordo e l'omologazione: cfr., *ex pluribus*, Cass. 24 agosto 1990 n. 8712 e, in senso conforme, Cass. 10 gennaio 1977 n. 69, in questa *Rivista*, 1977, I, 623 ss.

del minore. La specificazione in parola è, infatti, la spia di un ordine gerarchico che viene in rilievo qualora questo si confronti con interessi di soggetti diversi: nell'esigenza di bilanciamento tra posizioni giuridiche differenti, e *in primis* quelle connesse alle relazioni intrafamiliari, l'ordinamento accorda, infatti, preventivamente posizione preminente all'interesse del minore (59); ed è in ciò che si individua il senso del limite al potere autodeterminativo dei genitori nella definizione degli assetti dell'affidamento dei figli, pur riconoscendosi la valenza dell'istituto oggetto di indagine ed evitando, per dirla con attenta dottrina (60), che « la prudenza diventi diffidenza o rifiuto ».

Così, nel quadro dell'affidamento della prole nella crisi della convivenza genitoriale definito anche attraverso gli accordi di mediazione, è l'interesse morale e materiale della prole il paradigma su cui edificare un programma concordato di affido valutato conforme all'interesse del minore (61) e la promozione di una comunità parentale che sorga sulle ceneri di quella coniugale o paraconiugale (62). L'interesse in parola non può, pertanto, non ritenersi metro di valutazione comparativa e trasversale dell'intera normativa in ordine alla relazione genitori-figli nella fase patologica del rapporto genitoriale e, ancor di più, non può che tracciare il confine entro il quale ammettere la libera determinazione dei genitori.

GIANNI BALLARANI

(59) BALLARANI, *La capacità autodeterminativa del minore*, cit., 465 ss.

(60) RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della « mediazione familiare »*, in *Matrimonio e famiglia*, cit., 343 s.; nel medesimo senso, FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, cit., 561.

(61) D'AVACK, *Affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice*, in *Famiglia*, 2006, 610 s.

(62) QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 396.