



Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari



Departamento de Derecho civil - Universidad de Sevilla



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari

N. 11

N. 11 *Quaderni di conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2019

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-142-5

Q^{n.11} *Quaderni di
conciliazione*

N. 11
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2019

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2019

Volume pubblicato con i contributi:

M.I.U.R (P.R.I.N. 2009) - Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Departamento de Derecho Civil y Derecho
Internacional Privado dell'Università di Siviglia



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-142-5

Grafica, composizione e copertina: Antonino Valveri

Stampa e allestimento:
I.G.E.S. - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); María Inés Laverde (Universidad Católica de Colombia); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzione (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Le collaborazioni internazionali</i>	Pag. 9
CARLO PILIA, <i>El escaso desarrollo de la mediacion familiar en Italia</i>	» 13
Carlo Pilia, <i>Le valutazioni delle istituzioni dell'UE sullo sviluppo della mediazione in Europa</i>	» 35
CARLO PILIA, <i>Il modello italiano di mediazione: obbligatorietà e volontarietà</i>	» 77
CARLO PILIA: <i>Verso una riforma organica della disciplina della crisi familiare e un riordino sistematico delle ADR: le novità proposte con il disegno di legge Pillon</i>	» 107
CARLO PILIA, GUILLERMO CERDEIRA: <i>Affitto turistico, condominio negli edifici e mediazione</i>	» 217

CARLO PILIA

LE COLLABORAZIONI INTERNAZIONALI

La pubblicazione dei volumi dei *Quaderni di conciliazione*, con il passare del tempo, ha permesso di tracciare l'allargamento e il consolidamento delle collaborazioni internazionali che si sono strette e, altresì, i risultati scientifici e culturali che sono stati raggiunti.

Gli autori e i contenuti degli articoli pubblicati, per tanti versi, segnano le esperienze maturate con tanti colleghi, con i quali sul piano lavorativo abbiamo preso contatto, fatto conoscenza e sovente condiviso un percorso di attività di ricerca, formativa e convegnistica, oltre che editoriale. La pubblicazione dello scritto costituisce il punto di emersione di una collaborazione più ampia che, in molti casi, investe gli atenei di appartenenza e, inoltre, si accompagna a una relazione personale di amicizia.

In questo volume, in particolare, sono stati raccolti alcuni miei contributi pubblicati, in lingua italiana e spagnola, in collaborazione con i colleghi civilisti stranieri con i quali abbiamo condiviso dei periodi di soggiorno all'estero e in Italia.

Così, in particolare, il mio scritto dal titolo *El escaso desarrollo de la mediación familiar en Italia*, si affianca a quello *Avances de la Conciliación en Colombia en conflictos de carácter familiar* della collega María Inés Laverde, de la Universidad Católica de Colombia, in un dialogo dedicato a *Contribución de la Conciliación y la mediación a la solución de conflictos en el campo de familia en Colombia e Italia*. Gli scritti pubblicati tracciano un percorso di collaborazione internazionale che ha portato alla sottoscrizione di una convenzione con l'Università di Cagliari, alla condivisione di attività di ricerca, di formazione, convegnistiche e di periodi di soggiorno all'estero. In particolare, presso l'Università colombiana nel 2015 ho svolto un primo periodo di *visiting professor* e, più di recente, nel marzo 2019, sono stato

nuovamente ospitato per svolgere un'attività formativa e partecipare, come relatore sulle *"Prácticas en la cotidianidad, de los estudiantes de Derecho en la Universidad de Cagliari"*, al *Simposio internacional de prácticas jurídicas universitarias (Retos y desafíos para el siglo XXI)*, che si è celebrato a Bogotá dal 5 al 7 marzo 2019 presso la *Escuela de Postgrados de Policía "Miguel Antonio Lleras Pizarro"*. La collega colombiana, inoltre, a settembre 2018 ha partecipato alle attività convegnistiche e didattiche organizzate nel nostro ateneo in materia di diritto civile e mediazione. Lo scritto pubblicato in lingua spagnola traccia i primi risultati di una collaborazione nella ricerca, che sarà sviluppata mediante un approfondimento delle discipline sui sistemi di mediazione familiare.

Un mio più ampio scritto *Verso una riforma organica della disciplina della crisi familiare e un riordino sistematico delle ADR: le novità proposte con il disegno di legge Pillon*, riferito al processo legislativo di riforma in atto, si collega a un'attività di ricerca internazionale sulla tutela dell'interesse del minore, che si sta conducendo assieme alla collega spagnola Laura López de la Cruz, de la Universidad Pablo de Olavide e Sevilla. La collega civilista, anche lei autrice di un abbinato contributo sulla mediazione (*El procedimiento de mediación en la ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en Andalucía: aspectos jurídicos y metodológicos*), è stata più volte negli anni presso l'ateneo di Cagliari per svolgere le attività di ricerca e formazione sugli argomenti del diritto civile e della gestione amichevole dei conflitti. Nell'ateneo andaluso sono state condivise iniziative convegnistiche e internazionali, con numerosi colleghi civilisti europei e latino americani.

Un altro mio scritto *Il modello italiano de mediazione: l'utilizzo dell'obbligatorietà per rinforzare la volontarietà*, si riallaccia alla collaborazione nelle attività di ricerca, formazione, convegnistiche e di pubblicazione, svolte con il prof. José Luis Argudo Pérez, collega civilista dell'Universidad de Zaragoza. Più volte, infatti, abbiamo scambiato soggiorni presso i nostri atenei, come *visiting professors*, docenti nei nostri corsi *post lauream*, relatori nei convegni internazionali non solo a Cagliari e Saragozza, ma nel corso degli anni anche a Ceuta, Siviglia e Pontevedra. Lo scritto pubblicato, in particolare, riprende alcuni contenuti della relazio-

ne presentata al *I Congreso internacional de mediación infrajudicial*, che si è tenuto a Saragozza dal 22 al 24 novembre 2017. I relativi atti sono destinati a confluire in un'opera collettanea diretta dal collega Argudo, in pubblicazione con la casa editrice REUS.

Un altro mio scritto su *Le valutazioni delle istituzioni dell'UE sullo sviluppo della mediazione in Europa* raccoglie i risultati di un'attività di ricerca, formativa e convegnistica svolta negli ultimi anni in stretta collaborazione con la collega civilista Leticia García Villaluenga de la Universidad Complutense di Madrid. Più precisamente, lo scritto che si pubblica in italiano riprende il contenuto delle relazioni svolte, durante il periodo di *visiting professor*, che ho trascorso presso l'ateneo della capitale spagnola a giugno 2018. Sono riprese e sviluppate alcune questioni trattate, in lingua spagnola, come relatore al *III Congreso internacional CUEMYC* che si è svolto dal 7 al 9 giugno 2018 a Pontevedra (Spagna). Gli atti congressuali sono destinati a confluire nella collana *Anuario de mediación y solución de conflictos*, 2018, diretta L. García Villaluenga, E. Vázquez de Castro, Editorial Reus, Madrid. Con la collega di Madrid, in qualità di presidente della CUEMYC, si sviluppa una più vasta collaborazione internazionale con i docenti dell'America Latina.

L'altro contributo *Affitto turistico, Condominio negli edifici e Mediazione* è stato pubblicato con il collega civilista prof. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla dell'Universidad de Sevilla, con il quale si sono condivise attività pluriennali di ricerca, formative e convegnistiche. In particolare, più volte sono stato come *visiting professor* presso l'ateneo andaluso, nel 2011 e 2013. Con il collega spagnolo, inoltre, sono stati organizzati convegni internazionali a Siviglia, Cagliari, Ceuta, Tangeri e Roma. Lo scritto che si pubblica riprende un modulo del mio corso di diritto civile europeo che abbiamo svolto nell'anno accademico 2018/2019 presso l'ateneo cagliaritano, grazie a una borsa di *visiting scientist*.

Lo stesso collega Cerdeira, peraltro, è componente del comitato scientifico dei *Quaderni di conciliazione* e, altresì, autore in lingua spagnola del *prólogo* per il mio lavoro monografico *Il registro europeo dei mediatori. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa*, pubblicato nel 2018, come vo-

C. Pilia

lume n. 2, della serie monografica della nostra collana. Si tratta di un'opera internazionale, che si collega ai progetti di ricerca svolti negli anni e alla collaborazioni in corso, che intende sviluppare in chiave europea i processi partecipati di costruzione della giustizia alternativa.

CARLO PILIA*

EL ESCASO DESARROLLO DE LA MEDIACION FAMILIAR EN ITALIA**

SUMARIO: 1. Las dificultades de la mediación familiar en Italia. - 2. La dejurisdiccionalización de los litigios civiles y familiares. - 3. Los crecientes espacios de la autonomía de la voluntad en la familia, también en la resolución de conflictos.

1. *Las dificultades de la mediación familiar en Italia.* – La mediación familiar¹, a pesar de ser un importante mecanismo de prevención y resolución extrajudicial de las crisis familiares, reconocida desde hace tiempo a nivel internacional y ampliamente utilizada en muchos Países, incluida Europa, todavía está luchando por desarrollarse en Italia. En este último País, de hecho, ha encontrado poca, muy poca aplicación, a pesar de que las reglamentaciones internas contienen algunos índices norma-

* Universidad de Cagliari.

** El contributo incluye los contenidos de la ponencia del prof. Carlo Pilia, de la Universidad de Cagliari, en la conferencia impartida con la colega d.ra Marinés Laverde Mateus, de la Universidad Católica de Colombia, en Bogotá el día 7 de marzo 2019, a los alumnos de la asignatura de derecho de familia, en el grado magistral de derecho. Con al iniciativa se desarrolla una relación internacional entre las dos Universidades, che incluye la actuación en conjunto de actividades de investigación, formación y congresuales.

¹ En general, sobre la mediación familiar, entre los numerosos contributos publicados, v. P. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013; G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione e delle norme del diritto europeo*, en *Giustizia civile*, 10, 2012, pp. 495 ss.; D. FERNÁNDEZ DEL MORAL, *La mediazione familiare*, in *L'affidamento condiviso* a cura di S. Patti y L. Rossi Carleo, Milano 2006, 229 ss.; A. PERA, *La Mediazione Familiare: riflessioni per la ricerca di un modello efficiente*, en *Famiglia*, 2006, pp. 901 ss.; C.M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005, pp. 203 ss.; P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della «mediazione familiare»*, en *Giur. it.*, 1995, IV, 73 ss.

tivos expresamente referidos a la mediación endoprocesual, que es la ordenada por el juez con el consentimiento de los cónyuges-padres pendiente el juicio sobre la crisis familiar, pero sin tomar en consideración la mediación preventiva que incluso los mismos contendientes podrían usar antes de promover el juicio relativo.

Las fuertes resistencias que hasta ahora ha tenido la mediación familiar en Italia se remonta a una pluralidad de causas que pueden rastrearse esquemáticamente hasta por lo menos cuatro tipos de razones de diferente naturaleza: cultural, institucional, normativa y económica.

En síntesis, las razones culturales están ligadas a la ausencia de una cultura de mediación familiar y, más en general, de mediación y otras técnicas de resolución de conflictos extrajudiciales. Sigue habiendo una convicción profunda y generalizada de que la protección de los derechos se logra principalmente, si no exclusivamente, a través de la jurisdicción. Es un enfoque tradicional, vinculado al papel autoritario del Estado en el sistema jurídico y a las funciones de toma de decisiones ejercidas por los jueces. Dichos elementos se perciben de forma más intensa en el contexto de las disputas familiares, en las que se sintió la necesidad del control público directo al definir la crisis en las relaciones personales y financieras para garantizar la protección efectiva de los valores y activos institucionales de la familia, así como las posiciones de los sujetos más débiles, generalmente identificados en la esposa, en los hijos menores y, en cualquier caso, en los miembros de la familia no autosuficientes.

Las razones institucionales de esta “resistencia” están ligadas al sistema jurisdiccional estatal de protección de derechos, que aún se enfoca en la organización y funcionamiento de mecanismos públicos para la resolución de litigios, totalmente estructurados por niveles y en varios campos jurídicos. Basta pensar a la falta de adecuación del curso tradicional de estudios universitarios y de posgrado para acceder a las profesiones jurídicas, empezando por las de los magistrados y abogados, que imponen formación teórica y práctica en disciplinas procesales, sin siquiera tener en cuenta la composición extrajudicial de los conflictos. En el mundo judicial y forense italiano, así como en la in-

vestigación académica y la enseñanza de las ciencias jurídicas, se conserva el marco jurisdiccional tradicional de la justicia y, en muchos sentidos, existen fuertes obstáculos a la necesidad de apertura hacia la mediación y los otros sistemas de composición extrajudiciales.

Las razones normativas que impiden la aplicación de la mediación familiar en Italia se refieren a la falta de una legislación orgánica y, por lo tanto, una regulación legal completa del instituto jurídico, al menos en lo que respecta a la explicación positiva de los principios fundamentales y de las normas básicas sobre el acceso y el funcionamiento del procedimiento para llegar a un acuerdo amistoso. Con los años, ha habido intervenciones reguladoras esporádicas y fragmentadas que, a pesar de haber mencionado la mediación familiar, han fallado en producir el impulso deseado para el uso de mecanismo de composición extra-judicial, en cuanto la dejaron sin una connotación legal puntual y unívoca. En el área de la familia, por lo tanto, la mediación se ha mantenido sin aplicarse por completo, a pesar de algunas experiencias piloto aisladas llevadas a cabo en unos tribunales que han firmado acuerdos experimentales con colegios profesionales, universidades y asociaciones de mediadores para intentar el comienzo de sistemas compartidos de formación y gestión. Muy poco, considerando que siempre siguiendo la solicitud europea, en implementación de la Directiva 2008/52/EC, Italia desde 2010 ha emitido una disciplina general y completa de la mediación en asuntos civiles y mercantiles², sin embargo, descuidando vincularla en manera siste-

² Sobre la disciplina italiana de la mediación civil y mercantil (decreto legislativo del 4 de marzo de 2010, n. 28), entre las numerosas obras colectivas, v. AA. VV., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare" (d.l. 69/2013, conv. con mod., in l. 98/2013)* a cura de G. Falco y G. Spina, Milano, 2014; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura de M.L. Cenni, E. Fabiani y M. Leo, Napoli, 2012; AA.VV., *Quaderni di conciliazione* a cura de C. Pilia, Cagliari, 2012; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura de M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali, Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura de A. Castagnola y F. Delfini, Padova, 2010; AA.VV., *La mediazione civile e commerciale* a cura de C. Besso Marcheis, Torino, 2010.

mática a las disposiciones anteriores del código civil dedicadas a la mediación familiar.

Por último, las razones económicas están relacionadas con el enfoque funcional favorecido por el legislador italiano con respecto a la mediación, que se considera un mecanismo de composición que se utilizará esencialmente con el propósito de desinflar los litigios judiciales. De hecho, Italia sufre una crisis muy seria y estructural en el sistema judicial que paraliza la economía y disuade a las inversiones extranjeras. En este sentido, basta considerar que Italia es continuamente sancionada por los Tribunales por la demora intolerable en la definición de los juicios, ya que los casos civiles duran un promedio de diez años por tres grados de juicio y, además, todavía están pendientes sobre cinco millones de peleas. Al lanzar la reforma italiana de la mediación civil y comercial, por lo tanto, se han tomado decisiones políticas precisas dirigidas a favorecer la aplicación generalizada para satisfacer la necesidad de prevenir disputas legales y reducir la enorme cantidad acumulada. Por lo tanto, en lo que respecta al campo de la aplicación de la mediación civil y comercial, se ha otorgado la extensión máxima para todas las disputas, no solo transnacionales sino también internas, con respecto a los derechos disponibles. Para promover su aplicación, también se han introducido numerosas medidas coercitivas, comenzando con la imposición de la obligatoriedad del intento de mediación como condición para el enjuiciamiento de la acción judicial en numerosos asuntos³, así como el reconocimiento de sanciones económicas y procesales contra la parte que no participa en el procedimiento⁴ o no coopera para lograr el acuerdo de conciliación⁵. Asimismo, se han reconocido las medidas de recompensa para incentivar la mediación, como las concesiones económicas e fiscales⁶ contenidas en un régimen tarifario especial ajustado por los costos de acceso y funcionamiento⁷, la atri-

³ Art. 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁴ Art. 8, d.lgs. n. 28/2010.

⁵ Art. 13, d.lgs. n. 28/2010.

⁶ Artt. 17 y 20, d.lgs. n. 28/2010.

⁷ Art. 16, d.m. n. 180/2010.

bución del carácter ejecutivo al acuerdo de conciliación⁸ y su transcripción en los registros inmobiliarios⁹. Por último, también se ha prescrito el cumplimiento de una serie de requisitos de calidad, que las autoridades ministeriales competentes deben supervisar, en relación con los mediadores¹⁰, los organismos de mediación¹¹, las entidades de formación¹² y de normas para llevar a cabo el procedimiento de mediación civil y comercial¹³.

Por las mismas razones económicas, probablemente al legislador italiano pareció menos útil la mediación familiar, aunque en este campo del litigio siempre ha sido necesario por ley la intervención del juez para obtener la separación y el divorcio de los cónyuges, así como para la definición de los asuntos consecuentes de naturaleza personal y patrimonial, a pesar del acuerdo alcanzado entre los cónyuges¹⁴. Según las fuentes normativas europeas, sin embargo, la mediación debe estar dirigida a proteger los derechos de las partes contendientes, especialmente las más débiles, a mantener y mejorar sus relaciones y, en términos más generales, a la pacificación económica y social. Además, estos objetivos en la mediación familiar están vinculados a la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la familia y, en particular, de los niños¹⁵, como sujetos más débiles y destinatarios inculpables tanto por los efec-

⁸ Art. 12, d.lgs. n. 28/2010.

⁹ Art. 11, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰ Art. 6, d.m. n. 180/2010.

¹¹ Art. 4, d.m. n. 180/2010.

¹² Art. 17, d.m. n. 180/2010.

¹³ Art. 3, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴ Al respecto, v. F. DANOVÌ, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, en *Famiglia e giustizia*, 11, 2015, pp. 1043 ss.

¹⁵ La Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, adoptada por el Consejo de Europa en Estrasburgo en 1996 y ratificada en Italia por la Ley del 20 de marzo de 2003 n. 77, en el art. 13 dispone: “*Con el fin de prevenir o resolver conflictos, y para evitar los procedimientos que involucren a menores ante una autoridad judicial, las Partes alientan el uso de la mediación y cualquier otro método para resolver conflictos capaces de celebrar un acuerdo, en los casos que las Partes consideren apropiados*”.

tos negativos de la crisis conyugal como por su gestión conflictiva que se ve arrastrada durante años, exasperadose, en el Tribunal.

La disciplina escasa y sustancialmente no aplicada de la mediación familiar vigente en Italia durante más de una década se reduce esencialmente a dos intervenciones legislativas especiales que, con la técnica de la novela, se han injertado en el sistema normativo del código civil, en el primer libro de personas y familia, art. 342-ter, en relación con las órdenes de protección contra el abuso familiar, y el art. 155-sexies, con referencia a la custodia compartida de los hijos en caso de separación de los cónyuge.

La primera novela codicística, más precisamente, se remonta a la ley n. 154/2001 con el objetivo de fortalecer los instrumentos de represión contra el abuso familiar de los cónyuges y convivientes, que introdujo diversas medidas de protección, incluidas las órdenes de protección¹⁶. En particular, el art. 342-ter (contenido de las órdenes de protección)¹⁷ cod. civ. establece que, al emitir una orden de protección, de conformidad con el párrafo 2, *“el juez también puede disponer, cuando sea necesario, la intervención de los servicios sociales del territorio o de un centro de mediación familiar, así como de las asociaciones que tienen como finalidad apoyo legal y recepción de mujeres y menores u otras víctimas de abuso y maltrato ...”*¹⁸. El poder de disponer la mediación familiar, por lo tanto, corresponde al juez y el centro tiene la obligación de cumplir con la implementación de la orden de protección. Esta es una medida casi ignorada en la práctica, que de acuerdo con la formulación de la norma está destinada a aplicarse no solo a los cónyuges, sino

¹⁶ La ley 4 de abril de 2001, n. 154 sobre Medidas contra la violencia en las relaciones familiares, en relación, v. A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2003.

¹⁷ El art. 342-ter (*Orden de protección*) cod. civ. fue introducido por el art. 2, L. n. 154/2001.

¹⁸ G. BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, en *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1116; M. PALADINI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, misure “anticipatorie” dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, en *Famigliari, persona e successioni*, 8-9, 2010, pp. 566 ss.

también al externo del matrimonio a las familias de hecho, independientemente de la existencia de hijos. El objetivo perseguido no es tanto establecer un acuerdo entre los miembros de la familia, sino más bien inducir al abusador a desistir del comportamiento ilegal. La tarea relativa puede confiarse no solo a los mediadores, sino también a otros sujetos calificados, como los trabajadores sociales y las asociaciones contra el abuso familiar. La referencia general que la ley hace a los centros de mediación, sin embargo, no permite identificar los requisitos profesionales y organizativos que deben poseer los mismos centros, ni cómo deben operar prácticamente en la prestación del servicio para la solución amistosa de conflictos familiares. Sin embargo, dado que es el juez el que solicita la mediación familiar, adquiere una naturaleza complementaria, y no sustitutiva, de la orden de protección judicial. La aplicación concreta de la mediación familiar, sin embargo, se deja al consenso y la disponibilidad colaborativa de las partes involucradas, que no solo son los cónyuges, sino que también pueden incluir a otros cohabitantes, familiares y niños.

La segunda novela codicística que tiene un campo de aplicación mayor, como se mencionó, se introdujo con la importante reforma de la ley n. 54/2006, que ha llevado a Italia a superar el sistema tradicional de custodia exclusiva con el de la custodia compartida para garantizar a los niños guardar las relaciones con ambos los padres, incluso después de la separación de los cónyuges¹⁹. Más precisamente, el art. 155-sexies (Poderes del juez y escuchar al niño) cod. civ. establece que, antes de la adopción provisional de disposiciones relativas a los niños, de conformidad con el párrafo 2, *«si usted ve la oportunidad, el juez, después de escuchar a las partes y obtener su consentimiento, puede posponer la adopción de la medidas de conformidad con el art. 155 permitir a los cónyuges, valiéndose de expertos, intentar una mediación para llegar a un acuerdo, con especial referencia a la protección de los intereses morales y ma-*

¹⁹ Ley 8 de febrero de 2006, n. 54, que establece disposiciones en materia de separación de los padres y custodia compartida de los hijos, sobre la cual v. AA.Vv., *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* a cura de M. Sesta y A. Arceri, Torino, 2012.

*teriales de los niños»*²⁰. Una disposición similar aparece ahora en el código civil, con referencia a las medidas relativas a los niños en el contexto de la nueva disciplina del ejercicio de la responsabilidad parental tras la separación, la disolución, la terminación de los efectos civiles, la anulación, la nulidad del matrimonio o tras de los procedimientos relacionados con niños nacidos fuera del matrimonio²¹, en el art. 338-*octies* (Poderes del juez y escuchar al menor), segundo párrafo²².

La mediación familiar, por lo tanto, siempre es ordenada por el juez, que puede ser tanto el Presidente del Tribunal que realiza el intento preliminar de reconciliación entre los cónyuges y adopta medidas urgentes, y, posteriormente, como el juez de instrucción en el juicio de primera instancia juicio o en la apelación. Si al juez se le atribuye la evaluación discrecional sobre la conveniencia de hacer la mediación, para el cumplimiento relacionado también es necesaria la adhesión de los cónyuges, a quienes, sin embargo, no se les concede el derecho de acceso directo a la mediación familiar. Al menos, esto fue decidido por una decisión importante del Tribunal de Casación n. 5108/2012²³, que estableció que el juez puede rechazar la solicitud conjunta de

²⁰ Al respecto, v. M.N. BUGETTI, *Separazione, mediazione familiare e affido condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi*, en *Famiglia e diritto*, 4, 2011; G. GIAIMO, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio. Profili comparatistici*, en *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 1606 ss.; M. DOGLIOTTI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia* dirigido por G. Ferrando, I. *Matrimonio, separazione e divorzio* a cura di G. Ferrando, Bologna 2007, 1064 ss.; F. LONGO, *Diritti del minore, mediazione familiare e affidamento condiviso*, en *Fam. dir.*, 2003, pp. 98 ss.

²¹ La disciplina fue introducida por el art. 55, párrafo 1, d.lgs. de 28 diciembre 2013, n. 154 (Revisión de las disposiciones vigentes en materia de filiación, de conformidad con el art. 2 de la ley 10 diciembre 2012, n. 219).

²² *“Si lo considere oportuno, el juez, después de escuchar a las partes y obtener su consentimiento, puede diferir la adopción de las medidas mencionadas en el artículo 337 ter para permitir a los cónyuges, recurriendo a expertos, intentar una mediación para llegar a un acuerdo, con especial referencia a la protección del interés moral y material de los niños”*.

²³ Cass. Civ., sez. I, 29.3.2012, n. 5108, en *Famiglia e diritto*, 7, 2012, pp. 706 ss., con nota A. ARCERI, *Affidamento della prole, affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità*.

los cónyuges para acceder a la mediación familiar cuando el juicio sufra un retraso inapropiado.

De hecho, los datos normativos esenciales a los que se hace referencia han dejado abiertas varias cuestiones sobre el campo de aplicación y el papel de la mediación familiar, así como la identificación de reglas operativas, que se abordan de forma interpretativa, pero sin encontrar soluciones jurídicas adecuadas. En cuanto al área de aplicación, se introdujo la mediación familiar para los juicios de separación personal de los cónyuges y en casos de custodia compartida en consecuencia del juicio de nulidad y cese de los efectos civiles del matrimonio y de la disolución de la cohabitación entre padres no casados. Los jueces de mérito, sin embargo, reconocieron la mediación familiar aplicable incluso en caso de divorcio, a pesar de que la ley relacionada y la reforma de custodia compartida no lo preveían. El Tribunal de Lamezia Terme²⁴ ha aceptado la amplia solución sobre la base de la interpretación de las normas coherentes con los principios constitucionales, en particular con lo de razonabilidad en virtud del art. 3 de la Constitución, que llevan a considerar la mediación familiar, como un mecanismo de protección, aplicable incluso en el caso de la custodia compartida dispuesta durante el divorcio. Además, en el plano aplicativo, se ha observado que las disposiciones antes mencionadas se refieren únicamente a la mediación familiar endoprocesual, sin considerar expresamente el experimento de mediación antes del juicio de separación y divorcio, especialmente en las eventualidades en que los cónyuges están decididos a promover una instancia conjunta. En este sentido, en el pasado, también se han realizado propuestas legislativas para establecer la posibilidad de que las partes accedan a las sesiones de información sobre mediación familiar y, de ser necesario, el mismo procedimiento de mediación familiar antes de contactar a la autoridad judicial.

En cuanto a la figura del mediador familiar y la calificación de su posición con respecto al juez y las partes, se expresan diversas incertidumbres y, en cualquier caso, la evolución juris-

²⁴ Tribunale Lamezia Terme, ordenanza 5.12.2017, en *Famiglia, persone e successioni*, 4, 2008, pp. 297 ss., con nota de F.R. FANTETTI, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio*.

prudencial está conduciendo a resultados que aún parecen en gran parte insatisfactorios. En particular, sobre la base del dictado normativo que habla de expertos, no de mediadores familiares, los jueces de mérito han concluido en el sentido de que en este contexto el juez de separación y divorcio utilizaría un experto, que es un colaborador, que designaría y que, por lo tanto, debería realizar la tarea en nombre del mismo juez, a quien debería informar y sobre la base de cuyo trabajo se adoptarían las medidas de custodia compartida. Sería un auxiliar atípico del juez, de conformidad con el art. 68 cod. proc. civ., al cual el juez proporcionaría el pago de honorarios profesionales. Tal resultado de aplicación, sin embargo, es fuertemente criticado y plantea delicados problemas de reconstrucción y gestión en relación con el marco legal y la disciplina aplicable en el funcionamiento de la mediación familiar, en primer lugar en lo que respecta a la protección de la confidencialidad del procedimiento de mediación y de lo que en esa dicen los cónyuges, las personas que intervienen y el mismo mediador experto, quien está obligado a informar y responder al juez que lo nombró. Junto a la confidencialidad, también se sacrificarían los principios de independencia, imparcialidad y profesionalidad y, en esencia, la eficiencia o incluso la misma configurabilidad de la mediación familiar.

Sin embargo, en la espera de una intervención reguladora deseada, sin embargo, en la interpretación y aplicación de la disciplina actual de la mediación familiar no puede separarse de las indicaciones sistemáticas que surgen de la profunda evolución legislativa que, incluso en Italia, está invirtiendo todo el derecho privado y la misma materia del derecho de familia que comparten los nuevos sistemas extrajudiciales dirigidos a la prevención y resolución rápida y consensuada de conflictos a través del creciente papel y las nuevas garantías de la autonomía de las partes contendientes.

2. La dejurisdiccionalización de los litigios civiles y familiares. – Durante el año pasado Italia ha puesto en marcha una serie de reformas importantes en un esfuerzo para realizar una deflación adicional de litigios del derecho privado, como fue el caso de la media-

ción, a través de áreas que involucran ámbitos civiles, mercantiles y familiares. En este sentido, la reciente ley n. 162/2014²⁵ sobre medidas urgentes de dejurisdiccionalización y otras intervenciones para la definición de los atrasos en el proceso civil, en muchos aspectos, marca un cambio radical del enfoque tradicional cultural, institucional y profesional en la gestión de conflictos civiles y, sobre todo, familiares. La propia denominación de la ley señala la necesidad urgente de salir del absorbente tamaño jurisdiccional, tanto para los litigios pendientes, como para todas las disputas que surjan y, en este sentido, el Gobierno y el Parlamento tienen la intención de fomentar el uso de un abanico de nuevos mecanismos de composición alternativa al proceso que se introducen, de nuevo, sobre la base de modelos ya probados en el extranjero y que flanquean la mediación, tanto la civil y mercantil, como esa familiar.

Con la ley mencionada, para la definición de los litigios civiles y mercantiles relacionados a los derechos disponibles, se introducen dos nuevos mecanismos de solución extrajudicial, que consisten en el arbitraje delegado y la negociación asistida a través de un abogado. El primer mecanismo se refiere al litigio pendiente, es decir, en curso, incluso en apelación, que a solicitud conjunta de las partes, el juez puede transferir del juicio al arbitraje donde será administrado por un árbitro o un panel de árbitros elegidos en colaboración con el Colegio de Abogados²⁶. La principal peculiaridad de esta nueva solución de arbitraje, en esencia, se refiere a la fase de uso: no ya de manera preventiva respecto al establecimiento del proceso, de acuerdo con el entorno normal y la disciplina tradicional²⁷, sino de manera subsiguiente, es decir, a litigio pendiente, en un intento de

²⁵ Ley 10 de noviembre de 2014, n. 162 de conversión con modificaciones, del Decreto Ley de 12 de septiembre de 2014, n. 132 sobre medidas urgentes de dejurisdiccionalización y otras medidas para definir el atraso en materia de processo civil, sobre la cual v. AA.VV., *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio* a cura de S. Chiarloni, en *Giur. it.*, 5, 2015, pp. 1257 ss.; UFFICIO STUDI CNF, *Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della degiurisdizionalizzazione* (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014, en *Contr. impr.*, 1, 2015, pp. 232 ss.

²⁶ Art. 1, d.l. n. 132/2014.

²⁷ Art. 806 ss. cod. proc. civ.

eliminar el atraso que aún no ha sido definido por una sentencia del tribunal de apelación. Para lograr tal transferencia, como se mencionó, es necesaria una provisión del juez que, en estos casos, verifique la disponibilidad de los derechos en disputa y respalde el acuerdo de las partes que prefieren una decisión rápida en arbitraje en vez que esperar aún más la sentencia. La legislación también introduce garantías adicionales para regular la transferencia de la disputa del tribunal al arbitraje, en términos de procedimiento, calificación de los árbitros, costos y reglas de decisión. Dicha medida deflacionaria, de hecho, también podría aplicarse a las disputas civiles y mercantiles relacionadas con la definición de cuestiones patrimoniales derivadas de la crisis familiar, como, entre otras, las relativas a la determinación de la pensión de mantenimiento y división del patrimonio, de disolución de comuniones y relaciones contractuales comunes, de definición de participaciones comunes en actividades empresariales y liquidaciones consiguientes. Tales asuntos patrimoniales, que a menudo retrasan y complican la resolución de las crisis familiares, también pueden ser objeto de mediación civil, a petición de los cónyuges, familiares u otros sujetos externos que, de vez en cuando, participan en la definición de la situación de conflicto.

La segunda medida deflacionaria, la negociación asistida por uno o más abogados²⁸, asume mayor importancia y también esa ha sido solicitada por la clase forense sobre la base de la experiencia francesa, como una alternativa preferible a la mediación menos apreciada. Más precisamente, la negociación asistida es un procedimiento formalizado, realizado por abogados de las partes en conflicto que cooperan de buena fe y lealtad para lograr una solución amistosa, que debe recogerse en un acuerdo que pueda tomar la fuerza ejecutiva²⁹, sin tener que recurrir a la autoridad judicial, y ser transcrito en los registros de bienes inmuebles³⁰. El experimento de la negociación asistida, por regla general, se deja a elección voluntaria de los contendientes que tratan de llegar a la solución amistosa de las disputas relativas a

²⁸ Artt. 2-11, d.l. n. 132/2014.

²⁹ Art. 5, párr. 1, d.l. n. 132/2014.

³⁰ Art. 5, párr. 3, d.l. n. 132/2014.

los derechos disponibles en materia civil y mercantil³¹, mientras que ha sido obligatoriamente impuesto por la ley como condición de procedibilidad de acción judicial para las solicitudes de pago, por cualquier título, de sumas de dinero de hasta cincuenta mil euros, así como las relativas a accidentes de tráfico, cualquiera que sea el monto solicitado³². Debido al amplio campo de aplicación, la negociación asistida a través de abogados, tanto voluntaria como obligatoria, se superpone a la mediación civil y mercantil³³, así como a la familiar en el arreglo amistoso de disputas sobre asuntos de naturaleza patrimonial y personal.

La importancia fundamental de la negociación asistida, de hecho, está vinculada precisamente a la extensión adicional de aplicación que incluye expresamente la materia familiar, ya que puede ser utilizado con el fin de llegar a una solución consensuada de la separación personal, cesación de los efectos civiles del matrimonio, la disolución del matrimonio o el cambio de las condiciones de separación y divorcio³⁴. Con la asistencia de abogados, uno para cada cónyuge, a continuación, pueden ser definidos por consenso todos los aspectos relativos a la esfera personal y patrimonial de la crisis familiar, sin tener que pasar a través de una decisión judicial³⁵. Por primera vez, por lo tanto, ha sido superado el principio básico tradicional que en los conflictos de las crisis familiares siempre exigía la decisión judicial constitutiva para que la separación personal y el divorcio, a pesar del acuerdo de los cónyuges, llegaran a definir todos los aspectos tanto patrimoniales como personales. Con la negociación asisti-

³¹ Art. 2, d.l. n. 132/2014.

³² Art. 3, d.l. n. 132/2014.

³³ Art. 3, pár. 1, d.l. n. 132/2014.

³⁴ Art. 6, d.l. n. 132/2014.

³⁵ Al respecto, v. F. TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degjurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, en *Corriere giuridico*, 8-9, 2015, pp. 1141 ss.; G. FREZZA, *Degjurisdizionalizzazione, negoziazione assistita e trascrizione*, en *Nuove l. civ. comm.*, 2015, pp. 18 ss.; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, en *Fam. e d.*, 2015, p. 295; B. POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, en *Foro it.*, 2015, V, c. 34 ss.

da por los abogados, sin embargo, el acuerdo alcanzado por la pareja produce los mismos efectos de las decisiones judiciales que definen los juicios de separación, divorcio y modificación de las condiciones³⁶ y, sin ni siquiera necesidad de la aprobación judicial, se procede a las consiguientes anotaciones de publicidad en los registros de estado civil³⁷.

Además, el acuerdo de negociación asistida no tiene efectos únicamente entre los cónyuges que se separan o se divorcian, sino también entre los niños, tanto adultos como menores, aunque con el control previo del fiscal en el tribunal³⁸. En el caso de los hijos adultos, que pero no están incapacitados, afectados por graves discapacidades o económicamente no autosuficientes, en particular, el acuerdo debe conseguir el bienestar del fiscal, quien lo otorga si considera que no hay irregularidades. En el caso de niños menores o adultos que son incapaces, con discapacidades graves o económicamente no autosuficientes, el control del fiscal es más intenso y toma la forma de una autorización cuando verifica que el acuerdo responde a los intereses de los propios niños. Sobre la posible denegación del fiscal se pronuncia el presidente del Tribunal que otorga la autorización si verifica esta correspondencia³⁹. La asistencia de los abogados y, en el caso de los niños, el control del fiscal constituyen las garantías que acompañan el proceso de solución negociada de las crisis familiares que, si se llega a un acuerdo entre los cónyuges, permite evitar el inicio de tantos juicios y, si ya promovidos, ponerles un término inmediato.

En cualquier caso, el papel fundamental de los abogados también se impone en la información y la asistencia previa que debe darse a los cónyuges, ya que la reforma exige que: *“En el acuerdo se reconozca que los abogados han intentado conciliar las partes y les informó de la posibilidad de experimentar la mediación familiar y que los abogados informaron a las partes de la importancia de que el niño pase el tiempo adecuado con cada uno de los pa-*

³⁶ Art. 6, pár. 3, d.l. n. 132/2014.

³⁷ Art. 6, pár. 4, d.l. n. 132/2014.

³⁸ Art. 6, pár. 2, d.l. n. 132/2014.

³⁹ Art. 6, pár. 2, d.l. n. 132/2014.

*dres*⁴⁰. Por lo tanto, antes de llegar al acuerdo de negociación asistida, los abogados deben tratar de llevar a cabo un acuerdo extrajudicial y, además, informar a las partes contendientes sobre la mediación familiar, como una solución que, obviamente, está disponible antes de que comience el juicio y el mismo procedimiento de negociación asistida. Por lo tanto, vemos una abertura importante hacia la mediación familiar preventiva y, en todo caso, el concurso de una pluralidad de instrumentos tradicionales y nuevos de resolución consensual de disputas familiares.

La misma reforma sobre la dejurisdiccionalización, de hecho, introduce un nuevo procedimiento extrajudicial para la composición de la crisis familiar, siempre basado en el acuerdo de los cónyuges que se presentan ante el alcalde, como funcionario del estado civil, para hacer la declaración de separación y divorcio, o para modificar las condiciones relacionadas⁴¹. Tal acuerdo, sin embargo, encuentra limitaciones ya que no se admite en presencia de hijos menores de edad, incapaces, con discapacidades graves o económicamente no autosuficientes, ni para hacer acuerdos de transferencia patrimonial. En este procedimiento extrajudicial, por lo tanto, es la presencia del funcionario público lo que constituye la garantía de la solución consensuada alcanzada por los cónyuges, sin la asistencia de los respectivos abogados, puramente facultativa, ni el control del fiscal, no contemplado⁴².

Por último, observamos otra novedad legislativa italiana⁴³ sobre la abreviatura de los términos de divorcio en caso de sepa-

⁴⁰ Art. 6, pár. 3, d.l. n. 132/2014.

⁴¹ Art. 12, d.l. n. 132/2014.

⁴² Sobre al procedimiento de separación consensual, solicitud conjunta de disolución o terminación de los efectos civiles del matrimonio y modificación de las condiciones de separación o divorcio, el funcionario del estado civil In merito alla procedura di separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale di stato civile, v. M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale, antichi dogmi e prospettive evolutive*, en *Riv. dir. civ.*, 3, 2015, pp. 575 ss.

⁴³ Ley de 6 de mayo de 2015, n. 55, que contiene disposiciones sobre la disolución o terminación de los efectos civiles del matrimonio y la comunión legal entre cónyuges, que reduce el tiempo de separación necesario para obtener el divorcio (el llamado "divorcio breve") y también establece que la disolución

ración anterior, que se reducen a un año si judicial y seis meses si es consensual. La norma es parte de una tendencia de larga data para mitigar indisponibilidad de los efectos del matrimonio y, al mismo tiempo, hacia la afirmación de la autonomía privada en la familia, reconociendo la importancia creciente que el acuerdo toma como fuente en la regulación de las relaciones de naturaleza no solo patrimoniale pero también personal en la conformación de los estatutos familiares dentro y fuera del matrimonio. De hecho, solo recientemente se ha afirmado la unicidad del estatus legal con respecto a los niños⁴⁴, independientemente del estado civil de los padres. En general, vemos la superación de la rigidez previa de los estatutos de derecho de familia, incluyendo las modalidades de resolución de la crisis que, como fue el caso de los litigios civiles y mercantiles, desde los tribunales se trasladan a lugares alternativos que ahora son múltiples y compiten con la mediación, en sus diversas declinaciones sectoriales.

4. Los crecientes espacios de la autonomía de la voluntad en la familia, también en la resolución de conflictos. – A la luz de la evolución normativa que se registra en Italia, se pueden hacer algunas consideraciones concluyentes sobre la mediación familiar y su función como instrumento para la prevención y resolución de la crisis familiar.

En primer lugar, en términos generales, asistimos a la superación progresiva de las razones tradicionales que impidieron la aplicación de sistemas alternativos de resolución de conflictos en el contexto familiar, como consecuencia tanto de la apertura de áreas de autonomía privada en esta área como de la intro-

de la comunión legal se realiza en consecuencia de las medidas presidenciales. Al respecto, v. G. FERRANDO, *Il divorzio breve: un'importante novità legislativa nel solco della tradizione*, en *Corriere giuridico*, 8-9, 2015, pp. 1041 ss.; F. DANONI, *Al via il "divorzio breve": tempi ridotti ma manca il coordinamento con la separazione*, en *Fam. dir.*, 6, 2015, pp. 607 ss.

⁴⁴ Sobre la reciente reforma italiana de la filiación, v. G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, en *Fam. dir.*, 10, 2015, pp. 952 ss.; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, en *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1.

ducción de una pluralidad de mecanismos de composición, diversamente configurados por garantías y disciplinas⁴⁵.

En segundo lugar, la evolución normativa favorece el surgimiento de mecanismos de composición de naturaleza consensual y preventiva. Los espacios crecientes de autonomía privada, sin embargo, son congeniales a la aparición de una serie de estatutos familiares coherentes con la sociedad multivaloriale actual y las profundas diferencias en la sensibilidad que caracterizan las relaciones personales y sociales. La búsqueda de compartir, en un marco esencial de valores fundamentales irrenunciables de convivencia civil, por lo tanto, se convierte en la piedra angular para el establecimiento de la formación familiar y la prevención de crisis o la superación de la misma. Por otra parte, no hay que ignorar que en las dinámicas familiares actuales, cada vez más frecuentemente estamos asistiendo a la movilidad de los miembros de grupos familiares, los fenómenos cruzados de composición y recomposición que registran la alternación de los eventos fundacionales y de crisis, unidos en la necesidad de soluciones posiblemente compartidas y rápidas especie en las fases de transición entre grupos familiares⁴⁶.

La decisión judicial, incluso en la familia, como en el más amplio civil y comercial, ya no es la forma necesaria de resolución de la disputa, sino que va acompañada de una pluralidad de medidas adicionales, que complementan el sistema de protección de los derechos, que contribuyen para favorecer el acceso a la justicia, finalmente entendido en un sentido abierto, que no se limita a la jurisdicción. La misma, sin embargo, sigue siendo el pilar fundamental de la justicia, ya que es un derecho fundamental e irrenunciable para cualquier persona referirse al juez, tanto si las medidas alternativas no conducen a la resolución de la disputa, como si desea verificar si las soluciones al-

⁴⁵ Se debe hacer referencia a C. PILIA, *Autonomía privada, familia y herencia: el instrumento contractual para definir las relaciones y resolver los conflictos*, en AA.VV., *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluzione de futuro* a cura de L. A. Ruiz, J. L. Arjona Gujardo Fajardo, G. Cerdeira Bravo de Mansilla, Navarra, 2014, pp. 157 ss.

⁴⁶ Al respecto, v. E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, en *Famiglia e diritto*, 11, 2014, pp. 1043 ss.

ternativas se cumplen con los límites imperativos establecidos por la ley.

En presencia de un conflicto civil y mercantil, así como una crisis familiar, por lo tanto, las partes en disputa tienen una pluralidad de mecanismos de composición, que considerarán según la conveniencia y la posibilidad de éxito. Los instrumentos extrajudiciales, en general, deben ejercerse antes de recurrir a las autoridades judiciales, pero las disciplinas a las que se hace referencia muestran cómo pueden funcionar de manera útil también con respecto a litigios pendientes. Tal situación, sin embargo, en Italia no es infrecuente si se tiene en cuenta el enorme atraso judicial y, en cualquier caso, el largo período de tiempo que acompaña a los juicios.

Como resultado de las últimas reformas italianas, la crisis familiar ahora puede abordarse a través de una pluralidad de sistemas de composición, que pueden experimentarse tanto antes del comienzo del juicio separación y divorcio, como durante el juicio. Según la disciplina legislativa, el acuerdo de separación, divorcio o modificación de las condiciones relacionadas, que se lleva a cabo con la asistencia de abogados o con las declaraciones hechas por los cónyuges ante el alcalde, asume una configuración preliminar. Pero nada excluye que tales procedimientos puedan activarse durante la pendiente del proceso, incluso después del cierre de una fase o grado de juicio. Tales mecanismos de composición, por lo tanto, son ambivalentes al operar tanto en la prevención como en la resolución de la crisis familiar, ya que el acuerdo alcanzado por los cónyuges les impide dirigirse a las autoridades judiciales o poner fin a la disputa.

En cuanto a la mediación familiar, la legislación italiana inicial ofrecía una configuración reducida únicamente a la fase infrajudicial, como se ha señalado, a ser experimentada por invitación del juez, después del fracaso de la conciliación por el mismo intentada y antes de tomar decisiones acerca de la reglamentación personal y patrimonial consecuente a la crisis familiar. Este enfoque, que circunscribe el papel de la mediación como mecanismo infrajudicial de resolución de la crisis familiar, parece demasiado restrictivo, incongruente y debe ser profundamente revisado a la luz de los cambios normativos que han reconfigurado el marco de los mecanismos de prevención

de crisis de la familia, que no presuponen más el control judicial como necesario. En la práctica, al igual que la negociación con la asistencia de abogados y las declaraciones hechas de separación y divorcio ante el alcalde, incluso la mediación familiar puede funcionar como mecanismo que se utiliza de manera previa al proceso, así como después de la introducción del mismo.

El tenor literal y restrictivo de las disposiciones italianas sobre mediación familiar, de hecho, debe superarse a través de una interpretación evolutiva sistemática, que es coherente con los propósitos de proteger los derechos de los miembros de la familia y lograr la deflación de los litigios perseguidos por las reformas legislativas, en coherencia con los principios generales de autonomía privada que todos los sistemas consensuales de resolución de disputas tienen en común. En particular, se debe considerarse que las partes tienen derecho a acceder a medidas alternativas antes y durante el juicio, eligiendo la solución preferida entre las disponibles. En este sentido, la negociación asistida y las declaraciones de separación y divorcio deben considerarse admisibles incluso después del inicio del litigio, cuando los cónyuges estén de acuerdo. De la misma manera, se debe considerar que la mediación familiar no se puede experimentar solo en litigios pendientes, siguiendo la invitación del juez. La misma, de hecho, puede ser utilizada por los cónyuges, incluso antes de la proposición de la causa, así como durante el juicio sin la necesidad de una invitación del juez.

Sin embargo, existen una serie de cuestiones legales abiertas relativas a las normas aplicables al procedimiento de mediación en ausencia de intervención legislativa. Por estos motivos, desde muchos países, siguen instando a la promulgación en Italia de una disciplina orgánica sobre mediación familiar que finalmente establezca los principios básicos y las reglas esenciales de funcionamiento, así como el curso de formación inicial, de actualización teórica y práctica y alta especialización de esta nueva figura profesional. A este respecto, además es necesario tener en cuenta la coordinación necesaria, por un lado, con la disciplina normativa y administrativa más amplia y orgánica de la mediación finalizada a conciliar disputas en materia civil y mercantil ahora en vigor en Italia y, por otro lado, con las reglas

ética que las asociaciones de mediadores familiares han recibido a nivel europeo.

La presente iniciativa congresual internacional, sin embargo, señala la necesidad de desarrollar una reflexión común más profunda y compartida que también se centre en los perfiles culturales, educativos y profesionales fundamentales de la mediación en general y de la familia en particular⁴⁷. A través de la comparación entre los diversos componentes del mundo universitario, profesional e institucional, es necesario avanzar conjuntamente con la elaboración de cursos de capacitación innovadores, la experimentación de las mejores prácticas organizativas y de los sistemas de control de calidad en los servicios de mediación para ofrecer alternativas creíbles al proceso, capaces de cumplir con la aprobación de los usuarios que voluntariamente deciden usarlas porque creen que son capaces de prevenir o resolver la crisis familiar de manera amistosa, evitando la exasperación judicial de la disputa.

La elección estratégica de una colaboración entre Italia y Colombia, a través de las Universidades de Cagliari y Católica de Colombia, para debatir sobre la mediación familiar sugiere también desarrollar la confrontación sobre la necesidad de seguir una perspectiva internacional en la gestión extrajudicial de los conflictos, sin limitarse a la dimensión nacional en cada Estado miembro, pero ni siquiera a la continental circunscrita a Europa⁴⁸. Son las mismas dinámicas económicas y sociales de nuestros tiempos, empujadas por la libre circulación no solo de bienes y servicios, sino también de personas y familias que cada vez presentan más elementos de internacionalidad y multiculturalidad, que solicitan fórmulas internacionales que garanticen la

⁴⁷ La colaboración red académica y profesional entre las Universidades de Cagliari y Católica de Colombia, más recientemente, ha permitido la organización de la siguientes iniciativas: en Cagliari en los días 27-29 de septiembre 2018 el Congreso internacional sobre *Calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: ¿Qué opciones compartidas para mejorar la justicia?*, y en Bogotá en los días 5-7 de marzo 2019 del *Simposio internacional de prácticas jurídicas universitarias: Retos y desafíos para el siglo XXI*.

⁴⁸ De acuerdo con los organizadores, la próxima edición del Congreso Mediterráneo de Mediación ha sido programada por octubre de 2019 en Cagliari.

adecuación y la mejor calidad en la resolución amistosa de conflictos. En este sentido, el uso de tecnologías modernas, evocado por la universidad telemática que acoge las actividades del congreso, podría ayudar a compartir los conocimientos y experiencias de la mediación familiar transnacional y transcontinental, mediante la publicación y el intercambio de investigaciones, documentos y experiencias, así como a través de la construcción de programas de capacitación innovadores y la experimentación de formas organizacionales más sofisticadas para ofrecer los servicios de resolución de conflictos.

CARLO PILIA¹

LE VALUTAZIONI DELLE ISTITUZIONI DELL'UE SULLO SVILUPPO DELLA MEDIAZIONE IN EUROPA

SOMMARIO: 1. L'introduzione dello statuto europeo della mediazione. - 2. La valutazione generale della Commissione europea sull'impatto dell'attuazione della direttiva 2008/52/CE. - 3. La valutazione analitica dei singoli punti della disciplina. - 4. Le conclusioni della Commissione europea. - 5. La risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE. - 6. La formazione di una cultura europea della giustizia alternativa.

1. *L'introduzione dello statuto europeo della mediazione.* – Le istituzioni europee da alcuni decenni oramai si stanno confrontando sull'importante tema della mediazione quale sistema extragiudiziale di risoluzione consensuale delle controversie vertenti sui diritti disponibili. Con un ampio e aperto processo partecipativo, infatti, è stata approfondita l'analisi preliminare dell'essenza volontaria e del funzionamento flessibile del meccanismo di composizione amichevole che, da tempo, era già stato disciplinato in alcuni ordinamenti statuali più avanzati, anche all'interno dei Paesi dell'Unione europea. Le istituzioni europee hanno riconosciuto l'utilità della mediazione per la creazione di uno spazio di libertà, giustizia e sicurezza, senza pregiudicare in alcun modo il diritto fondamentale di rivolgersi al giudice. La mediazione facilita l'accesso alla giustizia, garantendo la più semplice, rapida ed economica tutela dei diritti. Essa contribuisce alla circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno, favorendo soprattutto gli scambi transfrontalieri. Le

¹ Il contributo riprende i contenuti, tradotti in italiano, della relazione presentata dall'autore al "III Congreso internacional CUEMYC" che si è svolto dal 7 al 9 giugno 2018 a Pontevedra (Spagna). La versione spagnola della relazione è in corso di stampa sulla collana *Anuario de mediación y solución de conflictos*, 2018, diretta L. García Villaluenga, E. Vázquez de Castro, Editorial Reus, Madrid.

istituzioni europee, inoltre, hanno ritenuto che la mediazione necessitasse di un essenziale statuto giuridico comune, almeno per quanto attiene alla disciplina dei punti chiave del procedimento, di valore non inferiore alla giurisdizione, che garantisca la certezza giuridica nel funzionamento e permettesse, finalmente, lo sviluppo del servizio extragiudiziale nel mercato interno.

Con l'approvazione della direttiva 2008/52/CE relativa a taluni aspetti giuridici della mediazione per la risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale², il Parlamento eu-

² Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, pubblicata Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 24 maggio 2008 L 136/3. Tra i tantissimi contributi collettanei pubblicati sulla fonte giuridica europea, v. AA.Vv., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canele, Valencia, 2014; AA.Vv., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.Vv., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.Vv., *Metarreglas jurídicas del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di E. Lauroba, I. Barral e I. Viola, Barcellona, 2011; AA.Vv., *Mediation at the crossroad of different legal culture* a cura di A. Miranda, Roma, 2014; AA.Vv., *Mediazione e Conciliazione, diritto interno, comparato ed internazionale* a cura di A. Pera, G.M. Riccio, Padova, 2011; AA.Vv., *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, Milano, 2014; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie di diritto privato* a cura di P. Passaglia, 2012; AA.Vv., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.Vv., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile* a cura di F. Ruscetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore e S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Bes-

ropeo e il Consiglio hanno introdotto una prima disciplina di armonizzazione minima, parziale e graduale. Si lascia ampia autonomia alla legislazione degli Stati membri nel recepirla, secondo le proprie finalità e tradizioni giuridiche, e sia ai mediatori nell'organizzare al meglio il servizio compositivo, in conformità alle esigenze degli utenti e alle dinamiche del mercato nel quale essi operano. Inoltre, nella stessa direttiva si prevede espressamente che a distanza di un arco temporale prestabilito, un quinquennio, sia verificata l'applicazione della disciplina e sia valutata congiuntamente alle istituzioni europee un'eventuale revisione legislativa.

Nella consapevolezza della varietà terminologica e della pluralità di modelli utilizzabili per disciplinare il meccanismo di amichevole composizione delle controversie, il legislatore europeo ha ritenuto di definire direttamente la mediazione e il mediatore³. Le definizioni legislative si incentrano sull'essenza volontaria di questo sistema compositivo extragiudiziale alternativo alla giurisdizione, suscettibile di molteplici declinazioni che, in gran parte, sono state prospettate all'interno della stessa direttiva.

La mediazione è definita⁴ come il procedimento strutturato con il quale le parti, avvalendosi dell'assistenza di un mediatore terzo, tentano esse stesse di risolvere su base volontaria una controversia in materia civile e commerciale sui diritti disponibili. La volontarietà si apprezza tanto nell'avvio e nella condu-

so Marcheis, Torino, 2010; AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali – Metodo e regole*, Milano, 2010.

³ Sulle definizioni europee di mediazione e mediatore, cfr. C. ROGEL VIDE, *Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad comentario crítico de los artículos 13, 16, 1 y concordantes del anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 2, 2010, pp. 309 ss.; IDEM, *Mediación y transacción en el Derecho civil*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 3, 2009, pp. 545 ss.; C. BRUNELLI, M. BUZIO, M. KROUGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 48 ss.; R. SANTAGATA, *Mediazione, Mediatore e Conciliazione (Appunti su alcuni profili sostanziali del d.lgs 28/2010)*, in *Riv. dei dottori commercialisti*, 2, 2011, pp. 303 ss.

⁴ Art. 2, par. 1, lett. a), direttiva 2008/52/CE.

zione del procedimento che le parti possono in qualsiasi momento abbandonare, quanto nella sua positiva conclusione realizzata mediante il raggiungimento dell'accordo con il quale le stesse parti risolvono amichevolmente la controversia, disponendo contrattualmente dei loro diritti.

Il mediatore è definito⁵ come il terzo che, privo di poteri di emettere decisioni ed esprimere valutazioni vincolanti per le parti, le assiste nella ricerca di un accordo amichevole. L'assistenza del mediatore, quindi, risulta finalizzata a favorire tra le parti il loro accordo risolutivo della controversia. Sono considerate compatibili con la definizione tanto le diverse denominazioni e qualificazioni professionali stabilite dalla legislazione nazionale, quanto le varie modalità di nomina e di prestazione dell'assistenza del mediatore, il quale si deve però attenere ai principi di imparzialità, efficacia e competenza.

Lo scopo dichiarato della direttiva di promuovere l'accesso alla giustizia alternativa mediante l'utilizzo della mediazione quale sistema di risoluzione consensuale delle controversie si deve realizzare, sul versante della giurisdizione, mediante un'equilibrata relazione con il processo giudiziario e, inoltre, senza pregiudicare il diritto fondamentale di rivolgersi all'autorità giudiziaria⁶. Si fissano, pertanto, le coordinate della disciplina legislativa della mediazione che è suscettibile di avere sia ambiti applicativi che contenuti normativi differenziati, secondo le scelte discrezionali rimesse agli Stati membri.

La direttiva fissa il vastissimo e trasversale ambito applicativo della disciplina della mediazione con riferimento alla risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale aventi per oggetto diritti disponibili⁷. Sono perciò escluse, anzitutto, le controversie su diritti indisponibili per le parti, come accade in ambito pubblicistico (quando l'amministrazione agisca autoritativamente). L'ambito applicativo diretto della disciplina costituito dalle controversie transfrontaliere, ossia tra parti riferibili a differenti Stati dell'Unione, in base alla stessa direttiva, può essere esteso dalle legislazioni attuative anche alle controversie

⁵ Art. 2, par. 1, lett. b), direttiva 2008/52/CE.

⁶ Art. 1, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

⁷ Art. 2, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

interne⁸. Stante la portata trasversale della materia civile e commerciale, si precisa che nel disciplinare la mediazione si debbano tenere in debita considerazione anche le esigenze protettive degli specifici ambiti, tra l'altro, quanto ai rapporti di consumo⁹.

La direttiva introduce un'essenziale statuto comune della mediazione di contenuto parziale, essendo appunto riferito soltanto a taluni aspetti giuridici, aperto, in quanto suscettibile di plurime declinazioni, e minimo, poiché ciascuno Stato membro può estendere e rafforzare la disciplina. Nello statuto comune, inoltre, si possono distinguere almeno due concorrenti piani di disciplina, rispettivamente, riferiti alla legalità e alla qualità.

Nel primo piano della legalità, in estrema sintesi, si prende avvio dalla più delicata questione del ricorso alla mediazione per cui la direttiva prospetta un ventaglio di soluzioni, costituenti altrettanti modulazioni della volontarietà, rimesse alle legislazioni statali¹⁰. In tal senso, si possono introdurre misure accessorie che incentivino o costringano ad avvalersi della mediazione, tra l'altro, attribuendo all'autorità giudiziaria il potere di rivolgere alle parti l'invito o l'ordine di svolgere sessioni informative o partecipare direttamente al procedimento compositivo. Gli Stati membri possono anche prescrivere per legge l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione, ma con il limite di non pregiudicare l'accesso alla giurisdizione.

Le ulteriori prescrizioni attengono al rispetto della necessaria riservatezza del procedimento di mediazione¹¹, con l'esclusione

⁸ Considerando 8, direttiva 2008/52/CE.

⁹ Considerando 18, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰ Art. 5, direttiva 2008/52/CE. Sui sistemi di accesso alla mediazione, in base alla direttiva 2008/52/CE, D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 125 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 235 ss.; C.P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 212 ss.

¹¹ Art. 7, direttiva 2008/52/CE. Sulla disciplina della riservatezza nella mediazione, cfr. L. GARCÍA VILLALUENGA, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordi-

dell'obbligo per il mediatore di rendere testimonianza in sede giudiziale e arbitrale sulle informazioni acquisite; all'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione¹², individuando l'autorità amministrativa o l'organo giudiziario competente da comunicare alla Commissione; e all'incidenza del tempo occorrente per il procedimento di mediazione sulla prescrizione e la decadenza, al fine di non pregiudicare la tutela dei diritti in sede giudiziaria¹³.

Per il secondo piano della qualità, la direttiva ipotizza una sinergia di interventi¹⁴. Da un lato, si rimette agli Stati membri la fissazione dei percorsi formativi per i mediatori, che garantiscano l'imparzialità, l'efficacia e la competenza dello svolgimento dell'attività professionale di mediazione e, inoltre, l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità del servizio. Dall'altro lato, gli Stati membri devono promuovere tra i centri di mediazione e i mediatori l'elaborazione, l'adesione e l'osservanza di codici di comportamento. Le codificazioni dovrebbero costituire la principale fonte di (auto)disciplina del servizio della mediazione, che si dovrebbe organizzare secondo le esigenze e la volontà delle parti contendenti.

Per favorire la conoscenza della mediazione e la scelta delle parti che vogliono avvalersi dei servizi compositivi disponibili

nato da C. Fernández Canales, pp. 129 ss.; C. PILIA, *La tutela della riservatezza e il trattamento dei dati personali nella mediazione*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 3, 2013, Cagliari, pp. 183 ss.; A. BALTI, *La riservatezza del procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, *ivi*, 6, 2017, pp. 61 ss.; P. LICCI, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* cura di B. Sassani, F. Santagata, pp. 43 ss.

¹² Art. 6, direttiva 2008/52/CE. Sulla forza esecutiva degli accordi raggiunti in mediazione, tra i tanti, v. S. TAMAYO HAYA, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 331 ss.; A. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati – circa la conformità dell'accordo alle norme imperative – e all'ordine pubblico*, in *Esecuzione forzata*, n. 3, 2018, pp. 536 ss.; M. FILIPPELLI, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, *cit.*, pp. 585 ss.

¹³ Art. 8, direttiva 2008/52/CE.

¹⁴ Art. 4, direttiva 2008/52/CE.

e, al contempo, stimolare un approccio competitivo che spinga all'innalzamento della qualità, la direttiva prevede la realizzazione di un sistema multilivello di informazioni. Per un verso, gli avvocati devono informare i propri clienti delle possibilità della mediazione per la tutela dei loro diritti e, inoltre¹⁵, gli organi giudiziari possono sollecitare le parti del processo verso sessioni informative sulla materia¹⁶. Per altro verso, sull'informazione rivolta al pubblico, gli Stati promuovono la conoscenza dei codici di comportamento dei mediatori e delle modalità per contattare i centri di mediazione¹⁷ e, inoltre, comunicano alla Commissione¹⁸, che li pubblica sul proprio sito web, le informazioni concernenti le autorità preposte all'attribuzione della forza esecutiva agli accordi di mediazione in ciascun ordinamento nazionale¹⁹.

La stessa direttiva, infine, prevede che entro cinque anni dall'attuazione, la Commissione relazioni il Parlamento europeo, il Consiglio e il Comitato economico e sociale, sull'impatto negli Stati membri ed, eventualmente, avanzi le proposte di revisione legislativa della disciplina²⁰. Tanto evidenzia sia il carattere iniziale della disciplina europea, che ha avviato una prima tappa di armonizzazione, quanto la necessità di sviluppare un processo collaborativo tra le istituzioni degli Stati membri e dell'Unione e tutti gli *stakeholders* interessati a diffondere la mediazione e migliorarne la qualità. La verifica congiunta dell'impatto applicativo della direttiva, con l'analisi delle criticità e delle migliori prassi riscontrate, infatti, costituisce la metodologia partecipativa più appropriata da adottare per compiere le conseguenti scelte di politica legislativa in materia.

In proposito, è bene precisare che il carattere minimale dell'intervento legislativo europeo sulla mediazione non si giustifica solo con la contestualizzazione nella fase iniziale del pro-

¹⁵ Considerando 25, direttiva 2008/52/CE.

¹⁶ Art. 5, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

¹⁷ Art. 9, direttiva 2008/52/CE.

¹⁸ Art. 6, par. 3, direttiva 2008/52/CE.

¹⁹ Art. 10, direttiva 2008/52/CE.

²⁰ Art. 11, direttiva 2008/52/CE.

cesso di armonizzazione che ha permesso l'introduzione di una prima disciplina per le controversie transfrontaliere comune per gli Stati membri, che in maniera graduale permetta di attivare il servizio extragiudiziale nel rispetto delle loro profonde differenze giuridiche, sia normative che culturali. Il trascorrere di un quinquennio, pertanto, costituisce un arco temporale significativo per compiere una prima verifica dell'impatto dell'attuazione della direttiva, che però dovrebbe essere seguita con periodicità da altre verifiche, al fine di realizzare il costante monitoraggio dell'evoluzione del fenomeno, sul quale valutare se e come intervenire, considerando la via della revisione legislativa in via residuale e sussidiaria, solamente in quanto ritenuta necessaria.

A differenza della giurisdizione, infatti, la mediazione costituisce un sistema semplice, informale e flessibile di risoluzione dei conflitti che si basa essenzialmente sulla volontà delle parti contendenti che si avvalgono dell'assistenza prestata dai mediatori. L'ampia autonomia riconosciuta ai mediatori nell'autodisciplinare l'organizzazione e il funzionamento del servizio compositivo, pertanto, deve essere esercitata per migliorarne la qualità e rispondere alle esigenze degli utenti, declinandosi nelle formule più appropriate per avere successo nei settori e nelle aree del mercato. La legislazione, di conseguenza, deve limitarsi a fissare in via eteronoma soltanto l'esterna cornice di legalità nella quale si svolgono tanto l'autonomia dei mediatori, quanto le scelte volontarie rimesse agli utenti. Il legislatore europeo, negli interventi legislativi di necessaria armonizzazione, inoltre, non dovrebbe utilizzare prescrizioni dettagliate e rigide, ma avere piuttosto contenuti normativi ampi ed elastici, formulati possibilmente attraverso formule generali e principi. Tali canoni legislativi, siccome coerenti con l'essenza volontaria della mediazione, dovrebbero essere rispettati anche negli interventi successivi, operati soltanto quando sia necessario a rimuovere gravi criticità o intollerabili limiti che il sistema non riesca autonomamente a superare.

Affinché la legislazione europea e quella statale riescano a intervenire in maniera appropriata, tuttavia, sono necessari meccanismi conoscitivi, che consentano controlli e monitoraggi del fenomeno e lo scambio delle informazioni, tra quanti erogano, utilizzano e controllano la mediazione. Occorre, inoltre, che i

dati raccolti in maniera compiuta e attendibile siano messi a disposizione del pubblico e utilizzati per stimolare un tanto più aperto e partecipato confronto che spinga a trovare le migliori soluzioni organizzative del servizio. L'intervento pubblico, di conseguenza, dovrebbe incentrarsi piuttosto che sulla disciplina, nel supporto amministrativo alla raccolta, scambio e confronto delle informazioni da mettere a disposizione degli utenti e dei mediatori per migliorare il servizio. Soprattutto nell'iniziale fase di introduzione della disciplina della mediazione, inoltre, sono pure importanti le misure pubbliche di stimolo e supporto anche economico della conoscenza e dell'utilizzazione del servizio compositivo, come gli incentivi per la ricerca, l'innovazione e il miglioramento della qualità, nelle sue varie componenti professionali e tecnologiche. In ciascuno Stato membro, l'azione pubblica declinerà le misure accessorie al successo della mediazione in maniera appropriata al proprio contesto.

In un siffatto quadro normativo, all'interno del processo di costruzione del mercato interno, si colloca e colora di peculiari significati la valutazione quinquennale compiuta dalle istituzioni europee sull'applicazione della direttiva 2008/52/CE che ha portato alla scelta politica condivisa sia dalla Commissione europea, che dal Parlamento e dal Consiglio di non procedere sulla via della revisione legislativa, quanto meno per il momento, preferendo insistere sull'implementazione dell'attuazione delle norme vigenti, al fine di estendere l'ambito applicativo e migliorare la qualità della mediazione transfrontaliera.

2. La valutazione generale della Commissione europea sull'impatto dell'attuazione della direttiva 2008/52/CE. – La direttiva 2008/52/CE, come accennato, all'art. 11 prevede che la Commissione europea relazioni il Parlamento europeo, il Consiglio e il Comitato economico e sociale europeo sull'impatto dell'attuazione entro cinque anni dal termine per il recepimento fissato al 21 maggio 2011. La Commissione ha redatto la relazione datata 26 agosto 2016²¹ che, in maniera completa ed esaurien-

²¹ Relazione del 26 agosto 2016 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, COM (2016) 542 fi-

te, si sviluppa su quattro parti, rispettivamente: la prima parte di introduzione (1), dedicata all'obiettivo, al contesto e alle fonti di informazione; la seconda parte di valutazione generale (2); la terza parte dedicata a punti di valutazione specifici (3) e la quarta e ultima parte di valutazioni generali (4). Di ciascuna di esse, seppure succintamente, si deve dare conto per ricostruire la strategia e la valutazione delle istituzioni dell'Unione europea.

Anzitutto, al punto 1.1. la Commissione richiama l'attenzione sull'obiettivo, l'ambito di applicazione e il termine di recepimento della direttiva, oltre che i vantaggi²². Tra essi, merita di essere segnalata l'importante precisazione concernente i vantaggi della mediazione nella gestione dei conflitti familiari che è utile ai fini dell'individuazione delle direttrici di sviluppo del meccanismo compositivo della mediazione. Secondo la Commissione: "Benché la mediazione sia in genere vantaggiosa nell'ambito delle questioni civili e commerciali, occorre sottolinearne l'importanza nel settore del diritto di famiglia. La mediazione può costruire un'atmosfera costruttiva di discussione e garantire rapporti equi tra i genitori. Inoltre, le soluzioni amichevoli tendono a essere durature e possono riguardare, oltre alla residenza principale del minore, le disposizioni o gli accordi di visita relativi al mantenimento del minore". L'indicazione è importante perché è stata ripresa anche in sede di analisi dell'impatto della direttiva e delle successive azioni da intraprendere per ampliare l'ambito applicativo e migliorare la qualità della mediazione, con particolare riferimento alle controversie transfrontaliere. L'indicazione è importante anche dal punto di vista sistematico, in quanto riconduce la mediazione familiare, pur con le sue specificità, al comune genere e statuto europeo della mediazione civile e commerciale.

nal, disponibile alla pagina web istituzionale <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//ES>. Sull'analisi delle fonti europee, si rimanda a C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa*, Cagliari, 2018, pp. 17 ss., anche per i riferimenti bibliografici internazionali.

²² Relazione della Commissione, *cit.*, p. 1.

La Commissione (1.2.) contestualizza la direttiva 2008/52/CE precisando che la stessa ha costituito la prima misura di carattere generale volta ad incoraggiare la mediazione in ambito civile e commerciale, poi seguita dallo sviluppo di ulteriori lavori compiuti a livello dell'Unione europea²³. In particolare, si segnala come dal 2012 il miglioramento della qualità, dell'indipendenza e dell'efficienza dei sistemi giudiziari è stato un aspetto centrale del semestre europeo, con una serie di azioni rivolte anche alla promozione dei metodi ADR compiute dalla Commissione. Azioni specifiche sono state condotte anche dalla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale per il potenziamento della mediazione in materia familiare nei contesti transfrontalieri, con particolare riferimento alla sottrazione dei minori, e mediante l'apertura di una sezione distinta del portale europeo della giustizia elettronica dedicata alla mediazione transfrontaliera nell'ambito del diritto di famiglia. La Commissione con il programma giustizia cofinanzia diversi progetti concernenti la mediazione e la formazione di giudici e professionisti. Infine, si segnala l'approvazione della direttiva 2013/11/UE (direttiva ADR) e il regolamento (UE) n. 524/2013 (regolamento ODR), che garantiscono che i consumatori possono rivolgersi ad organismi ADR di qualità per tutti i tipi di controversie contrattuali con i professionisti e stabiliscono una piattaforma online di portata europea per le controversie dei consumatori che derivano dalle transazioni online con i professionisti (www.ec.europa.eu/odr). Emerge un quadro composito in rapida evoluzione, del quale occorre tenere conto nell'analisi della mediazione all'interno dei sistemi ADR/ODR e della giustizia all'interno dell'Unione europea.

Le fonti di informazione utilizzate dalla Commissione (1.3.) per la redazione della relazione sono molteplici ed eterogenee, vengono riportate e sono consultabili²⁴. Esse comprendono il compimento di studi, l'acquisizione di documenti elaborati dal gruppo di lavoro sulla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale sulla mediazione familiare internazionale e la sottrazione internazionale di minore e, infine, una consultazione pubblica condotta online tra settembre e dicembre 2015.

²³ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 2.

²⁴ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 3.

Sono state raccolte 562 risposte da una schiera eterogenea di persone interessate, quali mediatori, giudici, avvocati, altri operatori della giustizia, accademici, organizzazioni, autorità pubbliche e Stati membri. Quest'ultima operazione è sicuramente da apprezzare in quanto coinvolge direttamente gli stakeholders della mediazione e apre un confronto pubblico che sarebbe auspicabile si riesca a sviluppare e istituzionalizzare. Più precisamente, sarebbe opportuno che il confronto si conduca con continuità e, inoltre, coinvolga direttamente tutti i mediatori che sono accreditati negli Stati membri dell'Unione. Tanto permetterebbe non solo di avere piena e diretta conoscenza della loro posizione in merito all'attuazione e, in prospettiva, allo sviluppo e al continuo miglioramento della disciplina europea sulla mediazione, ma anche per dare alla categoria dei mediatori coscienza del proprio ruolo a livello europeo e di responsabilizzarli nella costruzione del sistema della giustizia alternativa nell'Unione. In tal senso, è necessario ipotizzare una stabile strutturazione dei processi partecipativi dei mediatori, affinché assumano un ruolo diretto nell'evoluzione della disciplina dei mediatori e nel funzionamento dei relativi servizi compositivi sul mercato.

Nella valutazione generale (2.)²⁵, anzitutto, la Commissione riconosce che la direttiva ha complessivamente fornito un valore aggiunto europeo. Nell'attuazione della direttiva i legislatori degli Stati membri sono stati sensibilizzati sui vantaggi della mediazione, che ha avuto un significativo impatto sulle varie legislazioni a seconda del preesistente livello dei sistemi nazionali di mediazione. L'impatto è stato distinto in base a tre tipologie di situazioni preesistenti all'attuazione della direttiva.

L'impatto è stato minimo, limitato all'introduzione di poche modifiche normative, per i 15 Stati membri che già avevano un sistema di mediazione completo antecedente alla direttiva. Sostanziali modifiche del preesistente quadro normativo della mediazione, invece, si sono rese necessarie per i 9 Stati membri che avevano soltanto norme sparse, o nel settore privato, la mediazione si basava sull'autoregolamentazione. All'intera costruzione di quadri normativi adeguati, infine, si è proceduto per i 4 Stati membri che non avevano alcuna disciplina della media-

²⁵ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 4.

zione. Per queste ultime tipologie di situazioni, quindi, la Commissione evidenzia il compimento di un significativo passo in avanti negli Stati membri nella promozione dell'accesso alla mediazione e nel raggiungimento di un equilibrato rapporto con il processo giudiziario. La valutazione positiva, tuttavia, è accompagnata dalla segnalazione di alcune criticità.

In particolare, la Commissione ha individuato alcune difficoltà pratiche nel funzionamento dei sistemi nazionali di mediazione connesse ad alcuni fattori di tipo sia strutturale che contingente, di portata sia generale che speciale. Anzitutto, la principale criticità attiene alla mancanza di una cultura della mediazione negli Stati membri. Altro fattore significativo è l'insufficiente conoscenza su come gestire le mediazioni transfrontaliere. Sono pure da annoverare il basso livello di sensibilizzazione alla mediazione e al funzionamento dei meccanismi di controllo della qualità per i mediatori.

Viene pure dato conto delle indicazioni sui profili di criticità segnalate dai partecipanti alla consultazione pubblica. Così, diversi di loro hanno sostenuto che la mediazione non è conosciuta a sufficienza e che occorre ancora un cambiamento culturale per garantire che i cittadini ripongano in essa la fiducia. Inoltre, hanno sottolineato che i giudici e gli organi giurisdizionali sono ancora riluttanti a proporre la mediazione alle parti. In positivo, i partecipanti alla consultazione pubblica hanno riconosciuto l'importanza della mediazione, in specie nelle controversie commerciali e nelle questioni di diritto di famiglia. Per queste, sono state indicati i procedimenti che riguardano i minori, i diritti di visita e i casi di sottrazione di minore.

La valutazione generale è condivisibile in quanto riporta le prime indicazioni positive e negative collegate all'iniziale fase di attuazione della direttiva. Per una più compiuta disamina dell'impatto della direttiva, la relazione della Commissione si sofferma sui principali punti di valutazione specifici (3.).

3. La valutazione analitica dei singoli punti della disciplina. – Il primo punto (3.1.)²⁶ dell'analisi attiene ai dati statistici sulla

²⁶ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 4.

mediazione. In base allo studio e alla consultazione, la Commissione riconosce che è molto difficile ottenere i relativi dati, soprattutto con riguardo alla mediazione transfrontaliera. Mancano dati completi (per numero, durata media ed esito delle mediazioni) e comparabili per tutte le giurisdizioni. Si tratta di una grave e strutturale carenza di informazioni alla quale bisognerebbe rimediare, al fine di avere un completo controllo del fenomeno, tanto per verificare il rispetto della legalità quanto per intraprendere i processi di miglioramento della qualità.

Durante la consultazione, comunque, alcune informazioni sono state fornite direttamente dai mediatori in merito alla propria attività. I mediatori hanno segnalato le percentuali di successo e l'incidenza che sull'esito e la durata della mediazione hanno il numero di parti, l'oggetto della controversia e le situazioni individuali. Nel complesso, i partecipanti alla consultazione sono d'accordo che la mediazione permetta risparmi di costi e tempi nella risoluzione delle controversie.

La mancanza di una banca dati affidabile è percepita come un limite nel promuovere la mediazione, garantirne l'efficacia e ottenere la fiducia pubblica. Benché per la mediazione sia più difficile, rispetto alle procedure legali formali, ottenere dati statistici completi, la Commissione ritiene che la disponibilità degli stessi sarebbe senz'altro utile per promuovere l'utilizzazione della mediazione. In tal senso, la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale ha iniziato a lavorare per la raccolta dei dati nazionali sull'applicazione degli strumenti dell'Unione anche della direttiva 2008/52/CE.

Al riguardo, si osserva che la raccolta e condivisione di una banca dati completa e comparabile delle mediazioni dovrebbe costituire un momento di collaborazione fondamentale tra il sistema della mediazione, le autorità nazionali e l'Unione. L'Italia, da parte sua, ha già strutturato un sistema pubblico di raccolta, monitoraggio e pubblicazione dei dati statistici sulla mediazione. Sarebbe opportuno che questi sistemi si sviluppino e condividano a livello europeo, come è stato già previsto per ADR²⁷ e ODR di consumo²⁸.

²⁷ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori,

Quanto al successivo punto specifico d'analisi concernente l'ambito applicativo (3.2.)²⁹ della direttiva³⁰, la relazione valuta positivamente che la maggior parte degli Stati membri, ad esclusione di soli tre, abbia esteso l'applicazione della disciplina dalle controversie transfrontaliere a quelle nazionali. Il dato è considerato positivo anche perché il numero delle controversie nazionali è di gran lunga superiore. La scelta esprime la volontà di trattare allo stesso modo le due tipologie di controversie, transnazionali e nazionali, che in base alla direttiva non c'è ragione alcuna di differenziare.

La Commissione osserva pure che, malgrado la direttiva si riferisca a tutte le controversie civili e commerciali, la famiglia sembra essere il settore nel quale la stessa direttiva trova maggiore applicazione. Di contro, il settore nel quale essa è meno sviluppata è quello delle procedure d'insolvenza. A tal riguardo, la Commissione segnala come nella raccomandazione su un nuovo approccio al fallimento commerciale e all'insolvenza abbia già incoraggiato la nomina di mediatori da parte degli organi giurisdizionali, ove necessario, al fine di assistere il debitore e i creditori nel corretto svolgimento delle negoziazioni su un piano di ristrutturazione. Entrambe le indicazioni sono utili anche per i mediatori ai fini dello sviluppo dell'ambito applicativo della mediazione nei singoli Stati membri e nell'intera Unione europea.

Passando ai meccanismi di controllo della qualità³¹, la relazione (3.3.) si occupa in primo luogo dei codici di condotta (3.3.1.)³²,

che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 18 giugno 2013 L 165/63.

²⁸ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 18 giugno 2013 L 165/1.

²⁹ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 5.

³⁰ Art. 1, paragrafo 2, direttiva 2008/52/CE.

³¹ Art. 4, paragrafo 1, direttiva 2008/52/CE.

³² Relazione della Commissione, *cit.*, pp. 5 s.

che dagli interessati è percepito come uno strumento importante per garantire la qualità della mediazione.

Più precisamente, la Commissione riferisce delle varie soluzioni adottate negli Stati membri. Diciannove Stati membri richiedono lo sviluppo e il rispetto di codici di condotta, mentre in altri Stati membri i fornitori di servizi di mediazione hanno stabilito propri codici etici. Superando i requisiti minimi previsti nella direttiva, alcuni Stati membri hanno reso obbligatorio il rispetto dei codici di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni di mediazione.

Una particolare attenzione è riservata al codice europeo di condotta per i mediatori, al quale è riconosciuto un ruolo fondamentale in questo contesto, sia perché viene direttamente utilizzato dai portatori di interessi o è d'ispirazione per i codici nazionali o di settore. In alcuni Stati membri, inoltre, il rispetto del codice europeo di condotta è prescritto dalla legge, mentre in altri viene utilizzato nella pratica pur non essendoci un obbligo legale.

La maggior parte dei portatori di interessi, ancora, hanno ritenuto efficaci gli sforzi profusi per incoraggiare i mediatori e le organizzazioni che forniscono i servizi di mediazione richiesti dalla direttiva a sviluppare volontariamente codici di condotta e a rispettarli. Pertanto, la Commissione ritiene che, in relazione ai codici di condotta, l'attuazione della direttiva è nel complesso soddisfacente.

Sul punto, è però da segnalare come manchi una verifica dei processi introduttivi e modificativi, oltre che dei contenuti dei codici di condotta, al fine di verificarne la correttezza e la qualità. Tali aspetti sono entrambi fondamentali affinché i codici di condotta assurgano nel tempo al rango di fonti effettive di auto-disciplina europea della mediazione e, perciò, meritano di essere considerati con attenzione d'ora in avanti.

Con riferimento alle norme sulla qualità per la fornitura di servizi di mediazione (3.3.2.)³³, la relazione riferisce dei vari sistemi adottati in base alla direttiva³⁴ negli Stati membri e della valutazione degli stessi.

³³ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 6.

³⁴ Art. 4, paragrafo 1, direttiva 2008/52/CE.

Anzitutto, diciotto Stati membri dispongono di norme sui meccanismi di controllo della qualità per la fornitura di servizi di mediazione. Ancora, la maggior parte degli Stati membri è dotata di procedure di accreditamento obbligatorie per i mediatori e di registri dei mediatori. Nelle legislazioni che non prevedono tali procedure e registri, le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione in generale li hanno istituiti autonomamente.

Svariati sono perciò i meccanismi di controllo della qualità attualmente presenti nell'UE. In proposito, la Commissione riferisce che, da un lato, numerosi partecipanti alla consultazione, tra cui molti mediatori, si sono espressi a favore dello sviluppo a livello europeo di norme sulla qualità per la fornitura di servizi di mediazione. Dall'altro, tuttavia, gli Stati membri non hanno manifestato quasi nessun sostegno.

Passando al merito delle proposte, i favorevoli allo sviluppo a livello europeo di norme sulla qualità si dividono tra chi invoca norme europee uniformi, ritenute necessarie per promuovere ulteriormente il ricorso alla mediazione, e chi invece sostiene norme minime, che garantiscano la coerenza e al contempo il rispetto delle differenze locali delle culture della mediazione. Altri, infine, sottolineano la necessità che le norme europee si basino sulle norme nazionali esistenti che fissano il livello più elevato, per scongiurare un appiattimento medio.

Sul fronte dei contrari allo sviluppo di norme sulla qualità a livello europeo, sono state illustrate le ragioni di obiezione. In primo luogo, tali norme non sono ritenute necessarie per il successo della mediazione, inoltre, le norme nazionali sono troppo diverse. Lo sviluppo di queste norme dovrebbe spettare ai singoli Stati membri ovvero l'autoregolazione in ciascun mercato nazionale è già di per sé sufficiente. Sono state sottolineate le significative differenze culturali e giuridiche esistenti tra gli Stati membri nella risoluzione delle controversie che incidono sul modo in cui le parti ricorrono alla mediazione. L'uniformità finirebbe per limitare la scelta del consumatore e genererebbe controversie. Al massimo, l'Unione europea dovrebbe promuovere e agevolare la condivisione delle buone prassi.

La Commissione delinea una possibile linea di intervento che tenga conto, da un lato, della riluttanza degli Stati membri all'introduzione di norme di qualità vincolanti e, dall'altro, del sup-

porto significativo dei portatori di interessi. Si ipotizza, infatti, l'erogazione di finanziamenti UE per lo sviluppo a livello europeo di norme sulla qualità per la fornitura di servizi di mediazione da parte dei portatori di interessi nel contesto dell'attività del Comitato europeo di normalizzazione (CEN) sulla base del regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla standardizzazione a livello europeo, ad esempio per un *CEN Workshop agreement* (CWA). Un tale finanziamento, pur essendo in linea di principio i CWA completamente guidati dal mercato, è possibile se considerato necessario e adeguato a sostenere la legislazione e le politiche dell'Unione.

In buona sostanza, l'introduzione delle norme europee di qualità è considerata necessaria, ma rimane aperta la scelta della modalità di intervento, che dovrebbe trovare la maggiore condivisione tra Unione europea, Stati membri e portatori di interessi. In tal senso, sono da favorire e sviluppare i processi europei di autodisciplina. Bisognerebbe verificare chi e come aziona le norme dei codici di comportamento, introducendo i necessari meccanismi di controllo prima dell'entrata in vigore delle norme stesse.

La relazione (3.4.)³⁵ prende in considerazione anche la formazione dei mediatori³⁶, per analizzare la situazione negli Stati membri e gli interventi che sono auspicati e si possono realizzare.

In primo luogo, si rileva che nella legislazione nazionale diciassette Stati membri incoraggiano la formazione o la disciplinano, parzialmente o in dettaglio. Superando i requisiti minimi previsti dalla direttiva, la maggioranza degli Stati membri regolamenta la formazione iniziale dei mediatori e la rende obbligatoria e, in molti casi, è imposto un obbligo di formazione ulteriore. Dove manca una disciplina legale nazionale, sono le organizzazioni di mediazione in genere che offrono la formazione su base volontaria.

In secondo luogo, dalla consultazione è risultato che la maggior parte dei partecipanti considerano efficaci gli sforzi profusi per incoraggiare la formazione iniziale e successiva dei media-

³⁵ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 7.

³⁶ Art. 4, paragrafo 2, direttiva 2008/52/CE.

tori richiesta dalla direttiva. Sono state pure messi in evidenza i livelli di disparità e le divergenze tra i vari Stati membri per quanto riguarda la creazione, il riconoscimento, la crescita e lo sviluppo della professione del mediatore. Pur ravvisando una base comune, difetta una sinergia tra le diverse giurisdizioni con riferimento tanto alla formazione quanto alla definizione delle norme. In Europa, si sostiene, che la formazione dei mediatori presenti delle sostanziali variazioni, per quanto attiene tanto alla durata quanto ai contenuti.

Con specifico riferimento alla mediazione nel settore della famiglia, la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale sottolinea l'importanza di una formazione specifica. In particolare, è importante che i cittadini possano rivolgersi ai mediatori che abbiano ricevuto una formazione specifica sulla mediazione familiare internazionale e sui casi di sottrazione di minori.

La Commissione, da parte sua, assume l'impegno di promuovere ulteriormente la formazione dei mediatori. Più precisamente, continuerà a cofinanziare mediante il programma Giustizia diversi progetti riguardanti la formazione sulla mediazione.

Anche sul punto, non si ipotizza l'uniformazione legislativa della formazione dei mediatori. Piuttosto, si delinea una via di intervento indiretta di incentivazione della formazione, mediante il cofinanziamento di progetti che dovrebbero coniugare le specificità settoriali con l'internazionalità della mediazione. Sull'elaborazione dei progetti, in particolare, si deve concentrare l'attenzione dei centri di formazione e ricerca in materia di mediazione, a cominciare da quelli accademici. L'intervento sull'attività formativa è strategico non solo per l'adeguata preparazione dei mediatori competenti, ma anche per dare qualità al servizio e conquistare la fiducia del pubblico degli utenti. In ogni caso, attraverso la formazione è possibile sviluppare un cambio di mentalità generazionale che passi dalla cultura del litigio a quella del dialogo e della mediazione europea.

La relazione (3.5.)³⁷ si sofferma sulle questioni inerenti al ricorso alla mediazione³⁸ con puntuali riferimenti ai vari sistemi

³⁷ Relazione della Commissione, *cit.*, pp. 6 s.

³⁸ Art. 5, paragrafo 1, direttiva 2008/52/CE.

utilizzati nelle legislazioni nazionali, oltre che alle osservazioni formulate dai portatori di interessi. Sono pure individuate alcune misure da introdurre per promuovere il ricorso alla mediazione.

Anzitutto, si riferisce che in tutti gli Stati membri si prevede la possibilità che gli organi giurisdizionali invitino le parti a ricorrere alla mediazione o almeno a partecipare a sessioni informative sulla mediazione. In alcuni Stati membri la partecipazione a tali sessioni è obbligatoria, su ordine del giudice³⁹ o per legge per determinate controversie specifiche, ad esempio in materia di famiglia⁴⁰.

In alcuni Stati membri vi è l'obbligo per gli avvocati di informare i loro clienti sulla possibilità di ricorrere alla mediazione. Si richiede inoltre che nelle domande introduttive del giudizio sia indicato se il tentativo di mediazione sia stato esperito o se sussistano motivi che lo ostacolano.

In alcuni Stati membri risultano prescrizioni specifiche per alcuni tipi di mediazioni. In particolare, si richiamo le esperienze dei Paesi Bassi in materia di sottrazione internazionale di minori⁴¹ e del Regno Unito sulla mediazione pendente il giudizio⁴².

Tuttavia, la grande maggioranza dei portatori di interessi considera inefficaci le prassi dirette a incoraggiare le parti alla mediazione. Tali inviti sarebbero infatti troppo rari poiché i giudici non conoscono la mediazione o non vi hanno fiducia. I partecipanti alla consultazione che invece considerano tali prassi fanno principalmente riferimento al diritto di famiglia.

³⁹ Repubblica ceca.

⁴⁰ Lituania, Lussemburgo, Inghilterra e Galles.

⁴¹ In particolare, nei Paesi Bassi il giudice preliminare esamina principalmente la possibilità di una mediazione transfrontaliera con i genitori che desiderano ricorrere alla mediazione nei casi di sottrazione di minori da parte di un genitore. La mediazione transfrontaliera inizia il giorno successivo all'udienza preliminare e si conclude in tre giorni. In caso di esito positivo, i risultati sono immediatamente comunicati al giudice investito della causa.

⁴² Nel Regno Unito il giudice è tenuto, in qualsiasi momento del procedimento, a valutare se la controversia possa essere risolta con un metodo alternativo di risoluzione, tra cui la mediazione, e, se del caso, invita le parti a ricorrervi.

Tanto porta la Commissione a ritenere che, ad eccezione dei casi specifici richiamati, sono ancora complessivamente insoddisfacenti le prassi che incoraggiano le parti a utilizzare la mediazione. Pertanto, sono necessari ulteriori sforzi a livello nazionale per potenziare i sistemi esistenti di mediazione.

I partecipanti alla consultazione hanno indicato come particolarmente utili alcune delle misure disposte dalle legislazioni nazionali: l'obbligo delle parti di indicare nella domanda presentata al giudice se il tentativo di mediazione è stato esperito, che consente di ricordare sia al giudice investito della causa e sia agli avvocati di parte la possibilità di ricorrere alla mediazione; le sessioni informative obbligatorie nel quadro del procedimento giudiziario; l'obbligo dell'organo giurisdizionale di valutare la possibilità di mediazione in ogni fase del procedimento, in particolare nelle controversie di diritto di famiglia.

Si tratta, ancora una volta, di misure indirette di stimolo della conoscenza e di invito all'utilizzo della mediazione che la Commissione auspica che siano introdotte dalla legislazione nazionale degli Stati membri. Gli interventi di promozione della mediazione, anche sul punto, sono molteplici e indiretti, lasciati alla scelta dei singoli Stati membri.

La relazione (3.6.)⁴³ si sofferma sulla questione centrale della legislazione che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni⁴⁴. La relazione offre un'ampia visione dei principali sistemi costrittivi, incentivanti o sanzionatori utilizzati negli Stati membri quali emergono dallo studio commissionato.

Anzitutto, risulta che in cinque Stati membri la mediazione è obbligatoria in determinati casi specifici. In Italia la mediazione è obbligatoria per svariati tipi di controversie, in Ungheria e Croazia solo per determinate controversie di diritto di famiglia.

La promozione della mediazione avviene in vari Stati membri attraverso l'offerta di incentivi finanziari alle parti. Più precisamente, in tredici Stati membri gli incentivi finanziari sono offerti sotto forma di riduzioni o rimborso integrale delle spese e dei costi legati al procedimento giudiziario se la mediazione

⁴³ Relazione della Commissione, *cit.*, pp. 7 ss.

⁴⁴ Art. 5, paragrafo 2, direttiva 2008/52/CE.

permette di raggiungere un accordo durante la sospensione del procedimento⁴⁵. In alcuni Stati membri la mediazione è offerta gratuitamente o a costi inferiori in funzione della situazione economica delle parti.

Gli incentivi finanziari possono assumere anche la forma di patrocinio a spese dello Stato. Gli Stati membri applicano norme diverse per i vari tipi di controversie o procedimenti di mediazione⁴⁶. In questo contesto, segnala la Commissione che l'art. 10 della direttiva 2003/8/CE estende il diritto al patrocinio a spese dello Stato per le controversie transfrontaliere ai procedimenti stragiudiziali, tra cui la mediazione, qualora l'uso di tali mezzi sia richiesto dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa.

Sul versante dei sistemi sanzionatori, cinque Stati prevedono sanzioni come strumento per promuovere l'uso della mediazione. La relazione riporta diversi sistemi sanzionatori utilizzati negli Stati membri con riferimento alla parte che non presti collaborazione, in quanto non rispetti l'accordo di mediazione, ovvero non partecipi al procedimento⁴⁷.

⁴⁵ Ad esempio, a seconda della fase del processuale in cui viene raggiunto l'accordo, in Slovacchia è rimborsato il 30%, 50% o 90% dei diritti di cancelleria.

⁴⁶ Ad esempio, in Germania il patrocinio a spese dello Stato si applica sempre alla mediazione giudiziale, ma è limitato per la mediazione extragiudiziale. In Slovenia si applica solo alla mediazione giudiziale. In Lussemburgo è disponibile per la mediazione giudiziale e familiare condotta da un mediatore qualificato. In Italia è disponibile per la mediazione obbligatoria.

⁴⁷ In Ungheria sono imposte sanzioni alle parti che dopo aver concluso un accordo di mediazione agiscono comunque in giudizio o non adempiono agli obblighi stabiliti nell'accordo di mediazione. In Irlanda le sanzioni si applicano al rifiuto ingiustificato di prendere in considerazione la mediazione. In Italia, la parte vincitrice di una controversia non può ripetere le spese sostenute se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde al contenuto di una proposta di mediazione che detta parte ha in precedenza rifiutato. Sono inoltre previste sanzioni per il caso in cui, nonostante l'obbligatorietà della mediazione, le parti non vi ricorrano agendo invece in giudizio. In Polonia la parte che dapprima acconsente alla mediazione e poi rifiuta senza giustificazione di parteciparvi può essere condannata al pagamento delle spese processuali indipendentemente dall'esito del giudizio. In Slovenia l'organo giurisdizionale può condannare la parte che senza giustificazione rifiuta la mediazione giudiziale al pagamento totale o parziale delle spese legali di controparte.

La questione più delicata e controversa è quella dell'obbligatorietà della mediazione. I portatori di interessi consultati sono di diversa opinione. Per alcuni, la non obbligatorietà ostacola la promozione della mediazione. Per altri, invece, per sua natura la mediazione può essere solo volontaria per poter funzionare correttamente e, se resa obbligatoria, perderebbe la sua attrattiva rispetto alle procedure legali.

La Commissione non manca di rilevare, per un verso, come l'obbligatorietà della mediazione incida sull'esercizio del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁸. Per altro verso, del variegato atteggiarsi delle posizioni al riguardo. Mentre la maggior parte dei portatori di interessi è favorevole a un approccio più coercitivo nei confronti della mediazione, la maggioranza degli Stati membri e del mondo accademico si oppone. Tra i favorevoli, alcuni invocano l'obbligatorietà della mediazione solo per determinate categorie di controversie (commerciali, di diritto di famiglia, di diritto del lavoro o per quelle di modesta entità), altri, ancorché in misura minore, per tutti i tipi di controversie.

Dall'indagine condotta, inoltre, sono emerse importanti indicazioni sulle preferenze tra le misure di incentivazione. In generale è stato espresso poco sostegno alle sanzioni contro il mancato ricorso alla mediazione, sebbene la condanna al pagamento delle spese inflitta alla parte che rifiuta la mediazione senza motivo abbia ricevuto un certo appoggio. Di contro, gli incentivi per le parti a ricorrere alla mediazione hanno riscosso maggiore successo⁴⁹.

L'uso degli incentivi sembra utile alla Commissione a incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione. I costi di risoluzio-

⁴⁸ Si segnala, a margine, che la Corte di Giustizia si è di recente pronunciata favorevolmente sulla compatibilità con il diritto comunitario della disposizione legislativa italiana che impone anche ai consumatori l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione prima del ricorso al giudice in materia bancaria.

⁴⁹ Tra gli esempi di incentivi utili menzionati dai partecipanti alla consultazione, la relazione segnala: la riduzione delle spese di giudizio per le parti che hanno tentato la mediazione prima di agire in giudizio; eduzioni fiscali effettive e interessanti; la gratuità della mediazione o, quanto meno, un supporto finanziario dello Stato per i servizi della mediazione.

ne della controversia, infatti, sono un fattore importante che le parti valutano nel decidere se tentare la mediazione o agire in giudizio. La Commissione si spinge a sostenere che gli incentivi finanziari che rendono economicamente più attrattiva la mediazione rispetto a un procedimento giudiziario possono quindi essere considerati una migliore prassi.

L'imposizione di una mediazione nel quadro di un procedimento giudiziario potrebbe essere prevista quando le parti, per la natura della loro relazione, potrebbero avere motivo di ripetuto disaccordo o di contenzioso, come nelle controversie di diritto di famiglia (per esempio in materia di diritto di visita) o di vicinato. In ogni caso, dovrà essere rispettato il diritto di accesso alla giustizia garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per le considerazioni svolte, la Commissione ritiene che la disposizione dell'art. 5, paragrafo 2, della direttiva sia appropriata. In sostanza, si intende lasciare ancora agli Stati membri la scelta politica di quale tipologia di meccanismo utilizzare per promuovere la mediazione, compresa la stessa obbligatorietà. Questa, infatti, può essere discrezionalmente introdotta dai legislatori, con soluzioni differenziate quanto all'ambito applicativo, le modalità di funzionamento e le conseguenze della sua violazione.

Con riferimento all'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione⁵⁰, la relazione (3.7.)⁵¹ illustra le soluzioni adottate dagli Stati membri evidenziando pure alcune criticità riscontrate e possibili percorsi di intervento.

Anzitutto, si osserva come tutti gli Stati membri prevedano l'esecutività degli accordi di mediazione conformemente alle prescrizioni della direttiva. Inoltre, alcuni Stati membri si sono spinti oltre i requisiti della direttiva⁵², non richiedendo esplicitamente il consenso di tutte le parti affinché possa essere chiesta l'esecutività dell'accordo di mediazione. In altri Stati membri⁵³ la richiesta di esecutività può essere presentata da una delle

⁵⁰ Art. 6, direttiva 2008/52/CE.

⁵¹ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 10.

⁵² Belgio, Repubblica ceca, Ungheria e Italia.

⁵³ Grecia e Slovacchia.

parti senza l'esplicito consenso delle altre, ovvero con la sottoscrizione dell'accordo le parti acconsentono a richiedere all'organo giurisdizionale di rendere l'accordo esecutivo⁵⁴.

La Commissione rammenta che possono sussistere alcune eccezioni all'esecutività generale degli accordi di mediazione. Sono i casi, ad esempio, dell'accordo contrario all'ordine pubblico o all'interesse del minore, nelle controversie familiari.

La maggioranza dei portatori di interessi considera efficaci le prassi riguardanti l'esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione, evidenziando l'estrema rarità di attribuire all'accordo una forza esecutiva, in quanto, avendolo le parti acconsentito, è molto probabile che lo rispettino. Sul fronte opposto, tra quanti ritengono inefficaci le prassi, si sostiene la necessità che tutti gli accordi di mediazione siano automaticamente esecutivi indipendentemente dalla volontà delle parti. Infatti, per garantire l'efficacia della mediazione, la migliore prassi consisterebbe nel permettere a una parte di chiedere l'esecutività dell'accordo anche senza il consenso esplicito dell'altra parte.

La relazione (3.8.)⁵⁵, con riferimento alla riservatezza della mediazione⁵⁶, prende atto che la stessa è tutelata in tutti gli Stati membri in conformità alla direttiva che, perciò, è stata attuata correttamente. Si segnala pure come alcuni Stati membri siano andati oltre i requisiti della direttiva, introducendo norme più rigide⁵⁷.

La relazione riferisce pure che se un gran numero di portatori di interessi considera efficaci le prassi riguardanti la riservatezza della mediazione, molti hanno segnalato che i mediatori, sebbene siano tenuti alla riservatezza, non dispongano di un diritto generale a non testimoniare, a differenza di quanto previsto per le professioni legali, quali gli avvocati. Per la Commissione, tuttavia, non vi sono indicazioni che dimostrino che nel-

⁵⁴ Polonia.

⁵⁵ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 10.

⁵⁶ Articolo 7, direttiva 2008/52/CE.

⁵⁷ A Malta i mediatori devono mantenere la riservatezza sul raggiungimento o meno di un accordo di mediazione e questa informazione può essere divulgata solo se le parti vi acconsentono espressamente per iscritto.

la pratica l'attuale articolo 7 della direttiva 2008/52/CE non tuteli sufficientemente la riservatezza della mediazione.

Quanto all'effetto della mediazione sui termini di prescrizione e di decadenza⁵⁸, la relazione (3.9.)⁵⁹ riconosce che la direttiva è stata attuata correttamente, poiché tutte legislazioni garantiscano che alle parti che scelgono la mediazione non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario per il fatto che siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza durante la mediazione. La Commissione rileva che la sospensione dei termini di prescrizione e di decadenza è particolarmente importante quando sono previsti termini perentori nel processo, come in quelli di ritorno del minore nell'ambito di una sottrazione di minore da parte di un genitore.

Un gran numero di portatori di interessi considerano efficaci le prassi riguardanti la sospensione di termini di prescrizione e decadenza durante il procedimento di mediazione. In molti ordinamenti, un tal risultato è stato garantito attraverso il recepimento della direttiva nell'ordinamento statale.

Per l'ultimo punto (3.10)⁶⁰ di analisi, la relazione si occupa delle informazioni al pubblico⁶¹, dando conto delle varie soluzioni adottate dagli Stati membri e pure le criticità nel raggiungimento della conoscenza da parte degli utenti del servizio di mediazione.

Tredici Stati membri hanno incluso nella legislazione nazionale l'obbligo di diffondere le informazioni sulla mediazione. Sono state adottate svariate misure per informare i cittadini e le imprese sulla mediazione⁶². In tutti gli Stati membri, inoltre, le informazioni sui vantaggi della mediazione e le informazioni pratiche utili sui costi e sul procedimento sono fornite anche dalle associazioni dei mediatori, dagli ordini degli avvocati o dagli stessi mediatori.

⁵⁸ Art. 8, direttiva 2008/52/CE.

⁵⁹ Relazione della Commissione, *cit.*, pp. 10 s.

⁶⁰ Relazione della Commissione, *cit.*, pp. 11 s.

⁶¹ Art. 9, direttiva 2008/52/CE.

⁶² Per esempio, informazioni online sui siti web degli organismi nazionali competenti, conferenze pubbliche, campagne promozionali pubbliche, spot televisivi, trasmissioni radio, poster, etc.

Malgrado questo, emerge che la conoscenza della mediazione resta limitata e che le parti interessate dispongono di poche informazioni. Tanto incide negativamente sull'efficienza dei servizi di mediazione, come confermato dai portatori di interessi di diciotto Stati membri. La mancanza di informazioni non riguarda solo le parti ma anche i professionisti legali, tanto da costituire un ulteriore ostacolo alla potenziale diffusione della mediazione in almeno dieci Stati membri. Più in generale, secondo la maggioranza dei partecipanti alla consultazione la comunicazione al pubblico non è efficace. Tra coloro che la ritengono efficace, l'informazione al pubblico più efficace è considerata quella realizzata mediante pubblicazione su internet, in particolare dai tribunali, dai ministeri, dalle organizzazioni di mediazione o dalle camere di commercio. Parimenti efficaci sono considerati gli opuscoli informativi, le visite private agli organi giurisdizionali o gli eventi informativi come le giornate di mediazione.

La Commissione assume un importante ruolo nell'informazione, sia attraverso il cofinanziamento di progetti sulla promozione della mediazione mediante il programma Giustizia. Inoltre, sul sito web del portale europeo della giustizia elettronica sono disponibili svariate informazioni sui sistemi di mediazione degli Stati membri e su chi contattare. Sarebbe opportuno esaminare, attraverso la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, il modo in cui aumentare la conoscenza delle informazioni disponibili.

4. *Le conclusioni della Commissione europea.* – All'analisi dell'impatto dei singoli punti della direttiva, nella relazione seguono le conclusioni (4.)⁶³ della Commissione che, nell'insieme, ritiene positiva l'attuazione della relativa disciplina negli Stati, anche se bisognosa di ulteriori miglioramenti. L'impatto si apprezza non solo sul piano giuridico ed economico ma, in prospettiva, anche sociale e culturale.

Più precisamente, la Commissione ritiene che l'obiettivo politico della direttiva, introdotta per facilitare l'accesso alla riso-

⁶³ Relazione della Commissione, *cit.*, p. 6.

luzione alternativa delle controversie, promuovere la composizione amichevole delle stesse e garantire che le parti che ricorrono alla mediazione possano fare affidamento su un quadro giuridico prevedibile, sia valido ancora oggi e per il futuro. La mediazione, secondo la Commissione, può contribuire a evitare procedimenti giudiziari inutili a spese dei contribuenti e a ridurre i tempi e i costi associati alle controversie giudiziarie. A lungo termine può creare una cultura non contenziosa in cui non esistono né vincitori né perdenti, ma partner. L'evoluzione culturale in senso collaborativo richiede, infatti, tempi più ampi e processi educativi e formativi più complessi legati anche al passaggio generazionale degli operatori e dei fruitori della giustizia.

In questa prima fase, osserva sempre la Commissione, come la direttiva abbia introdotto vari modi per promuovere la composizione amichevole delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale e abbia fornito un quadro europeo per la mediazione come metodo di risoluzione extragiudiziale o alternativa delle controversie. Alla luce dello studio, della consultazione e della discussione con gli Stati membri in seno alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, la Commissione ritiene che la direttiva abbia avuto un impatto significativo sulla legislazione di molti Stati membri.

In particolare, la direttiva non solo ha definito alcuni requisiti chiave per l'uso della mediazione nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, ma ha pure dato impulso in tutta l'Unione europea a un maggior utilizzo della mediazione anche nelle controversie puramente nazionali. Il risultato si spiega in ragione del fatto che la maggior parte degli Stati membri, come rilevato, ha esteso l'ambito applicativo delle misure di recepimento della direttiva anche alle controversie nazionali. In generale, la direttiva ha fornito un valore aggiunto UE aumentando la consapevolezza tra i legislatori nazionali sui vantaggi della mediazione, introducendo sistemi di mediazione o dando l'impulso per estendere i sistemi di mediazione esistenti.

Come già rilevato, l'entità dell'impatto della direttiva sugli Stati membri varia a seconda del livello preesistente dei sistemi di mediazione nazionali. La Commissione individua le ragioni

profonde che si incontrano nell'introduzione e nello sviluppo della mediazione. Più precisamente, le difficoltà riguardanti il funzionamento pratico dei sistemi di mediazione nazionali sono principalmente connesse, in primo luogo, alla tradizione del contraddittorio che prevale in molti Stati membri. In secondo luogo, sono legate al livello di conoscenza della mediazione spesso limitato. Infine, alla mancanza di funzionanti meccanismi di controllo della qualità. Si tratta di difficoltà che, probabilmente, non sono superabili con un intervento legislativo europeo.

Per la Commissione, la valutazione compiuta dimostra che in questo stadio non è necessario modificare la direttiva. Piuttosto, è possibile migliorare ulteriormente l'applicazione della direttiva con una serie di azioni rimesse agli Stati membri e alla Commissione.

Per quanto attiene agli Stati membri, ove necessario e opportuno, questi dovrebbero adoperarsi maggiormente per promuovere e incoraggiare l'uso della mediazione attraverso i diversi mezzi e meccanismi previsti nella direttiva e già esaminati nella presente relazione. Più precisamente, la Commissione individua le concrete azioni statuali da realizzare. In particolare, occorrerebbero ulteriori sforzi a livello nazionale per aumentare il numero di controversie per la cui risoluzione le autorità giurisdizionali invitano le parti a ricorrere alla mediazione.

A tal riguardo, si indicano gli esempi di migliori prassi da sviluppare: anzitutto, l'obbligo per le parti di indicare nelle domande presentate agli organi giurisdizionali se la mediazione è stata tentata. Inoltre, in materia di diritto di famiglia, in particolare, si menzionano sia la partecipazione a sessioni informative obbligatorie nel quadro del procedimento giudiziario e sia l'obbligo per l'organo giurisdizionale di considerare la mediazione in ogni fase del procedimento giudiziario. Ancora, si indicano gli incentivi finanziari che rendono la mediazione economicamente più attrattiva rispetto al procedimento giudiziario. Infine, è segnalata anche la possibilità di rendere esecutivo l'accordo di mediazione senza richiedere necessariamente il consenso di tutte le parti dell'accordo. Si tratta di un ampio ventaglio di misure, suscettibili di essere realizzate variamente, che gli Stati membri possono declinare a livello nazionale.

Con riferimento alla Commissione europea, si insiste sul suo ruolo di promozione e sviluppo attuato in via indiretta mediante concessione di finanziamenti e svolgimento dell'interazione con gli Stati membri.

Sul primo versante, in primo luogo, la Commissione continuerà a cofinanziare mediante il programma giustizia i progetti connessi alla mediazione. Inoltre, in linea di principio, la Commissione è pure disponibile all'erogazione di fondi europei affinché i portatori di interessi sviluppino norme a livello europeo sulla qualità per la fornitura di servizi di mediazione.

Sul secondo versante, inoltre, la Commissione continuerà a consultare la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale per promuovere ulteriormente l'utilizzo della mediazione. A tal proposito, in maniera esemplificata, sono indicate alcune azioni: per creare una banca dati più solida sull'uso della mediazione e per aumentare la consapevolezza del pubblico, in particolare riguardo alle informazioni disponibili sul sito web del portale europeo della giustizia elettronica relative ai sistemi di mediazione degli Stati membri.

5. *La risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE.* – Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE⁶⁴, prospetta le sue considerazioni, sulla cui base formula le conclusioni principali e una serie di raccomandazioni, che meritano di essere esaminate. Tali indicazioni, espresse alla luce dell'ampia istruttoria richiamata⁶⁵, permettono di completare la va-

⁶⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (la "direttiva sulla mediazione") (2016/2066(INI)), in [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2066\(INI\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2066(INI)). In relazione a questa fonte, C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa*, cit., pp. 63 ss.

⁶⁵ In specie, il parlamento europeo richiama l'esame dei seguenti atti istruttori: la relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva

lutazione compiuta dalle principali istituzioni dell'Unione europea sulla disciplina della mediazione.

Anzitutto, il Parlamento europeo muove dall'iniziale considerazione (A) che la direttiva 2008/52/CE è stata una pietra miliare per quanto attiene all'introduzione e all'uso delle procedure di mediazione nell'Unione europea, malgrado l'attuazione notevolmente differenziata tra gli Stati membri, in funzione della previa esistenza di sistemi di mediazione nazionali. Così che alcuni Stati membri hanno optato per un'applicazione relativamente letterale delle disposizioni della direttiva 2008/52/CE, altri per una revisione approfondita di modalità alternative di risoluzione delle controversie⁶⁶ mentre altri ancora hanno ritenu-

2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (COM(2016)0542); la raccolta di analisi approfondite della direzione generale delle Politiche interne dal titolo *"The implementation of the Mediation Directive – 29 November 2016"* (L'attuazione della direttiva sulla mediazione – 29 novembre 2016, PE 571.395); lo studio della Commissione dal titolo *"Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the 'Mediation Directive'"* (Studio per una valutazione e attuazione della direttiva 2008/52/CE – la "direttiva sulla mediazione", <http://bookshop.europa.eu/en/study-for-an-evaluation-and-implementation-of-directive-2008-52-ec-the-mediation-directive—pbDS0114825/>) del 2014; lo studio della direzione generale delle Politiche interne dal titolo *"Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU"* (Riesame della direttiva sulla mediazione: valutazione dell'impatto limitato della sua attuazione e proposta di misure per incrementare il numero di mediazioni nell'UE, PE 493.042); la valutazione dell'attuazione europea della direttiva sulla mediazione elaborata dall'unità Valutazione d'impatto ex post dei Servizi di ricerca del Parlamento europeo (EPRS, PE 593.789); lo studio della direzione generale delle Politiche interne dal titolo *"Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis"* (Quantificare i costi derivanti dal mancato ricorso alla mediazione – un'analisi dei dati, PE 453.180) e, infine, la relazione della commissione giuridica (A8-0238/2017).

⁶⁶ Il Parlamento richiama espressamente il caso dell'Italia, dove il ricorso alla procedura di mediazione è sei volte superiore rispetto al resto d'Europa. Sulla disciplina italiana della mediazione, tra i tanti contributi, v. AA.VV., *"La nuova mediazione civile e commerciale"* a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* a cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma,

to che le disposizioni nazionali in vigore fossero già in linea con la direttiva sulla mediazione. L'importanza della direttiva, quindi, prescinde dalle modalità differenziate di attuazione. Tale differenziazione, peraltro, si comprendono in ragione del carattere parziale, minimo e aperto della direttiva, con la quale è stato aperto il processo di legislazione europea.

Il Parlamento europeo considera pure (B) positivamente le scelte compiute dalla maggioranza degli Stati membri sull'ampliamento dell'ambito applicativo della direttiva. Più precisamente, è positivamente considerata la circostanza che, ad eccezione di tre Stati che hanno trasposto la direttiva solo per le controversie transfrontaliere, la maggior parte degli Stati membri ha esteso l'ambito di applicazione anche alle controversie nazionali. Tanto ha prodotto un impatto decisamente positivo sugli ordinamenti degli Stati membri e sulle controversie interessate dalla disciplina della mediazione.

Il Parlamento europeo, ancora, considera (C) che le difficoltà emerse nella fase di trasposizione della direttiva riflettono in larga parte le divergenze di cultura giuridica tra gli ordinamenti nazionali. Occorre pertanto dare priorità al cambiamento di mentalità giuridica attraverso lo sviluppo di una cultura della mediazione basata sulla risoluzione amichevole delle controversie. Tale questione, infatti, è stata ripetutamente sollevata dalle reti europee di professionisti del diritto fin dalla genesi della direttiva dell'Unione e poi nella sua trasposizione nazionale da parte degli Stati membri. Lo sviluppo della cultura della mediazione costituisce il fattore centrale nell'analisi e nelle scelte delle istituzioni europee.

Nelle considerazioni del Parlamento europeo (D), comunque, si riconosce che l'applicazione della direttiva sulla media-

2010; AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.VV., in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit.; F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012; G. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it; D. DALFINO, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016.

zione ha apportato un valore aggiunto dell'UE, apprezzabile almeno su due piani. Da un lato, si evidenzia la sensibilizzazione dei legislatori nazionali in merito ai vantaggi della mediazione. Dall'altro, si apprezza l'introduzione di un certo grado di armonizzazione per quanto riguarda il diritto procedurale e le varie pratiche negli Stati membri.

Il Parlamento europeo prende in considerazione (E) i vantaggi della mediazione, in quanto procedura extragiudiziale alternativa, volontaria e confidenziale, per gli Stati, i cittadini e la crescita economica. Più precisamente, la mediazione può essere uno strumento utile per alleviare il carico dei sistemi giudiziari. Con l'osservanza delle necessarie misure di salvaguardia, inoltre, la mediazione consente alle persone fisiche e giuridiche di comporre le controversie rapidamente e a basso costo. Se si tiene conto che l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari viola la Carta dei diritti fondamentali, la mediazione garantisce un migliore accesso alla giustizia e contribuisce alla crescita economica.

Malgrado l'esistenza di tali vantaggi, il Parlamento europeo considera (F) che è evidente non sono stati ancora raggiunti gli obiettivi enunciati all'articolo 1 della direttiva sulla mediazione: promuovere il ricorso alla mediazione e in particolare garantire "un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario". Tanto è dimostrato dalla circostanza che la mediazione è utilizzata mediamente in meno dell'1 % dei casi nei tribunali della maggior parte degli Stati membri. La constatazione costituisce la base per le conseguenti valutazioni che le istituzioni europee e nazionali devono compiere.

A tal riguardo, il Parlamento termina le sue iniziali considerazioni (G) con la constatazione che la direttiva sulla mediazione non ha creato un sistema dell'Unione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in senso stretto. Ad eccezione dell'introduzione di disposizioni specifiche riguardanti i termini di prescrizione e decadenza nei procedimenti di mediazione⁶⁷ e per quanto riguarda gli obblighi di riservatezza per i mediatori e il loro personale amministrativo⁶⁸, infatti, i sistemi di mediazione

⁶⁷ Art. 8, direttiva 2008/52/CE.

⁶⁸ Art. 7, direttiva 2008/52/CE.

vigenti negli ordinamenti nazionali rimangono profondamente differenziati. Proprio sulla dialettica delle fonti giuridiche in materia di mediazione, come si vedrà appresso, si esprimono le scelte politiche operate dalle istituzioni europee.

Sulla scorta delle riportate considerazioni, il Parlamento ha formulato le sue "Conclusioni principali" articolate in dieci punti, che meritano attenta considerazione.

In primo luogo, il Parlamento europeo (1.) si compiace che, in molti Stati membri, i sistemi di mediazione siano stati recentemente sottoposti a modifiche e revisioni, mentre in altri siano previste modifiche della legislazione applicabile⁶⁹. Il processo di revisione statale della legislazione, infatti, è valutato positivamente in quanto esprime un interesse crescente verso la materia e la maturazione di scelte condivise a livello nazionale, secondo le esigenze e tradizioni proprie dei vari contesti.

Sul piano dell'analisi delle legislazioni nazionali, il Parlamento esprime la deplorazione per i tre Stati membri che hanno scelto di trasporre la direttiva solo per quanto riguarda le controversie transfrontaliere. Osserva, inoltre, che esistono alcune difficoltà in relazione al funzionamento pratico dei sistemi di mediazione nazionali, di cui sono indicate le ragioni. La ragione principale è dovuta alla tradizione del contraddittorio e all'assenza di una cultura della mediazione negli Stati membri. Sono pure menzionati il basso livello di conoscenza della mediazione nella maggioranza degli Stati membri, nonché l'insufficienza della conoscenza di come trattare le controversie transfrontaliere e l'insufficienza del funzionamento dei meccanismi di controllo della qualità per i mediatori⁷⁰.

Dall'analisi delle discipline nazionali, ancora, il Parlamento (3.) individua alcuni tratti significativi per la promozione della conoscenza e la diffusione della mediazione. Nell'ordine, sottolinea positivamente che tutti gli Stati membri prevedono la

⁶⁹ Croazia, Estonia, Grecia, Irlanda, Italia, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Slovacchia, Spagna e Ungheria.

⁷⁰ Si veda la relazione della Commissione, al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (COM(2016)0542), *cit.*, p. 4.

possibilità che gli organi giurisdizionali invitino le parti a ricorrere alla mediazione o, almeno, a partecipare a sessioni informative sulla mediazione. Osserva inoltre che, in determinati Stati membri, la partecipazione a dette sessioni informative è obbligatoria, su ordine del giudice⁷¹ o per legge per determinate controversie, come nel caso del diritto di famiglia⁷². Rileva altresì che determinati Stati membri fanno obbligo agli avvocati di informare i propri clienti circa la possibilità di ricorrere alla mediazione o richiedono che nelle domande presentate all'organo giurisdizionale sia indicato se il tentativo di mediazione è stato esperito o se sussistono motivi che lo ostacolano. Osserva però che l'articolo 8 della direttiva sulla mediazione assicura che alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di essere ascoltate in tribunale a causa del tempo trascorso in mediazione. A tale riguardo, sottolinea che gli Stati membri non hanno segnalato nessun problema. L'analisi appare perciò positiva sui richiamati aspetti. Le sollecitazioni all'utilizzazione della mediazione, in nessun caso, possono impedire il diritto fondamentale delle parti di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

Il Parlamento si esprime positivamente (4.) anche su altre misure promozionali contenute nelle legislazioni nazionali. In particolare, constata altresì che molti Stati membri forniscono alle parti incentivi finanziari affinché ricorrano alla mediazione, sotto forma di riduzione dei costi o di assistenza legale, o prevedendo sanzioni per il rifiuto ingiustificato di valutare il ricorso alla mediazione. A tal proposito, osserva che i risultati conseguiti in questi Paesi dimostrano che la mediazione può garantire una risoluzione extragiudiziale delle controversie rapida e con un buon rapporto costi-efficacia, grazie a procedure adeguate alle necessità delle parti.

Sul piano della tipologia delle fonti di disciplina, il Parlamento (5.) ritiene che l'adozione di codici di condotta costituisca un importante strumento per assicurare la qualità della mediazione. A tal riguardo, osserva che il codice europeo di condotta per mediatori è direttamente utilizzato dalle parti in causa o è

⁷¹ Ad esempio nella Repubblica ceca.

⁷² Ad esempio in Lituania, Lussemburgo, Inghilterra e Galles.

fonte di ispirazione per i codici nazionali o di settore. Osserva inoltre che la maggior parte degli Stati membri dispone di procedure di accreditamento obbligatorie per i mediatori e di registri di mediatori. L'indicazione è di estrema importanza per tracciare la via da seguire per lo sviluppo della disciplina e per ottenere il necessario miglioramento della qualità.

In chiave critica, il Parlamento (6.) deplora la difficoltà di ottenere dati statistici globali sulla mediazione, inclusi il numero di casi mediati, la durata media e le percentuali di successo delle procedure di mediazione. Osserva che, in assenza di una banca dati affidabile, è molto difficile promuovere ulteriormente la mediazione e accrescere la fiducia dei cittadini nella sua efficacia. Sottolinea, d'altro canto, il ruolo sempre più importante della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale nel migliorare la raccolta dei dati nazionali sull'applicazione della direttiva sulla mediazione.

In termini positivi, il Parlamento (7.) si esprime sull'applicazione della mediazione in materia familiare. In particolare, si compiace della particolare importanza della mediazione nell'ambito del diritto di famiglia (soprattutto in procedimenti riguardanti la custodia dei figli, i diritti di accesso e i casi di sottrazione di minore), in quanto può creare un'atmosfera costruttiva di discussione e garantire rapporti equi tra i genitori. Osserva inoltre che le composizioni amichevoli tendono a essere durature e nell'interesse superiore del minore, dal momento che possono riguardare, oltre alla residenza principale del minore, le disposizioni di visita o gli accordi relativi al mantenimento del minore. Sottolinea al riguardo l'importante ruolo svolto dalla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, che elabora raccomandazioni intese a incrementare l'uso della mediazione familiare in un contesto transfrontaliero, in particolare nei casi di sottrazione di minore.

A tal riguardo, per le riportate specificità, il Parlamento (8.) sottolinea l'importanza di sviluppare e mantenere una sezione separata del portale europeo della giustizia elettronica dedicata alla mediazione transfrontaliera nell'ambito del diritto di famiglia, che fornisca informazioni sui sistemi di mediazione nazionali. Tale indicazione, sul piano sistematico, è molto importante per segnalare come la mediazione familiare, per le istituzioni

europee, sia una specie del genere più ampio della mediazione civile e commerciale. Tanto permette un più agevole e compiuto sviluppo organico della disciplina nell'Unione europea, superando approcci settoriali o eccezionali.

Sul piano delle azioni poste in essere dalle istituzioni europee, in particolare, il Parlamento (9.) accoglie con favore, pertanto, l'impegno della Commissione di cofinanziare diversi progetti volti a promuovere la mediazione e la formazione per i giudici e altri operatori della giustizia negli Stati membri. Si tratta di interventi che sviluppano concretamente la cultura della mediazione, senza intervenire legislativamente sulla disciplina vigente.

Il Parlamento, infine, dedica le sue ultime conclusioni (10.) alla necessità di facilitare l'esecutività degli accordi di mediazione. In specie, sottolinea che, ferma restando la natura volontaria della mediazione, è necessario adottare ulteriori misure per garantire l'esecutività degli accordi mediati in maniera rapida e accessibile, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali e del diritto dell'Unione e nazionale. Rammenta a tale riguardo che l'esecutività a livello nazionale di un accordo raggiunto dalle parti in uno Stato membro è, di norma, subordinata all'omologazione di un'autorità pubblica, il che dà origine a costi supplementari e richiede molto tempo per le parti dell'accordo. Tanto può pertanto influire negativamente sulla circolazione di accordi di mediazione esteri, soprattutto nel caso di controversie minori.

La risoluzione del Parlamento, come accennato, al termine delle richiamate conclusioni aggiunge la formulazione di cinque principali raccomandazioni rivolte agli Stati membri e alla Commissione europea.

Con la prima raccomandazione (11.), il Parlamento invita gli Stati membri a approfondire maggiori sforzi per incoraggiare il ricorso alla mediazione nelle controversie civili e commerciali, anche attraverso opportune campagne di informazione che forniscano ai cittadini e alle persone giuridiche informazioni adeguate e complete sulla validità della procedura e sui suoi vantaggi in termini di economicità dei tempi e delle spese, nonché per assicurare una migliore cooperazione tra i professionisti della giustizia a tal fine. Sottolinea al riguardo la necessità di

uno scambio di migliori pratiche nelle varie giurisdizioni nazionali, sostenuto da misure adeguate a livello di Unione, al fine di aumentare la consapevolezza dell'utilità della mediazione.

Con la seconda raccomandazione (12.) il Parlamento invita la Commissione a valutare la necessità di elaborare norme di qualità a livello di Unione relative alla fornitura di servizi di mediazione, segnatamente sotto forma di norme minime a garanzia della coerenza, pur tenendo conto del diritto fondamentale di accesso alla giustizia e delle differenze locali nelle culture della mediazione, così da promuovere ulteriormente il ricorso a tale istituto.

Con la terza raccomandazione (13.), il Parlamento invita inoltre la Commissione a valutare la necessità per gli Stati membri di creare e mantenere registri nazionali dei procedimenti mediati, che potrebbero costituire una fonte di informazione per la Commissione, ma anche essere utilizzati dai mediatori nazionali per trarre vantaggio dalle migliori pratiche europee. Sottolinea che qualsiasi registro deve essere creato nel pieno rispetto del regolamento generale sulla protezione dei dati (regolamento (UE) 2016/679)⁷³.

Con la quarta raccomandazione (14.), il Parlamento chiede alla Commissione di effettuare uno studio dettagliato sugli ostacoli alla libera circolazione degli accordi di mediazione esteri nell'Unione e sulle varie opzioni esistenti per promuovere l'utilizzo della mediazione quale modalità valida, accessibile ed efficace di risoluzione delle controversie interne e transfrontaliere nell'Unione, tenendo conto dello Stato di diritto e degli attuali sviluppi internazionali in questo ambito.

Con la quinta raccomandazione (15.), il Parlamento invita la Commissione, nel contesto della riflessione sulla revisione normativa, a trovare soluzioni al fine di estendere, se possibile, l'ambito di applicazione della mediazione anche ad altre questioni civili o amministrative. Sottolinea tuttavia che è necessario prestare particolare attenzione ai risvolti che la mediazione può avere su alcune tematiche sociali, ad esempio il diritto di famiglia. Raccomanda al riguardo alla Commissione e agli Stati membri di applicare e mettere in atto misure di salvaguardia ade-

⁷³ GU L 119 del 4.5.2016, p. 1.

guate nei processi di mediazione al fine di limitare i rischi per le parti più deboli e proteggerle da eventuali abusi di processo o di posizione imputabili alle parti più forti, nonché di fornire dati statistici pertinenti ed esaustivi. Sottolinea inoltre l'importanza di assicurare il rispetto di criteri di equità in materia di costi, con particolare riguardo alle tutele per le categorie svantaggiate. Osserva tuttavia che la mediazione potrebbe perdere attrattività e valore aggiunto se dovessero essere introdotti standard troppo stringenti per le parti

Infine, il Parlamento (16.) incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione al Consiglio, alla Commissione nonché ai governi e ai parlamenti degli Stati membri.

6. La formazione di una cultura europea della giustizia alternativa. – Le riportate fonti europee, pertanto, esprimono chiaramente le valutazioni compiute dalle principali istituzioni dell'Unione europea sull'introduzione, applicazione e, in prospettiva, sviluppo della disciplina della mediazione. Dall'analisi del quadro normativo assai differenziato e in continuo divenire delle discipline nazionali attuative della direttiva 2008/52/CE, le istituzioni europee traggono le indicazioni sulle direttrici di sviluppo.

Sul piano delle fonti giuridiche, la prima e principale indicazione è costituita dalla mancata revisione legislativa del contenuto della direttiva 2008/52/CE. Tanto la Commissione quanto il Parlamento, infatti, condividono la scelta politica che l'evoluzione della disciplina non debba essere imposta legislativamente a livello europeo. Il quadro legislativo europeo, malgrado il carattere minimo, parziale e aperto, infatti, è coerente con l'essenza volontaria e la natura flessibile della mediazione. E' pertanto, da evitare una disciplina europea analitica, che finirebbe per ostacolare lo sviluppo della mediazione.

A livello europeo, piuttosto, si auspicano interventi per migliorare l'applicazione della disciplina della mediazione, mediante azioni da condurre sul piano amministrativo e dei finanziamenti. In particolare, si prevedono analisi delle criticità e formulazione di proposte migliorative della disciplina, soprattutto per quanto attiene all'implementazione dell'attuazione, che finora è stata

minima, con misure complementari, all'estensione dell'ambito applicativo, specie per le controversie familiari e amministrative, e al miglioramento della qualità, mediante l'introduzione di meccanismi di efficace controllo.

Tra le misure da adottare, in particolare, si segnala la necessità di realizzare un sistema di raccolta e condivisione a livello europeo delle informazioni sulla mediazione. Anzitutto, i dati statistici sulle mediazioni, per quanto attiene al numero, durata, contenuti e risultati dei procedimenti. Ancora, l'istituzione di registri pubblici e ufficiali delle mediazioni, ma anche dei mediatori e dei centri di mediazione, oltre che degli enti di formazione. La disponibilità di tali informazioni, infatti, permette un proficuo confronto che è utile per il controllo e il miglioramento della qualità della mediazione, oltre che per ottenere la fiducia dei cittadini.

A tal proposito, nell'auspicio delle istituzioni europee, lo scambio dialettico delle informazioni non dovrebbe essere circoscritto all'interno del singolo Stato membro, ma dovrebbe investire tutti gli Stati, affinché ciascuno possa trasmettere le proprie informazioni e ricevere quelle degli altri. Si tratta di un meccanismo virtuoso congeniale all'attuazione della mediazione transfrontaliera e, in prospettiva, alla realizzazione di quella europea.

In questa prospettiva di graduale superamento dei sistemi nazionali della mediazione, si inseriscono anche i processi formativi e di autocodificazione europea. Per un verso, l'Unione europea, attraverso la Commissione, continua a finanziare i progetti di formazione dei magistrati, degli operatori del diritto e dei mediatori. La formazione, infatti, costituisce uno strumento fondamentale di conoscenza e preparazione all'utilizzazione della mediazione, in conformità alla direttiva 2008/52/CE, nelle controversie transfrontaliere, che sono quelle che presentano le maggiori criticità. Il superamento della dimensione nazionale, interna al singolo Stato membro, quindi, si deve realizzare anche attraverso lo strumento della formazione, che si declina con l'assistenza di organizzazioni sovranazionali europee.

In tal senso, si deve considerare l'importanza riconosciuta al codice europeo di condotta dei mediatori, che dovrebbe elaborare le regole di comportamento che garantiscano la massima diffu-

sione della mediazione e l'innalzamento del livello di qualità del servizio. Tale codice europeo, infatti, costituisce uno stimolo per l'autodisciplina della mediazione, anche a livello nazionale e settoriale.

Le indicazioni raccolte, nell'insieme, evidenziano la necessità che con il supporto amministrativo e i finanziamenti europei, il sistema della mediazione europeo si (auto)disciplini, dotandosi di una propria struttura organizzativa. I mediatori e i centri della mediazione, infatti, si dovrebbero strutturare in maniera tale da riuscire a raccogliere e scambiare le informazioni, promuovere i percorsi formativi più adeguati e redigere le regole di comportamento più efficaci e, altresì, dotarsi dei meccanismi di controllo della qualità.

L'obiettivo della costruzione della mediazione europea, quindi, richiede uno sforzo di autodisciplina degli stessi erogatori del servizio compositivo, che dovrebbe declinarsi in chiave europea.

CARLO PILIA

IL MODELLO ITALIANO DI MEDIAZIONE: OBBLIGATORIETÀ E VOLONTARIETÀ

SOMMARIO: 1. La ricerca della qualità nella mediazione attraverso il confronto dei modelli e delle esperienze. - 2. Il quadro comune europeo della mediazione nelle controversie civili e commerciali. - 3. Il modello italiano di imposizione della mediazione. - 4. Le vicissitudini dell'obbligatorietà. - 5. La mediazione giudiziale. - 6. I risultati italiani dopo otto anni dal recepimento della direttiva europea 2008/52/CE. - 7. Le reti internazionali per promuovere la cultura della mediazione transfrontaliera del Mediterraneo: i percorsi per la pace.

1. *La ricerca della qualità nella mediazione attraverso il confronto dei modelli e delle esperienze.* – Il confronto tra modelli ed esperienze costituisce uno dei principali metodi scientifici da utilizzare per approfondire l'analisi della mediazione, quale sistema stragiudiziale di composizione amichevole delle controversie¹. Per la natura duttile e il carattere flessibile, infatti, la

¹ Per una ampia visione internazionale del fenomeno della mediazione, tra le tantissime opere collettanee, si segnalano: AA.VV., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* a cura di L. García Villalunga, J.L. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro, C. Fernández Canales, Editorial Reus, 2010; AA.VV., *The variegated landscape of mediation. A comparative Study on Mediation Regulation and Practices in Europe and the World* a cura di M. Schonewille, F. Schonewille, Eleven International Publishing, 2014; AA.VV., *La mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado* a cura di G. Alpa e M.M. Córdoba, Editore Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015; AA.VV., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE* a cura di N. Trocker e A. De Luca, Firenze, 2011; J.T. BARRET e J. BARRET, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, Hardcover, 2004; G. DE PALO, M.B. TREVOR, *EU mediation Law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. ESPLUGUES, L. MARQUIS, *New developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht, London, 2015; G. OROZCO PARDO, J.L. MONEREO PÉREZ, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid,

mediazione si declina diversamente nell'ordinamento giuridico europeo e in quelli dei singoli Stati membri, tanto unitari, quanto federali, questi ultimi articolati per ciascuna comunità autonoma². L'esistenza di una pluralità di modelli e, a seguito dell'attuazione della direttiva quadro europea 2008/52/CE sulla mediazione delle controversie in materia civile e commerciale³,

2015; C. MACHO GÓMEZ, *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa*, in *Anuario de derecho civil*, LX, v. II, n. 1, 2014; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizioni dei conflitti*, Padova, 2008; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos. Una visión Jurídica*, Reus, Madrid, 2009; AA.VV., *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI con la direzione di J.L. Argudo Pérez*, Reus, in stampa; AA.VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.VV., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.VV., *Metariales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di E. Lauroba, I. Barral e I. Viola, Barcellona, 2011; AA.VV., *Mediation at the crossroad of different legal culture* a cura di A. Miranda, Roma, 2014.

² Il contributo riprende e sviluppa i contenuti tradotti in italiano della relazione presentata dall'autore al *I Congreso internacional de mediación infrajudicial*, che si è tenuto a Saragozza dal 22 al 24 novembre 2017.

³ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Sulla disciplina di fonte comunitaria della mediazione, tra i moltissimi contributi disponibili, v. AA.VV., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Rivista trimestrale del diritto civile*, 2010, pp. 653 ss.; M. MICELI, *La direttiva CEE sulla Mediazione*, in *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Giuffrè, 2011; S. LOPEZ VALLÉS, C.M. LOPEZ CARDENAS, *Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo*, in *Revista de Derecho Privado*, 2014; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. UE*, 2008, pp. 349 ss.; A. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2013, pp. 1451 ss.; E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla*

di altrettante esperienze sviluppate a livello nazionale e locale, oramai, permette di disporre di abbondanti materiali significativi per operare le prime valutazioni comparative, sul piano sia dei contenuti delle discipline vigenti, che dei risultati ottenuti attraverso la loro pratica pluriennale.

L'acquisizione della conoscenza dei tanti modelli e delle varie esperienze della mediazione costituisce un'attività di ricerca indispensabile per i giuristi e, più in generale, per tutti gli studiosi della materia che vogliano svolgere un'indagine scientifica approfondita e completa sulla recente evoluzione del fenomeno. In specie, in via comparativa, sono da individuare, anzitutto, la necessaria essenza volontaria dell'istituto giuridico, con i suoi fondamentali tratti comuni, accanto alle principali declinazioni trattamentali dei profili accessori, oltre che le molteplici maniere di realizzare l'abbinamento con altre misure complementari che favoriscono e arrivano a imporre l'utilizzazione della mediazione in ciascun ordinamento giuridico.

L'indagine comparativa, peraltro, non riveste solamente interesse di pura ricerca finalizzata a sostenere una riflessione teorica ed astratta, tutta riservata agli appartenenti al chiuso mondo della disquisizione accademica. Al contrario, il confronto si deve aprire all'esterno verso la società e le sue concrete esigenze di pacificazione, per contribuire ad alimentare una dialettica

conciliazione in materia civile e commerciale, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. 427 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 3, 2012, pp. 863 ss.; A. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, pp. 743 ss.; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013. Sulla direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, tra i tanti contributi, V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 1 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2007/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357 ss.; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla mediazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2009, pp. 41 ss.; V. VIGORITI, *Mito e realtà: processo e mediazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, pp. 429 ss.

pubblica sulla scelta delle migliori soluzioni normative, organizzative e di gestione della mediazione, per i vari contesti conflittuali. Per un verso, al confronto devono partecipare i rappresentanti delle istituzioni pubbliche nazionali e locali che hanno competenza legislativa e amministrativa per disciplinare la mediazione e per controllarne il corretto funzionamento. Per altro verso, è necessario il coinvolgimento degli operatori pratici che intervengono quotidianamente nella concreta gestione della mediazione, promuovendo il procedimento stragiudiziale e svolgendo per tentare la composizione amichevole dei conflitti che insorgono tra i cittadini e le imprese.

Studiosi, politici, funzionari, giudici, mediatori, avvocati e, più in generale, professionisti, ciascuno per quanto di propria competenza, si confrontano sui contenuti dei molteplici modelli di mediazione e sulle soluzioni preferibili per le principali questioni applicative, analizzando insieme i dati esperienziali raccolti, al fine di segnalare le criticità ed avanzare le proposte migliorative. I processi partecipativi, emblematicamente realizzati anche nell'evento congressuale di recente celebrato a Saragozza⁴, offrono utili spunti di riflessione per i legislatori, l'interprete, per gli operatori pratici e per gli stessi utenti. In primo luogo, le indicazioni raccolte servono a supportare la revisione delle discipline europee⁵, oltre che nazionali e locali vigenti, per correggere le formule organizzative del servizio pubblico e privato di mediazione, oltre che per facilitare la concreta gestione dei procedimenti in maniera tale da favorire il raggiungimento del maggior numero di accordi compositivi tra le parti contendenti.

I processi partecipativi di confronto tra i modelli astratti e le esperienze concrete, peraltro, devono oltrepassare gli ambiti locali e nazionali, per abbracciare una dimensione giuridica internazionale, resasi necessaria in ragione dell'atteggiarsi delle

⁴ Nel congresso internazionale di Saragozza, infatti, sono state coinvolte tutte le componenti istituzionali interessate alla mediazione, a cominciare da quelle accademiche, politiche, amministrative, della magistratura, degli organismi di mediazione, dei mediatori e dei vari ordini e collegi professionali, provenienti sia dalle comunità autonome che dai vertici statali spagnoli, oltre che da altri Stati europei.

⁵ Art. 11 (Revisione) della direttiva 2008/52/CE.

relazioni interpersonali, familiari, sociali ed economiche che, per la risoluzione delle situazioni conflittuali, richiedono l'applicazione del rimedio autocompositivo della mediazione⁶. In tal senso, la principale disciplina europea, costituita dalla direttiva 2008/52/CE, si riferisce direttamente alle relazioni transfrontaliere, ossia intercorrenti tra parti che provengono da Stati membri differenti⁷ (art. 3). Per favorire l'instaurazione di transazioni transfrontaliere, siccome congeniali alla realizzazione del mercato interno europeo, è stata introdotta una prima, ancorché essenziale, disciplina comunitaria che costituisce il modello comune al quale i modelli derivati statali e regionali si devono attenere, al fine di rispettarne la conformità e realizzarne la qualità⁸.

Nella cornice istituzionale europea, conclusivamente, il confronto tra modelli ed esperienze della mediazione presuppone l'approccio transfrontaliero che, anzitutto all'interno dell'ampio spazio comunitario, consideri direttamente la dimensione interstatuale e, quindi, le discipline adottate dagli altri Paesi membri, con i quali si deve interagire sia per costruire relazioni giuridiche, che per risolvere consensualmente i conseguenti conflitti⁹. Il progressivo superamento dei ristretti ambiti locali e nazionali in favore di quelli transnazionali ed europei, infatti, corrisponde a una necessità oramai diffusa e condivisa nella stragrande maggioranza delle relazioni affettive, professionali e sociali. Se appare corretto, quindi, che il confronto sia declinato in termini pluralistici e internazionali, nell'analisi della mediazione non bisogna però limitarsi all'estensione continentale delle attuali fonti legislative delle istituzioni europee. Pure l'ambito continentale europeo, per tanti versi, non risulta più adeguato alla gestione della maggiore complessità e ampiezza delle attuali dinamiche relazionali, favorite sia dalla mobilità delle persone che dall'utilizzo dei mezzi di comunicazione a distanza.

⁶ Sull'applicazione dei metodi partecipativi nella costruzione della disciplina europea della mediazione, da ultimo, v. C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online. Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa*, Cagliari, 2018.

⁷ Art. 2 (Controversie transfrontaliere) della direttiva 2008/52/CE.

⁸ Considerando nn. 5-8 della direttiva 2008/52/CE.

⁹ Considerando n. 28 della direttiva 2008/52/CE.

Nell'analisi transfrontaliera della mediazione, perciò, non si può trascurare la proiezione intercontinentale, se non globalizzata, determinata dall'esistenza di un crescente numero di relazioni giuridiche che, specialmente con riferimento al nostro bacino del Mediterraneo, vantano oramai radici profonde e legami solidi. Spetta agli interpreti, prima dei legislatori, declinare altrettanti modelli di mediazione in termini pratici e funzionali alle esigenze di pacificazione dei nuovi scenari di crisi internazionali.

2. Il quadro comune europeo della mediazione nelle controversie civili e commerciali. – Nello spazio di libera circolazione di persone, di costituzione e ricomposizione delle famiglie, delle relazioni tra professionisti e consumatori, degli scambi di beni e servizi, le istituzioni europee promuovono la mediazione per favorire l'accesso alla giustizia¹⁰ e, soprattutto nelle transazioni transfrontaliere¹¹, per garantire la coesione economica e sociale indispensabile allo sviluppo del mercato interno. Le tutele giudiziali nazionali e comunitarie, pur costituendo un diritto fondamentale e irrinunciabile da tempo riconosciuto a tutti¹², non sono più considerate da sole sufficienti a garantire la pienezza e l'effettività della protezione, ma devono essere affiancate da altre misure complementari, più rapide, semplici e adeguate, che possono essere utilizzate volontariamente.

La mediazione, quale nuovo servizio di composizione su base volontaria delle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, infatti, per le istituzioni europee svolge una duplice meritevole funzione. Per un verso, la mediazione integra una nuova forma di giustizia, quale sistema efficace di tutela dei diritti, che riceve un suo statuto comune per i Paesi dell'Unione europea¹³. Per altro verso, la mediazione favorisce lo sviluppo del mercato europeo¹⁴, nel quale lo scambio libero dei

¹⁰ Considerando nn. 1-7 della direttiva 2008/52/CE.

¹¹ Considerando nn. 8-10 della direttiva 2008/52/CE.

¹² Art. 5, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

¹³ Considerando nn. 1-3 della direttiva 2008/52/CE.

¹⁴ Considerando nn. 4-6 della direttiva 2008/52/CE.

beni e dei servizi offre l'occasione per l'insorgere di nuovi conflitti transnazionali che hanno necessità di sistemi condivisi di composizione volontaria, che garantiscano l'effettività della tutela dei diritti di tutti coloro i quali vendono e comprano. Il mercato europeo, pertanto, richiede la disponibilità del servizio di mediazione impostato sulla medesima logica della scelta volontaria e concorrenziale che alimenta gli scambi commerciali. Si è introdotta così una prima disciplina europea costituita da un minimo nucleo comune di prescrizioni obbligatorie e di pochi principi generali di qualità, che lasciano ampi margini di autonomia alle legislazioni statali, oltre che all'organizzazione dei gestori dei servizi di mediazione e alle parti contendenti che scelgano di avvalersene¹⁵.

Il primo modello di mediazione da esaminare, per le esposte ragioni, è offerto dalla direttiva 2008/52/CE con riferimento all'ampilissimo ambito delle controversie civili e commerciali sui diritti disponibili. Si è in presenza di uno statuto avente un contenuto di carattere decisamente minimale, che si spiega sia in quanto legato alla prima fase del processo legislativo europeo di costruzione di una disciplina comune e sia per l'opzione politica di lasciare ampi spazi di autonomia necessari per riuscire a calare efficacemente nei diversi contesti uno strumento compositivo di natura duttile e di carattere flessibile. Emerge una visione aperta e pluralista della mediazione, suscettibile di declinarsi in maniere assai differenti, pur all'interno di una comune cornice giuridica di fonti multisetoriali di disciplina.

La legislazione europea, in particolare, ha realizzato un'armonizzazione di tipo parziale, in quanto riferita soltanto ad alcuni dei profili giuridici¹⁶, e minima, nel senso che permette sia un'estensione che un rafforzamento dell'essenziale statuto comune della mediazione¹⁷. In tal modo, gli Stati membri possono declinare l'autonomia normativa conformemente alle tradizioni e alle esigenze specifiche di ciascun ordinamento, costruendo dei propri modelli nazionali di mediazione. Nel recepire la direttiva, pertan-

¹⁵ Considerando n. 7 della direttiva 2008/52/CE.

¹⁶ In tal senso, la stessa intitolazione della direttiva 2008/52/CE si riferisce solamente a taluni profili giuridici della mediazione.

¹⁷ Considerando n. 14 della direttiva 2008/52/CE.

to, gli Stati membri possono limitarsi semplicemente a trasporre lo statuto essenziale europeo della mediazione, eventualmente, adottando le soluzioni più appropriate quanto alle tante modalità di accesso (art. 5), all'incidenza del tempo sulla prescrizione e la decadenza (art. 8), al rispetto della riservatezza (art. 7), all'attribuzione della natura esecutiva dell'accordo (art. 6) e, altresì, alla declinazione qualitativa dei principi di efficacia, imparzialità e competenza nel funzionamento del procedimento compositivo (art. 4). Gli Stati membri possono altresì integrare lo statuto europeo della mediazione con prescrizioni aggiuntive che lo rafforzino e completino, sotto uno o più aspetti, con il limite di non pregiudicare il diritto delle parti di accedere alla tutela giudiziaria (art. 5, par. 2).

La direttiva 2008/52/CE, anzitutto, contiene le principali definizioni di mediazione e di mediatore¹⁸. Così, per mediazione si intende: *“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 del mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro”*¹⁹. Inoltre, per mediatore si intende *“il terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro inte-*

¹⁸ Sulle definizioni europee, tra gli altri, v. C. ROGEL VIDE, *Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad comentario crítico de los artículos 13, 16, 1 y concordantes del anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 2, 2010, pp. 309 ss.; IDEM, *Mediación y transacción en el Derecho civil*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 3, 2009, pp. 545 ss.; C. BRUNELLI, M. BUZIO, M. KROUGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 48 ss.; R. SANTAGATA, *Mediazione, Mediatore e Conciliazione (Appunti su alcuni profili sostanziali del d.lvo 28/2010)*, in *Riv. dei dottori commercialisti*, 2, 2011, pp. 303 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, cit., pp. 10 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 866 ss.

¹⁹ Art. 3, par. 1, lett. a).

ressato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione"²⁰.

Dalle definizioni riportate, in particolare, emergono tanto l'irrelevanza delle divergenze terminologiche, quanto la compatibilità dello statuto aperto e flessibile della mediazione con altre significative differenziazioni dei contenuti della disciplina concernenti l'accesso, lo svolgimento e la conclusione, oltre che l'organizzazione del servizio compositivo. In tutti i casi, però, si deve sempre preservare l'essenza volontaria delle modalità di raggiungimento dell'accordo che le parti, assistite dal mediatore, concludono per risolvere le controversie. A tal fine, la direttiva 2008/52/CE delinea un modulo europeo di mediazione che si sostanzia in due piani di disciplina, rispettivamente, riferiti ai requisiti di legalità e ai principi di qualità. Da un lato, si impone direttamente l'applicazione necessaria delle specifiche prescrizioni legali contenute agli artt. 5-8. Per quanto concerne la qualità della mediazione (art. 4), invece, il legislatore europeo rivolge agli Stati membri l'invito a incoraggiare l'adozione di codici volontari di condotta, europei e nazionali, da parte dei centri di mediazione e dei mediatori, oltre che a introdurre efficaci meccanismi di controllo della qualità della fornitura del servizio compositivo. Inoltre, si individua nei percorsi formativi dei mediatori la principale leva di innalzamento qualitativo dell'attività di mediazione, da condurre in maniera efficace, imparziale e competente (par. 2).

La direttiva europea, infine, insiste particolarmente sulla strategia multisettoriale della promozione tra il pubblico dei meccanismi informativi. Anzitutto, impone alla Commissione europea di mettere a disposizione del pubblico, tramite qualsiasi mezzo appropriato, le informazioni sugli organi giurisdizionali o sulle autorità competenti ad attribuire la forza esecutiva agli accordi di mediazione in ciascuno Stato membro (art. 11). Inoltre, si sollecitano gli Stati membri a incoraggiare, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione (art. 10), e altresì a sollecitare i professionisti del diritto a dare adeguata informazione ai propri clienti delle possibili

²⁰ Art. 3, par. 1, lett. b).

lità della mediazione (considerando n. 25), prevedendo espressamente che anche gli organismi giurisdizionali possano richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediare²¹.

L'insistenza sulla promozione e la diffusione dell'informazione, in definitiva, esprime una precisa scelta politica europea di rimettere alla dinamica competitiva l'organizzazione qualitativa del servizio di mediazione, in funzione delle scelte comparative rimesse agli utenti. La mediazione, secondo la direttiva, dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento²². In tal senso, gli efficaci meccanismi di controllo della qualità dei servizi di mediazione dovrebbero includere le soluzioni basate sul mercato, tendenzialmente senza avvalersi di finanziamenti pubblici, in modo da preservare la flessibilità del procedimento di mediazione e l'autonomia delle parti²³.

Se questo è il modello europeo di mediazione, tuttavia, la stessa direttiva 2008/52/CE fa espressamente salva *“la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario”*²⁴. Del pari, la stessa direttiva non pregiudica gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla presente direttiva²⁵. Di conseguenza, in una dinamica aperta e pluralista, si rimette alle legislazioni statali la declinazione dei modelli di mediazione che, nei richiamati limiti, conformino i propri modelli nazionali in senso più liberale o costrittivo.

3. *Il modello italiano di imposizione della mediazione.* – Il legislatore italiano, nel recepire la direttiva europea e, più volte,

²¹ Considerando n. 13 della direttiva 2008/52/CE.

²² Considerando n. 13 della direttiva 2008/52/CE.

²³ Considerando n. 17 della direttiva 2008/52/CE.

²⁴ Art. 5, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

²⁵ Considerando n. 14 della direttiva 2008/52/CE.

nel ritornare nel tempo sulla disciplina nazionale della mediazione, ha dettato una normativa di impronta fortemente costrittiva, soprattutto quanto alle modalità di accesso e di svolgimento²⁶. Prima di indicare i principali tratti del modello italiano, tuttavia, bisogna dar conto, seppur brevemente, delle ragioni di contesto che hanno giustificato, se non reso necessaria, l'imposizione dell'obbligatorietà della mediazione.

L'ordinamento italiano, anzitutto, vive una strutturale crisi del sistema giudiziario che, da tempo, non riesce a offrire un'adeguata risposta alla domanda di giustizia, malgrado le reiterate modifiche che nei decessi passati sono state apportate al processo civile e commerciale, sotto il profilo normativo, organizzativo e tecnologico. Basti solo considerare che sono pendenti circa cinque milioni di cause civili in Italia e che, mediamente, occorrono dieci anni per la definizione dei tre gradi di giudizio. Mal-

²⁶ La direttiva 2008/52/CE è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Tale disciplina è stata più volte integrata e rafforzata con specifici interventi legislativi. Con riferimento alla disciplina italiana della mediazione, tra i tanti contributi, v. AA.VV., *“La nuova mediazione civile e commerciale”* a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* a cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.VV., in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; AA.VV., *La mediazione civile* a cura di F. Ruschetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011; AA. VV., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.VV., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010; AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.VV., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.VV., in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal “Decreto del Fare” (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit.; F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012; G. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it; D. DALFINO, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016.

grado gli sforzi finora profusi, inoltre, il numero dei giudizi definiti per anno continua ad essere inferiore rispetto a quello dei nuovi giudizi incardinati, con uno stato di diffusa insoddisfazione. Il Paese risente pesantemente degli effetti negativi dell'intollerabile situazione di congestione e ritardo giudiziari che minaccia sia la coesione economica e sociale delle relazioni interne, sia la credibilità internazionale dell'Italia e la sua attrattività per gli investimenti stranieri.

La grave e strutturale crisi della giurisdizione, inoltre, si accompagna alla sostanziale mancanza di meccanismi stragiudiziali di composizione dei conflitti, che pur disciplinati nel codice di rito²⁷ e in altre normative settoriali²⁸, sono sostanzialmente inapplicati. Tanto comporta, nei fatti, un grave ritardo, se non un vuoto di tutela sia giudiziale che stragiudiziale, che ritorce soprattutto in danno dei soggetti più deboli e indifesi. Persone non abbienti e consumatori, infatti, sovente sono costrette a rinunciare a fare valere i propri diritti, per non riuscire ad ottenere tutela.

In un siffatto contesto nazionale, il recepimento della direttiva 2008/52/CE ha costituito l'occasione per realizzare una necessaria politica di tipo deflativo, che riducesse il carico giudiziario insopportabile, mediante l'avvio di una strategia costrittiva dell'utilizzazione della mediazione, divenuta principale meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie civili e commerciali.

Nel recepimento della direttiva 2008/52/CE, in primo luogo, il legislatore italiano ha esteso l'ambito applicativo, ricomprendendovi, accanto alle controversie transfrontaliere contemplate direttamente dalla fonte europea²⁹, anche quelle interne³⁰, che

²⁷ Artt. 802 – 840 del codice di procedura civile dedicati alla disciplina dell'arbitrato.

²⁸ Artt. 141-141 *decies* del codice del consumo dedicati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie.

La disciplina di consumo è stata emanata in attuazione della direttiva europea 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori).

²⁹ Considerando n. 8 e art. 1, par. 2, della direttiva 2008/52/CE.

³⁰ Art. 2, comma 2, d.lgs. 28/2010.

sono di gran lunga le più numerose. In secondo luogo, l'esperimento della mediazione è stato imposto obbligatoriamente come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per la maggior parte delle controversie in materia civile e commerciale³¹. Le due principali scelte politiche, peraltro, sono state affiancate dalla previsione dell'applicazione integrata di ulteriori misure complementari sia di tipo sanzionatorio, nei confronti della parte che si rifiuta di partecipare alla mediazione³² o di collaborazione all'accordo³³, e sia tipo premiale, costituite da agevolazioni fiscali per l'utilizzazione della mediazione³⁴ e il raggiungimento dell'accordo³⁵.

Sul piano delle fonti giuridiche, in base al sistema costituzionale, la disciplina italiana della mediazione, attenendo alla materia dell'ordinamento civile³⁶, è riservata alle sole fonti statali e, in particolare, è stata distribuita tra una fonte organica di rango legislativo, il decreto legislativo delegato 28/2010, e il corrispondente regolamento attuativo del Ministero della Giustizia³⁷. Quest'ultimo, in qualità di autorità competente³⁸, è stato investito, oltre che del potere regolamentare,³⁹ anche delle funzioni amministrative di tenuta dei registri pubblici nazionali degli or-

³¹ Art. 5 d.lgs. 28/2010.

³² Art. 8, comma 4-bis, d.lgs. 28/2010.

³³ Art. 13, d.lgs. 28/2010.

³⁴ Art. 17, d.lgs.28/2010.

³⁵ Art. 20, d.lgs. 28/2010.

³⁶ Art. 117, comma 2, lett. l), della Costituzione della Repubblica italiana.

³⁷ Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Anche questa disciplina regolamentare ha formato più volte oggetto di modifiche e integrazioni (D.M. 145/11 e del D.M. 139/14).

³⁸ Il Ministro della Giustizia, relativamente alla materia del consumo, agisce di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'art. 16, comma 2 e 4, d.lgs. 28/2010.

³⁹ Art. 16, comma 2, d.lgs. 28/2010.

ganismi di mediazione⁴⁰, dei mediatori e degli enti di formazione⁴¹, oltre che della sorveglianza sul loro operato⁴² e del monitoraggio dei procedimenti di mediazione⁴³.

La gestione del servizio di mediazione, in base alla legislazione italiana, è riservata agli organismi stabili che diano garanzie di serietà ed efficienza⁴⁴, che possono essere sia pubblici (camere di commercio⁴⁵ e ordini professionali)⁴⁶ che privati (società commerciali)⁴⁷ e, previa verifica del possesso dei requisiti richiesti, essere iscritti nell'apposito registro nazionale⁴⁸. A tal fine, ciascun organismo, tra l'altro, deve dotarsi di un proprio regolamento di funzionamento⁴⁹ e di un codice di condotta⁵⁰, avere una copertura assicurativa per i danni privati a terzi⁵¹ e disporre della collaborazione di almeno cinque mediatori accreditati⁵². A costoro si chiede il possesso di un diploma di laurea almeno triennale ovvero l'iscrizione in un collegio professionale⁵³ e il superamento di uno specifico percorso di preparazione in materia di mediazione della durata iniziale di 54 ore, oltre che, per ogni bi-

⁴⁰ Art. 16, comma 2, d.lgs. 28/2010 e art. 3 D.M. 180/2010.

⁴¹ Art. 16, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁴² Art. 16, comma 4, d.lgs. 28/2010 e art. 17 D.M. 180/2010.

⁴³ Art. 11 D.M. 180/2010.

⁴⁴ Art. 16, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁴⁵ Art. 18, comma 2, d.lgs. 28/2010.

⁴⁶ Art. 18 sugli organismi di mediazione costituiti presso i Tribunali dagli Ordine degli avvocati e art. 19, comma 1, sugli organismi di mediazione costituiti presso gli altri ordini e collegi professionali.

⁴⁷ Art. 16, comma 1, d.lgs. 28/2010 e art. 4 D.M. 180/2010.

⁴⁸ Art. 16, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁴⁹ Art. 7, D.M. 180/2010.

⁵⁰ Art. 16, comma 3, d.lgs. 28/2010.

⁵¹ Art. 4, comma 2, lett. b), D.M. 180/2010, che più precisamente richiede: "il possesso da parte del richiedente di una polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000,00 euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione".

⁵² Art. 4, comma 2, lett. f), D.M. 180/2010.

⁵³ Art. 4, comma 3, lett. a) D.M. 180/2010.

ennio, un aggiornamento periodico di 18 ore e lo svolgimento di almeno venti tirocini assistiti presso un organismo accreditato⁵⁴. I requisiti dei percorsi formativi che gli enti accreditati svolgono per i mediatori italiani risultano davvero minimi⁵⁵ e, pertanto, non in grado di garantire l'adeguata preparazione e la qualità della mediazione.

Nel procedimento di mediazione, oltre a rispettare le prescrizioni legislative, si deve seguire il regolamento di procedura adottato dall'organismo scelto dalla parte che presenta l'istanza, senza particolari formalità, con l'osservanza dei principi di riservatezza e professionalità⁵⁶. La durata massima del procedimento di mediazione è fissata in tre mesi⁵⁷, all'atto di presentazione della domanda il responsabile dell'organismo designa il mediatore⁵⁸ che assiste le parti nella ricerca di un accordo compositivo della controversia⁵⁹, avvalendosi sia delle tecniche facilitative⁶⁰ per favorire il negoziato diretto tra le parti e sia delle tecniche valutative⁶¹, mediante la formulazione di una proposta risolutiva scritta rivolta alle parti che sono libere di accettare⁶².

⁵⁴ Art. 4, comma 3, lett. b) D.M. 180/2010.

⁵⁵ Art. 18, comma 2, lett. f) e g), D.M. 180/2010.

⁵⁶ Art. 3, d.lgs. 28/2010.

⁵⁷ Art. 6, d.lgs.28/2010.

⁵⁸ Art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁵⁹ Art. 8, comma 3, d.lgs. 28/2010.

⁶⁰ Sulle modalità facilitative della mediazione, cfr. A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 12 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 10 ss.; M. M. ANDRIEONI e S. ROMANO, *ivi*, pp. 172 ss.; M. BUZIO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, cit., pp. 71 ss.

⁶¹ Sulle modalità aggiudicative di condurre la mediazione, cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 213 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 292 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 59 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 292 ss.; F. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2013, pp. 28 ss.

⁶² Art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 28/2010.

Più precisamente, la disciplina italiana⁶³ prevede che dopo l'insuccesso delle tecniche facilitative di mediazione si passi a quelle valutative, essenzialmente, in due ipotesi: la prima ricorre quando tutte le parti facciano concordemente richiesta al mediatore di formulare una proposta scritta di risoluzione della controversia. In tal caso, il mediatore è obbligato a formularla⁶⁴. La seconda ipotesi, invece, si verifica quando il mediatore ritenga discrezionalmente di provvedervi, senza richiesta unanime delle parti. Prima di formulare una proposta risolutiva, comunque, il mediatore deve sempre informare le parti delle conseguenze negative alle quali si espongono in caso di rifiuto della proposta risolutiva. Le parti sono previamente rese edotte dal mediatore che, pur essendo esse libere di accettare la proposta risolutiva, quando la rifiutino il giudice investito della decisione della lite potrebbe condannarle al pagamento delle spese processuali e dei danni da lite temeraria⁶⁵. Nel contenuto, la proposta risolutiva non deve essere contraria alle norme imperative e all'ordine pubblico⁶⁶.

L'accordo raggiunto in mediazione, che per la disciplina italiana si chiama conciliazione⁶⁷, ove riguardi le vicende dispositive dei diritti reali sui beni immobili, se sottoscritto dalle parti alla presenza di un notaio, può essere trascritto nei registri pubblici immobiliari⁶⁸. Per l'attribuzione della forza esecutiva⁶⁹, in-

⁶³ Art. 11, d.lgs. 28/2010.

⁶⁴ Art. 11, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁶⁵ Art. 13, d.lgs. 28/2010.

⁶⁶ Art. 16, comma 2, d.lgs. 28/2010.

⁶⁷ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. 28/2010, per conciliazione si intende: "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione". Nella disciplina italiana, pertanto, la mediazione è il procedimento mentre la conciliazione è il risultato positivo della soluzione consensuale della controversia.

⁶⁸ Art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010.

⁶⁹ Sulla forza esecutiva degli accordi raggiunti in mediazione, tra i tanti, v. A. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati - circa la conformità dell'accordo alle norme imperative - e all'ordine pubblico*, in *Esecuzione forzata*, n. 3, 2018, pp. 536 ss.; M. FILIPPELLI, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013)*,

fine, l'accordo di conciliazione raggiunto in mediazione deve essere sottoscritto, oltre che dalle parti, anche dai rispettivi avvocati che ne certifichino la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico. In mancanza di tale certificazione, l'accordo può comunque assumere forza esecutiva a seguito del controllo di legalità procedurale e sostanziale affidato, in sede di omologazione, al Presidente del Tribunale del distretto dove ha sede l'organismo di mediazione⁷⁰.

Il servizio della mediazione in Italia è oneroso, in quanto fruibile a pagamento, ancorché assoggettato a un regime tariffario calmierato⁷¹. Ciascuna parte che partecipa alla mediazione è tenuta a pagare un'indennità che, per gli organismi pubblici, è stabilita direttamente dal Ministero della Giustizia in proporzione al valore della controversia⁷². Per gli organismi privati, le tariffe ministeriali si applicano soltanto alle mediazioni obbligatorie, mentre per le altre sono liberamente fissate dagli stessi organismi. Le parti non abbienti, infine, sono esentate dal pagamento delle indennità nelle mediazioni obbligatorie⁷³.

4. *Le vicissitudini dell'obbligatorietà.* – L'irruzione dell'obbligatorietà della mediazione civile e commerciale nell'anno 2011 è stata un'improvvisa quanto scioccante novità per l'ordinamento italiano che, proprio con l'attuazione della direttiva 2008/52/CE, ha iniziato a prendere conoscenza del meccanismo compositivo stragiudiziale, che in breve tempo ha acquistato un ruolo fondamentale nel sistema delle A.D.R. Tuttavia la dirompente novità non ha trovato facile, né tantomeno favorevole accoglienza nel contesto forense e professionale, colto di sorpresa e imprepara-

conv., con mod., in l. 98/2013) a cura di G. Falco, G. Spina, *cit.*, pp. 585 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, *cit.*, pp. 344 ss.

⁷⁰ Art. 12, d.lgs. 28/2010.

⁷¹ Art. 17, comma 4, d.lgs. 28/2010.

⁷² Art. 17, comma 7, d.lgs. 28/2010 e art. 16, comma 4, D.M. 180/2010, con l'allegata tabella "A". In pratica, si prevedono dieci scaglioni di valore della controversia, con le corrispondenti indennità, la cui entità può essere aumentata o ridotta in base ai criteri fissati dallo stesso Ministero.

⁷³ Art. 17, comma 5-bis, d.lgs. 28/2010.

to, il quale ha manifestato una forte ostilità e frapposto una pubblica resistenza che ha segnato le vicende normative e giudiziali dell'obbligatorietà della mediazione in Italia. Tali vicende meritano di essere richiamate in breve per cogliere l'evoluzione obbligatoria del modello italiano della mediazione⁷⁴.

L'iniziale disciplina italiana, attuativa della direttiva 2008/52/CE, prevedeva l'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione in una serie di controversie in materia civile e commerciale prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria. La disposizione, contenuta all'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010, è entrata in vigore il 20 marzo 2011 ed è stata immediatamente contestata dall'Avvoca-

⁷⁴ Sulle vicende dell'obbligatorietà della mediazione nella disciplina italiana, v. C. PILIA, *El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad*, in *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* diretto da J.L. Argudo Pérez, cit., pp. 175 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile in Italia*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 174 ss.; V. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 185 ss.; L. GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014 n. 2, pp. 247 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 235 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pp. 109 ss.; G. MINELLI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 139 ss.; A.G. Diana, *La mediazione civile e commerciale*, Milano, 2011, pp. 89 ss.; P. DELL'ANNA, E. GARBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 215 ss.; M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, S. GIAVARRINI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 63 ss.; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *La resp. civ.*, 2011, pp. 326 ss.; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, *ivi*; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ivi*; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, *ivi*; E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, pp. 1153 ss.; G. REALI, *La mediazione obbligatoria e delegata: riflessi sul processo civile*, in *Annali facoltà giurisprudenza Taranto*, 2011, pp. 531 ss.; G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione obbligatoria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 1, pp. 126.

tura italiana, con vari ricorsi giudiziari che hanno portato la Consulta italiana a dichiarare l'illegittimità costituzionale con la sentenza n. 272/2012, per il vizio dell'iter legislativo di recepimento della direttiva (eccesso dalla delega parlamentare)⁷⁵. L'effetto della pronuncia della Corte costituzionale è stato devastante per il fragile sistema della mediazione, che sulla prescrizione dell'obbligatorietà, si stava rapidamente e forzatamente strutturando dal nulla. L'eliminazione dell'iniziale imposizione normativa dell'obbligatorietà, in pratica, ha determinato la paralisi dell'intero sistema della mediazione, malgrado la perdurante possibilità di promuovere i procedimenti compositivi su base volontaria o invito del giudice.

A distanza di nemmeno un anno di tempo dalla citata sentenza di illegittimità, il legislatore italiano⁷⁶ ha dovuto reintrodurre per la seconda volta l'obbligatorietà della mediazione, pur con significative innovazioni. In tal modo, è stata rilanciata la riforma italiana della mediazione e sono stati salvaguardati gli ingenti sforzi compiuti per costituire organismi, formare mediatori e fare conoscere e applicare il nuovo meccanismo compositivo. La seconda obbligatorietà è stata accompagnata da un nuovo pacchetto di misure integrative condivise con i vertici dell'Avvocatura italiana, che hanno rafforzato la disciplina normativa mediante l'estensione di soluzioni espunte dalla sede giudiziale. In tal senso, si considerino la prescrizione dell'obbligatorietà dell'assistenza legale dell'avvocato per tutte le parti in mediazione⁷⁷, oltre all'applicazione del criterio della competenza territoriale della controversia nell'individuazione dell'organismo incaricato della gestione della mediazione⁷⁸ e al rico-

⁷⁵ Più precisamente, la disposizione dell'obbligatorietà della mediazione sarebbe stata introdotta dal Governo nel decreto legislativo in assenza di una specifica indicazione nella legge delega del Parlamento (art. 60, l. 69/2009), in violazione dell'art. 76 della Costituzione italiana.

⁷⁶ La seconda obbligatorietà della mediazione è stata introdotta in Italia dal 16 settembre 2013 con l'art. 84 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98, recante Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia.

⁷⁷ Artt. 5, comma 1-bis, e 8, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁷⁸ Art. 4, comma 1, d.lgs. 28/2010.

noscimento di diritto della qualifica di mediatori a tutti gli avvocati iscritti all'albo⁷⁹. Con specifico riferimento alla reintroduzione, questa volta in via legislativa, della prescrizione dell'obbligatorietà dell'esperienza della mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, quanto all'ambito applicativo si ripropone sostanzialmente l'elencazione delle stesse controversie in materia civile e commerciale che vi erano già state in precedenza sottoposte. Sono le controversie in materia di "condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari". Si segnalano l'estensione della obbligatorietà alle controversie condominiali e a quelle relative al risarcimento dei danni da responsabilità sanitaria⁸⁰, mentre sono state escluse quelle in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti⁸¹.

La principale novità, tuttavia, consiste nell'aver ridotto l'assolvimento della condizione di procedibilità all'espletamento del

⁷⁹ Art. 16, comma 4-bis, d.lgs. 28/2010.

⁸⁰ Ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, prima di promuovere un'azione giudiziale, deve essere promossa la mediazione nelle controversie in materia di "condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari".

⁸¹ Siffatte controversie, al pari di quelle aventi ad oggetto una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro, invece, sono state sottoposte ad un'altra condizione di procedibilità dell'azione giudiziale costituita dall'esperienza del procedimento di negoziazione assistita tramite avvocati, ai sensi dell'art. 3, comma 1, decreto legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014 n. 162 («Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»), entrato in vigore dal 9 febbraio 2015. In proposito, v. AA.Vv., *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio* a cura de S. Chiarloni, in *Giur. it.*, 5, 2015, pp. 1257 ss.; UFFICIO STUDI CNF, *Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della degiurisdizionalizzazione* (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014, in *Contr. impr.*, 1, 2015, pp. 232 ss.

primo incontro programmatico, piuttosto che all'intero svolgimento del procedimento di mediazione, come era in precedenza stabilito. Si è stabilito, infatti, che il procedimento di mediazione deve passare per un primo "incontro programmatico", da tenere entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza, durante il quale il mediatore, anzitutto, chiarisce alle parti e ai rispettivi avvocati la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, invitando poi gli stessi ad esprimersi se sia possibile iniziare la mediazione e, soltanto in caso positivo, vi procede⁸².

In caso negativo, quindi, si chiudono sia la fase programmatica e sia l'intero procedimento, senza poter neppure iniziare il merito della mediazione. In caso positivo, invece, si supera la fase programmatica e si può passare alla fase di merito della mediazione, che si sviluppa nella ricerca dell'accordo compositivo della controversia, mediante l'utilizzo da parte del mediatore delle tecniche facilitative e di quelle valutative. L'incontro programmatico, in pratica si sostanzia in una sessione informativa, nella quale non si pagano compensi per la mediazione⁸³, che permette alle parti di assumere una decisione consapevole e volontaria in ordine alla scelta di tentare di raggiungere un accordo amichevole per la composizione della controversia avvalendosi dell'assistenza del mediatore.

Per espressa disposizione di legge⁸⁴, la condizione di procedibilità dell'obbligatorietà della mediazione è da reputare realizzata con la semplice partecipazione all'incontro programmatico. Non è necessario passare alla fase di merito, perciò, al fine di promuovere l'azione giudiziale. Detto altrimenti, sembrerebbe che l'attuale obbligatorietà riguardi solamente l'esperimento della fase dell'iniziale sessione informativa, costituita dal preliminare incontro programmatico, piuttosto che la fase di merito della vera e propria mediazione. Per la seconda obbligatorietà, inoltre, è stato previsto un periodico monitoraggio con cadenza biennale e un termine di scadenza prevista al quadriennio, fino

⁸² Art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010.

⁸³ Art. 17, comma 5-ter, d.lgs. 28/2010. In tal caso sono dovute solo le spese fisse di avvio della mediazione.

⁸⁴ Art. 5, comma 2-bis, d.lgs. 28/2010.

al mese di settembre 2017⁸⁵. Tuttavia, prima dello scadere del termine quadriennale, questa volta su diretta sollecitazione dei vertici dell'Avvocatura⁸⁶, è nuovamente intervenuto il legislatore che ha stabilizzato la prescrizione dell'obbligatorietà, eliminando la limitazione temporale⁸⁷. Si tratta senza dubbio di un importante segno di cambiamento della mentalità del ceto forense che nel quadriennio ha preso conoscenza della mediazione, gradualmente abituandosi a utilizzarla professionalmente per la tutela dei diritti della clientela.

5. *La mediazione giudiziale.* – Accanto all'obbligatorietà stabilita per legge (c.d. mediazione obbligatoria), infine, meritano di essere segnalate anche le altre modalità di accesso alla mediazione previste nella disciplina italiana. Così, in conformità alle richiamate disposizioni europee⁸⁸, la legislazione italiana ha investito il giudice del potere discrezionale di sollecitare le parti a promuovere la mediazione, anche in grado d'appello, valutata la natura della controversia, lo stato di istruzione e il comportamento della parti⁸⁹.

Più precisamente, l'iniziale disciplina italiana attuativa della direttiva 2008/52/CE si limitava ad attribuire al giudice il potere discrezionale di rivolgere alle parti un semplice invito a rivolgersi alla mediazione, che perciò le stesse erano lasciate sostanzialmente libere di declinare o accogliere. Soltanto in questa seconda eventualità, pertanto, le parti promuovevano il procedimento di mediazione, tentando di raggiungere un accordo amichevole che, se realizzato, avrebbe posto fine alla controversia e anche alla lite giudiziale.

⁸⁵ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010.

⁸⁶ In tal senso, infatti, si è espresso il congresso nazionale dell'avvocatura italiana riunitosi nel mese di novembre 2016 a Rimini.

⁸⁷ L'art. 11-ter del decreto legge 24 aprile 2017 n. 50, convertito in legge 21 giugno 2017 n. 96, infatti, ha modificato l'art. 5, comma 1-*bis*, che adesso prevede che dal 2018 il Ministro della Giustizia relazioni il Parlamento italiano sull'andamento della mediazione obbligatoria.

⁸⁸ Art. 5, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

⁸⁹ Art. 5 d.lgs. 28/2010.

L'attuale disciplina, invece, attribuisce al giudice un più forte e incisivo potere di ordinare alle parti di procedere alla mediazione⁹⁰. In tal caso, l'esperimento della mediazione costituisce una condizione di ulteriore procedibilità della domanda, anche in sede di appello (c.d. mediazione delegata)⁹¹. Siffatto potere giudiziale, quindi, introduce un'altra ampia fattispecie di obbligatorietà della mediazione, che si aggiunge a quella imposta direttamente per legge e può riguardare tendenzialmente tutte le controversie in materia civile e commerciale sui diritti disponibili. Le due tipologie di obbligatorietà (legale e giudiziale), tuttavia, sono assai diverse per impostazione e ambito di applicazione. La prima, infatti, esprime una valutazione di mediabilità della controversia che è compiuta direttamente dal legislatore, in via preventiva ed astratta, nell'ambito delle scelte politiche più generali compiute dal Parlamento per realizzare un'efficiente organizzazione del sistema della giustizia. In questo senso, il legislatore italiano ha valutato sia la finalità deflativa dell'enorme contenzioso giudiziario e sia l'esigenza di superare la grave arretratezza del sistema delle A.D.R. e, quindi, la necessità di dare forte impulso alla rapida strutturazione della mediazione in Italia. Al fine di realizzare tali finalità politiche, pertanto, vengono preventivamente individuate per legge quelle controversie assoggettate alla mediazione obbligatoria, prima della proponibilità dell'azione giudiziale. Nella definizione dell'ambito applicativo dell'obbligatorietà della mediazione legale, pertanto, si esprime una valutazione politica che non si limita a considerare le sole possibilità di realizzare la composizione del conflitto. Tant'è che siffatta valutazione legale, in un gran numero di casi, non trova concreta rispondenza nell'esito del procedimento di mediazione che si chiude senza l'accordo compositivo tra le parti.

L'obbligatorietà della mediazione disposta dal giudice, di contro, esprime un approccio molto diverso. In primo luogo, la valu-

⁹⁰ Art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010.

⁹¹ Sulla mediazione delegata, v. AA.VV., *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* diretto da J.L. Argudo Pérez, cit., pp. 65 ss.; M.C. BALLESTEROS RAYÓN, *La mediación intrajudicial en España: su aplicación práctica*, in *Anuario de mediación y solución de conflictos*, 2015, pp. 21 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 874 ss.

tazione discrezionale del giudice è condotta in concreto, rispetto alla singola controversia che è stata già incardinata in una lite processuale. Il giudice, come accennato, tiene perciò conto pure dell'andamento del processo e del comportamento delle parti per adottare un provvedimento che ordina di procedere alla mediazione soltanto quando vi siano concrete ed effettive possibilità di una composizione amichevole della controversia. In questo senso, il giudice può discrezionalmente ordinare alle parti di procedere alla mediazione sia in controversie diverse da quelle per legge assoggettate alla mediazione, come pure nelle stesse, allorquando ritenga che, nel corso del processo, siano sorti elementi concreti che facciano ritenere probabile il raggiungimento dell'accordo. Un siffatto potere inizia ad essere esercitato con successo dai giudici italiani che, superate le iniziali diffidenze, stanno familiarizzando anche essi con la mediazione.

Per completezza di esposizione della disciplina italiana, occorre ancora segnalare che l'esperimento della mediazione può essere pattuito in una clausola inserita nei contratti, negli atti costitutivi e negli statuti degli enti (c.d. mediazione concordata)⁹². Ossia sono le parti a obbligarsi con una clausola di mediazione o conciliazione inserita nei predetti negozi giuridici a esperire la mediazione per la risoluzione amichevole delle controversie che dovessero scaturire prima di adire l'autorità giudiziaria⁹³. In tale clausola, inoltre, può essere pure indicato l'organismo di mediazione scelto dalle parti. Una siffatta indicazione, peraltro, può essere con il mutuo accordo modificata dalle stesse parti, prima di promuovere la mediazione. Purtroppo, nella prassi contrattuale e degli atti costitutivi degli enti non è frequente l'inserimento di queste clausole, che avrebbero un ruolo importante per superare l'approccio costrittivo, legale e giudiziale, alla mediazione. Purtroppo, nella prassi contrattuale e degli atti costitutivi degli enti non è frequente l'inserimento di queste clausole, che avrebbero un ruolo importante per superare l'approccio costrittivo, legale e giudiziale, alla mediazione.

⁹² Sulla mediazione concordata, v. E. GASBARRINI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, *cit.*, pp. 231 s.

⁹³ Art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010.

Infine, fuori dai predetti casi, la mediazione può essere promossa volontariamente da ciascuna parte, senza alcun vincolo, per tentare di comporre amichevolmente la controversia sui diritti disponibili⁹⁴. Anche questa modalità di accesso alla mediazione (c.d. mediazione facoltativa), che riposa su una scelta volontaria della parte corrispondente alla valutazione di convenienza, piuttosto che di imposizione, si sta iniziando a fare strada in Italia. Questa via, maggiormente coerente con l'essenza volontaria della mediazione, purtroppo è poco coltivata in Italia, malgrado sia quella che a fronte del basso numero di procedimenti, in percentuale, registra il maggior numero di accordi.

6. I risultati italiani dopo otto anni dal recepimento della direttiva europea 2008/52/CE. – A distanza di oltre 7 anni dal recepimento della direttiva 2008/52/CE è possibile riferire non solamente del modello europeo e di quelli nazionali, statali e regionali, ma anche delle esperienze applicative. La verifica e la comparazione dei dati statistici più significativi, dei risultati conseguiti e delle criticità riscontrate, come detto, costituisce un momento fondamentale di riflessione, che dovrebbe essere condiviso da tutti coloro che, a vario titolo, si occupano della mediazione. Il fattore esperienziale, infatti, serve a misurare l'efficienza dei modelli nella loro concreta declinazione. L'analisi sui risultati raggiunti permette altresì di giudicare della loro adeguatezza, quanto all'effettiva capacità di realizzare le politiche dell'Unione europea di miglioramento dell'accesso alla giustizia e di supporto allo sviluppo delle transazioni transfrontaliere nel mercato interno. In tal senso, tanto il legislatore europeo, quanto quelli nazionali, statali e regionali aventi competenza in materia, dovrebbero ripensare i modelli di mediazione ipotizzati e rimodularne le discipline alla luce dell'effettivo impatto registrato. Si dovrebbe sviluppare un processo dinamico di revisione periodica che faccia tesoro dell'esperienza fatta nei vari contesti.

In tal senso, con particolare riguardo al modello italiano della mediazione, alla luce dei dati statistici periodicamente rileva-

⁹⁴ Art. 2, d.lgs. 28/2010.

ti e resi pubblici presso i siti web dell'Autorità competente, il Ministero della Giustizia⁹⁵, è possibile dare conto dell'importante esperienza finora maturata. A tal proposito, si estrapoleranno alcuni dati particolarmente significativi, anzitutto, quanto all'entità complessiva, alle tipologie e agli esiti delle mediazioni svolte durante questi anni in Italia, per poi soffermarsi sui dati concernenti l'infrastrutturazione del sistema, per quanto concerne gli organismi di mediazione e gli enti di formazione, oltre che i mediatori occupati.

Quanto al numero delle mediazioni svolte, si osserva che i dati statistici segnalano che il fenomeno ha preso avvio e si è sviluppato sostanzialmente in coincidenza dell'attuazione della direttiva 2008/52/CE. Più precisamente, solo con l'entrata in vigore dell'iniziale prescrizione dell'obbligatorietà della mediazione nel marzo 2011 si è registrato un numero significativo di procedimenti, rilevati trimestralmente, che sono rapidamente cresciuti in maniera esponenziale sull'intero territorio italiano. Tale trend positivo, come accennato, si è interrotto in ragione della pronuncia della sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012 che ha dichiarato l'illegittimità della norma impositiva dell'obbligatorietà.

Nel 2011 sono state promosse circa sessanta mila mediazioni, che nel 2012 sono arrivate a circa centocinquanta mila. La stragrande maggioranza dei procedimenti concernono le controversie in materia di mediazione obbligatoria. A seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale, pertanto, si è registrato un tracollo delle mediazioni, malgrado la perdurante possibilità di promuoverle volontariamente. La fragilità del sistema, cresciuto rapidamente per impulso della prescrizione dell'obbligatorietà, ne ha reso necessaria la reintroduzione, con le novità segnalate, a decorrere dal mese di settembre 2013. Da tale momento si

⁹⁵ Si veda il sito web del Ministero della Giustizia italiano che contiene, oltre alla normativa, alla modulistica e alle informazioni utili sulla mediazione, anche gli elenchi pubblici liberamente consultabili di organismi di mediazione, enti di formazione e mediatori accreditati (<https://mediazione.giustizia.it>). Del pari significativi, sono le periodiche rilevazioni statistiche dei procedimenti di mediazione pubblicati con cadenza trimestrale a cura della Direzione generale di statistica e analisi organizzativa del Ministero della Giustizia all'indirizzo web istituzionale: https://webstat.giustizia.it/_layouts/15/start.aspx#/SitePages/Studi%20analisi%20e%20ricerche.aspx.

sono rapidamente ripresi e consolidati i trend di crescita del sistema della mediazione che, nel corso del 2017, si è assestato su un numero medio di trecento mila procedimenti all'anno. Così, nel 2013 si sono registrate circa quaranta mila mediazioni, mentre negli anni successivi ci si attesta su circa trecento mila mediazioni annue dal 2014 al 2017.

L'obbligatorietà, inoltre, segna anche l'ambito applicativo di gran lunga preminente delle mediazioni, circa il 90%. Dalle rilevazioni statistiche, infatti, emerge che oltre l'80% dei procedimenti promossi riguarda le controversie assoggettate per legge al tentativo di mediazione. Un altro 10% di mediazione, ancora, è stato promosso su ordine giudiziale. Soltanto il restante 10% di mediazione, quindi, è stato volontariamente proposto dalle parti. Tra esse un numero ancora minimo di procedimenti concerne le mediazioni derivanti da una clausola contrattuale o inserita in atti costitutivi o statuti di enti.

Tra le materie oggetto della mediazione, il maggior numero di procedimenti riguarda i contratti bancari, i diritti reali, il condominio e le locazioni. Si traccia, in sostanza, una conflittualità diffusa che rispecchia il contesto economico e di crisi del Paese.

Una particolare attenzione, merita l'andamento e l'esito dei procedimenti di mediazione. In particolare, emerge che in circa la metà dei procedimenti promossi all'iniziale incontro programmatico non si presenta la parte invitata. Nei restanti casi, quando partecipano entrambe le parti, solo nella metà dei procedimenti le stesse si accordano per passare alla fase di merito. In questi ultimi casi, nella metà dei quali le parti svolgono l'intero procedimento, essi nella metà dei quali le parti svolgono l'intero procedimento, esse si accordano pure per la risoluzione consensuale della controversia. I dati consolidati dimostrano che, in estrema sintesi, soltanto nel 15% dei procedimenti di mediazione si raggiunge un accordo compositivo della controversia.

Se si approfondiscono le tipologie di controversie che si riescono a comporre in mediazione, emergono indicazioni assai rilevanti. In primo luogo, si evidenzia che le mediazioni che registrano percentualmente più alti tassi di accordi sono proprio quelle volontarie, seguite da quelle delegate dal giudice e, infine, da quelle imposte per legge.

Tra le mediazioni obbligatorie, inoltre, quelle che registrano maggiori accordi sono quelle che riguardano rapporti pariordinati, quali sono quelli concernenti le controversie in materia di diritti reali, comodato, divisione, locazione, successioni ereditarie e condominio. Di contro, tra le mediazioni obbligatorie, i minori accordi si raggiungono proprio nelle controversie che sottendono rapporti squilibrati, quali sono i contratti bancari, finanziari, assicurativi e la responsabilità sanitaria. In queste mediazioni, peraltro, è minima la stessa partecipazione della parte forte al procedimento.

Se si considera il valore delle controversie, le mediazioni che registrano percentuali più alte di accordi sono quelle dello scaglione di importo tra mille e cinquemila euro. Con il crescere del valore, inoltre, si riducono proporzionalmente le possibilità di accordo. Le controversie di valore inferiore a mille euro, invece, hanno una percentuale di accordo molto bassa.

Se si analizzano altri dati, per esempio quello temporale, emerge che la durata media dei procedimenti di mediazione è in progressiva crescita. Di media, infatti, nel corso del 2017 occorrono circa centoventitrè giorni per chiudere il procedimento con accordo. Si sta superando, quindi, il termine massimo di tre mesi fissato per legge. In caso di mancato accordo, invece, il procedimento finisce prima, di solito all'incontro programmatico.

In Italia risultano accreditati circa mille organismi di mediazione. Tra quelli pubblici, si segnalano quelli delle camere di commercio, presenti in quasi tutte le sedi provinciali. Sono pure strutturati gli organismi costituiti dagli Ordini degli avvocati, presso quasi tutte le sedi dei Tribunali. Pochi sono gli organismi costituiti dagli altri ordini e collegi professionali. La stragrande maggioranza degli organismi di mediazione sono privati. Questi ultimi, nell'insieme, gestiscono più della metà delle mediazioni, un altro terzo sono gestite dagli organismi degli avvocati e da quelli delle camere di commercio. Gli organismi degli avvocati risultano realizzare le minori percentuali di accordi nelle mediazioni. A tal proposito, si consideri che gli stessi avvocati sono considerati mediatori di diritto⁹⁶ e, perciò, beneficiano di percor-

⁹⁶ Art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010.

si formativi iniziali e successivi ridotti rispetto a tutti gli altri professionisti⁹⁷.

7. Le reti internazionali per promuovere la cultura della mediazione transfrontaliera del Mediterraneo: i percorsi per la pace. – Il recente intervento legislativo del 2017 che ha stabilizzato l'obbligatorietà della mediazione costituisce un'ulteriore conferma della via costrittiva utilizzata per consolidare in Italia il sistema, ancora troppo fragile. La costrizione, infatti, permette di fare conoscere la mediazione tra i professionisti e il pubblico degli utenti, che gradualmente si stanno abituando a utilizzarla. Tuttavia, l'obbligatorietà non basta, in quanto occorre seguire anche una strategia volontaria di più ampio respiro per migliorare la qualità del servizio della mediazione.

In tal senso, in conformità alle indicazioni fornite dalla direttiva 2008/52/CE, bisognerebbe investire maggiormente sulla formazione e la specializzazione dei mediatori e, più in generale, dei professionisti e dei giudici che nella loro attività si trovano a gestire i conflitti. Pochissimo finora è stato fatto in Italia in questa direzione.

Parimenti, bisognerebbe favorire l'elaborazione di codici di autodisciplina che promuovano le soluzioni organizzative di maggiore qualità, e favoriscano una logica di confronto comparativo. Gli utenti del servizio di mediazione, infatti, dovrebbero godere di un'ampia e variegata possibilità di scelta, tra soluzioni offerte in maniera concorrenziale tra gli organismi presenti sul mercato. Una siffatta dinamica di virtuosa competizione non si è ancora sviluppata in Italia.

L'obbligatorietà ha innescato il sistema della mediazione che, tuttavia, si è concentrato più sul rispetto del piano legale delle regole, senza riuscire ancora a sviluppare adeguatamente quello volontario della qualità. Su questo secondo piano, infatti, c'è tanto da lavorare e da operare un deciso cambio di mentalità e di approccio professionale e culturale nella gestione dei conflitti.

L'esperienza italiana ha mostrato le difficoltà di una riforma strutturale della mediazione che, a distanza di anni, continua a

⁹⁷ Art. 4, comma 3, lett. b), D.M. 180/2010.

poggiarsi sull'obbligatorietà per consolidarsi, in attesa di realizzare una nuova cultura della gestione amichevole e collaborativa del conflitto. Per affermarsi anche in Italia la cultura della mediazione necessita di maggiori tempi ed interventi più incisivi nella revisione dei percorsi formativi scolastici e universitari, specie quelli di giurisprudenza, che comprendano la mediazione e le tecniche della gestione amichevole dei conflitti, con approccio interdisciplinare e interculturale.

In tal senso, sviluppando proprio la dimensione transnazionale del modello europeo della mediazione, bisognerebbe considerare la necessità di avviare percorsi formativi universitari condivisi tra i centri che fanno ricerca e formazione in questa materia. In tal senso, si formano giovani professionisti che avranno conoscenza ed esperienza internazionale nella gestione dei conflitti, per affrontare le sfide della globalizzazione della società e del mercato. Un ruolo decisivo avranno i consorzi internazionali di Università, di Associazioni di Mediatori e di Centri di Mediazione che si stanno sviluppando anche in Italia.

L'Associazione Mediatori Mediterranei, in questa prospettiva di superamento delle barriere normative, linguistiche e culturali di rango nazionale e continentale, si sta impegnando in percorsi itineranti di collaborazione sulle diverse sponde del Mediterraneo, con numerose tappe già svolte in Italia, Spagna, Francia, Marocco e Libano, per condividere volontariamente una cultura della mediazione per la pace⁹⁸.

Del pari, è importante che siano resi disponibili anche online pubblicazioni scientifiche ed eventi convegnistici per permettere agli studiosi e ai giovani interessati di apprendere e confrontarsi anche a distanza. In tal senso, merita di essere segnalata l'iniziativa editoriale della pubblicazione della collana tematica internazionale Quaderni di conciliazione⁹⁹.

⁹⁸ Le iniziative culturali dell'Associazione Mediatori Mediterranei, con i relativi documenti e materiali, sono accessibili sul sito web: <http://www.mediatorimediterranei.org/>.

⁹⁹ La collana tematica è consultabile oltre che nei volumi cartacei anche all'indirizzo web: <http://www.mediatorimediterranei.org/>.

CARLO PILIA

VERSO UNA RIFORMA ORGANICA
DELLA DISCIPLINA DELLA CRISI FAMILIARE E UN RIORDINO
SISTEMATICO DELLE ADR: IL DISEGNO DI LEGGE PILLON

SOMMARIO: 1. La nozione generale di mediazione - 2. Lo statuto comune. - 3. La pluralità di modelli. - 4. La specialità della mediazione familiare. - 5. Le criticità della disciplina vigente. - 6. Il disegno di legge Pillon. - 7. L'organizzazione della mediazione familiare. - 8. Il procedimento di mediazione. - 9. Il raccordo delle fonti sulla mediazione. - 10. La coordinazione genitoriale. - 11. La mediazione familiare quale condizione di procedibilità. - 12. La conciliazione giudiziale. - 13. Il diritto dei minori alla bigenitorialità. - 14. Il piano genitoriale. - 15. Gli ulteriori provvedimenti. - 16. La mediazione familiare delegata. - 17. La coordinazione familiare. - 18. La casa familiare e il doppio domicilio dei figli. - 19. La discrezionalità del giudice. - 20. Il contrasto dell'alienazione parentale. - 21. Il divorzio. - 22. Il preliminare tentativo di (ri)conciliazione. - 23. Il controllo dell'accordo di mediazione familiare. - 24. Il raccordo sistematico tra mediazione e ADR familiari, civili e commerciali.

1. *La nozione generale di mediazione.* – La mediazione¹ costituisce un sistema stragiudiziale di risoluzione consensuale delle controversie sui diritti disponibili che assume una crescente rilevanza tanto in ambito privatistico, quanto in quello pubblicistico.

¹ Sulla mediazione, in generale e nella prospettiva internazionale, tra le tantissime opere collettive: AA.Vv., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* a cura di L. García Villaluenga, J.L. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro, C. Fernández Canales, Editorial Reus, 2010; AA.Vv., *The variegated landscape of mediation. A comparative Study on Mediation Regulation and Practices in Europe and the World* a cura di M. Schonewille, F. Schonewille, Eleven International Publishing, 2014; AA.Vv., *La mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado* a cura di G. Alpa e M.M. Córdoba, Editore Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015; G. DE PALO, M.B. TREVOR, *EU mediation Law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. ESPLUGUES, L. MARQUIS, *New developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht, London, 2015.

Benché sia considerata solitamente una tutela alternativa alla giurisdizione (*alternative dispute resolution*), l'istituto giuridico in esame opera in maniera complementare, non già sostitutiva rispetto ad essa, integrando una delle varie forme di estrinsecazione della giustizia che sono riconosciute e garantite dall'ordinamento. A livello internazionale, come europeo e nazionale, la mediazione già ha trovato positiva consacrazione in una pluralità di fonti giuridiche che la contemplano e, quanto meno per gli aspetti chiave, la disciplinano variamente.

Gli studiosi della materia sono arrivati a condividere una nozione generale di mediazione incentrata sulla sua "essenza volontaria" da valutare in chiave ricostruttiva. In tal modo, per un verso, è possibile identificare il comune meccanismo giuridico in cui sempre si sostanzia il procedimento compositivo delle controversie, malgrado la sua flessibilità. Per altro verso, l'essenza volontaria rende la mediazione compatibile con una pluralità di formule e modelli organizzativi, in gran parte tipizzati, che si differenziano quanto ai principali profili attinenti all'avvio, lo svolgimento e la conclusione del procedimento. Infine, si riesce a delimitare con precisione la nozione di mediazione saggiando la soglia interna di coercibilità del procedimento e segnando le differenze rispetto agli altri meccanismi compositivi di tipo conciliativo e aggiudicativo.

In termini generali, la nozione consolidata di mediazione richiama un procedimento strutturato di composizione su base volontaria delle controversie nel quale le parti cercano di raggiungere un accordo con l'assistenza di un terzo imparziale, il mediatore. L'elemento caratterizzante del procedimento volontario, quindi, è costituito dalla presenza di un terzo che, privo di poteri decisori, assiste le parti nella risoluzione consensuale della loro controversia. Il mediatore, poiché spoglio di autorità decisionale, conduce il procedimento compositivo senza imporre una propria soluzione, ma favorendo e supportando il dialogo tra le parti contendenti finalizzato al raggiungimento di un loro accordo che ponga fine alla controversia.

La mediazione, pertanto, si colloca tra i procedimenti compositivi di tipo conciliativo, non aggiudicativo, gestiti da un terzo che, tuttavia, non può essere il giudice, né l'arbitro, responsabile della decisione della controversia. Sono le stesse parti che, avva-

lendosi dell'assistenza del mediatore incaricato di condurre il procedimento, tentano di comporre la controversia mediante la stipula di un accordo conciliativo.

La mediazione, pertanto, è un meccanismo compositivo consensuale applicabile alle controversie vertenti sui diritti disponibili. Sul piano sostanziale, infatti, la soluzione compositiva si realizza attraverso un accordo con il quale le parti dispongono direttamente delle situazioni soggettive controverse ed, eventualmente, di altre situazioni che siano nella loro disponibilità per risolvere la controversia.

Sul piano procedimentale, in termini generali, il meccanismo compositivo si connota fundamentalmente per i tratti della riservatezza, dell'informalità, della semplicità, della rapidità e dell'economicità. Tali caratteri, da un lato, valgono a differenziare nettamente il flessibile procedimento di mediazione rispetto al rigido processo giurisdizionale governato da un apparato pubblicistico di norme vincolanti e dettagliate. Dall'altro lato, gli stessi tratti sono solitamente espressi per principi che sono perciò suscettibili di essere variamente declinati dalle fonti normative e soprattutto dai codici di comportamento dei mediatori. In ogni caso, il concreto atteggiarsi e le modalità di gestione pratica dei singoli procedimenti sono rimessi principalmente all'autonomia dei mediatori che li conducono secondo le esigenze delle parti che scelgono di avvalersene per risolvere consensualmente le loro controversie.

2. *Lo statuto comune.* – Per l'ampia flessibilità che la contraddistingue, la mediazione assume discipline variamente conformate a seconda della finalità che si persegue e dei contesti nei quali si cala. Quale forma di giustizia, infatti, la mediazione realizza direttamente la tutela dei diritti disponibili, di natura patrimoniale e personale, oggetto della controversia che le parti compongono mediante il raggiungimento dell'accordo. La tutela amichevole si differenzia nettamente da quella ottenuta attraverso le soluzioni aggiudicative che la giurisdizione impone accertando torti e ragioni solo all'esito di lunghi, complessi e costosi processi che definiscono il giudizio, sovente senza risolvere la controversia e, talvolta, esasperando il conflitto per lo meno ri-

spetto alla parte soccombente. Con la mediazione si realizza invece un componimento rapido e bonario, con reciproca soddisfazione di tutte le parti contraenti l'accordo, che permette loro di preservare la relazione. I vantaggi della mediazione peraltro si irradiano dalle parti contendenti ai soggetti ad esse a vario titolo collegati nei rapporti personali, familiari, economici e sociali e, quindi, beneficiano l'intera collettività. In tal senso, la mediazione previene la degenerazione giudiziale dei conflitti e svolge una funzione deflattiva del contenzioso che contribuisce alla coesione economica e sociale dell'intero Paese. Nei vari settori applicativi, inoltre, la mediazione può realizzare ulteriori finalità di tutela che si collegano tanto alla specifica tipologia di conflitti da comporre, quanto alla peculiare natura dei diritti disponibili da proteggere. Le varie discipline, in sostanza, riflettono la polifunzionalità dell'istituto giuridico.

Per favorirne l'introduzione e la diffusione, specie nei contesti più arretrati e litigiosi, la mediazione è solitamente affiancata da una serie di misure complementari che agevolano la piena conoscenza e l'efficace applicazione tra gli utenti. L'abbinamento di una pluralità di misure eterogenee, spesso tra esse combinate, che intervengono sulle fasi della preparazione, dell'organizzazione e del funzionamento della mediazione, arricchisce i contenuti della relativa disciplina e concorre a dare concreta conformazione all'istituto giuridico.

L'analisi delle discipline positive che finora si sono succedute è perciò fondamentale non solo per verificarne, a prescindere dalla terminologia impiegata, la compatibilità con la nozione di mediazione, in quanto sia salvaguardata l'essenza volontaria del procedimento compositivo, ma anche per individuare, attraverso le declinazioni normative dei principali aspetti dello statuto giuridico, le sue più frequenti variazioni invalse nella pratica. Dai processi di tipizzazione normativa e applicativa emergono tanto l'essenziale statuto comune di portata più generale, quanto i molteplici statuti speciali, corrispondenti agli schemi più diffusi di declinazione della mediazione per contenuti e settori.

In via meramente schematica ed esemplificativa, in questa sede, possono richiamarsi alcuni tra i principali modelli statutari che assumono rilievo anche ai fini del corretto inquadramen-

to della mediazione familiare. In particolare, le indicazioni raccolte sono utili per la valutazione della proposta di riforma della materia contenuta nel disegno di legge c.d. Pillon attualmente in discussione nel Parlamento². Si intende così contribuire alla discussione del delicato tema e sollecitare l'approvazione dell'attesa disciplina organica che sia coerente con il sistema delle vigenti fonti sovranazionali e nazionali.

Anzitutto, la direttiva 2008/52/CE raccoglie la disciplina quadro europea sulla mediazione nelle controversie vertenti sui diritti disponibili in materia civile e commerciale³. L'ambito applicativo trasversale è riferito direttamente alle controversie transfrontaliere, ossia tra parti contendenti dislocate in due o più Stati membri dell'UE⁴, ma le legislazioni nazionali possono estenderne l'applicazione anche alle controversie di diritto interno⁵. Una siffatta opzione, peraltro, è stata sfruttata dalla stragrande maggioranza degli Stati membri⁶ che hanno così reso la

² Disegno di legge n. 735 d'iniziativa dei senatori Pillon e altri, recante "Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità". Per un primo commento, A. MANIACI, *Ddl Pillon sull'affidamento condiviso dei figli: una riforma necessaria?*, in *Il quotidiano giuridico, Dibattiti*, 20 ottobre 2018.

³ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in proposito, tra i moltissimi contributi, AA.VV., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.VV., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.VV., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.VV., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

⁴ Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

⁵ Considerando n. 8, direttiva 2008/52/CE.

⁶ Relazione del 26 agosto 2016 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, COM (2016) 542 final,

disciplina europea uno statuto generale e comune per entrambe le tipologie, transfrontaliere e interne, di mediazioni. Nell'ampia materia civile e commerciale rientrano anche le controversie del diritto di famiglia⁷ che, peraltro, risultano essere quelle che finora nell'Unione hanno registrato complessivamente il maggior numero di mediazioni⁸. In relazione a questo e altri settori specifici di contenzioso civile e commerciale, come per esempio quello del consumo⁹, sono ipotizzati degli statuti speciali e rafforzati della mediazione¹⁰.

disponibile alla pagina web istituzionale <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0/ES>. Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (2016/2066(INI)), disponibile sulla pagina web istituzionale: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2066\(INI\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2016/2066(INI)).

⁷ Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

⁸ Relazione della Commissione europea, *cit.*, p. 5.

⁹ Considerando n. 18, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori). Per un'analisi generale di tali discipline europee, v. AA.Vv., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, Oxford, 2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016; AA.Vv., *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA.Vv., *La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR* coordinata da I. Barral Viñals, Editorial Reus, 2018; AA.Vv., *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* diretto da M.J. Ariza Colmenarejo, M. J. Fernández-Fígares Morales, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA.Vv., *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América, Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado* diretto da F. Esteban de la Losa, P. Cortés, Tirant lo Blanch, 2015; AA.Vv., *ADR. Una giustizia complementare* a cura di F. Danovi, F. Ferraris, Milano 2018; AA.Vv., *Mediación, arbitraje y ju-*

Passando alla rapida disamina della direttiva 2008/52/CE, in essa si ravvisa una prima disciplina di contenuto parziale, siccome riferita solo a taluni profili, di armonizzazione minima, in quanto lascia agli Stati membri la facoltà di introdurre discipline più estese e rigorose, e di approccio graduale, poiché dichiarata suscettibile di periodica revisione¹¹, alla luce della verifica dell'effettivo impatto. All'interno della citata direttiva, in primo luogo, sono scolpite le definizioni giuridiche aventi portata generale nell'intera Unione europea di mediazione e mediatore¹² che, nella sostanza, si incentrano sulla già menzionata essenza volontaria del meccanismo compositivo consensuale. Nella stessa fonte si rinvencono pure le prescrizioni minime che integrano lo statuto europeo comune che appare ispirato da un approccio aperto, pluralista e competitivo di modelli normativi e applicativi, e che si sviluppa sui piani della legalità e della qualità. In sintesi, quanto al primo piano dello statuto il legislatore europeo si occupa del ricorso alla mediazione¹³, indicando le principali modalità di accesso che sono considerate compatibili, anche se costrittive, qualora non pregiudichino il diritto di rivolgersi alla tutela giurisdizionale. Sono poi contemplate la necessaria riservatezza¹⁴ e l'incidenza del procedimento di mediazione sui termini di prescrizione e decadenza dei diritti¹⁵, ol-

riscicción en el actual paradigma de justicia coordinato da S. Barona Vilar, Thomson Reuters-Civitas, 2016; AA.Vv., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. Alvarez Vega e G. Capilli, Comares, 2016; AA.Vv., *Estudios sobre Justicia online* diretto da E. Vázquez de Castro, coordinato da C. Fernández Canales, Comares, 2013; AA.Vv., *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law* a cura di D.C. Dragos, B.Neamtu, Springer Berlino-Heidelberg, 2014; AA.Vv., *Fodertics II: hacia una justicia 2.0* coordinato da F. Bueno de Mata, Ratio Legis, 2014; AA.Vv., *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, Napoli, 2016; AA.Vv., *Consumer ADR in Europe* a cura di C. Hodge, I. Benöhr, N. Creuzfeldt-Banda, Oxford, 2012; AA.Vv., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015.

¹¹ Art. 11, direttiva 2008/52/CE.

¹² Art. 3, direttiva 2008/52/CE.

¹³ Art. 5, direttiva 2008/52/CE.

¹⁴ Art. 7, direttiva 2008/52/CE.

¹⁵ Art. 8, direttiva 2008/52/CE.

tre che l'attribuzione della forza esecutiva all'accordo risultante dalla mediazione¹⁶. Quanto al secondo piano dello statuto europeo, inoltre, si rimette all'autonomia delle organizzazioni di mediazione e ai mediatori l'elaborazione di propri codici di condotta in materia e, inoltre, si sollecita l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità¹⁷. A tal proposito, si individua proprio nella formazione iniziale e continua dei mediatori la principale leva per garantire la competenza, l'imparzialità e l'efficacia del servizio di mediazione.

Infine, per favorire l'effettiva conoscenza del servizio tra gli utenti e sviluppare una virtuosa dinamica concorrenziale tra i mediatori, si delinea un sistema multilivello di informazione del pubblico. A cominciare dall'ambito privato, infatti, si obbligano i professionisti a informare i clienti delle possibilità della mediazione¹⁸. Si prosegue in ambito pubblico con la responsabilizzazione dei giudici che possono invitare le parti in causa a partecipare a sessioni informative sulla mediazione¹⁹. Si richiede inoltre agli Stati membri e alla Commissione europea di informare gli utenti dell'esistenza dei codici di condotta, delle modalità di contattare le organizzazioni che offrono il servizio di mediazione²⁰ e, inoltre, delle autorità competenti a dare forza esecutiva agli accordi raggiunti in mediazione²¹.

Stante il carattere minimale e parziale dello statuto europeo della mediazione, pertanto, negli Stati membri si sono declinati altrettanti modelli nazionali, variamente costruiti a seconda delle proprie tradizioni ed esigenze giuridiche²². In tal senso, si assiste al proliferare di una molteplicità di modelli nazionali, che concorrono e si differenziano nell'Unione. Le stesse istituzioni europee, peraltro, hanno ritenuto che non fosse necessario procedere all'uniformazione, né all'armonizzazione legislativa della disci-

¹⁶ Art. 6, direttiva 2008/52/CE.

¹⁷ Art. 4, direttiva 2008/52/CE.

¹⁸ Considerando n. 25, direttiva 2008/52/CE.

¹⁹ Art. 5, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

²⁰ Art. 9, direttiva 2008/52/CE.

²¹ Artt. 6, par. 2, e 10, direttiva 2008/52/CE.

²² Considerando n. 14, direttiva 2008/52/CE.

plina, preferendo continuare a rimettersi all'autonomia degli Stati membri e dei mediatori per ottenere lo sviluppo della mediazione, quanto all'estensione dell'ambito applicativo, specie con riferimento ai conflitti familiari, soprattutto quelli transfrontalieri, e all'elevazione dei livelli qualitativi del servizio compositivo²³.

3. *La pluralità di modelli.* – Alla luce della sistematica generale della direttiva 2008/52/CE e del contenuto dello statuto comune della mediazione, si delineano pure i principali modelli attuabili negli ordinamenti nazionali²⁴. In primo luogo, possono richiamarsi alcune distinzioni fondamentali basate sul tipo di collegamento che, nell'ambito di un equilibrato rapporto²⁵, si realizza tra il ricorso alla mediazione e la concorrente tutela giudiziale. I tipi di collegamento sono principalmente due, a seconda che si stabilisca una pregiudizialità e, comunque, una sequenza prestabilita.

In particolare, muovendo dalla natura volontaria della mediazione che può essere liberamente promossa dalle parti contendenti per tentare di risolvere una controversia, il legislatore europeo espressamente prevede che gli Stati membri possano stabilire una serie di misure promozionali e costrittive per favorirne l'utilizzazione, purché non sia pregiudicato l'accesso alla tutela giudiziale²⁶. Sotto questo aspetto, la direttiva ammette che l'espe-

²³ Relazione della Commissione europea, *cit.*, p. 5.

²⁴ Sulla disciplina italiana della mediazione civile e commerciale introdotta dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ss. mm., tra gli altri, v. AA.Vv., *“La nuova mediazione civile e commerciale”* a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* a cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.Vv., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.Vv., in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011.

²⁵ Art. 1, direttiva 2008/52/CE.

²⁶ Art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

rimento della mediazione possa essere anche imposto dalla legge prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria.

In tal senso, l'esperimento della mediazione costituisce una condizione di procedibilità dell'azione giudiziale che le parti devono assolvere per iniziare una lite. Per designare siffatto tipo di soluzione, nel linguaggio comune è invalsa la locuzione di mediazione c.d. "obbligatoria", che integra un primo e fondamentale modello di declinazione dell'istituto giuridico. L'obbligatorietà è da riferire al rapporto di pregiudizialità della mediazione rispetto all'azione giudiziale imposto direttamente dalla legge.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche di recente²⁷, si è pronunciata favorevolmente sulla compatibilità dell'obbligatorietà dell'esperimento della mediazione prima dell'avvio dell'azione giudiziale. In questi casi, la parte promuove la mediazione, non solo per tentare di comporre bonariamente la controversia, ma anche per assolvere l'onere impostogli dalla legge per dare avvio all'azione giudiziale.

In sintesi, sotto questo primo aspetto, si distinguono due modelli "obbligatorio" e "volontario" di mediazione, a seconda che il suo esperimento sia o meno imposto pregiudizialmente rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria. Mentre la stragrande maggioranza degli Stati membri dell'Unione ha optato per la mediazione volontaria, l'Italia invece ne ha imposto l'obbligatorietà per moltissime controversie civili e commerciali. Una siffatta scelta politica è stata giustificata da fattori endogeni di criticità strutturale della giustizia. Si è inteso così ovviare alla mancanza di una cultura della mediazione e, altresì, realizzare il contenimento dell'enorme carico giudiziario.

Sempre con riferimento al rapporto con il processo, si opera l'ulteriore distinzione tra la mediazione che si promuove prima dell'avvio della lite giudiziale, chiamata perciò "preventiva", e

²⁷ Sentenza del 14 giugno 2017 (C-75/16) della Corte di Giustizia (prima sezione). Sul punto, R.L. BERGARECHE, *La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: especial referencia al principio de voluntariedad de las ADR en su interpretación por la STJUE de 14 de Junio de 2017*, in *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 8, 2017; A.M. MANCALEONI, *La mediazione obbligatoria nelle controversie bancarie alla luce della direttiva 2013/11/UE sull'ADR dei consumatori*, in *Il Foro italiano*, parte IV, 2017, c. 565.

quella che si svolge in pendenza del giudizio, chiamata “successiva”. Le singole discipline, infatti, potrebbero lasciare aperto l’accesso alla mediazione in entrambe le fasi processuali, oppure introdurre limitazioni che, a seconda dei casi, lo circoscrivano solo a una delle fasi.

La direttiva 2008/52/CE anche su questo punto segue un approccio aperto e pluralista, rimettendo agli Stati membri la scelta se attribuire al giudice il potere discrezionale di rivolgere alle parti in causa un invito o un ordine di esperire la mediazione in pendenza della lite²⁸. In tal senso, si parla di mediazione c.d. “delegata”²⁹, nel senso che viene esperita a seguito di sollecitazione del giudice allorquando lo stesso la reputi utile ai fini della migliore risoluzione della controversia per la quale è stata già avviata la lite. Le istituzioni europee, infatti, ritengono che il giudice possa efficacemente utilizzare siffatto potere discrezionale³⁰. In base alla concreta evoluzione processuale della dinamica tra le parti contendenti, in alternativa, il giudice potrebbe decidere di rivolgere loro una sollecitazione a partecipare a una sessione informativa sulla mediazione al fine di valutare se intraprendere siffatto procedimento di composizione alternativa.

In sintesi, sulla base della disciplina europea, si può optare per una mediazione preventiva e/o quella successiva e, in questo secondo caso, investire il giudice di un potere più o meno vincolante di sollecitazione delle parti ad avvalersi della mediazione. A tal riguardo, è bene considerare che un siffatto potere, secondo le istituzioni europee, dovrebbe essere utilizzato in particolare nelle controversie familiari, soprattutto nell’interesse dei minori, al fine di verificare in ogni momento l’opportunità di raggiungere una composizione amichevole senza attendere la conclusione dell’intero giudizio.

²⁸ Art. 5, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

²⁹ In una prospettiva internazionale, sulla mediazione delegata, AA.VV., *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* con la direzione di J.L. Argudo Pérez, Reus, 2019; M.C. BALLESTEROS RAYÓN, *La mediación intrajudicial en España: su aplicación práctica*, in *Anuario de mediación y solución de conflictos*, 2015, pp. 21 ss.; C. BESSO, *L’attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 874 ss.

³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo, cit., punto 8.

Tra le più significative distinzioni ravvisabili negli statuti della mediazione, quanto alla modalità di conduzione del procedimento, si devono richiamare quelle concernenti le tecniche di comunicazione utilizzabili dal mediatore nel prestare l'assistenza alle parti. Pur essendo privo di poteri decisori, infatti, il mediatore può condurre il procedimento finalizzato all'accordo conciliativo con modalità assai differenti, a seconda delle discipline applicabili. In tal senso, si è soliti indicare nella mediazione c.d. "facilitativa" quella nella quale il mediatore si limita a favorire il dialogo tra le parti che definiscono esse stesse il possibile accordo amichevole. In tal caso, il supporto assistenziale fornito dal mediatore è minimale, in quanto egli si limita a verificare la disponibilità delle parti a mediare e le stimola a collaborare nell'attività di ricerca e costruzione del contenuto dell'accordo. Di contro, si ravvisa la mediazione c.d. "valutativa" allorché il mediatore sia facoltizzato o, a seconda degli statuti, tenuto a formulare direttamente una sua proposta risolutiva della controversia da sottoporre all'accettazione delle parti che, però, restano libere di condividerla. Nel prestare l'assistenza, perciò, il mediatore si avvale anche delle tecniche valutative, mediante le quali si spinge a prospettare alle parti il contenuto di quella che egli ipotizza essere la soluzione preferibile della controversia. La formulazione dell'ipotesi risolutiva, in quanto sempre finalizzata a favorire il raggiungimento dell'accordo delle parti, resta perciò aperta all'eventuale loro adesione che, di conseguenza, potrebbe anche mancare.

Nel costruire la disciplina della mediazione, pertanto, si può scegliere di utilizzare tanto il modello facilitativo³¹ quanto quello valutativo³². Il legislatore europeo, sul punto, non opera re-

³¹ Sulla mediazione facilitativa, A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 12 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 10 ss.; M. M. ANDRIEONI e S. ROMANO, *ivi*, pp. 172 ss.; M. BUZIO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, cit., pp. 71 ss.

³² Sulla mediazione valutativa, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 213 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 292 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in *La*

strizioni, in quanto considera compatibili con lo statuto comune della mediazione tutte le diverse modalità di condurre il procedimento che siano finalizzate a fare raggiungere alle parti l'accordo. Spetta alle legislazioni nazionali definire quali tecniche di mediazione siano utilizzabili dal mediatore.

Il legislatore italiano, in particolare, ha optato per il modello valutativo, disponendo che il mediatore se chiesto dalle parti debba o altrimenti possa provvedere a formulare per iscritto una proposta risolutiva³³. Malgrado le parti siano libere di accettare la proposta risolutiva, le stesse devono essere preventivamente informate dal mediatore delle conseguenze negative di tipo processuale alle quali si espongono se il loro rifiuto risulti ingiustificato³⁴.

Delle ulteriori distinzioni sono prospettabili rispetto ai restanti profili organizzativi del servizio compositivo, tra l'altro, a seconda che al procedimento debba partecipare la parte personalmente ovvero si possa o debba fare assistere e rappresentare da un professionista legale. In tal senso, a differenza del processo giudiziale nel quale è tendenzialmente necessaria la difesa tecnica dell'avvocato³⁵, nella mediazione si possono dare soluzioni diverse, più o meno restrittive. La direttiva 2008/52/CE non introduce alcuna limitazione sul punto, che potrebbe essere definito dalle legislazioni nazionali. Tuttavia, all'interno della disciplina europea della mediazione di consumo, oltre che delle altre procedure ADR per i consumatori, nell'imporre l'osservanza di principi armonizzati di qualità, si stabilisce l'espreso divieto di imporre il ricorso all'assistenza o rappresentanza obbligatoria dell'avvocato, lasciando però le parti libere di decidere se avvalersene³⁶. La disciplina italiana della mediazione civile e commerciale, di contro, impone l'obbligatorietà dell'assistenza legale delle parti durante l'intero svolgimento del pro-

mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, cit., pp. 59 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 292 ss.; F. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2013, pp. 28 ss.

³³ Art. 11, d.lgs. 28/2010.

³⁴ Art. 13, d.lgs. 28/2010.

³⁵ Art. 82 ss. cod. proc. civ.

³⁶ Art. 9, par. 1, lett. c), direttiva 2013/11/UE.

cedimento compositivo³⁷. In proposito, è da segnalare pure un orientamento giurisprudenziale che richiede anche la presenza personale delle parti nel procedimento affinché possa dirsi effettivamente esperito il tentativo di conciliazione³⁸.

Sempre sotto il profilo organizzativo, la mediazione può seguire o meno il modello c.d. istituzionalizzato. Esso è ravvisabile allorquando la mediazione si debba incardinare presso organismi stabilmente strutturati che, al loro interno, si avvalgono della collaborazione dei mediatori. Nel modello alternativo, invece, si ammette che il servizio compositivo sia offerto direttamente dagli stessi mediatori che possono operare, individualmente o collegialmente, senza dotarsi di una siffatta struttura. In caso di mediazione istituzionalizzata, altra distinzione rilevante attiene alla natura pubblica ovvero privata dell'organismo compositivo. La direttiva 2008/52/CE non pone alcuna restrizione al riguardo, limitandosi ad esprimere la compatibilità della mediazione con le diverse modalità di nomina del mediatore³⁹. Per la mediazione di consumo, al pari delle altre ADR per i consumatori, il legislatore europeo pretende l'esistenza di organismi che siano stabilmente strutturati e rispettino tutti i requisiti di qualità⁴⁰, anche per quanto attiene alle persone fisiche che sono incaricate della gestione dei procedimenti⁴¹. Il legislatore italiano,

³⁷ Art. 4, d.lgs. 28/2010.

³⁸ Tra le numerose pronunce, v. Tribunale di Verona, 28 settembre 2016; Tribunale di Verona, 11 maggio 2017; Tribunale di Firenze, 17 marzo 2014; Tribunale di Firenze, 19 marzo 2014; Tribunale di Ferrara, 28 luglio 2016; Tribunale di Reggio Emilia, 26 giugno 2017; Tribunale di Vasto, 9 aprile 2018.

³⁹ Art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE.

⁴⁰ Capo II, Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR, artt. 5-13, direttiva 2013/11/UE.

⁴¹ Art. 6, direttiva 2013/11/UE. Sulla forza esecutiva degli accordi raggiunti in mediazione, tra i tanti contributi, S. TAMAYO HAYA, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villalunga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 331 ss.; A. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati – circa la conformità dell'accordo alle norme imperative – e all'ordine pubblico*, in *Esecuzione forzata*, n. 3, 2018, pp. 536 ss.; M. FILIPPELLI, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 585 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 344 ss.

con riferimento alla disciplina della mediazione civile e commerciale, ha optato per il modello istituzionalizzato, avendo imposto che il servizio compositivo sia incardinato negli appositi organismi che si devono stabilmente strutturare, avvalendosi anche di un adeguato numero di mediatori. Tanto agli organismi di mediazione, quanto ai mediatori si impone il possesso di specifici requisiti al fine di potersi iscrivere negli appositi registri pubblici tenuti dal Ministero della Giustizia e, così, operare sul mercato. La disciplina italiana, quanto alla natura giuridica degli organismi di mediazione, ammette tanto quelli pubblici, quanto quelli privati, pur assoggettandoli a requisiti organizzativi e di funzionamento in parte differenziati, ad esempio nel regime tariffario del servizio compositivo⁴².

Sul piano economico, inoltre, si distingue tra servizio erogato agli utenti gratuitamente ovvero a pagamento. Sul punto, la direttiva 2008/52/CE lascia aperta sia la questione del finanziamento, pur ipotizzando che possa essere sia pubblico che privato⁴³, sia del carattere oneroso o gratuito della mediazione. Le istituzioni europee, in sede di verifica dell'impatto della direttiva, con particolare riguardo alla mediazione familiare hanno raccomandato l'introduzione di garanzie rafforzate, tra l'altro, quanto all'equità dei costi del servizio compositivo per gli utenti⁴⁴. Nella disciplina consumeristica europea della mediazione e delle altre procedure ADR, si stabilisce che il servizio compositivo sia accessibile gratuitamente per i consumatori⁴⁵. Il legislatore italiano ha configurato la mediazione civile e commerciale in termini onerosi e, di regola, sono perciò le parti che si avvalgono del servizio a doverlo pagare, ancorché in base ad un regime tariffario⁴⁶ e con alcune limitazioni. Le parti non abienti sono esentate dal pagamento⁴⁷ e, inoltre, le indennità non sono dovute per l'iniziale fase dell'incontro programmati-

⁴² Art. 16, d.lgs. 28/2010.

⁴³ Considerando n. 17, direttiva 2008/52/CE.

⁴⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, *cit.*, raccomandazioni n. 15.

⁴⁵ Art. 8, lett. c), direttiva 2013/11/UE.

⁴⁶ Art. 17, comma 4, d.lgs. 28/2010.

⁴⁷ Art. 17, comma 5-*bis*, d.lgs. 28/2010.

co⁴⁸ propedeutico a quella di merito nello svolgimento della mediazione.

Infine, quanto all'attribuzione della forza esecutiva all'accordo di mediazione, la direttiva 2008/52/CE ammette che le legislazioni degli Stati membri possano discrezionalmente attribuire la competenza agli organi giudiziari o alle autorità amministrative, fissando le corrispondenti procedure⁴⁹. In base alla legislazione italiana la competenza spetta all'autorità giudiziaria che, attraverso il Presidente del tribunale avente circoscrizione nella sede dell'organismo di mediazione, con l'omologa controllerà la regolarità procedurale e la legalità sostanziale dell'accordo. Siffatto controllo giudiziario, con la più recente normativa, può essere sostituito dalla certificazione di legalità dell'accordo resa dagli avvocati che assistono le parti⁵⁰.

In un siffatto quadro generale, europeo e nazionale, dedicato alla disciplina organica della mediazione in materia civile e commerciale, pertanto, si deve sistematicamente collocare anche la riforma italiana della mediazione familiare. La natura peculiare dei valori di rango costituzionale tutelati nei conflitti familiari, infatti, esige l'introduzione di garanzie rafforzate, scegliendole tra i vari modelli di mediazione prospettati, ma non muta l'essenza comune, né i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento del servizio compositivo.

4. *La specialità della mediazione familiare.* – La specialità della mediazione familiare⁵¹ si spiega per molteplici ragioni collegate

⁴⁸ Art. 17, comma 5-ter, d.lgs. 28/2010.

⁴⁹ Art. 6, direttiva 2008/52/CE.

⁵⁰ Art. 12, d.lgs. 28/2010.

⁵¹ Sulla mediazione familiare, in una prospettiva internazionale, tra i tantissimi contributi, v. AA.VV., *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica* a cura di E. GONZÁLES PILLADO, F. FARIÑA RIVERA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; AA.VV., *La mediación en materia de familia y derecho penal estudios y análisis* a cura di F. Martín Diz, Andavira, 2011; M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar*, El Justicia de Aragón, 2012; P.G. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013; C. TROISI, *La mediazione familiare in Italia*, in *Quaderni di con-*

al più circoscritto ambito applicativo, rispetto alla materia delle controversie civili e commerciali, alla rilevanza costituzionale delle situazioni giuridiche coinvolte nei conflitti familiari e all'esigenza di preservare una buona relazione tra i familiari nell'interesse preminente dei figli minori⁵². Tali fattori, tradizionalmente, hanno giustificato la costruzione del diritto di famiglia come un micro sistema giuridico di protezione rafforzata anche nella gestione della fase patologica della crisi familiare. L'avvicinamento delle discipline e delle tutele non ha tuttavia eliminato la perdurante specialità del diritto familiare.

L'apertura di spazi crescenti di autonomia si mostra anche attraverso il moltiplicarsi degli statuti familiari: alla famiglia fondata sul matrimonio, infatti, si affiancano quelle risultanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso e dagli accordi di stabile convivenza che rispondono ad altrettante esigenze aggregative⁵³. Sul piano organizzativo, oltre che della gestione delle interazioni fa-

ciliazione a cura di C. Pilia, n. 3, 2012, pp. 129 ss.; M.J. BRAVO BOSH, *La mediación familiar*, *ivi*, pp. 153 ss.; S. PRINCE, *Access to court? "Encouraging" Consumers to Use Court-Connected Mediation in Small Claims and Other Cases*, in *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, *cit.*, pp. 94 ss.; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006; M. BASILE, *La mediazione nelle controversie coniugali sugli effetti della separazione del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di M. Forino, F. Ruscello, Milano, 2011, pp. 1951 ss.

⁵² Sulla tutela dell'interesse dei minori nella mediazione familiare, di recente, F. MORENO MOZO, A. MATIN VELARDE, *La mediación como cauce para proteger el interés superior del menor en los casos de sustracción internacional de menores*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 10, 2019, Cagliari, in corso di stampa.

⁵³ Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Al riguardo, tra gli altri, AA.VV., *Le nuove famiglie. Unioni civili, convivenze, famiglie ricostruite: costituzione, diritti e doveri, rapporti personali e patrimoniali, filiazione, responsabilità, crisi della coppia e scioglimento, successione mortis causa, convenzioni e formula contrattuali* a cura di A. Albanese, Pisa, 2019; F. GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in www.personaedanno.it, 2016, pp. 1 ss.; L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *Jus civile*, 2016, pp. 96 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, pp. 845 ss.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1792 ss.

miliari, l'eguaglianza e il rispetto delle posizioni meritevoli di tutela riferibili a tutti i componenti delle famiglie, rimette alla dialettica dei consensi l'appropriata definizione dei loro assetti personali e patrimoniali, attratti nell'area della diponibilità. La condivisione diviene il criterio primario nella composizione di tutti i conflitti, dai dissidi nella conduzione della famiglia, da gestire efficacemente per mantenerla in vita, alle controversie conseguenti alla sua dissoluzione che attraverso i percorsi di crisi devono garantire l'interesse preminente dei figli minori.

Il superamento del tradizionale principio che imponeva l'intervento costitutivo del giudice nei casi di separazione, divorzio o modifica delle relative condizioni, malgrado l'accordo tra i coniugi, rilancia decisamente la natura disponibile delle posizioni familiari coinvolte nella crisi familiare, ancorché nel rispetto di speciali garanzie.

In tal senso, la recente riforma sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso⁵⁴ offre importanti indicazioni sistematiche laddove applica alla crisi familiare il medesimo sistema di risoluzione alternativa, la negoziazione assistita tramite avvocati⁵⁵, previsto per le controversie civili e commerciali⁵⁶, ancorché con l'introduzione di speciali controlli.

La specialità della materia familiare, pertanto, è pienamente compatibile con l'utilizzazione dei meccanismi stragiudiziali di risoluzione consensuale della crisi che sono utilizzati nei restanti conflitti civili e commerciali. La specialità delle posizioni coinvolte, tuttavia, ha imposto l'introduzione, accanto all'assistenza degli avvocati, di garanzie rafforzate di tutela per i soggetti più deboli, costituite dal controllo della Procura della Re-

⁵⁴ Decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, coordinato con la legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162, recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile». Su tale disciplina, F.P. LUISSO, *La negoziazione assistita*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4/2015, pp. 649 ss.; C. PUNZI, *La c.d. «degiurisdizionalizzazione» della giustizia civile*, in Punzi, *Il processo civile - Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, pp. 1 ss.; G. FREZZA, *“Degiurisdizionalizzazione”, negoziazione assistita e trascrizione*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 1/2015, pp. 18 ss.

⁵⁵ Art. 6, d.l. n. 132/2014.

⁵⁶ Art. 2, d.l. n. 132/2014.

pubblica. L'accordo raggiunto dai genitori, infatti, sarà sottoposto al controllo di legalità⁵⁷, diversamente atteggiato a seconda che nella famiglia siano coinvolti figli maggiorenni⁵⁸, ovvero minorenni o economicamente non autosufficienti⁵⁹.

Considerazioni analoghe, per tanti versi, possono riproporsi con riferimento alla specialità della mediazione familiare rispetto a quella civile e commerciale. Lungi dall'escludere l'applicazione della mediazione, la specialità dei conflitti familiari richiede l'adozione di garanzie rafforzate nella tutela dei diritti coinvolti, specie quelli dei soggetti più deboli. La rapida evoluzione che ha subito il diritto di famiglia in Italia, pertanto, impone un deciso ripensamento dell'approccio frammentario e marginale che finora è stato riservato alla mediazione familiare rispetto alla mediazione civile e commerciale. Parimenti importante è la definizione di un puntuale raccordo sistematico con

⁵⁷ Art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014. Al riguardo, v. G. CARMELLINO, *Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/2018, pp. 481 ss.; I. OTTOBRINO, *Patti di trasferimento patrimoniale. La "degiurisdizionalizzazione" in materia di separazione e divorzio: semplificazione o vulnus di tutela?*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 4/2017, pp. 501 ss.; F. DANOVÌ, *Famiglia e giustizia. Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Famiglia e diritto*, n. 11/2015, pp. 1043 ss.; F. TOMMASEO, *Risoluzione stragiudiziale delle controversie. La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Il corriere giuridico*, n. 8-9, 2015, pp. 1141 ss.; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2015, pp. 575 ss.

⁵⁸ "In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3".

⁵⁹ "In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo".

quest'ultima disciplina organica, al fine di integrarla e svilupparla per quegli elementi di specialità che richiedono una particolare attenzione.

5. *Le criticità della disciplina vigente.* – La mediazione familiare in Italia non ha finora ricevuto adeguata considerazione, malgrado molteplici fonti internazionali ed europee⁶⁰ ne promuovano l'applicazione per la tutela della famiglia e, specialmente, dei soggetti più deboli e meritevoli di tutela. La mediazione familiare, infatti, trova diffusa e risalente applicazione negli ordinamenti nazionali, sia fuori che dentro l'Unione Europea⁶¹.

La mancata o scarsa applicazione della mediazione familiare in Italia si spiega per una serie di ragioni strutturali di carattere ostativo che paiono finalmente in via di superamento⁶². La prima e più profonda ragione è di tipo culturale legata appunto alla mancanza in Italia di una cultura della mediazione e, più in generale, dei meccanismi consensuali di risoluzione extragiudiziale delle controversie, specie nell'ambito familiare. L'approccio ancora dominante al conflitto è improntato al litigio e, quindi, alla contrapposizione delle posizioni da risolvere nella maniera agiudicativa in sede giurisdizionale. Poiché la giustizia ha coinciso tendenzialmente con la giurisdizione pubblica, ad essa sono stati funzionalizzati gli interventi in questa materia, senza considerare altri meccanismi. Così, non solo sul piano infrastrutturale, ma anche su quelli educativo, formativo e profes-

⁶⁰ La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo nel 1996 e ratificata in Italia con l. 20 marzo 2003 n. 77, all'art. 13 dispone: «*Al fine di prevenire o di risolvere i conflitti, e di evitare procedimenti che coinvolgano minori dinanzi ad un'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 le Parti riterranno opportuni*».

⁶¹ Con riferimento all'esperienza spagnola in materia di mediazione familiare, G. VALLEJO PÉREZ, *La mediación familiar en el sistema jurídico español: de su implantación legislativa a sus retos futuros*, Reus, Madrid, 2019.

⁶² C. PILIA, *La mediazione come meccanismo di prevenzione delle crisi familiari nell'esperienza italiana*, in *Liber amicorum* per B. Troisi, II, a cura di C. Cicero, G. Perlingieri, Napoli, 2017, pp. 1001 ss.

sionale nessuna strategia complessiva è stata impostata per organizzare i servizi extragiudiziali di risoluzione delle controversie familiari. In tal senso, la marginalità delle tutele alternative sottende anche una certa diffidenza o preoccupazione che esse possano attentare o, in qualche modo, ridurre il diritto fondamentale costituzionalmente garantito alla tutela giurisdizionale. In tal senso, le preoccupazioni sono maggiormente avvertite in quei settori di contenzioso più delicati, in quanto coinvolgono direttamente valori costituzionalmente rilevanti ovvero interessano relazioni fortemente squilibrate. In tal senso, come osservato, il diritto di famiglia ha costituito uno dei settori che, rispetto agli altri del diritto privato, più tardi si è aperto all'autonomia tanto nella configurazione e gestione delle relazioni, quanto nella risoluzione dei relativi conflitti.

La mancanza di una cultura della mediazione familiare, peraltro, esprime proprio l'assenza di un contesto favorevole alla conoscenza, divulgazione e pratica dei sistemi alternativi di componimento dei conflitti in questo contesto⁶³. Siffatte condizioni, dietro sollecitazione comunitaria, si stanno gradualmente realizzando anche in Italia, con l'introduzione di apposite discipline, che soprattutto si sono sviluppate in materia civile e commerciale.

La seconda ragione ostativa è di tipo più propriamente normativo, in quanto è finora mancata una disciplina positiva organica della mediazione familiare. Pur comparando nella legislazione italiana alcuni specifici e risalenti riferimenti normativi, relativi alle novelle codicistiche sulla repressione degli abusi familiari⁶⁴ e

⁶³ Sulla cultura della mediazione, tra gli altri, v. C. PILIA, *Il registro europeo dei mediatori online, Verso una piattaforma tecno-democratica per la giustizia alternativa*, Cagliari, 2019, pp. 41 ss.; F. DANOVÌ, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; C. CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Il corriere giuridico*, n. 10, 2014, p. 1263; A. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, cit., pp. 1451 ss.

⁶⁴ Legge 4 aprile 2001, n. 154 recante Misure contro la violenza nelle relazioni familiari, sulla quale v. A.G. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, Milano, 2003; G. BASILICO, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1116; M. PALADINI, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, misure "anticipatorie" dei provvedimenti provvisori nella separazione personale?*, in *Fam. pers. succ.*, 8-9, 2010, pp. 566 ss.

l'affido condiviso dei figli nella crisi familiare⁶⁵, è mancata finora una disciplina complessiva che permettesse all'istituto giuridico di assumere una precisa configurazione e avere concreta applicazione. Gli indici normativi sono sostanzialmente rimasti sulla carta, malgrado il passare degli anni e le sollecitazioni internazionali ed europee⁶⁶, senza che la mediazione familiare ricevesse impulso e si potesse strutturare anche in Italia.

In particolare, il primo riferimento normativo⁶⁷, in caso di abusi familiari, attribuisce al giudice il potere di adottare ordini di protezione e disporre il ricorso ai servizi sociali, alle associazioni a tutela delle donne e, anche, alla mediazione. La disposizione presuppone la pendenza di un giudizio con l'adozione di un provvedimento giudiziale e, tendenzialmente, il perpetrarsi di un abuso. Non si precisa, inoltre, che funzione o attività sia demandata al servizio della mediazione familiare, né chi e come possa svolgerla.

Più significativa è l'altra fattispecie codicistica risalente all'introduzione della riforma dell'affido condiviso che, in specie, attribuisce al giudice, nella separazione personale dei coniugi, il potere di disporre, con l'accordo dei coniugi stessi, la mediazione familiare prima di adottare i provvedimenti riferiti ai figli, per quanto attiene alla definizione dei profili personali e patrimoniali⁶⁸. Pure siffatta ipotesi presuppone la pendenza del giudizio e, inoltre, subordina l'esperimento della mediazione alla decisione discrezionale del giudice e, comunque, la vincola alla manifestazione di consenso di entrambi i coniugi. La norma non precisa in alcun modo chi e come debba svolgere la mediazione, né quale valore abbia l'eventuale accordo raggiunto dai coniugi stessi con l'assistenza del mediatore.

⁶⁵ Legge 8 febbraio 2006, n. 54, recante disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, sulla quale v. AA.VV., *L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia* a cura di M. Sesta, A. Arceri, Torino, 2012.

⁶⁶ Relazione della Commissione europea, *cit.*, pp. 1 ss.; Risoluzione del Parlamento europeo, *cit.*, punto 7 ss.

⁶⁷ L'art. 342-*ter* (Ordine di protezione), cod. civ., è stato introdotto dall'art. 2, della citata l. 154/2001.

⁶⁸ La disciplina dell'art. 155-*sexies* (Poteri del giudice e ascolto del minore), cod. civ., è stata introdotta dall'art. 1, comma 2, della citata l. 54/2006.

Siffatte carenze normative non hanno trovato soluzione neppure con i più recenti interventi legislativi che, come già osservato, con riferimento alla richiamata riforma sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso familiare⁶⁹ hanno superato il principio tradizionale della necessità di una pronuncia costitutiva del giudice per definire gli assetti della crisi familiare⁷⁰. Più precisamente, un nuovo riferimento alla mediazione familiare si rinviene a proposito della procedura alternativa della negoziazione assistita tramite avvocati che, come accennato, in caso di accordo tra i coniugi produce gli stessi effetti dei provvedimenti giudiziali di separazione, divorzio o modifica delle relative condizioni, senza necessità di una pronuncia giudiziale, neanche quando ci sono figli⁷¹. Per tali eventualità, infatti, si prevede il controllo della Procura della Repubblica⁷² e, inoltre, con la certificazione degli avvocati l'accordo acquisisce forza esecutiva⁷³

⁶⁹ Artt. 6-12, d.l. 132/2014.

⁷⁰ F. TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, cit., pp. 1146 ss.

⁷¹ Ai sensi, dell'art. 6, comma 3, d.l. 132/2014: «L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. ...».

⁷² Art. 6, comma 2, d.l. 132/2014: «In mancanza di figli minori. Di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti ai sensi del comma 3. In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. All'accordo autorizzato si applica il comma 3».

⁷³ Art. 5 (Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione), commi 1 e 2, d.l. 132/2014.

e, con l'intervento notarile, si può pure trascrivere nei registri immobiliari⁷⁴. Più precisamente, si stabilisce che gli avvocati devono in via preliminare tentare di riconciliare i coniugi⁷⁵ e, quindi, soltanto se non si ricompono la famiglia, procedere alla negoziazione sul merito dei singoli aspetti della separazione e del divorzio. Allorquando il tentativo di (ri)conciliazione non sortisca effetto positivo, gli avvocati devono anche fare riferimento alla possibilità per i coniugi di ricorrere alla mediazione familiare per trovare una soluzione amichevole della controversia⁷⁶. La stessa mediazione, pertanto, nella sequenza riportata si pone come rimedio preventivo di composizione della crisi familiare, che precede l'espletamento della negoziazione assistita e, in caso di fallimento, la stessa lite.

La mancanza di una disciplina organica della mediazione familiare, a questo punto, costituisce la maggiore criticità ancora da superare, considerando che la mediazione in materia civile e commerciale già dispone, sia a livello europeo che italiano, di una sua propria disciplina generale.

6. *Il disegno di legge Pillon*. – La presentazione del disegno di legge n. 735 recante “*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*”, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, il 1 agosto 2018, a firma del senatore Pillon e altri⁷⁷, ha suscitato un forte interesse e animato un vivace dibattito, se non un scontro tra schieramenti politici, sulle principali novità che intende in-

⁷⁴ Art. 5, comma 3, d.l. 132/2014.

⁷⁵ Art. 6, comma 3, d.l. 132/2014: «...*Nell'accordo si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori*».

⁷⁶ Art. 6, comma 3, d.l. 132/2014.

⁷⁷ Il disegno di legge n. 735, presentato a firma dei Senatori Pillon, Ostellari, Candura, Emanuele Pellegrini, Piarulli, D'Angelo, Evangelista, Giarruso e Riccardi, è disponibile con tutti gli atti e documenti dell'iter parlamentare sul sito web istituzionale del Senato della Repubblica, all'indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01071882.pdf>.

trodurre nella disciplina del diritto di famiglia, anche per quanto concerne l'istituto giuridico della mediazione familiare.

Secondo i promotori, il disegno di legge intende dare attuazione al c.d. "Contratto di Governo" stipulato dalla maggioranza parlamentare che, con riguardo al diritto di famiglia, prevede l'introduzione di significative novità normative che consolidano la progressiva degiurisdizionalizzazione della materia. Si intende, infatti, rimettere al centro la famiglia e i genitori e soprattutto restituire in ogni occasione possibile ai medesimi genitori il diritto di decidere sul futuro dei loro figli e lasciare al giudice il ruolo residuale di decidere nel caso di mancato accordo, ovvero di verificare la non contrarietà all'interesse del minore delle decisioni assunte dai genitori. Si richiama l'idea della famiglia quale organismo capace di equilibri e bilanciamenti che la norma giuridica, come pure il giudice, deve saper rispettare per quanto possibile.

Sul piano politico, il contratto di governo della maggioranza parlamentare indica quattro principali criteri da attuare con il disegno di legge di riforma: a) la mediazione obbligatoria per le questioni in cui siano coinvolti i figli minorenni; b) l'equilibrio tra entrambe le figure genitoriali e tempi paritari; c) il mantenimento in forma diretta senza automatismi; d) il contrasto all'alienazione parentale. Nella presentazione del disegno di legge, i percorsi di riforma risultano accompagnati dall'esplicitazione delle ragioni che li supportano.

Così, in relazione alla mediazione civile obbligatoria ai relatori sono note le questioni pregiudiziali che sono state sollevate da taluni con riguardo alla possibilità per la norma di imporre un procedimento di mediazione. Il modello della mediazione obbligatoria, invero, è stato già utilizzato dal legislatore nelle controversie civili e commerciali⁷⁸, anche nel settore di consumo⁷⁹, superando il vaglio di compatibilità con il diritto europeo⁸⁰. Tuttavia, si segnala come sia strano che la mediazione preventiva sia

⁷⁸ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010.

⁷⁹ Art. 141 (Disposizioni generali: definizioni ed ambito applicativo), comma 6, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).

⁸⁰ Sentenza della Corte di Giustizia (prima sezione) del 14 giugno 2017 (C-75/16), *cit.*

stata imposta in settori assai meno coinvolgenti la vita delle persone e invece si pongano forti limitazioni con riguardo alla materia del diritto di famiglia.

La mediazione e, comunque, i meccanismi ADR, se ben concepiti e caldeggiati, invero, potrebbero evitare a molte famiglie la lite giudiziaria, che costituisce di per sé autonoma fonte di fallimento e vicenda foriera di conseguenze personali e relazionali, le cui spese vengono in ogni caso pagate a caro prezzo dai molti minori coinvolti. L'esigenza di scongiurare che ai figli minori si infliggano pure gli effetti negativi della lite giudiziaria oltre a quelli insiti nella crisi familiare, infatti, spinge ad adottare percorsi di composizione amichevole più rapidi.

A fronte dell'imposizione normativa del procedimento ADR è però necessario, secondo gli stessi presentatori del disegno di legge, che siano apprestate le garanzie affinché lo si renda capace di incidere positivamente sulle situazioni concrete. In particolare, si dovrebbe evitare, per quanto possibile, che le famiglie con minori siano costrette al "tunnel giudiziario". La conformazione della mediazione familiare, pertanto, dovrebbe soddisfare tale primaria esigenza di tutela dei soggetti più deboli e indifesi rispetto alla gestione giustiziale della crisi familiare.

Come già esposto, infatti, la vigente normativa prevede la mediazione familiare, ma gli episodici interventi legislativi non sono stati sufficienti a conformare in maniera completa ed efficace l'istituto. In tal senso, diviene fondamentale declinare lo statuto della mediazione familiare secondo i modelli che risultino più appropriati ed efficaci.

L'introduzione della disciplina dell'affido condiviso, con la già citata legge n. 54/2006⁸¹, infatti, era stata accompagnata dalla espressa previsione dell'utilizzabilità della mediazione familiare⁸² per regolare in maniera condivisa gli assetti personali e patrimoniali con i figli dei genitori che si separano. Tale inter-

⁸¹ Art. 1 (Modifiche al codice civile), l. 54/2006.

⁸² Art. 155-sexies (Poteri del giudice e ascolto del minore), comma 2, cod. civ.: «Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

vento normativo, nell'insieme, non ha ottenuto risultati soddisfacenti e, pertanto, si impone una profonda e complessiva revisione della crisi familiare che, sempre all'interno del disegno di legge in esame, coinvolge anche la mediazione familiare.

In particolare, con riferimento all'affido condiviso si evidenzia come la riforma del 2006 sia stata sostanzialmente fallimentare, in quanto l'Italia rimane uno degli ultimi Paesi del mondo industrializzato in ordine alle tutele della bigenitorialità delle coppie separate. Tale principio sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991 n. 176⁸³, è stato ripreso con la citata riforma dell'affido condiviso, quale forma privilegiata di affido, anche se nella pratica è tuttora preminente quello materialmente esclusivo. L'arretratezza rispetto agli altri Paesi nell'attuare il principio della bigenitorialità determina una sostanziale violazione del precetto normativo che si traduce in un gravissimo pregiudizio per i figli minori. In tal senso, si richiama pure l'esigenza di attuare finalmente la risoluzione del Consiglio d'Europa n. 2079/2015⁸⁴ che sollecita gli Stati membri ad adottare legislazioni che assicurino l'effettiva uguaglianza tra padre e madre nei confronti dei propri figli, al fine di garantire a ogni genitore il diritto di essere informato e di partecipare alle decisioni importanti per la vita e lo sviluppo del loro figlio, nel miglior interesse di quest'ultimo. Si consiglia altresì di introdurre nella legislazione il principio della doppia residenza o del doppio domicilio dei figli in caso di separazione, limitando le eccezioni ai casi di abuso o di negligenza verso un minore, o di violenza domestica.

La stessa risoluzione suggerisce di adottare tutte le misure necessarie a garantire la piena esecuzione delle decisioni relative alla residenza dei figli e agli incontri con i genitori, anche dando seguito a reclami relativi alla mancata frequentazione dei bambini, incoraggiando in ogni caso la mediazione all'in-

⁸³ Legge 27 maggio 1991, n. 176, Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, in GU Serie Generale n. 135 del 11.06.1991, Suppl. Ordinario n. 35.

⁸⁴ La fonte è disponibile sul sito web istituzionale del Consiglio d'Europa, all'indirizzo: <https://www.coe.int/it/web/portal>.

terno delle procedure giudiziarie in materia familiare relativamente ai minori, istituendo un percorso informativo obbligatorio stabilito dal giudice. La mediazione familiare, infine, nella risoluzione è affiancata dai piani parentali che, sempre con la citata risoluzione, si chiede che siano incoraggiati dai Paesi membri. L'elaborazione dei piani parentali, infatti, permette ai genitori di definire loro stessi i principali aspetti della vita di loro figlio. I due meccanismi estragiudiziali di composizione amichevole dei conflitti familiari sono destinatari di una compiuta regolamentazione che li mette in stretto collegamento.

Nel disegno di legge Pillon, in coerenza con siffatti principi cardine, si propone una più ampia rivisitazione dei principali istituti giuridici della crisi familiare. Più precisamente, sul piano patrimoniale, si intende finalmente passare al principio del mantenimento della prole a carico di ciascuno dei genitori, individuando nell'assegno perequativo solo uno strumento residuale⁸⁵. Dovendo trascorrere il figlio minore tempi sostanzialmente equipollenti con ciascun genitore, è molto più agevole per questi ultimi provvedere direttamente alle esigenze della prole. In tal senso, si applica il principio che entrambi i genitori sono tenuti al mantenimento in forma diretta, possibilmente individuando i costi standards e i capitoli di spesa.

Alla luce di tali principi, si deve ripensare anche l'istituto giuridico dell'assegnazione della casa familiare, che costituisce una voce significativa di contribuzione economica, sovente causa di atteggiamenti opportunistici e fonte di gravi conflitti. Il superamento di tale istituto si giustifica dal momento che non si avrà più un unico genitore collocatario, disponendo il figlio praticamente due case. Per tali ragioni, si avanza una proposta di complessiva rivisitazione della gestione della casa familiare dopo la crisi, a seconda del regime dominicale.

Lo strumento che dovrà consentire ai genitori di evitare contrasti pretestuosi, concentrandosi sulla centralità dei figli è costituito dal piano genitoriale. Con tale strumento i genitori dovranno confrontarsi per individuare le concrete esigenze dei fi-

⁸⁵ Sul sistema del mantenimento dei figli nella crisi familiare, in termini generali, anche i riferimenti bibliografici, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2017, pp. 201 ss.

gli minori e definire i rispettivi contributi educativi e progettuali con riferimento ai tempi e alle attività della prole e i relativi capitoli di spesa.

La riforma intende restituire ai genitori la responsabilità decisionale, munendoli di strumenti ADR (conciliazione, mediazione e coordinazione genitoriale) al fine di supportarli nelle situazioni di difficoltà di dialogo, allorché non appaiano in grado di mantenere aperto il canale comunicativo nell'interesse dei minori. Un ruolo significativo, nell'interesse degli stessi, è riconosciuto anche ai nonni. Costoro possono operare degli interventi propositivi *ad adiuvandum*, che favoriscano il diritto dei minori a intrattenere rapporti significativi con i propri ascendenti.

La proposta di riforma, inoltre, intende contrastare il fenomeno dell'alienazione genitoriale, che si manifesta nel rifiuto manifestato dal minore di intrattenere forme di relazione con uno dei genitori. Si tratta di situazioni pericolose per il corretto e armonico sviluppo psicofisico del minore. A tal riguardo, si intende realizzare positivamente e a pieno il diritto relazionale dei minori ad avere rapporti continuativi con i propri familiari con i quali si esercitano corrispondenti doveri legati al fare famiglia.

La proposta di riforma recata dal disegno di legge Pillon si sostanzia in ventiquattro articoli, che innovano profondamente l'assetto dei rapporti familiari conseguenti alla crisi, responsabilizzando tutti a cooperare nell'interesse dei minori. Di tali disposizioni si prenderanno in diretta considerazione quelle afferenti alla mediazione e agli strumenti di risoluzione consensuale delle controversie.

7. L'organizzazione della mediazione familiare. – In primo luogo il disegno di legge Pillon si occupa della mediazione familiare dettando una regolamentazione dei principali profili di organizzazione, funzionamento e raccordo sistematico sia con la mediazione civile e commerciale in generale e sia con gli altri strumenti ADR familiari. Ciascun aspetto sarà oggetto di esame e accompagnato dalle valutazioni sistematiche che possano favorire l'approvazione di una riforma organica della materia.

L'art. 1 (Istituzione dell'albo nazionale per la professione di mediatore familiare) si occupa degli aspetti di carattere più pro-

priamente organizzativo. Sul piano delle fonti giuridiche, nel disegno di legge sono fissate direttamente le regole fondamentali, mentre per quelle di dettaglio si rimanda alla normativa secondaria del competente Ministero.

Più precisamente, si stabilisce che *“La Repubblica riconosce la funzione sociale della mediazione familiare”*⁸⁶. Non vi è dubbio che l’istituto giuridico della mediazione svolga un’importante e meritoria funzione sociale, non solo in ambito familiare, ma più in generale nei diversi contesti conflittuali privatistici e pubblicistici in cui opera. L’affermazione di principio sulla funzione sociale dovrebbe perciò riferirsi alla mediazione nel suo insieme, non solo a quella familiare, che pur con i già segnalati tratti di specialità appartiene al più ampio e comune genere. La specialità, infatti, non impedisce l’applicazione dello statuto comune, né esclude uno stretto collegamento sistematico con la disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale, come ben segnalato dall’illustrata disciplina vigente dell’Unione europea⁸⁷. Fin d’ora si evidenzia il rischio di andare ben oltre la specialità, in quanto la costruzione autonoma della disciplina della mediazione familiare finirebbe per marginalizzarla e, inoltre, per frammentare ulteriormente il sistema complessivo delle ADR che invece anch’essa dovrebbe concorrere a costruire.

In tal senso, è da valutare pure l’istituzione dell’albo professionale dei mediatori familiari⁸⁸, con il quale si intende offrire una propria e stabile configurazione organizzativa e professionale alla mediazione familiare. In Italia, infatti, già esiste una regolazione di tali aspetti nella disciplina della mediazione civile e commerciale⁸⁹. Sul piano delle fonti giuridiche, ancora, per

⁸⁶ Art. 1, comma 1, disegno di legge Pillon.

⁸⁷ Direttiva 2008/52/CE.

⁸⁸ Art. 1, comma 1, disegno di legge Pillon.

⁸⁹ Art. 16 ss., d.lgs. 28/2010 e d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 (aggiornato al d.m. 145/2011), Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell’articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

l'attuazione della norma si rimanda all'emanazione di uno o più regolamenti, su proposta del Presidente del Consiglio e del Ministro della Giustizia⁹⁰, che dovranno tenere conto di alcuni principi concernenti il possesso del titolo di studio, le modalità di conseguimento dell'abilitazione e lo svolgimento dell'attività.

In primo luogo, rispondendo all'avvertita esigenza di avere una adeguata preparazione, si stabilisce che possono svolgere la professione di mediatore familiare le persone in possesso di una laurea specialistica in discipline sociali, psicologiche, giuridiche, mediche o pedagogiche. Le persone devono altresì avere la formazione specifica, certificata da idonei titoli quali master universitari ovvero specializzazioni o perfezionamenti presso enti di formazione riconosciuti dalle Regioni, aventi durata biennale e di almeno 350 ore⁹¹. Sul piano formativo, in pratica, si richiede un doppio titolo, la laurea specialistica nell'ambito delle discipline afferenti, e un corso specifico *post lauream* di durata minima prestabilita. Sul punto, si osserva che nessuna indicazione è però fornita quanto ai requisiti specifici che devono avere i centri di formazione, i docenti e i programmi dei corsi, come invece è stato espressamente stabilito per la disciplina generale della mediazione civile e commerciale⁹².

In via transitoria, si ammettono pure a svolgere l'attività di mediazione familiare coloro che già possiedano un titolo di studio qualificato alla data di entrata in vigore della riforma. In particolare, si prendono in considerazione coloro che abbiano una laurea specialistica e la qualifica di mediatore familiare a seguito della formazione specifica almeno biennale certificata da master universitari ovvero a seguito della frequenza e del superamento dell'esame finale presso corsi di formazione almeno biennali e della durata di almeno 350 ore, purché svolti e conclusi entro il 31 dicembre 2018⁹³. La disposizione intende preservare le posizioni di quanti, pur in mancanza di una apposita legislazione italiana in materia, abbiano già svolto una forma-

⁹⁰ Art. 1, comma 2, disegno di legge Pillon.

⁹¹ Art. 1, comma 2, lett. a), disegno di legge Pillon.

⁹² Art. 17 ss., d.m. 180/2010.

⁹³ Art. 1, comma 2, lett. b), disegno di legge Pillon.

zione e intrapreso l'attività di mediatore familiare. Ad essi, inoltre, si chiede il superamento di un esame alla fine dei corsi, al fine di non dover essere assoggettati a nuova verifica in base alla regolamentazione che si introdurrà con la riforma.

Si stabilisce, ancora, che la qualifica di mediatore familiare può essere attribuita anche agli avvocati iscritti all'ordine professionale da almeno 5 anni e che abbiano trattato almeno dieci nuovi procedimenti in diritto di famiglia e dei minori per ogni anno⁹⁴. A differenza della precedente disposizione transitoria che intendeva salvaguardare le posizioni di quanti già svolgevano l'attività di mediatore familiare, la disposizione in esame sembrerebbe operare stabilmente attraverso un'attribuzione della stessa qualifica a coloro che siano in possesso di titoli ritenuti equipollenti. In particolare, l'anzianità di iscrizione all'albo degli avvocati e la trattazione, come legali, di un certo numero di procedimenti in materia di famiglia dovrebbero costituire titoli equipollenti e giustificare un percorso di accreditamento parallelo rispetto a quello principale che sarà introdotto dalla riforma in esame. Pur cogliendo le sottese "ragioni diplomatiche" che animano la disposizione, la stessa non pare convincente e mina alla radice la coerenza del sistema e la sua sostenibilità.

L'attribuzione "di diritto" della qualificazione di mediatore per l'avvocato in mancanza di una specifica formazione, infatti, costituisce un'anomalia che inficia anche la disciplina della mediazione civile e commerciale⁹⁵, che non trova un valido fondamento. Poco rileva l'anzianità di iscrizione o l'aver trattato, in qualità di legale, dei giudizi o procedimenti familiari. Se il percorso formativo è ritenuto necessario per conseguire la qualifica di mediatore familiare, anche gli avvocati dovranno seguirlo, non potendo vantare nella formazione universitaria, laurea magistrale in giurisprudenza, e postuniversitaria, scuola di specializzazione per le professioni legali, alcuna formazione specifica in materia di mediazione, tantomeno in quella familiare. A ragionare diversamente, infatti, la qualifica di mediatore familiare perderebbe di proprio e autonomo significato per essere ricompresa ordinariamente all'interno delle attività professionali degli iscritti all'albo degli avvocati.

⁹⁴ Art. 1, comma 2, lett. c), disegno di legge Pilon.

⁹⁵ Art. 16, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010.

Sul piano delle modalità di svolgimento, inoltre, si afferma il principio che la professione di mediatore familiare può essere esercitata in forma individuale o associata⁹⁶, secondo le disposizioni della legge sulle professioni non ordinistiche (l. 4/2013)⁹⁷. La soluzione indicata sembrerebbe optare per un modello di mediazione “non istituzionalizzata”, ossia non incardinata presso appositi organismi stabilmente strutturati. Quest’ultima soluzione, come già evidenziato⁹⁸, è stata adottata dal legislatore italiano per il servizio della mediazione civile e commerciale, che viene erogato dagli organismi accreditati⁹⁹ che si avvalgono della collaborazione dei mediatori abilitati¹⁰⁰, che in maniera individuale o collegiale possono essere incaricati dal responsabile dell’organismo di gestire il procedimento¹⁰¹. Alla specialità della mediazione familiare, anche sotto questo profilo, dovrebbe corrispondere un regime rafforzato di garanzie e, quindi, sarebbe preferibile che pure il servizio di mediazione familiare fosse erogato attraverso organismi stabilmente strutturati e maggiormente qualificati. In tal senso, si auspica l’istituzione del corrispondente registro nazionale presso il Ministero della Giustizia, magari con la strutturazione di una nuova e distinta sezione specializzata, rispetto a quella generale della mediazione civile e commerciale¹⁰². La disciplina vigente, infatti, già contempla la sezione comune della mediazione e quelle speciali del consumo e internazionale¹⁰³.

Nel disegno di legge Pillon, ancora, si stabilisce che entro sei mesi dall’entrata in vigore della riforma il Ministero della Giustizia istituisca l’albo dei mediatori familiari entro sei mesi e che ne curi annualmente l’aggiornamento. In tale elenco possono iscri-

⁹⁶ Art. 1, comma 2, lett. d), disegno di legge Pillon.

⁹⁷ Legge 14 gennaio 2013, n. 4 recante Disposizioni in materia di professioni non organizzate.

⁹⁸ V. *supra*, par. 3.

⁹⁹ Artt. 4 e 16 ss., d.lgs. 28/2010; art. 2 ss. d.m. 180/2010.

¹⁰⁰ Art. 14, d.lgs. 28/2010.

¹⁰¹ Art. 8, d.lgs. 28/2010.

¹⁰² Art. 3, d.m. 180/2010.

¹⁰³ Art. 3, commi 2 e 3, d.m. 180/2010.

versi, a domanda, i mediatori che siano in possesso dei requisiti stabiliti dalla norma¹⁰⁴.

È previsto che il servizio di mediazione familiare possa essere altresì offerto nei consultori familiari pubblici e privati da persone aventi la qualifica di mediatori familiari iscritti all'albo¹⁰⁵. La disposizione sembrerebbe individuare nei consultori delle strutture nelle quali si possa svolgere il servizio compositivo, avvalendosi di persone fisiche incaricate che siano in possesso della qualifica e dell'iscrizione. Si ripropone l'equivoco dianzi prospettato, circa l'adozione del modello istituzionalizzato della mediazione. Sarebbe perciò preferibile che i consultori, al pari degli altri organismi di mediazione familiare, si accreditassero tutti stabilmente presso un apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia, che dovrebbe svolgere anche le funzioni di tenuta, vigilanza e monitoraggio¹⁰⁶.

Quanto al profilo professionale, si stabilisce che il mediatore familiare deve essere particolarmente e specificamente esperto nelle tecniche di mediazione e deve essere in possesso di approfondite conoscenze in diritto, psicologia e sociologia, con particolare riferimento ai rapporti familiari e genitoriali¹⁰⁷. Tale profilo indica i contenuti e metodi della formazione specialistica, quanto alle conoscenze ed esperienze nelle materie rilevanti. I percorsi formativi specifici, in realtà, non paiono corrispondere a quelli delle altre professioni regolamentate e non regolamentate e, perciò, non è possibile operare assimilazioni o improvviste estensioni delle qualificazioni professionali rispetto ad altre professioni regolamentate.

In chiave critica, si osserva come tutta la nuova disciplina che si intende introdurre sia costruita nella dimensione nazionale, riferita ai conflitti di diritto interno, mentre la disciplina europea¹⁰⁸ sottolinea l'esigenza di curare anche un profilo internazionale, che permetta la gestione delle mediazioni tran-

¹⁰⁴ Art. 1, comma 2, lett. e), disegno di legge Pillon.

¹⁰⁵ Art. 1, comma 2, lett. f), disegno di legge Pillon.

¹⁰⁶ Art. 2 ss. d.m. 180/2010.

¹⁰⁷ Art. 1, comma 2, lett. g), disegno di legge Pillon.

¹⁰⁸ Artt. 1 e 2, direttiva 2008/52/CE.

sfrontaliere in materia di famiglia. In tal senso, probabilmente, sarebbe bene prevedere pure un profilo formativo e professionale internazionale, come è stato già previsto per la mediazione civile e commerciale¹⁰⁹.

L'iscrizione nell'albo dei mediatori è subordinata al superamento di una specifica prova d'esame da svolgere con cadenza annuale, secondo una disciplina regolamentare che viene rimessa all'approvazione di appositi decreti del Ministro della Giustizia di concerto con il MIUR e il Ministro per la famiglia e le disabilità¹¹⁰. Se è condivisibile che il profilo professionale del mediatore familiare abbia un proprio corrispondente profilo formativo e si passi attraverso una prova di esame, non si manca di avanzare alcune perplessità al riguardo sulla proposta di riforma in esame. In primo luogo, non si capisce come mai la verifica di apprendimento non possa e debba essere svolta dagli stessi centri che erogano la formazione specialistica. In tal senso, malgrado la maggior brevità dei percorsi, si può richiamare il modello degli enti di formazione dei mediatori civili e del relativo meccanismo di accreditamento e controllo¹¹¹. Non persuade neppure che, creando una netta separazione con la mediazione civile e commerciale, si preveda una sola prova annuale di esame di abilitazione. Perplessità, più alla radice, si ricollegano alla configurazione di un sistema ordinistico per la professione di mediatore familiare. Una siffatta costruzione, probabilmente, si pone come ultronea rispetto alle esigenze dell'attività professionale e lascia trasparire una qualche "venatura corporativa" sottesa all'iniziativa in esame. Se si dovesse preferire un tale regime, cosa che appare dubitabile, lo stesso dovrebbe applicarsi coerentemente per tutti i mediatori civili e commerciali, compresi quelli familiari, del consumo, etc., malgrado le diverse e complementari specializzazioni. Appare singolare, invero, che per i mediatori familiari si ipotizzi un'estensione, se non un'equipollenza di titolo con gli avvocati, ma non si prenda in alcuna considerazione la posizione degli altri professionisti che sono mediatori civili e commerciali, ancorché in settori adiacenti a quello del diritto di famiglia.

¹⁰⁹ Art. 3, comma 3, d.m. 180/2010.

¹¹⁰ Art. 1, comma 2, lett. h), disegno di legge Pillon.

¹¹¹ Art. 18, d.m. 180/2010.

Nella prospettiva ordinistica, si stabilisce che il Consiglio nazionale dei mediatori familiari provvede entro sei mesi dalla sua istituzione all'emanazione di un codice deontologico, di cui si fissano i principi¹¹². La redazione dei codici di condotta è prevista dalle normative europee¹¹³ e, inoltre, da quella italiana¹¹⁴ in materia civile e commerciale. Sono gli organismi di mediazione e i mediatori che elaborano i codici e volontariamente vi aderiscono al fine di migliorare la qualità del servizio compositivo. A livello europeo, già esistono codici di condotta in materia di mediazione civile e commerciale e anche di mediazione familiare. Nella disciplina italiana della mediazione civile e commerciale, inoltre, in sede di accreditamento gli organismi devono obbligatoriamente allegare il proprio regolamento, rispettoso delle normative vigenti. Autonomia e flessibilità, infatti, sono le note caratteristiche di questa tipologia di fonte giuridica che dovrebbe sviluppare la qualità del servizio della mediazione.

Il disegno di legge Pillon sembrerebbe collegare il codice deontologico all'istituendo regime ordinistico della professione di mediatore familiare e, quindi, alle tradizionali funzioni di tutela del decoro della libera professione e dei diritti degli utenti che il sistema ordinistico svolge, anche mediante l'esercizio del potere di vigilanza e disciplinare. Quest'ultimo intento traspare anche dai principi ai quali nella redazione del codice dovrebbe attenersi il Consiglio nazionale, particolarmente attenti a fissare dei limiti di comportamento, piuttosto che degli obiettivi e standards qualitativi della prestazione professionale.

Nel merito dei principi ai quali si dovrebbe ispirare il codice deontologico, in primo luogo, il riferimento è alla terzietà e imparzialità del mediatore rispetto alle parti¹¹⁵. L'indicazione riprende l'elemento cardine della nozione generale di mediazione e del relativo statuto comune¹¹⁶. Il principio è suscettibile ricevere con la codificazione molteplici declinazioni.

¹¹² Art. 1, comma 2, lett. i), disegno di legge Pillon.

¹¹³ Art. 4, direttiva 2008/52/CE.

¹¹⁴ Artt. 4, comma 2, e 7, d.m., 180/2010.

¹¹⁵ Art. 1, comma 2, lett. i), n. 1, disegno di legge Pillon.

¹¹⁶ Art. 3, direttiva 2008/52/CE.

Indicazioni più puntuali e legate allo specifico contesto conflittuale nel quale il mediatore familiare deve operare sono state formulate con riguardo agli obblighi informativi e ai percorsi risolutivi da attuare. Più precisamente si obbliga il mediatore familiare a prestare in favore delle parti l'informazione circa la possibilità di avvalersi di una consulenza matrimoniale al fine di salvaguardare per quanto possibile l'unità della famiglia, ai sensi della proposta di nuova formulazione dell'art. 708 cod. proc. civ.

In tal senso, il mediatore familiare prima di intraprendere il percorso di gestione della crisi verifica con i componenti della coppia la possibilità di preservare l'unità familiare ed evitare la crisi avvalendosi della consulenza matrimoniale. La mediazione familiare, pertanto, sembrerebbe dispiegare una sua funzione rimediabile *post* crisi familiare, che interviene per la ridefinizione delle conseguenti relazioni per la miglior cura dell'interesse del minore. È questo un altro principio fondamentale al quale deve ispirarsi il codice deontologico¹¹⁷ e, più in generale, il comportamento del mediatore e l'attività della mediazione familiare. L'assistenza per la ricerca di una composizione amichevole del conflitto familiare, pertanto, deve essere finalisticamente orientata dall'obiettivo della tutela del migliore interesse del minore e, pertanto, portare a preferire proprio la soluzione che riesce a realizzarlo, tra le varie ipotesi conciliative che siano prospettabili e condivisibili. Nel caso in cui la soluzione condivisa dai coniugi non rispettasse tale parametro, probabilmente, l'accordo si porrebbe in contrasto non solo con il codice deontologico, ma più in generale con le norme di legge e, finanche, con i principi di ordine pubblico che limitano l'esercizio dell'autonomia privata nella mediazione familiare. Si tratta di un principio fondamentale che si deve declinare in concreto alla luce della situazione nella quale si trovano i componenti della famiglia e il minore da tutelare. La violazione di tale limite di autonomia, peraltro, sarebbe rilevata dai meccanismi di controllo del contenuto dell'accordo, sia interni che esterni alla mediazione familiare.

Nel disegno di legge, si stabilisce un altro dei principi ispiratori del codice deontologico, costituito dall'obbligo del media-

¹¹⁷ Art. 1, comma 3, lett. i), punto 2, disegno di legge Pillon.

tore di adoperarsi per impedire o per risolvere gravi conflittualità che possono produrre ogni forma di violenza endofamiliare, anche informando le parti della possibilità di ottenere l'aiuto di altri specialisti¹¹⁸. Il mediatore, quindi, deve impedire la degenerazione del conflitto, tentando di stemperarlo, anche se non riesce a condurre le parti a trovare un accordo. In tal senso, l'azione mitigatrice del mediatore deve scongiurare qualsiasi pericolo di violenza endofamiliare. Ove non riesca a gestire in prima persona la carica di conflittualità può provvedervi indirettamente, anche fornendo alle parti l'informazione di avvalersi degli ulteriori specialisti, per esempio, dell'area medico-sanitaria, psicologica o sociale che possano assumere rilievo a seconda dei casi concreti.

Il principio ispiratore finale del codice deontologico attiene al divieto espresso per il mediatore di astenersi dal fornire consulenza legale o psicologica alle parti¹¹⁹. La disposizione si spiega con l'incertezza ancora esistente in merito al contenuto dell'attività di mediazione familiare e ai possibili conflitti d'interesse che possano colpire il mediatore professionale, in relazione alla sua estrazione professionale. Il mediatore professionale, infatti, dovrebbe svolgere unicamente la prestazione professionale dell'assistenza dei coniugi finalizzata al raggiungimento dell'accordo nel migliore interesse del minore. Non può, evidentemente, il mediatore familiare offrire diverse prestazioni di consulenza legale o psicologica a uno o entrambi i coniugi, in base all'eventuale propria professionalità d'origine. Una tale condotta, infatti, sarebbe impropria e, in ogni caso, da censurare.

8. *Il procedimento di mediazione.* – Il disegno di legge Pillon si occupa poi di stabilire direttamente i principi generali del procedimento, a cominciare da quello della necessaria riservatezza¹²⁰. Al riguardo, si rammenta che un siffatto principio è già stabilito

¹¹⁸ Art. 1, comma 2, lett. i), punto 2, disegno di legge Pillon.

¹¹⁹ Art. 1, comma 2, lett. i), punto 3), disegno di legge Pillon.

¹²⁰ Art. 2 (Riservatezza), disegno di legge Pillon.

dalla disciplina europea¹²¹ ed è stato attuato compiutamente da quella nazionale¹²² sulla mediazione in materia civile e commerciale. Sarebbe opportuno, perciò, uno stretto coordinamento tra le fonti e i contenuti delle vigenti disposizioni, aggiungendo solamente gli elementi di specialità che caratterizzano la materia della mediazione familiare.

Il disegno di legge si limita però a stabilire che il mediatore familiare è tenuto al segreto professionale ai sensi dell'articolo 622 del codice penale. L'indicazione concorre a conformare la disciplina professionale del mediatore familiare e, quindi, lo statuto della relativa attività professionale. Non si considerano direttamente le posizioni degli altri soggetti che, a vario titolo, possono essere coinvolti nella mediazione familiare, quali esperti e collaboratori. Con riferimento al procedimento di mediazione, si stabilisce poi che nessuno degli atti o documenti del procedimento di mediazione familiare può essere prodotto dalle parti nei procedimenti giudiziari ad eccezione dell'accordo, solo se sottoscritto dal mediatore familiare e controfirmato dalle parti e dai rispettivi legali, ovvero della proposta di accordo formulata dal mediatore¹²³.

La disposizione si occupa della riservatezza esterna del procedimento, senza però considerare quella interna, con specifico riguardo agli atti e ai documenti, non già complessivamente alle informazioni inerenti all'esistenza e al contenuto dell'informazione. La riservatezza, inoltre, è riferita solo ai procedimenti giudiziari, ma dovrebbe essere estesa a tutte le sedi, anche stra-

¹²¹ Art. 7, direttiva 2008/52/CE.

¹²² Art. 9 (Dovere di riservatezza), d.lgs. 28/2010. Sulla disciplina della riservatezza nella mediazione, C. PILIA, *La tutela della riservatezza e il trattamento dei dati personali nella mediazione*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 3, 2013, Cagliari, pp. 183 ss.; A. BALTI, *La riservatezza del procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, *ivi*, 6, 2017, pp. 61 ss.; P. LICCI, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* cura di B. Sassani, F. Santagata, pp. 43 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, *cit.*, pp. 884 s.

¹²³ Art. 2, disegno di legge Pillon.

giudiziali, esterne alla mediazione familiare. Quanto alle limitazioni del principio, inoltre si contempla, in primo luogo, l'utilizzabilità dell'accordo che sia sottoscritto dal mediatore, dalle parti e dai rispettivi legali. In proposito, si evidenzia come non si capisca quale sia la funzione e la natura giuridica della sottoscrizione del mediatore, in particolare se essa serva a permettere la deroga alla riservatezza ovvero se sia elemento costitutivo dell'accordo stesso. Probabilmente, l'accordo di mediazione familiare, come quello di mediazione in generale, dovrebbe essere sottoscritto solo dalle parti. A tal proposito, la sottoscrizione e, comunque, l'approvazione delle parti, è sempre necessaria ai fini dell'integrazione dell'accordo e, se del caso, anche ai fini della deroga alla riservatezza. La seconda valutazione potrebbe non essere inclusa nella prima. Parimenti incerta appare la funzione e la natura della sottoscrizione dei legali, in specie, se essa serva unicamente per la deroga alla riservatezza o più in generale per la validità della conclusione dell'accordo. Poco chiaro, infine, appare il riferimento alla proposta del mediatore, quale atto procedimentale. In particolare, non si precisa se essa debba essere stata semplicemente formulata dal mediatore, ovvero anche sottoposta alle parti. In questo secondo caso, potrebbe rilevare solo l'eventualità di sua mancata accettazione da parte dei coniugi, perché altrimenti ricadremmo nell'accordo. Tuttavia, non pare che la semplice proposta rifiutata o non accettata possa essere per ciò solo portata all'esterno in sede giudiziale, quantomeno se non via sia il consenso delle parti sul punto. La norma sembrerebbe, in ogni caso, indicare la propensione del disegno di legge per un modello valutativo della mediazione familiare¹²⁴.

Al procedimento di mediazione familiare¹²⁵ è riservata una serie di disposizioni che lo scolpiscono in maniera più puntuale e, inoltre, lo raccordano alla disciplina più generale della mediazione civile e commerciale¹²⁶. Siffatto raccordo è fondamentale ai fini di garantire la coerenza sistematica della disciplina speciale rispetto a quella generale.

¹²⁴ V. *supra* par. 3.

¹²⁵ Art. 3 (Procedimento di mediazione familiare), disegno di legge Pillon.

¹²⁶ Art. 8 ss., d.lgs. 28/2010.

Più precisamente, nell'ordine, si stabilisce che il procedimento di mediazione familiare è informale e riservato¹²⁷. Sono, questi, principi generali ed elastici che caratterizzano la nozione e gli statuti del procedimento di mediazione¹²⁸.

In maniera più puntuale si stabilisce chi e come possa partecipare al procedimento di mediazione familiare. Per un verso, si prevede che partecipano al procedimento di mediazione familiare le parti e i rispettivi legali¹²⁹. La formulazione letterale sembrerebbe indicare che sia necessaria la presenza di entrambe le componenti personali e professionali, ossia sia le parti che i rispettivi legali. In tal senso, sembra escludersi che le parti possano avvalersi dello stesso legale, ma occorre che ciascuna abbia un proprio difensore. Inoltre, i legali dovrebbero svolgere di regola un'attività di assistenza, così come è stabilito per la mediazione civile e commerciale, non già di rappresentanza¹³⁰.

Il disegno di legge prende in considerazione poi la delicata questione dell'ammissibilità e dei limiti della partecipazione dei minorenni al procedimento di mediazione familiare. Più precisamente, si stabilisce che la partecipazione al procedimento di mediazione di minori sia ammessa purché di età superiore a dodici anni¹³¹. Il limite sembra generale e rigido, non si ipotizzano età inferiori, anche se il minore avesse già acquisito adeguata capacità di discernimento¹³². In ogni caso, la partecipazione del minore può essere ammessa solo con il consenso di tutte le parti e, comunque, di entrambi i genitori.

Sembrerebbe che il consenso di entrambi i genitori sia un presupposto necessario della partecipazione dei minori, di modo che l'eventuale contrarietà di uno di essi dovrebbe essere ostativa. Non si precisa chi siano le altre parti della crisi familiare, se gli altri figli, magari maggiorenni, gli ascendenti e i familia-

¹²⁷ Art. 3, comma 1, disegno di legge Pillon.

¹²⁸ In tal senso, v. art. 3 (Disciplina applicabile e forma degli atti), d.lgs. 28/2010.

¹²⁹ Art. 3, comma 1, disegno di legge Pillon.

¹³⁰ Artt. 4 e 8, d.lgs. 28/2010.

¹³¹ Art. 3, comma 1, disegno di legge Pillon.

¹³² V. art. 337-*octies*, comma 1, cod. civ.

ri che siano coinvolti. Non si esplicita se, in presenza del consenso dei genitori, la partecipazione possa essere discrezionalmente valutata dal mediatore e, se del caso, sindacata sotto quale profilo. In ogni caso, non si precisa a quale titolo il minore partecipi, se in qualità di parte contraente o semplice destinatario degli accordi, e come, se assistito dall'avvocato e, comunque, rappresentato da un curatore che sia stato autorizzato. Non sono neppure precisate le modalità di partecipazione del minore al procedimento di mediazione e, in particolare, se ci siano le garanzie dell'ascolto previste dallo stesso disegno di legge per il processo familiare¹³³. Tali aspetti sono fondamentali e dovrebbero essere chiariti meglio dalla normativa, stante la delicatezza dell'intervento del minore nella mediazione familiare e, comunque, la debolezza della sua posizione.

Sotto un profilo diverso, ai fini dell'individuazione del mediatore familiare e dell'accesso al relativo servizio compositivo, si stabiliscono sia un criterio territoriale che un principio di scelta rimesso alle parti. Più precisamente, si stabilisce che 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 civile¹³⁴. Anzitutto, la disposizione sembra evocare il modello non istituzionalizzato di mediazione, nel senso che le parti si possono rivolgere direttamente al mediatore familiare, senza passare attraverso una struttura organizzata, come è previsto invece per la mediazione civile e commerciale¹³⁵. In secondo luogo, si introduce una limitazione territoriale all'espletamento dell'attività mediativa all'interno del distretto del tribunale competente a decidere la relativa controversia. Un siffatto limite, invero, introduce una restrizione che pare porsi in contrasto con i principi di concorrenza, quanto meno, se non si ammetta l'iscrizione del professionista in più circoscrizioni, come accade per gli organismi di mediazione per i quali è stata introdotta analoga limitazione territoriale. Infine, si rimette alla scelta delle parti

¹³³ Art. 16 (Modifica dell'art. 337-*octies* del codice civile), disegno di legge Pillon.

¹³⁴ Art. 3, comma 2, disegno di legge Pillon.

¹³⁵ Art. 4, d.lgs. 28/2010.

l'individuazione del mediatore familiare, senza prevedere cosa accada se manchi un accordo in tal senso delle parti, posto che il procedimento potrebbe essere promosso da una parte e l'altra potrebbe non condividere il mediatore, pur intendendo svolgere la mediazione. In tal senso, un criterio di prevenzione nell'istanza della mediazione è stata stabilita dal legislatore italiano per la mediazione civile e commerciale¹³⁶.

Sempre con riferimento allo svolgimento del procedimento di mediazione familiare, il disegno di legge prevede alcune disposizioni aggiuntive significative. Per un verso, si stabilisce che la partecipazione al procedimento di mediazione familiare è volontariamente scelta dalle parti e può essere interrotta in qualsiasi momento¹³⁷. Si tratta di una declinazione del principio di volontarietà, nel senso che la promozione, l'adesione e la permanenza della parte in mediazione familiare sono volontarie e, tendenzialmente la parte medesima può liberamente decidere in qualunque momento di interromperla¹³⁸.

Siffatto principio, tuttavia, subisce un'attenuazione con riferimento alle controversie familiari che riguardano i minori. In tal caso, il disegno di legge introduce una fattispecie di obbligatorietà della mediazione. Più precisamente, si stabilisce che l'esperimento della mediazione familiare è comunque condizione di procedibilità, secondo quanto previsto dal disegno di legge, qualora nel procedimento debbano essere assunte decisioni che coinvolgano direttamente o indirettamente i diritti dei minori¹³⁹. Si tratta di una fattispecie di obbligatorietà imposta per legge nell'interesse del minore, che trova applicazione ogni qual volta sia coinvolto, sul piano personale o patrimoniale, la posizione del minore.

Si stabiliscono delle ulteriori disposizioni speciali, derogatorie rispetto al regime generale della mediazione civile e commerciale, quanto alla durata e alla partecipazione personale delle parti e all'assistenza legale. Nell'ordine, si stabilisce che il procedimento di mediazione familiare abbia una durata non superiore a sei mesi, decorrenti dal primo incontro cui hanno partecipato

¹³⁶ Art. 4, comma 1, d.lgs. 28/2010.

¹³⁷ Art. 3, comma 3, disegno di legge Pillon.

¹³⁸ Considerando n. 13, direttiva 2008/52/CE.

¹³⁹ Art. 3, comma 3, disegno di legge Pillon.

entrambe le parti¹⁴⁰. Nella disciplina italiana della mediazione civile e commerciale, invece, il termine massimo è di tre mesi, decorrenti dalla presentazione dell'istanza¹⁴¹. In questo caso la maggiore durata si spiega in ragione della peculiarità del conflitto familiare. Inoltre, la decorrenza del termine è collegata al primo incontro in cui partecipino di persona entrambe le parti, ossia dal loro effettivo e diretto confronto.

A tal proposito, si stabilisce che le parti devono partecipare al primo incontro del procedimento di mediazione familiare assistite dai rispettivi avvocati, qualora esse abbiano già dato loro mandato¹⁴². In tal senso, la presenza delle parti è fondamentale per avere la possibilità di un effettivo e diretto confronto per la ricerca di un accordo compositivo che le stesse possano attuare nell'interesse dei figli minori.

Con riferimento all'assistenza dei legali, inoltre, il disegno di legge detta una speciale disciplina che intende contemperare il diretto coinvolgimento personale delle parti e la loro assistenza nel valutare la legalità e la convenienza degli accordi raggiunti in mediazione. Così, si stabilisce che il mediatore familiare, su accordo delle parti, può chiedere che gli avvocati non partecipino agli incontri successivi¹⁴³. Gli stessi devono comunque essere presenti, a pena di nullità e inutilizzabilità, alla stipulazione dell'eventuale accordo, ove raggiunto. In tal senso, gli avvocati devono essere tendenzialmente presenti all'inizio del procedimento e in sede di accordo.

Il disegno di legge, inoltre, stabilisce il principio generale di comportamento al quale si devono attenere parti e avvocati nella mediazione familiare¹⁴⁴. Più precisamente, si stabilisce che gli avvocati e le parti hanno il dovere di collaborare lealmente con il mediatore familiare. Gli stessi principi sono stabiliti anche con riferimento alla negoziazione assistita tramite avvocati¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Art. 3, comma 4, disegno di legge Pillon.

¹⁴¹ Art. 5, d.lgs. 28/2010.

¹⁴² Art. 3, comma 4, disegno di legge Pillon.

¹⁴³ Art. 4, comma 5, disegno di legge Pillon.

¹⁴⁴ Art. 4, comma 6, disegno di legge Pillon.

¹⁴⁵ Art. 2, comma 1, d.l. 132/2014.

9. *Il raccordo delle fonti sulla mediazione.* – Sul piano del raccordo sistematico delle fonti, il disegno di legge richiama l'applicazione al procedimento di mediazione familiare delle disposizioni dettate dalla disciplina italiana della mediazione civile e commerciale. Più precisamente, si stabilisce che si applichino gli articoli 8, 9, 10, 11, 13 e 14, commi 1 e 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28¹⁴⁶. Il richiamo delle norme è significativo sul piano del raccordo sistematico, ma rimane troppo generico e indeterminato. In tal senso, degli articoli citati dovrebbero richiamarsi le disposizioni che siano compatibili.

Tra gli articoli richiamati, invece, non vi è quello sull'attribuzione della forza esecutiva degli accordi di conciliazione raggiunti in sede di mediazione civile e commerciale¹⁴⁷. Quanto all'attribuzione dell'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 civile¹⁴⁸. Il tribunale decide in camera di consiglio entro quindici giorni dalla richiesta¹⁴⁹. Si prevede, quindi, un necessario controllo giudiziale, realizzato tramite omologa, del tribunale competente a conoscere della controversia familiare. La soluzione, pur giustificandosi con l'esigenza di una protezione rafforzata degli interessi coinvolti, si pone in contrasto con la tendenza alla degiurisdizionalizzazione della tutela, che si è affermata anche in materia di crisi familiare¹⁵⁰. Questo elemento, pertanto, potrebbe essere penalizzante

¹⁴⁶ Art.4, comma 7, disegno di legge Pillon.

¹⁴⁷ Art. 12 (Efficacia esecutiva ed esecuzione), d.lgs. 28/2010. Sulla forza esecutiva dell'accordo di mediazione, v. Sulla forza esecutiva degli accordi raggiunti in mediazione, tra i tanti, v. A. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati – circa la conformità dell'accordo alle norme imperative – e all'ordine pubblico*, in *Esecuzione forzata*, n. 3, 2018, pp. 536 ss.; M. FILIPPELLI, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 585 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 344 ss.

¹⁴⁸ Art. 4, comma 7, disegno di legge Pillon.

¹⁴⁹ Art. 4, comma 8, disegno di legge Pillon.

¹⁵⁰ Art. 6, d.l. 132/2014.

per l'utilizzazione del sistema della mediazione familiare, che sarebbe meno attrattivo rispetto alla negoziazione assistita tramite avvocati.

Altra questione delicata attiene al piano economico dei costi del servizio della mediazione familiare. Il disegno di legge, in particolare, stabilisce un regime tariffario, sulla falsariga di quello previsto per la mediazione civile e commerciale. Più precisamente, 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 funzione¹⁵¹.

La disposizione, in sostanza, riprende il sistema tariffario della mediazione civile e commerciale, che rimette la definizione del regime tariffario al Ministero della Giustizia¹⁵². Al riguardo, tuttavia, possono svolgersi alcune considerazioni in ordine alla circostanza che il regime tariffario della mediazione civile e commerciale si riferisce al sistema istituzionalizzato di gestione delle mediazioni e, inoltre, introduce un regime derogabile verso il basso dagli organismi di mediazione¹⁵³. Più precisamente, il regime tariffario è vincolante per gli organismi pubblici, mentre per quelli privati trova applicazione solo per le mediazioni c.d. obbligatorie. Negli altri casi, gli organismi di mediazione possono applicare i propri prezzi, anche diversi e pure superiori rispetto a quelli delle tariffe ministeriali, purché i relativi criteri di calcolo siano stati indicati preventivamente all'atto di iscrizione dell'organismo nel registro ministeriale. Il sistema tariffario della mediazione familiare, invece, sembrerebbe calarsi in un modello non istituzionalizzato, senza che si operi alcuna distinzione. Tuttavia, il profilo economico nella mediazione assume un ruolo di particolare importanza. In particolare, non è dato capire se le parti non abbienti abbiano diritto alla fruizione gratuita

¹⁵¹ Art. 4 (Spese e compensi per il mediatore familiare), disegno di legge Pilon.

¹⁵² Art. 17 (Risorse, regime tributario e indennità), d.lgs. 28/2010.

¹⁵³ Art. 16, d.m. 180/2010.

del servizio, come è previsto per la mediazione civile e commerciale¹⁵⁴. Infine, indice di una delicata sovrapposizione ordinistica è l'indicazione per la quale il regime tariffario del servizio di mediazione si applica anche quando il mediatore sia un avvocato o altro professionista¹⁵⁵. L'indicazione pare superflua nel momento in cui si ritenga che l'iscrizione all'albo dei mediatori sia requisito necessario per lo svolgimento dell'attività professionale. Altrimenti, si realizzerebbe una pericolosa sovrapposizione di competenze rispetto agli altri ordini professionali, che porterebbe a escludere l'ammissibilità del percorso istitutivo dell'albo professionale dei mediatori familiari.

10. *La coordinazione genitoriale.* – Il disegno di legge Pillon offre un deciso e organico impulso al sistema ADR nel diritto di famiglia, anche per aver introdotto altri meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie che si affiancano alla mediazione familiare e sono strettamente collegati in una disciplina organica.

Anzitutto, si stabilisce che la coordinazione genitoriale è un processo di risoluzione alternativa delle controversie centrato sulle esigenze del minore, svolta da professionista qualificato, che integra la valutazione della situazione conflittuale, l'informazione circa i rischi del conflitto per le relazioni tra genitori e figli, la gestione del caso e degli operatori coinvolti, la gestione del conflitto ricercando l'accordo tra i genitori o fornendo suggerimenti o raccomandazioni e assumendo, previo consenso dei genitori, le funzioni decisionali¹⁵⁶. Si è in presenza di un sistema ADR per la gestione dei conflitti familiari che si compongono di regola con un professionista, il coordinatore familiare, che favorisce l'accordo tra i genitori. Tuttavia, il coordinatore può anche fornire suggerimenti o raccomandazioni e, se espressamente delegato, anche svolgere funzioni decisionali.

Il disegno di legge Pillon traccia il profilo professionale del coordinatore genitoriale, che è considerato un esperto qualifi-

¹⁵⁴ Art. 17, comma 5-*bis*, d.lgs. 28/2010.

¹⁵⁵ Art. 4, disegno di legge Pillon.

¹⁵⁶ Art. 5 (Coordinatore genitoriale), comma 1, disegno di legge Pillon.

cato con funzione mediativa, dotato di formazione specialistica in coordinazione genitoriale, iscritto all'albo di una delle seguenti professioni regolamentate di ambito sanitario o socio-giuridico: a) psichiatra; b) neuropsichiatra; c) psicoterapeuta; d) psicologo; e) assistente sociale; f) avvocato; g) mediatore familiare¹⁵⁷. Delicate sono le sovrapposizioni professionali che attorno al coordinatore familiare si addensano. Per un verso, si stabilisce che egli è un professionista qualificato, ma poi si rimette la sua qualificazione all'appartenenza ad altri albi di professioni regolamentate. Si precisa che egli svolge una funzione mediativa, che però può essere svolta solo dall'iscritto a uno degli albi professionali citati, tra i quali è individuato anche quello di mediatore professionale. Tanto comporta non poche incertezze, rischi di sovrapposizioni ed equivoci per gli utenti e, inoltre, potenziali conflitti di interessi tra i professionisti.

Sul piano delle regole di comportamento, inoltre, si precisa che il coordinatore genitoriale deve osservare tutte le disposizioni di natura legale e deontologica della rispettiva professione¹⁵⁸. Invero, l'indicazione appare alquanto generica e ultronea nella misura in cui non indica altri parametri di comportamento da osservare, se non quelli della legalità e della deontologia che gravano su tutti i professionisti. Si precisa, tuttavia, che il coordinatore familiare opera come terzo imparziale e ha il compito di gestire in via stragiudiziale le controversie eventualmente sorte tra i genitori di prole minorenni relativamente all'esecuzione del piano genitoriale.

Il coordinatore familiare, quindi, opera per comporre i conflitti legati all'attuazione del piano genitoriale. In particolare si precisano tanto l'ambito, che gli obiettivi e le modalità di intervento del coordinatore familiare. La sua attività, infatti, è volta al superamento di eventuali ostacoli al corretto e sereno esercizio della cogenitorialità¹⁵⁹. Il supporto che egli presta, inoltre, risponde a precisi criteri funzionali che, in sintesi, esprimono una corretta gestione della dinamica relazionale *post* crisi familiare tra i genitori e i figli minori, che attui il diritto alla bigenitorialità per

¹⁵⁷ Art. 5, comma 1, disegno di legge Pillon.

¹⁵⁸ Art. 5, comma 3, disegno di legge Pillon.

¹⁵⁹ Art. 5, comma 3, disegno di legge Pillon.

la miglior tutela dell'interesse dello stesso minore. Più precisamente, secondo il disegno di legge Pillon, l'attività del coordinatore familiare ha l'obiettivo di: a) assistere i genitori con alto livello di conflitto nell'attuazione del piano genitoriale; b) monitorare l'osservanza del piano genitoriale, risolvendo tempestivamente le controversie; c) salvaguardare e preservare una relazione sicura, sana e significativa tra il minore ed entrambi i suoi genitori¹⁶⁰.

Traspaiono chiaramente la delicatezza e l'importanza della funzione che il coordinatore familiare è chiamato a svolgere. Dovendo egli operare in un difficile contesto conflittuale, con posizione di terzietà e funzione mediatoria, il disegno di legge ha provveduto a delineare uno statuto di garanzia. In particolare, si prevede che lo svolgimento dell'attività di coordinazione genitoriale non dà luogo a responsabilità personali, salvi i casi di dolo o colpa grave¹⁶¹. Solamente in situazioni estreme, quindi, il coordinatore può essere chiamato a rispondere del suo operato.

La scelta se avvalersi del coordinatore familiare e la sua individuazione sono sostanzialmente rimesse ai genitori. Il giudice, infatti, prende atto della volontà dei genitori di incaricare un coordinatore genitoriale nell'interesse del minore. L'accordo di incarico e, per le professioni sanitarie, il consenso informato alla coordinazione genitoriale devono essere sottoscritti dai genitori e sono recepiti contestualmente alla nomina del coordinatore¹⁶².

Il disegno di legge Pillon, più in generale, provvede a meglio coordinare l'istituto della mediazione familiare, con quello del progetto genitoriale e il processo giudiziale. Risulta un quadro composito e coordinato di nuove misure messe a disposizione per la gestione giudiziale¹⁶³ e stragiudiziale della conflittualità familiare in presenza di figli minorenni.

¹⁶⁰ Art. 5, comma 3, disegno di legge Pillon.

¹⁶¹ Art. 5, comma 4, disegno di legge Pillon.

¹⁶² Art. 5, comma 5, disegno di legge Pillon.

¹⁶³ Art. 6 (Modifica dell'art. 178 del codice di procedura civile), disegno di legge Pillon, che prevede l'impugnabilità con reclamo immediato al collegio dell'ordinanza del giudice istruttore in materia di separazione e affidamento dei figli.

11. *La mediazione familiare quale condizione di procedibilità.* – Più precisamente, con riferimento al giudizio di separazione personale dei coniugi¹⁶⁴, anzitutto, si ipotizza la seguente fondamentale novità: «*I genitori di prole minorenni che vogliono separarsi devono, a pena di improcedibilità, iniziare un percorso di mediazione familiare. I genitori devono redigere, eventualmente con l'aiuto del mediatore familiare e dei rispettivi legali, un piano genitoriale come previsto dall'articolo 337-ter del codice civile. In ogni caso il mediatore familiare deve rilasciare ai coniugi un'attestazione, sottoscritta dai coniugi medesimi, in cui dà atto che gli stessi hanno tentato la mediazione e informa del relativo esito*»¹⁶⁵.

Nell'ordine, si introduce la richiamata condizione di procedibilità dell'azione giudiziale di separazione personale costituita dall'esperimento della mediazione familiare. Più precisamente, quanto all'ambito applicativo, la condizione di procedibilità si riferisce ai giudizi di separazione personale promossi dai coniugi, sia individualmente che in maniera congiunta. Tuttavia, la condizione si riferisce ai soli giudizi dei genitori con figli minorenni. Si tratta di una limitazione che risponde all'esigenza di una tutela rafforzata dei minori in questo tipo di giudizio. Tuttavia, si deve evidenziare che la mediazione familiare si può comunque esperire, ancorché in maniera volontaria, pure negli altri casi, allorquando i coniugi abbiano prole maggiorenne o non abbiano prole. Al riguardo, in primo luogo, si rileva che in tutti i casi di coniugi con prole si pone l'esigenza di assicurare la corretta attuazione del diritto alla bigenitorialità. Inoltre, si osserva che anche in relazione alla prole maggiorenne, specie quando sia portatrice di disabilità o di altri fattori di debolezza, si pongono esigenze rafforzate di protezione, come già segnalato dalla disciplina della negoziazione assistita tramite avvocati¹⁶⁶.

La condizione di procedibilità dell'azione, inoltre, sembrerebbe riferita all'avvenuto inizio della mediazione familiare, non già e necessariamente all'espletamento del relativo procedimento. In tal senso, il procedimento potrebbe svilupparsi e completarsi an-

¹⁶⁴ Art. 7 (Modifiche all'art. 706 del codice di procedura civile), disegno di legge Pillon.

¹⁶⁵ Art. 706, comma 1, cod. proc. civ.

¹⁶⁶ Art. 6, d.l. 132/2014.

che in pendenza del giudizio di separazione. A tal proposito, nelle disposizioni sulla mediazione civile e commerciale si stabilisce che il primo incontro programmatico è sufficiente ad assolvere la condizione di procedibilità, anche se le parti non intendono sviluppare oltre la fase di merito della mediazione¹⁶⁷. Il mediatore familiare, in ogni caso, rilascia ai coniugi un'attestazione che deve essere da loro sottoscritta in cui dà atto che essi hanno tentato la mediazione e informa del relativo esito¹⁶⁸.

Tuttavia, la funzione della mediazione e dell'assistenza del mediatore familiare, in base al disegno di legge Pillon, sembra trascendere il meccanismo di composizione amichevole del conflitto. In particolare, si stabilisce che i genitori devono redigere, eventualmente con l'aiuto del mediatore familiare e dei rispettivi legali, un piano genitoriale come previsto dall'articolo 337-ter cod. civ.¹⁶⁹ In tal senso, il mediatore, durante lo svolgimento del procedimento, potrà prestare l'assistenza per la redazione del piano genitoriale. Si tratta di un compito ulteriore e integrativo nel quale il mediatore familiare può essere coinvolto dalle parti, specie quando la mediazione non sortisce l'accordo e, quindi, i coniugi devono intraprendere il giudizio e, perciò, munirsi del piano genitoriale.

12. *La conciliazione giudiziale.* – Il progetto di legge Pillon, come accennato, provvede a modificare su più punti le regole dello stesso processo, in funzione dell'esigenza di una più rapida e amichevole soluzione della controversia¹⁷⁰.

In tal senso, oltre ad avere introdotto la condizione di procedibilità della mediazione familiare¹⁷¹, si dimezza il termine¹⁷², portandolo da novanta a quarantacinque giorni dal deposito del

¹⁶⁷ Art. 5, comma 2-bis, d.lgs. 28/2010.

¹⁶⁸ Art. 7, disegno di legge Pillon.

¹⁶⁹ Art. 7, disegno di legge Pillon.

¹⁷⁰ Art. 6, comma 2, disegno di legge Pillon, che oltre ad ammettere la immediata reclamabilità al collegio dell'ordinanza del giudice istruttore, stabilisce termini ridotti di presentazione e decisione del reclamo.

¹⁷¹ Art. 706, comma 1, cod. proc. civ.

¹⁷² Art. 7, comma 1, lett. b), disegno di legge Pillon.

ricorso, per l'udienza di comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale¹⁷³.

All'udienza di comparizione, ai sensi della vigente disciplina, il Presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione¹⁷⁴. Al riguardo si ipotizza una novella¹⁷⁵ per cui «*Qualora la conciliazione riesca, il Presidente allega agli atti il verbale di conciliazione e ordina la cancellazione della causa dal ruolo e l'immediata estinzione del procedimento*»¹⁷⁶.

Per il caso di mancata conciliazione, il disegno di legge introduce una complessiva rivisitazione della disciplina vigente. Si ipotizza, anzitutto, che «*Qualora la conciliazione non sia riuscita, il Presidente informa le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare*». Si tratta di un'informazione generale che, ai sensi della normativa europea¹⁷⁷ e di quella italiana¹⁷⁸ in materia di mediazione civile e commerciale il giudice può offrire alle parti in giudizio, in aggiunta a quella che è obbligato a fornire l'avvocato al cliente¹⁷⁹. La proposta di modifica nor-

¹⁷³ Art. 706, comma 3, cod. proc. civ.

¹⁷⁴ Art. 708, comma 1, cod. proc. civ.

¹⁷⁵ Art. 8 (Modifiche all'art. 708 del codice di procedura civile), comma 1, lett. a), disegno di legge Pillon.

¹⁷⁶ Art. 708, comma 1, cod. proc. civ.

¹⁷⁷ Art. 5, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

¹⁷⁸ Art. 5, d.lgs. 28/2010.

¹⁷⁹ Considerando n. 25, direttiva 2008/52/CE. Art. 4, comma 3, d.lgs. 28/2010. Sul ruolo degli avvocati in mediazione e sugli obblighi di informare e assistere la clientela, cfr. AA.VV., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura* a cura di G. Alpa, R. Danovi, Milano, 2004; F. DANOVÌ, *Mediazione, processo e ruolo dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, pp. 1052 ss.; C. CARABETTA, in *Procedimento di mediazione e accordo di conciliazione* a cura di F. Rende, cit., pp. 95 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 77 ss.; V. VASAPOLLO, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 467 ss.; M.F. FRANCESE, N. MILONE, *L'Advocacy in ADR. Il ruolo dell'avvocato nella mediazione e nell'arbitrato*, in *Contratti*, n. 8-9, 2014, pp. 839 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, pp. 979 ss.; G. ARMONE, P. PORRECA, *L'obbligo di informativa dell'avvocato nella nuova mediazione civile*, in *Foro italiano*, 2010, I, cc. 2227 ss.

mativa sembra intervenire in termini più incisivi, di sostanziale doverosità, per il Presidente nel rendere siffatta informazione sulla mediazione in tutti i giudizi.

Peraltro, al Presidente si attribuiscono potere officiosi più penetranti nei casi in cui la mediazione familiare costituisca, in base alla stessa ipotizzata riforma, una condizione di procedibilità dell'azione. Più precisamente, si intende introdurre una normativa per cui «*Nei procedimenti di separazione di genitori con figli minori il Presidente verifica anche d'ufficio il rispetto delle prescrizioni di cui all'articolo 706 e in caso contrario rinvia il procedimento per un termine massimo di due mesi e ordina alle parti di rivolgersi a un mediatore familiare*»¹⁸⁰. In pratica, il giudice è investito di un potere d'ufficio di verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità, potere da esercitare in via preliminare rispetto all'esame del merito della separazione. In tal senso, nel caso non sia stata ancora esperita la mediazione, il Presidente adotta i conseguenti provvedimenti di temporaneo rinvio dell'udienza per un breve termine. Al riguardo, merita di segnalarsi la peculiarità che il rinvio non può avere durata superiore ai due mesi, nonostante il procedimento, in base al medesimo disegno di legge, abbia una durata che non supera i sei mesi¹⁸¹. L'indicazione è positiva, in quanto mira a stimolare la ricerca dell'accordo, impedendo atteggiamenti strumentali ed opportunistici. In tal senso, la disposizione si differenzia, in ragione della specialità della mediazione familiare, rispetto a quella contenuta nella legislazione italiana sulla mediazione in materia civile e commerciale, che fissa una durata massima del procedimento di tre mesi¹⁸².

Il Presidente del Tribunale è pure munito del potere di ordinare alle parti di rivolgersi a un mediatore familiare¹⁸³. Nel riferirsi letteralmente a un mediatore familiare, la norma sembrerebbe ammettere questa sola forma di accesso al servizio di mediazione. In realtà, nello stesso disegno di legge, si ipotizza che

¹⁸⁰ Art. 8, disegno di legge Pillon.

¹⁸¹ Art. 3, comma 4, disegno di legge Pillon.

¹⁸² Art. 6 (Durata), d.lgs. 28/2010.

¹⁸³ Art. 8, disegno di legge Pillon.

la professione di mediatore familiare possa esercitarsi in forma sia individuale che associata¹⁸⁴. Pertanto, non pare che la disposizione sia da intendere alla lettera, ma in senso più ampio. Al riguardo, la norma non precisa se l'ordine del giudice di rivolgersi al mediatore familiare debba contenere pure l'indicazione del relativo nominativo e, in mancanza, a chi spetti l'individuazione dello stesso.

L'ordine del giudice, pertanto, potrebbe limitarsi a imporre l'assolvimento della condizione di procedibilità e, quindi, di rivolgersi alla mediazione familiare ovvero contenere pure l'indicazione di rivolgersi a un determinato mediatore. Questo è un aspetto fondamentale che dovrebbe essere chiarito in sede di approvazione della riforma. Del pari, si dovrebbe chiarire, anche sotto questo aspetto, se il servizio della mediazione debba essere istituzionalizzato presso appositi organismi che lo svolgano in maniera stabile e strutturata.

Sempre con riferimento alla disciplina della mediazione civile e commerciale, che è però improntata al modello istituzionalizzato, il provvedimento del giudice è nel senso di ordinare alle parti di rivolgersi al servizio di mediazione e, pur all'interno degli organismi accreditati che abbiano competenza, la scelta è rimessa alle parti stesse¹⁸⁵. Più precisamente, si applica il criterio della prevenzione, nel senso che la scelta dalla parte che per prima adisce all'organismo di mediazione¹⁸⁶.

In materia di mediazione familiare, probabilmente, tali indicazioni non sono state richiamate, in quanto all'interno dello stesso disegno di legge Pillon, si investe il Presidente del Tribunale del potere di risolvere il contrasto tra le parti, sorteggiano uno tra i mediatori familiari dalle stesse indicati.

In tal modo, infatti, si evitano incertezze e si scongiurano atteggiamenti strumentali e dilatori che sarebbero lesivi dell'interesse dei figli minori alla sollecita definizione della controversia.

In caso di accordo, come accennato, spetta al giudice omologarne il contenuto, valutandone la piena conformità al mi-

¹⁸⁴ Art. 1, comma 2, lett. d), disegno di legge Pillon.

¹⁸⁵ Art. 13 (Modifica dell'art. 337-*quinquies* del codice civile), disegno di legge Pillon.

¹⁸⁶ Art. 4, comma 1, d.lgs. 28/2010.

gliore interesse del minore. Nel caso che, tuttavia, all'udienza successiva, il procedimento di mediazione non sia stato concluso, il giudice potrebbe concedere un rinvio, salvo adottare i provvedimenti urgenti.

In ogni caso, la proposta di novellazione prevede che: «*Il presidente, all'esito della mediazione familiare, sentiti i coniugi e i rispettivi difensori, valuta i rispettivi piani genitoriali e assume con ordinanza i provvedimenti che reputa opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi secondo quanto previsto dagli articoli 337-ter e seguenti del codice civile, accogliendo le rispettive proposte ove convergenti e non contrarie all'interesse della prole e motivando le proprie decisioni ove ritenga di discostarsi dalle indicazioni dell'uno o dell'altro genitore in ordine al piano genitoriale*»¹⁸⁷. In pratica, il Presidente del Tribunale adotta la decisioni dopo aver sentito le parti e i rispettivi difensori, alla luce dei rispettivi piani genitoriali. La decisione, da adottarsi nella forma dell'ordinanza, dovrebbe discostarsi il meno possibile dalla volontà delle parti in quanto non contraria all'interesse dei minori. A siffatti criteri di convergenza della volontà e di tutela dei minori, in sostanza, si deve attenere il giudice nell'adottare la sua decisione nell'interesse dei coniugi e della prole. In tal senso, la norma richiede che sia motivata la decisione che si discosti dalla volontà di ciascuno dei coniugi espressa nel rispettivo piano genitoriale. Nel caso, invece, che non ritenga discostarsene, sarà implicito un vaglio positivo di legalità e di non lesione degli interessi dei minori.

Il crescente ruolo attribuito alla volontà dei coniugi e, in particolare all'eventuale accordo realizzato attraverso la condivisione dei piani genitoriali, costituisce un elemento fondamentale della riforma. Al riguardo, sotto più aspetti, le parti sono responsabilizzate a presentare il piano genitoriale e, comunque, a collaborare per la condivisione delle soluzioni. In tal senso può leggersi anche l'ulteriore disposizione del disegno di legge che per cui «*Se uno dei genitori non compare ovvero non presenta un proprio piano genitoriale, il presidente accoglie nell'ordinanza le proposte indicate dall'altro, ove congrue e non contrarie all'interesse della prole*»¹⁸⁸. In tal modo, per un verso si premia

¹⁸⁷ Art. 8, disegno di legge Pillon.

¹⁸⁸ Art. 8, disegno di legge Pillon.

la disponibilità di chi redige un contenuto appropriato di piano genitoriale e, per altro verso, si sanziona, ancorché indirettamente, il comportamento omissivo dell'altro genitore. Tanto è importante nell'orientare le decisioni del giudice principalmente sull'atteggiarsi della volontà dei genitori.

Sempre nella prospettiva di una maggiore responsabilizzazione dei genitori nell'assolvimento congiunto delle loro funzioni verso la prole, si introducono alcune significative novità, in ordine ai poteri attribuiti al giudice nella soluzione delle controversie insorte tra i genitori in relazione all'esercizio della responsabilità genitoriale o delle modalità dell'affidamento¹⁸⁹. Si introducono nuove fattispecie di comportamento da sanzionare e ulteriori strumenti repressivi. Più precisamente si intende prevedere¹⁹⁰, infatti, che *«In caso di gravi inadempienze, di manipolazioni psichiche o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, nonché in caso di astensione ingiustificata dai compiti di cura di un genitore e comunque in ogni caso ove riscontri accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate mosse contro uno dei genitori, il giudice valuta prioritariamente una modifica dei provvedimenti di affidamento ovvero, nei casi più gravi, la decadenza dalla responsabilità genitoriale del responsabile ed emette le necessarie misure di ripristino, restituzione o compensazione»*. L'integrazione delle condotte illecite, pertanto, si realizza tanto con riguardo alle manipolazioni psichiche lesive del minore, quanto all'omissione di cure e alle accuse false e infondate di violenze e abusi. Quanto ai provvedimenti del giudice, oltre a intervenire sull'affidamento, per i casi più gravi, si ipotizza addirittura la decadenza dalla responsabilità genitoriale, oltre all'adozione delle misure di ripristino, restituzione e compensazione. Si inaspriscono, infine, le condanne risarcitorie del coniuge responsabile a favore del minore e dell'altro coniuge, oltre all'applicazione delle sanzioni pecuniarie più consistenti¹⁹¹.

¹⁸⁹ Art. 9 (Modifica dell'art. 709-ter del codice di procedura civile), disegno di legge Pillon.

¹⁹⁰ Art. 9, disegno di legge Pillon.

¹⁹¹ *«Il giudice può anche congiuntamente: 1) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 2) disporre il*

Con particolare riferimento alla separazione consensuale dei coniugi¹⁹², si prospettano ulteriori significative novità che favoriscono la ricerca responsabile di una soluzione della crisi da parte dei coniugi. Più precisamente, il disegno di legge Pillon¹⁹³ prevede la sostituzione del contenuto dell'art. 711, cod. proc. civ., nel senso che: «*Nel caso di separazione consensuale previsto dall'articolo 158 del codice civile, entrambi i coniugi presentano ricorso congiunto.*

I genitori di figli minori devono a pena di nullità indicare nel ricorso il piano genitoriale concordato, secondo quanto previsto dall'articolo 706, sesto comma, del presente codice e dall'articolo 337-ter del codice civile.

Il Presidente, ove riscontri che i coniugi non hanno svolto in precedenza il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 708, tenta preliminarmente di conciliarli nel corso della medesima udienza. Se la conciliazione riesce, procede come previsto dall'articolo 708, secondo comma. Se la conciliazione non riesce il Presidente dà atto nel processo verbale del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole, come previste dal ricorso e dai piani educativo e di riparto delle spese.

La separazione consensuale acquista efficacia con l'omologazione del tribunale, che provvede in camera di consiglio su relazione del Presidente. Le condizioni della separazione consensuale sono modificabili a norma dell'articolo 710». La principale novità, quindi, attiene all'obbligo di allegare il piano genitoriale anche nella separazione consensuale con figli minori.

13. *Il diritto dei minori alla bigenitorialità.* – Sul piano sostanziale, il disegno di legge Pillon propone un profondo e completo

risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 3) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 600 euro a un massimo di 6.000 euro. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

¹⁹² Art. 711 (Separazione consensuale) cod. proc. civ.

¹⁹³ Art. 10 (Modifica dell'art. 711 del codice di procedura civile), disegno di legge Pillon.

cambiamento della disciplina della crisi familiare, a cominciare dagli aspetti concernenti l'attuazione del principio cardine della bigenitorialità. Un tale principio, purtroppo, è rimasto finora solo sulla carta e non si è riusciti a tradurlo in un'effettiva pratica collaborativa nella gestione delle relazioni familiari conseguenti alla crisi familiare nell'interesse della prole.

Si ipotizza, perciò, una complessiva riformulazione dell'attuale disciplina che il codice civile dedica alla crisi familiare, a cominciare da quella relativa all'adozione dei provvedimenti riguardanti i figli, che viene in tal senso rimodulata¹⁹⁴. Più precisamente, si intende riformulare il contenuto dell'attuale articolo 337-ter (Provvedimenti riguardo ai figli), cod. civ., mediante una più puntuale definizione paritetica del rapporto dei figli con entrambi i genitori e l'utilizzazione dello strumento giuridico del piano genitoriale.

Più precisamente, secondo la proposta del disegno di legge Pillon, l'art. 337-ter, cod. civ., dovrebbe avere il seguente contenuto che, per comodità espositiva, sarà illustrato un comma per volta, con segnalazione mediante sottolineatura della parte modificata. Il primo comma recita: *«Indipendentemente dai rapporti intercorrenti tra i due genitori, il figlio minore, nel proprio esclusivo interesse morale e materiale, ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con il padre e con la madre, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambe le figure genitoriali, con paritetica assunzione di responsabilità e di impegni e con pari opportunità. Ha anche il diritto di trascorrere con ciascuno dei genitori tempi paritetici o equipollenti, salvi i casi di impossibilità materiale»*.

Nella nuova formulazione normativa, per un verso, si registra una più puntuale indicazione del contenuto del diritto spettante ai minori verso i genitori. Per altro verso, si apprezza anche una corrispondente declinazione della posizione di responsabilità che grava sui genitori. Nei limiti di un primo commento, anzitutto, si osserva che il riconoscimento in capo ai figli minori del diritto alla bigenitorialità, in base all'introduzione dell'inciso iniziale, sembrerebbe volersi espressamente affermare senza al-

¹⁹⁴ Art. 11 (Modifica dell'art. 337-ter del codice civile), disegno di legge Pillon.

cuna limitazione riferita ai rapporti intercorrenti tra i genitori. L'indicazione è positiva nel senso di affermare la pienezza del diritto, senza che l'esistenza di conflitti o criticità nei rapporti tra i genitori possa ritorcersi a danno del minore stesso. Tant'è che il diritto alla bigenitorialità viene ricondotto all'esclusivo interesse morale e materiale del minore, senza doverlo fondare altrimenti, né subordinarlo a ulteriori valutazioni compiute dagli stessi genitori o terzi. In tal senso, però, la proposta di riformulazione della norma, che sostituisce il precedente riferimento ai genitori, con quello al padre e alla madre, pur comprendendo la stragrande maggioranza dei casi, rischia di lasciare scoperti dei casi, nei quali le figure genitoriali siano diverse (due madri, o padri, ovvero genitori non riconducibili ai contrapposti generi maschile e femminile). Si finirebbe, in tal modo e contraddittoriamente, per introdurre inammissibili restrizioni e odiose differenziazioni che si ritorcerebbero proprio in danno dello stesso minore nel cui interesse esclusivo la norma si dichiara di costruire. L'unicità dello *status* di figlio¹⁹⁵, e la pienezza della sua tutela, non tollera limitazioni, né evidenti discriminazioni che si ripercuoterebbero anche in danno dei genitori esclusi e dei componenti del corrispondente ramo genitoriale di relazioni (ascendenti, collaterali e discendenti).

Il pieno coinvolgimento delle figure genitoriali, peraltro, si rende necessario anche per l'opportuna precisazione dell'assunzione di corrispondenti responsabilità e impegni con pariteticità di opportunità verso il minore. In tal senso, si precisa che il minore ha diritto di trascorrere con ciascun genitore tempi paritetici o equipollenti, con il limite oggettivo dell'impossibilità materiale.

Il secondo comma dell'art. 333-ter, nella proposta riformata dal disegno di legge Pillon¹⁹⁶, recita «*Qualora uno dei genitori ne faccia richiesta e non sussistano oggettivi elementi ostativi, il giudice assicura con idoneo provvedimento il diritto del minore*

¹⁹⁵ Sulla recente riforma italiana della filiazione, G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 10, 2015, pp. 952 ss.; M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1.

¹⁹⁶ Art. 11 (Modifica dell'art. 337-ter del codice civile), disegno di legge Pillon.

di trascorrere tempi paritetici in ragione della metà del proprio tempo, compresi i pernottamenti, con ciascuno dei genitori. Salvo diverso accordo tra le parti, deve in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre, salvo comprovato e motivato pericolo di pregiudizio per la salute psico-fisica del figlio minore in caso di:

- 1) *violenza;*
- 2) *abuso sessuale;*
- 3) *trascuratezza;*
- 4) *indisponibilità di un genitore;*
- 5) *inadeguatezza evidente degli spazi predisposti per la vita del minore».*

La novellazione della vigente disciplina mira a garantire un'effettiva e paritetica attuazione della bigenitorialità, anche per quanto attiene al tempo che il minore trascorre assieme a ciascuno dei genitori. Si intende, come accennato, superare la prassi dell'affido sostanzialmente unilaterale che perdura nella concreta gestione dei provvedimenti e nella quotidianità della stragrande maggioranza delle relazioni. In tal senso, si spiega una più dettagliata formulazione della norma, accompagnata dalla fissazione del criterio della ripartizione paritetica dei tempi e, comunque, della soglia temporale minima della convivenza del minore con ciascun genitore. Parimenti utile è l'espressa indicazione dei motivi ostativi, che devono essere comprovati, dell'applicazione del regime paritetico dell'affido per ciascun genitore, qualora minaccino la salute psico-fisica del minore.

L'importanza fondamentale che per il minore assume la bigenitorialità, sempre nella proposta di novellazione, è circondata anche da garanzie processuali di attuazione e controllo. Più precisamente, ai sensi del terzo comma del citato art. 337-ter, cod. civ.: *«Il giudice o le parti, quando le circostanze rendano difficile attuare una divisione paritaria dei tempi su base mensile, possono prevedere adeguati meccanismi di recupero durante i periodi di vacanza, onde garantire una sostanziale equivalenza dei tempi di frequentazione del minore con ciascuno dei genitori nel corso dell'anno».* In tal senso, la gestione paritetica dei tem-

pi si deve recuperare, tendenzialmente, almeno su scala annuale, se non si riesca su base mensile.

Al minore, oltre al diritto alla bigenitorialità, si riconosce pure quello a mantenere le relazioni con gli altri familiari. Ai sensi del quarto comma, del citato art. 337-ter, cod. civ.: *«Il figlio minore ha inoltre il diritto di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale»*. In tal senso, la crisi familiare non può privare il minore delle relazioni familiari con ciascun dei rami genitoriali.

Per l'adozione dei provvedimenti giudiziali verso i figli, sono stati ribaditi precisi criteri processuali e sostanziali, che il giudice deve applicare. Ai sensi del novellato art. 337-ter, cod. civ., quarto comma: *«Gli ascendenti del minore possono intervenire nel giudizio di affidamento con le forme dell'articolo 105 del codice di procedura civile. Il giudice, nei procedimenti di cui all'articolo 337-bis, adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa»*.

La norma precisa, nei commi quinto e sesto, le relative modalità applicative dell'affido condiviso: *«Il giudice, salvo che ciò sia contrario al superiore interesse del minore, affida in via condivisa i figli minori a entrambi i genitori e prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori»*.

Stabilisce il doppio domicilio del minore presso l'abitazione di ciascuno dei genitori ai fini delle comunicazioni scolastiche, amministrative e relative alla salute».

L'affido condiviso e il doppio domicilio presso l'abitazione di ciascuno dei genitori, quindi, diventano la modalità normale di ridefinizione della relazione bigenitoriale con i figli, nel loro esclusivo interesse. La norma, come osservato, rimettono un ruolo fondamentale agli accordi intercorsi tra i genitori, se non contrari agli interessi dei minori. In tal senso, spetta principalmente ai genitori accordarsi sulla gestione della bigenitorialità e, in tal senso, il giudice tendenzialmente dovrebbe prendere atto, nel senso di recepire nel provvedimento tali contenuti.

14. *Il piano genitoriale*. – La novella, come anticipato, è di particolare importanza anche perché introduce un apposito stru-

mento giuridico, il piano genitoriale, con il quale si dovrebbero costruire e gestire le predette relazioni conseguenti alla crisi familiare. Più precisamente, si stabilisce il contenuto e le modalità di costruzione e applicazione del piano genitoriale¹⁹⁷.

Ai sensi della proposta, del nuovo ottavo comma dell'art. 337-ter, cod. civ., si dispone che «*Entrambi i genitori predispongono un piano genitoriale in ordine a:*

- 1) *luoghi abitualmente frequentati dai figli;*
- 2) *scuola e percorso educativo del minore;*
- 3) *eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative;*
- 4) *frequentazioni parentali e amicali del minore;*
- 5) *vacanze normalmente godute dal minore.*

Nel piano genitoriale deve essere indicata anche la misura e la modalità con cui ciascuno dei genitori provvede al mantenimento diretto dei figli, sia per le spese ordinarie che per quelle straordinarie, attribuendo a ciascuno specifici capitoli di spesa, in misura proporzionale al proprio reddito secondo quanto previsto nel piano genitoriale, considerando:

- 1) *le attuali esigenze del figlio;*
- 2) *le risorse economiche di entrambi i genitori;*
- 3) *la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore».*

Il piano genitoriale, quindi, permette di costruire assieme l'affido condiviso, definendo le principali questioni relative alla vita dei figli, per quanto concerne le attività da svolgere. Inoltre, con il medesimo piano genitoriale si definiscono anche le questioni economiche, in maniera da passare al mantenimento diretto dei figli da parte di ciascun genitore, valutando una serie di indici di capacità di reddito e utilizzando il criterio dei costi standards.

Più precisamente, quanto all'approvazione, si stabilisce che: «*Il giudice esamina e approva il piano genitoriale concordato*

¹⁹⁷ Art. 11, disegno di legge Pillon.

dai due genitori ove non contrastante col superiore interesse o con i diritti del minore»¹⁹⁸. Questi ultimi sono i limiti oltre i quali i genitori non possono spingersi nella redazione del piano genitoriale. Un tale accertamento è demandato al giudice che, in caso di valutazione positiva, l'approva e dispone l'applicazione.

Sulla scorta delle volontà dei genitori, quindi, si definiscono i contenuti dei provvedimenti del giudice anche se non sia stato integralmente raggiunto l'accordo. Più precisamente, il nuovo art. 337-ter, comma 7, dispone che: «In mancanza di accordo o in caso di accordo parziale, il giudice, sentite le parti, recepisce quanto parzialmente concordato dai genitori e stabilisce comunque il piano genitoriale, determinando i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore e fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli, applicando in ogni caso il mantenimento diretto come indicato ai commi precedenti e sulla base del costo medio dei beni e servizi per i figli, individuato su base locale in ragione del costo medio della vita come calcolato dall'ISTAT, indicando altresì le spese ordinarie, le spese straordinarie e attribuendo a ciascun genitore specifici capitoli di spesa».

Soltanto in via residuale ed eccezionale, pertanto, il giudice dovrebbe decidere diversamente sotto il profilo economico. Ai sensi dell'art. 337-ter, cod. civ., infatti, «Il giudice stabilisce, ove strettamente necessario e solo in via residuale, la corresponsione a carico di uno dei genitori, di un assegno periodico per un tempo determinato in favore dell'altro a titolo di contributo al mantenimento del figlio minore. Nel medesimo provvedimento deve anche indicare quali iniziative devono essere intraprese dalle parti per giungere al mantenimento diretto della prole, indicando infine i termini entro i quali la corresponsione di assegno periodico residuale verrà a cessare. I benefici previdenziali e fiscali erogati in favore della prole o ai genitori per i figli a carico sono in ogni caso attribuiti sulla base del reciproco accordo ovvero su disposizione del giudice in misura direttamente proporzionale ai rispettivi redditi. Ove le informazioni di carattere

¹⁹⁸ Art. 337-ter, comma 7, cod. civ.

economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi».

Infine, si stabiliscono le modalità di attuazione dei provvedimenti: *«All’attuazione dei provvedimenti relativi all’affidamento della prole provvede il giudice del merito. La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni quotidiane sono assunte dal genitore che in quel momento si trova col figlio minore, mentre quelle di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate, il giudice valuta detto comportamento anche al fine della modifica della forma di affidamento».*

15. *Gli ulteriori provvedimenti.* – Alla luce degli esposti principi e meccanismi generali, il disegno di legge Pillon ridefinisce anche gli ulteriori provvedimenti che il giudice adotta in caso di crisi familiare. Così è per l’affido separato che, in casi particolari ed eccezionali, il giudice adotta quando non è possibile procedere con quello condiviso.

Il disegno di legge Pillon¹⁹⁹ propone di modificare l’art. 337-*quater* (Affidamento a un solo genitore e opposizione all’affidamento condiviso), nel senso che: *«Il giudice, nei casi di cui all’articolo 337-ter, secondo comma, può disporre temporaneamente l’affidamento dei figli a uno solo dei genitori, qualora ritenga con provvedimento motivato che l’affidamento all’altro sia contrario all’interesse del minore. In ogni caso deve garantire il diritto del minore alla bigenitorialità, disponendo tempi adeguati di frequentazione dei figli minori col genitore non affidatario e promuovendo azioni concrete per rimuovere le cause che hanno portato all’affidamento esclusivo».* In tal senso, risulta che

¹⁹⁹ Art. 12 (Modifica dell’art. 337-*quater* del codice civile), disegno di legge Pillom.

l'affido esclusivo sia da circoscrivere anche temporalmente e, comunque, non impedisca, ma anzi imponga l'attuazione del diritto del minore alla bigenitorialità.

Mentre i commi 4 e 5 dell'attuale art. 337-*quater* non presentano significativa variazioni²⁰⁰, significative novità concernono i commi seguenti.

«Il giudice, nel caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ai suoi genitori dispone l'affidamento familiare in altro nucleo familiare, anche d'ufficio, per un tempo non superiore ai due anni, preferendo in ogni caso nuclei familiari di parenti o comunque, in mancanza di questi, di famiglie residenti nel medesimo territorio del minore.

A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa a cura del pubblico ministero al giudice tutelare. Deve in ogni caso essere garantito al minore il diritto alla bigenitorialità, disponendo tempi adeguati di frequentazione con ciascun genitore, salvo che ciò sia motivatamente ritenuto come assolutamente contrario all'interesse del minore. Deve altresì essere posta in essere ogni misura idonea e opportuna per il recupero della capacità genitoriale dei genitori del minore, favorendo il reinserimento immediato in famiglia non appena possibile».

L'affido esterno, quindi, è considerata una misura di *extrema ratio*, temporanea e, comunque, da superare a favore di un affi-

²⁰⁰ Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni indicate al primo comma. Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal primo comma dell'articolo 337-*ter*. Se la domanda risulta manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 del codice di procedura civile. Il genitore a cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice, favorendo e garantendo in ogni modo la frequentazione dei figli minori con l'altro genitore, a meno che ciò non sia stato espressamente limitato dal giudice con provvedimento motivato. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono comunque adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse».

do familiare, possibilmente congiunto. In ogni caso, permane il diritto alla bigenitorialità, da attuare mediante una frequentazione continua dei genitori.

16. *La mediazione familiare delegata.* – Il disegno di legge Pillon introduce significative novità sul piano della gestione stragiudiziale della crisi familiare anche successivamente alla separazione dei coniugi. In specie, si intende introdurre dei meccanismi compositivi che, soprattutto con riguardo al mutamento delle condizioni delle separazione, quanto all'affidamento dei figli, possano favorire soluzioni condivise. In tal modo, si apre ulteriormente il quadro dei meccanismi stragiudiziali di composizione delle controversie familiari, con particolare riguardo alle relazioni con i figli²⁰¹.

Più precisamente, si propone di intervenire sull'attuale disciplina della revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, così sostituendo e integrando già dalla rubrica l'art. 337-*quinquies* (Revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli; conflittualità genitoriale; mediatore e coordinatore genitoriale), cod. civ. In particolare, si stabilisce che: «*I genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, la revisione dei piani genitoriali, il ricalcolo dei tempi di frequentazione con la prole e l'attribuzione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo*»²⁰². Per effetto della proposta novella, pertanto, si amplia notevolmente l'ambito e il contenuto delle disposizioni concernenti i figli che ciascun genitore può chiedere di cambiare. La modifica, invero, non concerne più soltanto e genericamente le disposizioni sull'affidamento dei figli, ma anche quelle complessivamente indicate nel piano genitoriale, oltre che puntualmente le due questioni principali sulla ripartizione paritaria dei tempi di frequentazione dei figli e della misura e modalità di contribuzione economica. La modifica è coerente

²⁰¹ Art. 13 (Modifica dell'art. 337-*quinquies* del codice civile), disegno di legge Pillon.

²⁰² Art. 337-*quinquies*, comma 1, cod. civ.

nell'esplicitare l'accresciuta portata dell'autonomia dei coniugi anche in sede di revisione delle disposizioni concernenti i figli. L'accresciuta autonomia, in conformità al principio della bigenitorialità, richiede strumenti di supporto del dialogo e dell'accordo tra i genitori, che possano ridurre la conflittualità e l'intervento autoritativo del giudice.

In tal senso, si prevede sia l'utilizzazione della mediazione familiare e sia il ricorso a un nuovo meccanismo compositivo denominato coordinazione familiare.

Ai sensi del nuovo secondo comma dell'art. 337-*quinquies*, cod. civ., si dispone che: *«Il giudice, nei casi di conflittualità tra le parti, invita nuovamente i genitori a intraprendere un percorso di mediazione familiare per la risoluzione condivisa delle controversie. Qualora le parti accettino, il giudice sospende il procedimento per non più di sei mesi e rimette le parti avanti il mediatore familiare, sorteggiandone il nome tra due scelti dalle parti in caso di disaccordo. Qualora la mediazione riesca, il giudice esamina il piano genitoriale redatto dalle parti con l'aiuto del mediatore e lo recepisce nel proprio provvedimento ove non ritenuto contrario al superiore interesse del minore»*²⁰³.

Le norme riportate sono importanti sia perché prevedono espressamente in questi casi l'applicazione della mediazione familiare in pendenza del giudizio e sia in quanto provvedono a integrarne la disciplina sotto alcuni aspetti. Come già osservato²⁰⁴, la riforma Pillon²⁰⁵ stabilisce che, in presenza di figli minori, la mediazione familiare costituisca una condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per la separazione personale²⁰⁶. In tale giudizio, inoltre si attribuiscono al giudice poteri di verifica dell'espletamento della mediazione e, comunque, di informazione per le parti sulle possibilità di farvi ricorso. Le norme in esame si riferiscono ai giudizi successivi a quello di separazione, nei quali ciascun coniuge chiede modificazioni alle disposizioni concernenti i figli. In tal caso, anzitutto, si attribuisce al giudice il potere di rivolgere ai genitori una sollecitazione verso la media-

²⁰³ Art. 337-*quinquies*, comma 2, cod. civ.

²⁰⁴ V. *supra* par. 11.

²⁰⁵ Art. 7, disegno di legge Pillon.

²⁰⁶ Art. 706, comma 1, cod. proc. civ.

zione familiare (c.d. mediazione delegata). La formulazione aperta della norma non precisa se si tratti di un semplice invito ovvero di un vero e proprio ordine e, inoltre, se sia da riferire alla partecipazione a una sessione informativa o a un procedimento di mediazione.

Più precisamente, la norma attribuisce al giudice siffatto potere nei casi di conflittualità tra le parti²⁰⁷. Non è dato capire il senso di tale riferimento, dal momento che verosimilmente se si è promosso un giudizio, piuttosto che trovare altrimenti una soluzione amichevole, esiste una conflittualità e, quindi, il potere potrebbe sempre essere esercitato dal giudice. Altrimenti, bisognerebbe ritenere che la conflittualità indichi una situazione di più acceso contrasto tra i genitori, non coincidente con la semplice pendenza del giudizio. In tutti i casi, l'apprezzamento della conflittualità è rimesso al giudice. A tal riguardo, tuttavia, è bene segnalare come per la condizione di procedibilità del giudizio di separazione la norma non operi alcuna distinzione a seconda del grado di conflittualità, bastando la presenza di figli minori²⁰⁸. In questo caso, senza alcun automatismo, la valutazione discrezionale rimessa al giudice dovrà tenere conto certamente della conflittualità, quale situazione di acceso contrasto che può essere pregiudizievole per il minore. Tuttavia, si consideri pure che nella disciplina della mediazione in materia civile e commerciale, con riferimento al potere discrezionale del giudice di delegare la mediazione, si indicano alcuni criteri generali che paiono utilizzabili, legati la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti²⁰⁹.

Quanto al contenuto del potere attribuito al giudice, la norma si esprime nel senso che «*invita nuovamente la parti a intraprendere un percorso di mediazione familiare finalizzato per la*

²⁰⁷ Art. 337-*quinquies*, comma 2, cod. civ.

²⁰⁸ Art. 706, comma 1, cod. proc. civ.

²⁰⁹ Art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010. Sulla mediazione delegata, in generale, v. AA.VV., *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* diretto da J.L. Argudo Pérez, cit., pp. 65 ss.; M.C. BALLESTEROS RAYÓN, *La mediación intrajudicial en España: su aplicación práctica*, in *Anuario de mediación y solución de conflictos*, 2015, pp. 21 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 874 ss.

*risoluzione condivisa delle controversie»*²¹⁰. Il tenore letterale sembrerebbe indicare un semplice invito, non già un ordine, come invece è previsto che il giudice emetta nell'introduttivo giudizio di separazione. L'impiego dell'avverbio nuovamente, tuttavia, potrebbe dare adito a una reiterazione ad opera del giudice dell'esercizio del medesimo potere. In tal senso, la disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale attribuisce al giudice il potere di ordinare la mediazione in pendenza del giudizio²¹¹.

La norma in esame, in ogni caso, subordina all'accettazione delle parti (dell'invito formulato dal giudice) l'adozione dei conseguenti provvedimenti. Più precisamente, qualora le parti accettino, anzitutto, il giudice sospende il procedimento per non più di sei mesi. Il termine corrisponde a quello massimo di durata del procedimento di mediazione familiare²¹². Tuttavia, il giudice può sospendere il processo per un termine inferiore. Con riferimento alla condizione di procedibilità, invece, la proposta di riforma prevede un termine rigido fisso di soli due mesi²¹³.

Il potere attribuito al giudice, quando le parti accettino l'invito a intraprendere la mediazione familiare, comprende pure quello di rimetterle davanti al mediatore familiare, sorteggiando il nome tra due scelti dalle parti in caso di disaccordo²¹⁴. La formulazione della norma è poco chiara, prestandosi a letture divergenti, e poco coordinata con le altre disposizioni sulla mediazione familiare e, più in generale, con la disciplina della mediazione civile e commerciale. In primo luogo, non è chiaro cosa significhi rimettere le parti davanti al mediatore e, in specie, se occorra un provvedimento giudiziale in tal senso, in quanto sono le parti che si pongono in diretto contatto con il mediatore. Inoltre, al giudice è attribuito pure il potere di intervenire in caso di disaccordo tra le parti nell'individuazione del mediatore

²¹⁰ Art. 337-*quinquies*, comma 2, cod. civ.

²¹¹ Art. 5, comma D, d.lgs. 28/2010.

²¹² Art. 3, comma 4, disegno di legge Pillon.

²¹³ Art. 8, disegno di legge Pillon.

²¹⁴ Art. 337-*quinquies*, comma 2, cod. civ.

familiare. La norma prospetta un meccanismo di sorteggio giudiziale tra due nominativi indicati dalle parti. Si delinea perciò un meccanismo di individuazione del mediatore che, in prima battuta, si rimette all'accordo delle parti e, in mancanza, a un sorteggio tra i due (soli) nominativi indicati dalle parti. Un tal meccanismo non è stato previsto con riferimento alla condizione di procedibilità della mediazione familiare preventiva, che sul punto non contiene alcuna indicazione²¹⁵, né con riferimento alla disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale, che utilizza il criterio della prevenzione nella presentazione della domanda di mediazione²¹⁶. Per tali ragioni, sarebbe opportuna una complessiva armonizzazione delle disposizioni sul punto, considerando che per la mediazione civile e commerciale si è seguito il più garantito modello c.d. istituzionalizzato.

La norma in esame considera poi l'esito positivo della mediazione e la relativa efficacia. In particolare, si attribuisce al giudice il potere di esaminare il piano genitoriale redatto dalle parti con l'aiuto del mediatore e valutarne la non contrarietà al superiore interesse del minore. In tal caso, il giudice recepisce il piano genitoriale con proprio provvedimento²¹⁷. La norma solleva dubbi in ordine sia al potere del giudice, che pare limitarsi al vaglio dell'interesse superiore del minore, senza considerare altri profili, anche di legalità dell'accordo. Inoltre, sembrerebbe che tutti gli accordi raggiunti in mediazione familiare debbano confluire nel piano genitoriale, magari integrandolo o modificando la precedente versione, già approvata dal giudice. In tal modo, il piano genitoriale assume infatti una dimensione assorbente degli accordi concernenti i rapporti dei genitori con i figli. Non si chiarisce, quindi, se possano darsi ulteriori profili di conflitto familiare che siano definiti con accordo in mediazione e, quindi, se gli stessi siano soggetti a controllo di omologa, come è stato previsto dalla stessa proposta di riforma Pillon²¹⁸.

²¹⁵ Art. 2, disegno di legge Pillon.

²¹⁶ Art. 4, d.lgs. 28/2010.

²¹⁷ Art. 337-*quinquies*, comma 2, cod. civ.

²¹⁸ Art. 3, comma 8, disegno di legge Pillon.

La norma prende poi in considerazione i restanti esiti della mediazione familiare e l'utilizzazione di una nuova formula alternativa di risoluzione amichevole delle controversie in esame. Ai sensi, del terzo comma del citato art 337-*quinquies*, cod. civ., si dispone che: *«In caso di rifiuto o di fallimento della mediazione il giudice, qualora la conflittualità persista, propone alle parti la nomina di un coordinatore genitoriale, con il compito di facilitare le parti nel dialogo e nella relazione genitoriale, nell'interesse dei figli minori.*

Il coordinatore può sentire le parti separatamente e congiuntamente. Le parti possono anche attribuire al coordinatore genitoriale il potere di assumere decisioni limitatamente a specifici ambiti e sostenerle nell'attuazione del piano genitoriale. Le eventuali modifiche al piano genitoriale concordate in coordinazione dovranno essere sottoposte al giudice per il tramite dei legali delle parti.

Gli oneri della coordinazione genitoriale sono ripartiti tra i genitori nella misura del 50 per cento, salvo diverso accordo tra le parti».

La norma considera espressamente tanto il rifiuto delle parti di intraprendere la mediazione familiare quanto il relativo fallimento. Emerge, pertanto, che l'invito del giudice non è vincolante e, quindi, le parti possono anche non iniziare il procedimento di mediazione. In tal caso, il giudice non sospende neppure il giudizio. Qualora le parti accettino di intraprendere la mediazione, il giudice sospende il giudizio che dovrà riprendere in conseguenza del fallimento della mediazione familiare. Non sono previste conseguenze negative per le parti che rifiutino di intraprendere ovvero coltivare con successo la mediazione.

17. *La coordinazione familiare.* – Nei casi di rifiuto o insuccesso della mediazione il giudice è investito del potere discrezionale di utilizzare un nuovo e diverso meccanismo di risoluzione alternativa della controversia: la coordinazione familiare. Più precisamente, la norma ipotizza l'applicazione della misura se perdura la conflittualità tra le parti. Invero, come accennato, una tale situazione si deve ritenere insita nella pendenza del giudi-

zio e nell'insuccesso della mediazione familiare²¹⁹. Comunque, l'accertamento dell'intensità della conflittualità tra le parti è rimesso al giudice, che adotta i conseguenti provvedimenti.

Il giudice propone alle parti la nomina di un coordinatore genitoriale, con il compito di facilitarle nel dialogo e nella relazione genitoriale, nell'interesse dei figli minori. Il giudice disporrebbe di un potere di semplice proposta verso le parti, che devono accettare se avvalersi di un coordinatore familiare, di cui saranno illustrate preventivamente le funzioni e modalità di operare. Il coordinatore familiare, infatti, è un terzo, professionista, che facilita il dialogo tra i genitori e favorisce la loro relazione, avendo principale cura dell'interesse dei minori. Sotto questo aspetto, il coordinatore familiare svolge una funzione mediativa nella gestione del conflitto familiare, al pari del mediatore familiare, pur differenziandosi il suo ruolo sotto più aspetti.

In primo luogo, il coordinatore familiare, qualora le parti acconsentano ad avvalersene, è nominato dallo stesso giudice. Nella sua scelta, il giudice potrebbe anche nominare un coordinatore che sia condiviso dalle parti, ma questo non è un elemento da considerare necessario. Il coordinatore familiare, oltre a facilitare il dialogo e l'accordo tra le parti, può essere dalle stesse investito di un, ancorché circoscritto, potere decisionale. In tal senso, egli opera come un decisore privato, al fine di superare la contrapposizione tra i genitori, nell'esclusivo interesse dei figli minori. Il compito prevalente del coordinatore, tuttavia, è quello di aiutare i genitori nel superare la conflittualità nell'attuazione del piano genitoriale. In tal senso, egli opera attraverso un approccio mediativo tra le diverse esigenze che si devono conciliare nell'interesse preminente del minore.

Soltanto quando si apportino significative novità al piano genitoriale, le stesse devono essere sottoposte al giudice. La norma richiede che le modifiche del piano genitoriale siano state concordate dalle parti e che per il tramite degli avvocati siano sottoposte al giudice²²⁰. Pur in mancanza di una esplicita indicazione, il giudice dovrebbe sempre valutare la corrispondenza all'interesse del minore nell'adottare il piano modificato.

²¹⁹ Art. 337-*quinquies*, comma 3, cod. civ.

²²⁰ Art. 337-*quinquies*, comma 3, cod. civ.

Il costo della coordinazione familiare è sopportato paritariamente dalle parti, pur potendo le stesse accordarsi diversamente²²¹. Non si stabilisce nulla per quanto attiene all'entità del compenso, né a come determinarlo. Per la mediazione familiare, invece, il disegno di legge Pillon ipotizza un regime tariffario stabilito dal Ministero della Giustizia²²². Tuttavia, mentre il mediatore familiare svolge una funzione mediativa su tutti i conflitti familiari, tanto nella costruzione, quanto nella revisione e attuazione delle relazioni familiari, il ruolo del coordinatore familiare è da riferire prevalentemente all'attuazione del piano genitoriale.

Il progetto di legge Pillon²²³, con riferimento all'ultimo comma dell'art. 377-*quinquies*, cod. civ., dispone che: «*Qualora le parti rifiutino di intraprendere la mediazione o la coordinazione genitoriale, il giudice decide della questione applicando i principi di cui al primo comma del presente articolo e di cui all'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 337-ter*». Il rifiuto, oltre che il fallimento della mediazione e della coordinazione familiare, impongono al giudice di decidere la questione che gli si sottopone e definire la controversia. La norma, malgrado sia poco chiara nella formulazione, indica i principi ai quali il giudice si deve attenere. Il primo comma dell'art. 337-*quinquies*, cod. civ., invero, non fissa i principi, ma prospetta piuttosto le questioni che possono essere sottoposte al giudice in sede di revisione. Parimenti, l'inciso finale del secondo comma dell'art. 337-*ter*, cod. civ., contiene solo un riferimento specifico alla distribuzione paritaria dei tempi di convivenza dei figli con ciascuno dei genitori, oltre che ai meccanismi annuali di recupero. Probabilmente, sarebbe opportuno un rinvio più ampio e complessivo ai principi e alla disciplina dell'affido condiviso, inclusa la sua applicazione quanto al sistema della bigenitorialità.

La norma in esame, comunque, assume una notevole rilevanza sistematica, all'interno della riforma del diritto di famiglia. In primo luogo, perché mette in sequenza gli strumenti di tutela,

²²¹ Art. 337-*quinquies*, comma 4, cod. civ.

²²² Art. 4, disegno di legge Pillon.

²²³ Art. 13 (Modifica dell'articolo 337-*quinquies* del codice civile), disegno di legge Pillon.

anteponendo l'esperienza di quelli stragiudiziali consensuali rispetto all'esercizio del potere decisionale da parte del giudice. La soluzione condivisa dai genitori è quella preferibile e, perciò, si deve cercare di realizzarla anche mediante la mediazione e la coordinazione familiare. In secondo luogo, si stabiliscono i criteri ai quali si devono attenere, tanto gli strumenti consensuali stragiudiziali, quanto la decisione giudiziale. In ogni caso, anche se non è possibile ottenere l'accordo delle parti, la migliore tutela dell'interesse del minore costituisce sempre il principio superiore da osservare.

18. *La casa familiare e il doppio domicilio dei figli.* – In ragione dei nuovi principi ai quali si ispira, il disegno di legge Pillon²²⁴ si occupa pure di una profonda revisione dell'istituto giuridico della casa familiare²²⁵. La nuova formulazione della norma, in pratica, si rende necessaria per dare attuazione al meccanismo del doppio domicilio del minore presso ciascuno dei genitori separati. Al ridotto spazio che, pertanto, si riconosce all'abitazione familiare si collegano una nuova serie di disposizioni che sono rilevanti in quanto toccano aspetti economici e personali ritenuti di particolare delicatezza e fonte di accesa conflittualità.

Si propone una sostanziale riscrittura dell'art. 337-sexies (Residenza presso la casa familiare e prescrizioni in tema di residenza), cod. civ., che inizia con lo stabilire: «*Fermo il doppio domicilio dei minori presso ciascuno dei genitori secondo quanto stabilito dal quinto comma dell'articolo 337-ter, il giudice può stabilire nell'interesse dei figli minori che questi mantengano la residenza nella casa familiare, indicando in caso di disaccordo quale dei due genitori può continuare a risiedervi. Quest'ultimo è comunque tenuto a versare al proprietario dell'immobile un indennizzo pari al canone di locazione computato sulla base dei correnti prezzi di mercato*».

²²⁴ Art. 14 (Modifica dell'articolo 337-sexies del codice civile), disegno di legge Pillon.

²²⁵ Sull'attuale disciplina della casa familiare, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., pp. 214 ss.; M.G. CUBEDDU, *L'assegnazione della casa familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Ferrando, I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Bologna, 2007, pp. 839 ss.

L'applicazione del doppio domicilio per i minori riduce l'importanza dell'istituto giuridico della casa familiare, che non costituisce più la soluzione necessaria, né quella principale per la sistemazione fisica dei minori. Con il doppio domicilio presso ciascuno dei genitori, infatti, potrebbero risolversi tutte le questioni inerenti al fabbisogno abitativo dei figli minori.

La norma ipotizza, comunque, che spetti al giudice stabilire se nell'interesse esclusivo dei figli minori occorra mantenere la residenza nella casa familiare. In tal caso, le parti devono accordarsi su chi debba continuare a convivere con il minore e, in mancanza di loro accordo, sarà il giudice a decidere avendo sempre riguardo alla migliore cura dell'interesse del minore. Sul piano economico, ancora, si stabilisce una misura compensativa del pagamento da parte del genitore che abiti la casa coniugale di un indennizzo pari al valore del canone di locazione. Dalla formulazione del primo comma, quindi, traspaiono chiaramente due piani di conflittualità da comporre, sia interno tra i genitori, che esterno verso l'eventuale avente titolo sulla casa medesima.

Tali aspetti sono meglio precisati, nel comma successivo, che così dispone: «*Le questioni relative alla proprietà o alla locazione della casa familiare sono risolte in base alle norme vigenti in materia di proprietà e comunione. Non può continuare a risiedere nella casa familiare il genitore che non ne sia proprietario o titolare di specifico diritto di usufrutto, uso, abitazione, comodato o locazione e che non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*»²²⁶. Alla casa familiare, pertanto, si arriva ad applicare la disciplina generale della proprietà e, in ogni caso, del godimento degli immobili. In particolare, si richiede sempre uno specifico titolo attributivo del godimento della casa e, comunque, si stabilisce che il termine godimento in presenza di specifiche fattispecie: cessazione della stabile abitazione, convivenza *more uxorio* o nuove nozze. In tal senso, la norma prospetta una soluzione alle più frequenti vicissitudini conflittuali che si sono registrate nella prassi.

La nuova norma si occupa anche della condivisione tra i coniugi delle scelte inerenti alla modifica della residenza e del

²²⁶ Art. 337-*sexies*, comma 2, cod. civ.

domicilio dei figli minori²²⁷. Si introduce un regime di controllo preventivo e successivo, che passa attraverso la ricerca dell'accordo tra i genitori e, in mancanza, la necessaria autorizzazione del giudice, che valuta l'interesse del minore. Più precisamente, si dispone che: «*In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, almeno trenta giorni prima, l'intenzione di cambiare la propria residenza o domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico dell'altro genitore o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto*²²⁸.

In ogni caso il trasferimento del minore, il suo cambiamento di residenza e la sua iscrizione a un istituto scolastico sono sempre soggetti al preventivo consenso scritto di entrambi i genitori, ovvero alla decisione del giudice tutelare in caso di mancato accordo. Qualsiasi trasferimento del minore non autorizzato in via preventiva da entrambi i genitori o dal giudice deve esser ritenuto contrario al suo superiore interesse e privo di ogni efficacia giuridica. È compito delle autorità di pubblica sicurezza, su segnalazione di uno dei genitori, adoperarsi per ricondurre immediatamente il minore alla sua residenza qualora sia stato allontanato senza il consenso di entrambi i genitori o l'ordine del giudice»²²⁹.

La nuova formulazione della norma, nell'insieme, risponde alle rinnovate esigenze di condivisione tra i genitori delle loro scelte relazionali rispetto ai figli minori. In tal senso, probabilmente, sarebbe stato bene evidenziare come tutte le questioni inerenti alla casa familiare, alla definizione dei relativi rapporti economici e giuridici, di natura reale od obbligatoria, alla sua cessazione, come pure al cambio di residenza e di domicilio del minore, alla sua iscrizione a scuola, in mancanza di accordo tra i coniugi, da cercare anche con la mediazione o la coordinazione familiare, come accennato, sono decise dal giudice. Il ricorso a tali strumenti di composizione stragiudiziale si rende necessario per definire rapidamente le relative questioni, scongiurando la conflittualità sia interna che esterna e la sua degenerazione giudiziale, che si dimostra lesiva di diritti dei minori.

²²⁷ Art. 14, disegno di legge Pillon.

²²⁸ Art. 337-sexies, comma 3, cod. civ.

²²⁹ Art. 337-sexies, comma 4, cod. civ.

19. *La discrezionalità del giudice.* – Il disegno di legge Pillon, inoltre, si occupa di rendere applicabili i principi ispiratori della riforma anche ai figli maggiorenni, provvedendo a definire le regole ad essi riferibili²³⁰. Più precisamente, si propone una riscrittura dell'art. 337-septies (Disposizioni in favore dei figli maggiorenni), cod. civ., del seguente tenore: *«I genitori possono concordare con il figlio maggiorenne non ancora autosufficiente economicamente un piano genitoriale con le forme di cui ai commi sexto e settimo dell'articolo 337-ter. Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente e su loro richiesta il pagamento di un assegno periodico a carico di entrambi i genitori. Tale assegno è versato da entrambi i genitori direttamente all'avente diritto, fermi per il figlio gli obblighi di cui all'articolo 315-bis.*

Ai figli maggiorenni portatori di disabilità grave si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.

Fatto salvo quanto previsto al precedente comma, nei confronti dei figli maggiorenni cessa ogni obbligo di mantenimento al compimento del venticinquesimo anno di età ovvero qualora la mancanza di una loro occupazione o impiego lavorativo sia dipesa da negligenza o rifiuto ingiustificato di opportunità di lavoro offerte ovvero si dimostri la colpevole inerzia nel prorogare il proprio percorso di studi senza alcun effettivo rendimento».

La prima e principale novità è costituita dalla possibilità che i genitori concordino un piano genitoriale con il figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente. Il piano viene approvato e sottoposto al giudice ai sensi dell'art. 337-ter cod. civ. L'indicazione è significativa nella misura in cui estende ai figli maggiorenni non autosufficienti i medesimi meccanismi di composizione amichevole previsti per i figli minorenni.

La norma attribuisce al giudice il potere di disporre il pagamento di un assegno periodico a carico di entrambi i genitori in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente e su loro richiesta. La novità concerne la necessità di una richiesta del figlio e, inoltre, l'essere l'assegno a carico di entrambi i genitori.

²³⁰ Art. 15 (Modifica all'art. 337-septies del codice civile), disegno di legge Pillon.

Si ripropone, inoltre, quanto alle tutele, l'equiparazione ai figli minorenni di quelli maggiorenni portatori di gravi disabilità. In tal senso, perciò, si deve ritenere che in caso di separazione dei genitori trovi applicazione la medesima condizione di procedibilità della mediazione familiare, testualmente prevista solo per i figli minorenni²³¹.

Parimenti significativa è la fissazione di un termine generale all'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni, che cessa al compimento del venticinquesimo anno di età, ovvero anche prima in caso di loro condotte inerti o negligenti nella ricerca di occupazione o nella conduzione dei percorsi di studi. L'applicazione della disposizione, peraltro, non è semplice in un contesto di crisi economica e in una realtà sociale che rimanda *sine die* l'ingresso nel lavoro dei giovani. La gestione dei relativi conflitti, perlomeno all'interno della famiglia, richiede strategie e meccanismi di condivisione dei nuovi percorsi risolutivi.

La riforma proposta dal disegno di legge Pillon²³², in particolare, si spinge anche nella rivisitazione dei poteri discrezionali del giudice con particolare riferimento all'ascolto del minore e all'introduzione di ulteriori modalità garantite per procedervi. Più precisamente, si propone la revisione dell'art. 337-*octies* (Poteri del giudice e ascolto del minore), cod. civ., nei seguenti termini: «*Prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter, il giudice può assumere, a istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone inoltre l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo.*

L'ascolto del minore deve essere sempre svolto alla presenza del giudice e di un esperto da lui designato. L'ascolto deve essere videoregistrato. Le parti possono assistere in locale separato collegato mediante video e possono presentare domande per mezzo

²³¹ Art. 706, comma 1, cod. proc. civ.

²³² Art. 16 (modifica dell'art. 337-*octies* del codice civile), disegno di legge Pillon.

del giudice. Sono vietate le domande manifestamente in grado di suscitare conflitti di lealtà da parte del minore verso uno dei genitori».

La principale novità attiene all'introduzione di modalità rafforzate dell'ascolto del minore. In specie, si richiede che l'ascolto avvenga alla presenza del giudice e di un esperto e, in ogni caso, tutte le operazioni siano videoregistrate. Si prevede pure la partecipazione, in separata stanza, dei genitori che possono anche formulare domande al minore ma solo attraverso il giudice. Le garanzie rafforzate si spiegano con l'esigenza di favorire il dialogo tra tutti i componenti della famiglia, al fine di costruire e provare percorsi condivisi nell'interesse del minore stesso.

La modifica apportata all'art. 337-*octies* cod. civ. intende abrogare la vigente formulazione del secondo comma che si occupa della mediazione familiare. Più precisamente, l'attuale secondo comma così dispone: «*Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*». Nell'intenzione dei proponenti il disegno di legge Pillon, probabilmente, l'abrogazione si spiega in ragione della complessiva rivisitazione della disciplina della mediazione familiare, che accompagna la riscrittura delle principali norme sui profili sostanziali e processuali della crisi familiare. Ci sono infatti altre e più puntuali norme dedicate alla mediazione familiare, con riferimento sia all'introduzione della domanda di separazione personale dei coniugi, che contiene la condizione di procedibilità della mediazione²³³, e sia alla revisione delle condizioni della separazione²³⁴, che attribuisce al giudice il potere di invitare le parti a ricorrere alla mediazione. Purtroppo, una siffatta abrogazione non appare giustificata e sarebbe preferibile procedere a una revisione della formulazione della norma che conservi il riferimento alla mediazione all'interno dell'articolo sui poteri del giudice e l'ascolto del minore.

²³³ Art. 706, comma 1, cod. proc. civ.

²³⁴ Art. 337-*quinquies*, comma 2, cod. civ.

In tal senso, in primo luogo, si osserva che l'obiettivo di de-giuridizzionalizzazione del contenzioso familiare che contraddistingue questa riforma, in chiave sistematica, avrebbe richiesto un riferimento espresso alla mediazione proprio con riferimento all'articolo dedicato ai poteri del giudice e all'ascolto. La decisione del giudice, infatti, si pone sempre come soluzione graduata rispetto all'accordo dei genitori, che può realizzarsi anche attraverso la mediazione familiare. In tal senso, sarebbe stato opportuno conservare all'interno dell'articolo in esame²³⁵, accanto al potere del giudice di assumere prove e disporre l'ascolto, anche quello di invitare le parti a ricorrere alla mediazione familiare. In proposito, infatti, si consideri che la migliore tutela dell'interesse del minore costituisce il principio cardine della mediazione familiare e, dichiaratamente, la ragione della sua obbligatorietà in caso di giudizio di separazione tra i coniugi con prole minore.

Inoltre, mentre si introducono garanzie rafforzate per l'ascolto del minore davanti al giudice, non si dettano prescrizioni con riguardo alla mediazione familiare. In particolare, nella riforma si riconosce solo che, con il consenso dei genitori, sia ammessa la partecipazione dei minori al procedimento di mediazione²³⁶, ma non si stabiliscono garanzie di ascolto. Si tratta, com'è evidente, di un vuoto normativo che espone la partecipazione del minore a rischi e strumentalizzazioni, che finirebbero per penalizzare la buona riuscita della mediazione stessa e, comunque, la tutela del suo interesse.

Per questa ragione, sarebbe preferibile mantenere all'interno della norma sia il riferimento espresso alla mediazione familiare, con l'attribuzione al giudice dei poteri di disporre la mediazione familiare prima di adottare le decisioni con riguardo ai minori. Bisognerebbe stabilire inoltre quali garanzie si applichino alla partecipazione del minore e al suo ascolto nel procedimento di mediazione familiare. Si tratta di un elemento di specialità della disciplina che necessita di una particolare attenzione, al fine di garantire la costruzione di percorsi di ascolto e dialogo tra tutti i componenti della famiglia.

²³⁵ Art. 337-*octies*, cod. civ.

²³⁶ Art. 3, comma 1, disegno di legge Pillon.

20. *Il contrasto dell'alienazione parentale.* – Il disegno di legge Pillon intende sviluppare una specifica tutela dei diritti relazionali all'interno della famiglia e contrastare i fenomeni di alienazione parentale che, sovente, si innescano con l'exasperazione della crisi familiare²³⁷. Tali comportamenti, oltre a danneggiare la persona emarginata, finiscono per ledere il diritto dei minori a conservare una relazionalità con ciascuno dei genitori e, più in generale, con tutti i componenti dei due rami genitoriali.

Più precisamente, con riferimento all'art. 342-*bis* (Ordini di protezione contro gli abusi familiari), cod. civ., si prevede l'inserimento di un nuovo comma finale: «*Quando in fase di separazione dei genitori o dopo di essa la condotta di un genitore è causa di grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, ostacolando il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui agli articoli 342-ter e 342-quater. I provvedimenti di cui a quest'ultimo articolo possono essere applicati, nell'esclusivo interesse del minore, anche quando, pur in assenza di evidenti condotte di uno dei genitori, il figlio minore manifesti comunque rifiuto, alienazione o estraniamento con riguardo a uno di essi*»²³⁸.

La norma, in buona sostanza, equipara agli abusi familiari le nuove fattispecie costituite dalle condotte di un genitore che causano grave pregiudizio ai diritti relazionali del figlio minore e degli altri familiari, realizzate al fine di ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore e la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Al fine di agevolare la repressione, il giudice, nell'adottare i provvedimenti, può prescindere dalla necessità d'individuazione di evidenti condotte di uno

²³⁷ Sull'alienazione parentale, M. CASONATO, *Affidamento d'un minore, consulenza tecnica d'ufficio e ricorso per cassazione per vizi della motivazione. Conflitti familiari e sindrome da alienazione parentale: note su una discussa patologia*, in *Famiglia e diritto*, n. 8-9, 2013, pp. 758 ss.

²³⁸ Art. 17 (Modifica all'art. 342-*bis* del codice civile), disegno di legge Pillon.

dei genitori, allorchando il figlio manifesti rifiuto, alienazione o estraniamento verso uno dei genitori. La tutela deve essere disposta dal giudice nell'esclusivo interesse del minore.

L'indicazione è di particolare interesse anche sotto il profilo della possibile applicazione della mediazione familiare in chiave di individuazione di una soluzione compositiva per superare gli abusi familiari e l'alienazione familiare. L'attuale art. 342-ter (Contenuto degli ordini di protezione), cod. civ., infatti, attribuisce al giudice il potere di ordinare 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 ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro. La stessa norma, al comma successivo, attribuisce al giudice il potere di disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obbligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante.

La revisione legislativa avrebbe potuto costituire l'occasione per chiarire meglio il ruolo della mediazione familiare nei casi di abusi e alienazioni parentali, precisando chi può svolgerla, con quali modalità e, inoltre, quale valore avrebbe l'accordo che si riesca a raggiungere in mediazione. In tal modo, per un verso, si sarebbe offerta una coerente applicazione dell'istituto giuridico della mediazione familiare e, per altro verso, si sarebbe potuto meglio intervenire, in via preventiva e amichevole per capire ed eliminare le cause del conflitto, piuttosto che sanzio-

narne successivamente le conseguenze patologiche. La fattispecie di mediazione familiare in esame, infatti, è stata quella per prima introdotta nell'ordinamento italiano, ma ha finora mantenuto la sua frammentarietà e scarsa attenzione, pur avendo una crescente importanza, soprattutto a garanzia dei diritti relazionali che con la riforma Pillon si intendono tutelare²³⁹.

Con il disegno di legge²⁴⁰, infatti, si propone l'introduzione di un nuovo art. 342-*quater* (Ulteriori contenuti dell'ordine di protezione), cod. civ., che così dispone: «*Con il decreto di cui all'articolo 342-bis il giudice ordina al genitore che ha tenuto la condotta pregiudizievole per il minore la cessazione della stessa condotta; può inoltre disporre con provvedimento d'urgenza la limitazione o sospensione della sua responsabilità genitoriale. Il giudice può applicare in tali casi anche di ufficio e inaudita altera parte uno dei provvedimenti previsti dall'articolo 709-ter del codice di procedura civile.*

*Il giudice, nei casi di cui all'articolo 342-bis, può in ogni caso disporre l'inversione della residenza abituale del figlio minore presso l'altro genitore oppure limitare i tempi di permanenza del minore presso il genitore inadempiente, ovvero disporre il collocamento provvisorio del minore presso apposita struttura specializzata, previa redazione da parte dei servizi sociali o degli operatori della struttura di uno specifico programma per il pieno recupero della bigenitorialità del minore, nonché dell'indicazione del responsabile dell'attuazione di tale programma. Con il medesimo decreto il giudice determina le modalità di attuazione. Ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione, lo stesso giudice provvede con decreto ad emanare i provvedimenti più opportuni per tutelare i diritti delle persone interessate, ivi compresi quelli di cui agli articoli 337-ter e 337-*quater*».*

Il nuovo articolo rafforza la repressione contro questo tipo di abuso familiare e, in particolare delinea i provvedimenti che il giudice può adottare per realizzare l'interesse del figlio minore alla bigenitorialità e alla conservazione dei rapporti con tutti i componenti delle due linee genitoriali. Traspare un approccio au-

²³⁹ V. par. 6 sulla relazione introduttiva al disegno di legge Pillon.

²⁴⁰ Art. 18 (Introduzione dell'art. 342-*quater* del codice civile), disegno di legge Pillon.

toritario e repressivo che però, quanto meno in prima battuta, poco si addice allo spirito della degiurisdizionalizzazione e della costruzione consensuale delle soluzioni. Il dato è ancor più evidente, se si considera che si arriva a ipotizzare la redazione di un piano genitoriale da parte di soggetti terzi, senza il diretto e pieno coinvolgimento dei genitori e del figlio minore. Non si fa alcun cenno neppure alla mediazione familiare, malgrado si prospetti una decisione del giudice anche sulle regole dell'affido e sulla modifica delle condizioni della separazione.

Probabilmente, per la tutela dei diritti relazionali sarebbe prioritario tentare un intervento conciliativo che, in questi casi, si sarebbe dovuto espressamente prevedere, pur potendo il giudice disporlo discrezionalmente. La scrittura della norma, infatti, avrebbe potuto permettere una più puntuale regolamentazione di questo importante aspetto di tutela. Traspare, invece, un malcelato spirito avversariale e di reazione, che lungi dall'aiutare a ripristinare la relazione bigenitoriale, finisce per esasperarla, sacrificando la preminente esigenza di tutela del minore.

Il superamento della logica avversariale e della colpevolizzazione di fronte alla crisi familiare, invece, si intende realizzare nel disegno di legge Pillon²⁴¹ attraverso l'abrogazione del secondo comma dell'art. 151 (Separazione giudiziale), cod. civ., che prevede l'addebito della separazione personale. In tal modo, permarrebbe il primo comma che dispone: «*La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole*». La situazione di intollerabilità della convivenza e il grave pregiudizio all'educazione della prole, quindi, prescinderebbero non solo dalla volontarietà, ma anche dal giudizio di colpevolezza. In tal senso, si intende abrogare l'attuale secondo comma, per cui: «*Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo compor-*

²⁴¹ Art. 19 (Modifica dell'art. 151 del codice civile), disegno di legge Pillon. Sull'addebito nella separazione dei coniugi, v. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, cit., 179 ss.

tamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio». In effetti, ancorché sia rimasta sostanzialmente inapplicata, la norma esprime un approccio avversariale, che con l'affermarsi delle soluzioni extragiudiziali di natura consensuale viene ancora di più emarginata. Tanto si giustifica in funzione del mantenimento della bigenitorialità nell'interesse preminente dei figli minori.

I principi della riforma sono estesi dal disegno di legge Pillon anche alle altre modalità stragiudiziali di risoluzione della crisi familiare. In particolare, si stabilisce²⁴² all'articolo 6 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, dopo il comma 3 si inserisce il seguente comma: «*3-bis. Le parti e i rispettivi legali devono in ogni caso applicare le disposizioni di cui agli articoli 337-ter e seguenti del codice civile*». Il senso della modifica è quello di assoggettare direttamente la procedura di negoziazione assistita tramite avvocati all'applicazione dei principi di revisione dell'affidamento dei minori, per quanto attiene alla bigenitorialità, al doppio domicilio, alla convivenza paritaria del minore con ciascuno dei genitori.

L'intervento di raccordo sistematico probabilmente dovrebbe compiersi in maniera più organica e strutturata. Il procedimento di negoziazione assistita tramite avvocato, infatti, si applica su base volontaria nei procedimenti di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, conducendo ad accordi che producono gli stessi effetti dei corrispondenti provvedimenti giudiziali. I relativi accordi sono sottoscritti non solo dai coniugi, ma anche dai legali che, ai fini dell'attribuzione della forza esecutiva, certificano la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico. Inoltre, come già osservato, la presenza di figli impone sull'accordo un controllo esterno di legalità compiuto dal Procuratore della Repubblica che, a seconda dei casi, rilascia un nulla osta o un'autorizzazione. In sostanza, tali prescrizioni già importano l'applicazione dei principi vigenti in sede di crisi familiare, che non si devono rispettare solamente in sede giudiziale.

Il disegno di legge Pillon avrebbe potuto raccordare meglio i suddetti principi del diritto di famiglia con i meccanismi di ri-

²⁴² Art. 20 (Modifica dell'art. 6 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132), disegno di legge Pillon.

soluzione stragiudiziale delle controversie familiari. In particolare, si sarebbe auspicato un diretto e sistematico raccordo tanto con la mediazione familiare, che con la negoziazione assistita tramite avvocati²⁴³ e le stesse convenzioni davanti all'ufficiale di stato civile²⁴⁴. Tali misure, per tanti aspetti, sono rimaste invece slegate dalla riforma dei principi della crisi familiare, malgrado la stessa sia ispirata proprio dalla medesima logica di degiurisdizionalizzazione.

21. *Il divorzio*. – Il superamento della logica della colpa e della responsabilizzazione nella crisi familiare si delinea nel disegno di legge Pillon anche per quanto attiene alle disposizioni relative alla materia del divorzio.

In primo luogo, si prevede²⁴⁵ l'abrogazione dell'art. 570-*bis* (Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione e di scioglimento del matrimonio), cod. pen. La norma penale commina al coniuge le pene previste dall'art. 50 (Violazione degli obblighi di assistenza familiare), cod. pen., nel caso che egli si sottragga all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero violi gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.

Il disegno di legge Pillon, ancora, provvede a ridisciplinare complessivamente sul piano procedurale e sostanziale il divorzio²⁴⁶. Più precisamente, si intende modificare radicalmente l'at-

²⁴³ Art. 6 (Convenzioni di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione e divorzio), d.l. 132/2014.

²⁴⁴ Art. 12 (Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile), d.l. 132/2014.

²⁴⁵ Art. 21 (Abrogazione dell'articolo 570-*bis* del codice penale), disegno di legge Pillon.

²⁴⁶ Art. 22 (Modifica dell'articolo 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898), disegno di legge Pillon.

tuale contenuto dell'art. 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, con una riscrittura suddivisa in numerosi commi che saranno distintamente richiamati, con la finalità di evidenziare le principali novità che si intendono apportare. Per agevolare l'individuazione delle principali novità, l'esame sarà condotto separatamente per ciascun comma e, inoltre, si evidenzieranno i profili di maggior interesse quanto all'applicazione degli strumenti di risoluzione extragiudiziale dei conflitti.

La nuova formulazione dell'art. 4, l. 898/1970, al primo comma, dovrebbe disporre: *«I genitori di prole minorenni che vogliono presentare ricorso per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio devono a pena di improcedibilità iniziare un percorso di mediazione familiare. I genitori devono redigere, eventualmente con l'aiuto del mediatore familiare e dei rispettivi legali, un piano genitoriale secondo quanto previsto dall'articolo 337-ter del codice civile. In ogni caso il mediatore familiare deve rilasciare ai coniugi un'attestazione, sottoscritta dai coniugi medesimi, in cui dà atto che gli stessi hanno tentato la mediazione e del relativo esito».*

Le disposizioni sono nuove e corrispondono a quelle che il disegno di legge Pillon ha introdotto con riferimento alla separazione personale dei coniugi. In tal modo si realizza uno stretto coordinamento tra le principali vicende della crisi familiare, schematicamente individuate nella separazione e nel divorzio, che quanto all'utilizzazione delle tutele stragiudiziali tendono a raccordarsi in maniera organica e sistematica.

In primo luogo, così come per la separazione anche per il divorzio, si stabilisce che la mediazione familiare costituisce condizione di procedibilità dell'azione. Più precisamente, l'obbligatorietà della mediazione si riferisce ai ricorsi presentati dai genitori con prole minorenni per lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Al riguardo, si osserva come sia la presenza dei figli minori che giustifichi l'imposizione dell'obbligatorietà della mediazione familiare che, perciò, deve tendere alla migliore protezione del loro interesse. Stante l'equiparazione, quanto alle tutele, dei figli minori a quelli maggiorenni con disabilità²⁴⁷, si dovrebbe estendere l'obbligatorietà della media-

²⁴⁷ Art. 337-septies, comma 2, cod. civ.

zione familiare anche a questi casi. Probabilmente, sarebbe preferibile che l'esplicitazione di questa estensione avvenga all'interno della formulazione della norma in esame, che in tal modo indicherebbe compiutamente il proprio ambito applicativo.

In secondo luogo, la formulazione della condizione di procedibilità è riferita all'aver iniziato il procedimento di mediazione familiare. Non si richiede, infatti, che esso sia stato concluso. Perciò, come già rilevato per la separazione, potrebbe verificarsi che si svolgano in parallelo il giudizio per il divorzio e la mediazione familiare. Il carattere preventivo dell'esperimento della mediazione, in realtà, dovrebbe presupporre che la stessa sia stata avviata e, almeno di regola, già definita. Il ricorso, infatti, dovrebbe promuoversi solo in caso di fallimento della mediazione familiare. Tale elemento, come già rilevato, è confermato dalla circostanza che, nella stessa riforma sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso familiare²⁴⁸, la mediazione si pone come rimedio preventivo e alternativo alla negoziazione assistita che realizza una soluzione amichevole in luogo di quella giudiziale.

La necessità del previo esperimento della mediazione, peraltro, non esclude che essa possa nuovamente svolgersi anche in pendenza del giudizio, come è previsto dalla riforma con riferimento alla separazione. In tal senso, sarebbe opportuno una complessiva riformulazione dell'esperimento della mediazione familiare quale condizione di procedibilità da assolvere per la proposizione del ricorso per la separazione, così come per il divorzio, in caso di prole minorenni e maggiorenne con disabilità. La condizione di procedibilità si potrebbe ritenere assolta con la partecipazione delle parti e dei rispettivi legali all'incontro programmatico, come è testualmente previsto dalla disciplina generale della mediazione in materia civile e commerciale²⁴⁹.

Sul piano della disciplina, inoltre, la norma non precisa quali siano le conseguenze del mancato assolvimento della condizione di procedibilità del ricorso per il divorzio. Sarebbe opportuno, secondo quanto già stabilito dal disegno di legge Pillon per il ricorso di separazione²⁵⁰, precisare meglio tale aspetto.

²⁴⁸ Art. 6, d.l. 132/2014.

²⁴⁹ Art. 5, comma 2-bis, d.lgs. 28/2010.

²⁵⁰ Art. 7, disegno di legge Pillon.

L'ulteriore novità che si introduce attiene alla necessità che i genitori redigano un piano genitoriale, secondo quanto previsto dal riformulato art. 337-ter, cod. civ. La norma precisa che i genitori possano, se del caso, farsi aiutare dal mediatore familiare nella redazione di tale piano. L'eventualità dell'assistenza si spiega in ragione del fatto che la sua redazione potrebbe non avvenire in sede di mediazione familiare, magari avvalendosi di altri esperti. Così, se il ricorso per divorzio, come regola, segue quello di separazione il piano genitoriale potrebbe essere già stato predisposto per tale fase e, in seguito, semplicemente adeguato. Si può pure ipotizzare che, specie nelle situazioni di accentuata conflittualità, i genitori non siano riusciti a condividere un piano genitoriale, neppure in sede di mediazione familiare.

In ogni caso, il mediatore familiare deve rilasciare ai coniugi un'attestazione, da loro sottoscritta, in cui dà atto che gli stessi hanno tentato la mediazione e del relativo esito²⁵¹. Una siffatta attestazione, necessaria per comprovare l'assolvimento della condizione di procedibilità del ricorso, dovrebbe essere antecedente rispetto al promovimento dello stesso e, in ogni caso, intervenire entro l'udienza di rinvio di due mesi fissata dal giudice.

Sul piano delle regole processuali, si ripropongono i contenuti del primo comma (sulla competenza del giudice nel ricorso individuale e congiunto) e del secondo comma (contenuto della domanda) del vigente art. 4, ancorché siano fatti scalare al secondo e al terzo comma della sua versione consolidata. In quest'ultimo comma, si aggiunge che: «*Qualora la coppia abbia figli minori, la domanda deve contenere a pena di inammissibilità una proposta di piano genitoriale redatto secondo i criteri di cui all'art. 337-ter del codice civile*». L'integrazione è coerente con il sistema di definizione delle relazioni bigenitoriali quando è presente la prole minore di età. Si ripropone in questo giudizio quanto già stabilito dal disegno di legge Pillon con riguardo alla separazione di genitori con prole minore²⁵².

Gli attuali contenuti dei commi 4 (comunicazione del ricorso all'ufficiale dello stato civile), 5 (fissazione udienza di comparizione dei coniugi e deposito memorie difensive e documenti), 6

²⁵¹ Art. 7, disegno di legge Pillon.

²⁵² Art. 7, disegno di legge Pillon.

(allegazione delle ultime tre dichiarazioni dei redditi) e 7 (comparizione personale dei coniugi e conciliazione davanti al Presidente del Tribunale) del citato art. 4 l. 898/1970, con scivolamento di un comma, sono integralmente riproposti nella nuova versione. Sul punto, si segnala solo la proposta di riduzione del termine di fissazione dell'udienza da novanta a quaranta giorni.

Le più significative novità si introducono con l'aggiunta dei commi 8 e 9, con riferimento appunto ai due istituti giuridici della mediazione familiare e del piano genitoriale. Le relative indicazioni, coerenti con la sistematica della crisi familiare incentrata sull'accordo dei genitori, precedono dal punto visto logico e cronologico, l'esercizio del potere decisionale del giudice del divorzio.

Più precisamente, ai sensi de nuovo comma 8, dell'art. 4 in esame, si stabilisce che: *«8. Se la conciliazione non riesce, il presidente informa le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare. Nei procedimenti con figli minori il presidente verifica anche d'ufficio che le parti abbiano iniziato un percorso di mediazione familiare. In caso contrario rinvia il procedimento per un termine massimo di due mesi e ordina alle parti di rivolgersi a un mediatore familiare. I genitori devono redigere, eventualmente con l'aiuto del mediatore familiare e dei rispettivi legali, un piano genitoriale come previsto dall'articolo 337-ter del codice civile. In ogni caso il mediatore familiare deve rilasciare ai coniugi un'attestazione, sottoscritta dai coniugi medesimi, in cui dà atto che gli stessi hanno tentato la mediazione e del relativo esito».*

In caso di fallimento del tentativo obbligatorio di conciliazione condotto dal Presidente del Tribunale, pertanto, egli deve illustrare alle parti la possibilità di trovare un accordo avvalendosi dell'assistenza del mediatore familiare. L'informazione è fondamentale affinché le parti siano responsabilizzate a costruire loro stesse il percorso consensuale di risoluzione amichevole della crisi familiare. In tal senso, l'informazione dovrebbe essere resa dal Presidente, nell'udienza di comparizione finalizzata al tentativo di conciliazione, direttamente alle parti che compaiono personalmente, piuttosto che limitarsi semplicemente a formulare l'indicazione per iscritto nel provvedimento o a comunicarla tramite i legali, affinché la trasmettano alle parti. L'in-

formazione diretta, personalizzata e compiutamente illustrata dal Presidente alle parti sulla mediazione familiare è da considerare sicuramente più efficace, rispetto al trattamento inserito nel verbale d'udienza o in un separato provvedimento di un avviso standardizzato sul tema.

Con particolare riferimento ai procedimenti con figli minori, che sono sottoposti alla condizione di procedibilità della mediazione familiare, il giudice deve verificarne l'attuazione, esercitando d'ufficio i relativi poteri, come previsto anche nel giudizio di separazione. Si rimanda, pertanto, alle medesime osservazioni per quanto attiene alla circostanza che si chiede che sia semplicemente iniziato il procedimento di mediazione, non già concluso, e sul rinvio dell'udienza e l'ordine di rivolgersi al mediatore familiare. In effetti, il rinvio dell'udienza si impone non solo quando il procedimento di mediazione non è stato iniziato, ma anche quando, pur avviato, non risulta ancora concluso, per lo meno nel termine di due mesi. I due procedimenti, giudiziale e della mediazione, invero, si sviluppano in parallelo e, affinché il giudice eserciti i poteri decisori sul merito delle domande, sarebbe opportuno che sia terminata la mediazione familiare e, inoltre, sia stato redatto il piano genitoriale. La norma, infatti, impone ai genitori di redigere il piano genitoriale, avvalendosi eventualmente dell'assistenza del mediatore familiare, oltre dei rispettivi legali.

In tal senso, sono pure disciplinate le ulteriori sequenze del giudizio, incentrate sul confronto con le parti ed eventualmente con i figli, compresi quelli minorenni. Più precisamente, ai sensi del nuovo comma 9, dell'art. 4, si dispone che: *«9. Il Presidente, all'esito della mediazione familiare, sentiti i coniugi e i rispettivi difensori nonché disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici nei casi e con le modalità di cui all'articolo 337-octies del codice civile, esamina i rispettivi piani genitoriali e assume con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole secondo quanto previsto dagli articoli 337-ter e seguenti del codice civile, accogliendo le rispettive proposte ove convergenti e non contrarie all'interesse della prole e motivando le proprie decisioni ove ritenga di discostarsi dalle indicazioni dell'uno o dell'altro genitore in ordine al piano genitoriale. Se uno dei genitori non com-*

pare ovvero non presenta un proprio piano genitoriale, il presidente accoglie nell'ordinanza le proposte indicate dall'altro, ove congrue e non contrarie all'interesse della prole».

La nuova formulazione della norma sembra subordinare l'avanzamento dell'attività processuale del Presidente del Tribunale all'esito della mediazione familiare. Pertanto, fino a questo momento, il giudizio dovrebbe rimanere sospeso, salva l'adozione dei provvedimenti urgenti. Per questa ragione si insiste sul considerare assoluta la condizione di procedibilità solo con l'espletamento della mediazione e, quindi, con la relativa attestazione del mediatore. Inoltre, si osserva come a seconda dell'esito della mediazione, con successo o fallimento, l'ulteriore corso del giudizio dovrebbe cambiare. In caso di accordo, infatti, il Tribunale dovrebbe limitarsi all'omologazione dell'accordo di mediazione dopo aver verificato il rispetto delle norme imperative, oltre che dell'ordine pubblico, e la realizzazione degli interessi della prole, nel procedimento in camera di consiglio e nel termine di quindici giorni, ai sensi delle norme introdotte dallo stesso disegno di legge Pillon. In caso di fallimento della mediazione familiare, invece, il giudizio dovrebbe riprendere il suo ordinario svolgimento.

In tal senso, l'inciso iniziale del richiamato nono comma del citato art. 4, legge 898/1970, che, letteralmente, si riferisce «*all'esito della mediazione familiare*» dovrebbe intendersi circoscritto al suo esito fallimentare. Solo in tal caso, infatti, il Presidente dovrebbe procedere con il sentire i coniugi e i rispettivi legali ed eventualmente all'ascolto del minore con le modalità garantite di cui all'art. 337-ter, cod. civ. Il confronto, infatti, è preliminare all'esame dei rispettivi piani genitoriali redatti dai genitori e all'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti che reputi necessari nell'interesse dei coniugi e della prole, ai sensi dell'art. 337-ter, cod. civ. L'esercizio del potere decisorio, come stabilito anche in sede di giudizio di separazione, dovrebbe comunque tenere in debita considerazione le richieste delle parti. Il Presidente, infatti, accoglie le rispettive proposte dei coniugi in quanto convergenti e non contrarie all'interesse della prole. In ogni caso, il Presidente dovrebbe motivare le proprie decisioni con l'esplicitazione delle ragioni per le quali egli ritenga di discostarsi dalle indicazioni dell'uno o dell'altro genitore in

merito al piano genitoriale. Al fine di responsabilizzare i coniugi e spingerli a collaborare nella costruzione di percorsi condivisi, anche in sede giudiziale, di risoluzione della crisi, si stabilisce che se un coniuge non compare o non presenta un proprio piano genitoriale, il Presidente con l'ordinanza accoglie le richieste dell'altro coniuge se valutate congrue e non contrarie all'interesse della prole. Il potere decisorio del Presidente del Tribunale, quindi, si modula in funzione principalmente dell'accordo e, comunque, della volontà delle parti, che egli tenderà a rispettare se non contrastanti con l'interesse dei minori.

Il disegno di legge Pillon, ancora, ripropone sostanzialmente il contenuto dei restanti commi dell'art. 4, quanto alla nomina del giudice istruttore e alla trattazione della causa (commi 8, 9, 10, 11) alla determinazione dell'assegno (commi 12 e 13), per la provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado (comma 14) e l'appello (comma 15), che sono stati fatti scalare ai nuovi commi 11-17.

Il disegno di legge Pillon, invece, provvede alla complessiva riscrittura dell'ultimo comma dell'art. 4, relativo alla domanda congiunta di divorzio, con significative novità quanto alla competenza e alla procedura.

Più precisamente, il comma 18, dell'art. 4 dovrebbe recitare: *«18. La domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è proposta con ricorso al Presidente del tribunale. I genitori di figli minori devono a pena di nullità indicare nel ricorso il piano genitoriale concordato secondo quanto previsto dal comma 3 del presente articolo e dall'articolo 337-ter del codice civile. Il Presidente, ove riscontri che i coniugi non hanno svolto in precedenza il tentativo di conciliazione di cui al comma 7, tenta preliminarmente di conciliarli anche avvalendosi della collaborazione di esperti e di consulenti familiari. Se la conciliazione riesce il Presidente fa redigere verbale di conciliazione. Se la conciliazione non riesce il Presidente, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, rimette gli atti al collegio che provvede in camera di consiglio con sentenza. Qualora il tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi, si applica la procedura di cui ai commi 8 e 9».*

In primo luogo, quanto alla competenza, si dispone che la domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è proposta con ricorso al Presidente del tribunale e, quindi, non più al tribunale. Inoltre, si impone che in caso di presenza di figli minori la domanda debba indicare, a pena di nullità, il piano genitoriale concordato dai genitori ai sensi dell'art. 337-ter cod. civ., così come già stabilito per il ricorso individuale. Inoltre, si attribuisce al Presidente del tribunale il potere di verificare se è stato svolto in precedenza dai coniugi il tentativo di conciliazione e, in difetto, egli vi provvede. In specie, si precisa che il Presidente tenta preliminarmente di conciliarli, avvalendosi della collaborazione di esperti e di consulenti familiari. È questa una disposizione singolare, in quanto differente rispetto a quelle che sono riferite sia alla separazione e sia allo stesso divorzio. In essi, infatti, il tentativo di conciliazione è esperito direttamente dal Presidente del tribunale e non si menziona la collaborazione di esperti e consulenti familiari. Una siffatta possibilità, invero, non si capisce perché sia stata esplicitata solamente in questa sede. In secondo luogo, non è dato capire come mai non si faccia menzione degli altri sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, a cominciare dalla mediazione familiare e dalla coordinazione familiare, che sono espressamente introdotti dal disegno di legge Pillon. La norma, infatti, si limita a prospettare l'alternativa tra la realizzazione della conciliazione, e conseguente redazione del verbale ad opera del Presidente, e il fallimento della conciliazione, nel qual caso, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, rimette gli atti al collegio che provvede in camera di consiglio con sentenza. Solo qualora il Tribunale ravvisi un contrasto delle condizioni con l'interesse dei figli, infine, si rimanda allo svolgimento dell'illustrato procedimento promosso su ricorso individuale. In tal caso, nel procedimento con figli minori, occorrerà verificare l'esperimento della mediazione familiare e, in caso di suo fallimento, la redazione di un condiviso piano genitoriale, redatto anche con l'assistenza del mediatore familiare, che rispetti l'interesse dei minori.

La norma, quindi, dovrebbe meglio raccordare il ricorso, individuale e con domanda congiunta, con gli strumenti extragiudiziali di risoluzione consensuale della controversia familiare.

Il disegno di legge Pillon, infine, contiene una opportuna disposizione transitoria che rende la riforma immediatamente applicabile a tutti i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore di approvazione²⁵³. In tal modo si favorirà una immediata e piena applicazione dei nuovi principi e un effetto deflattivo dell'enorme contenzioso familiare, da superare nell'interesse primario dei figli, specie quelli minori.

Il disegno di legge Pillon si conclude con l'abituale clausola di invarianza finanziaria²⁵⁴. La mancata previsione di una dotazione economica per l'attuazione dell'importante riforma lascia aperti tanti dubbi sulla sua concreta realizzabilità in concreto. Gli interventi che si propongono, infatti, richiedono la destinazione di appropriate risorse per realizzare la compiuta strutturazione del servizio della mediazione familiare e, più in generale, dei meccanismi stragiudiziali di composizione amichevole dei conflitti familiari.

22. Il preliminare tentativo di (ri)conciliazione. – L'approvazione della riforma dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nel diritto familiare è oramai affidata all'*iter* dei lavori parlamentari, con la discussione dei vari disegni di legge presentati in materia, a cominciare da quello Pillon che ha suscitato il maggiore interesse e contiene le più significate proposte innovative. Il dibattito parlamentare, arricchito grazie ai contributi raccolti durante l'ampia attività consultiva condotta negli scorsi mesi, probabilmente, comporterà delle modifiche all'illustrata proposta di legge che, si spera, possano migliorarne i contenuti, senza però impedirne l'approvazione.

Con tal spirito, nel riprendere le principali indicazioni formulate a margine del commento sui punti salienti del disegno di legge Pillon, si auspica che si riesca a realizzare un intervento organico di riforma che colleghi sistematicamente gli strumenti di risoluzione amichevole della crisi familiare con quelli di portata più ampia e generale.

A tal proposito, in via schematica, si avanzano alcune osservazioni finali sul necessario raccordo sistematico delle fonti e

²⁵³ Art. 23 (Disposizioni transitorie), disegno di legge Pillon.

²⁵⁴ Art. 24 (Clausola di invarianza finanziaria), disegno di legge Pillon.

dei contenuti delle discipline che si sono succedute, con particolare riferimento alle più delicate questioni inerenti al tentativo di conciliazione e al controllo dell'accordo nella mediazione familiare.

Più precisamente, quanto al coordinamento interno al diritto di famiglia, occorre in primo luogo considerare il raccordo tra la conciliazione giudiziale e gli altri strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie familiari. Come osservato, nei ricorsi giudiziali per la separazione e per il divorzio dei coniugi, tanto se presentati individualmente quanto congiuntamente, è imposto per legge che il Presidente esperisca il tentativo obbligatorio di conciliazione, prima di procedere a qualunque ulteriore attività sia preliminare che di merito. La questione da definire è quella concernente il rapporto tra tale tentativo di conciliazione giudiziale e l'esperimento delle altre ADR stragiudiziali. Manca al riguardo una indicazione unitaria, che sia efficiente e possa applicarsi a tutti i casi di concorso di meccanismi.

I criteri di raccordo utilizzabili, almeno in astratto, sono differenti, a seconda che l'espletamento dell'incombente debba sempre essere riservato, in tutti i casi, al Presidente del Tribunale ovvero si ritenga che lo si possa svolgere anche nelle sedi extragiudiziali di composizione amichevole della controversia. Il disegno di legge Pillon non è chiaro sul punto, malgrado abbia introdotto l'obbligatorietà della mediazione familiare nei casi di giudizio di separazione e divorzio con prole di minore età. In tal senso, per un verso, si impone sempre al presidente del Tribunale adito di esperire il tentativo di conciliazione. Per altro verso, in caso di ricorso per il divorzio ad istanza congiunta, sembrerebbe che il Presidente possa avvalersi, per il necessario svolgimento dell'incombente, di ausiliari ed esperti. Nella sequenza procedimentale, inoltre, si pone a valle dell'infruttifero svolgimento del tentativo di conciliazione condotto dal Presidente, eventualmente con la collaborazione di esperti, la verifica dell'esperimento della mediazione familiare, anche quando è imposta obbligatoriamente stante la presenza di figli di minore età.

La soluzione prospettata appare di maggior rigore, in quanto riserva lo svolgimento del tentativo di conciliazione sempre all'autorità giudiziaria e, in particolare al Presidente del Tribuna-

le, che deve svolgerlo prima di qualsiasi altra attività processuale. Senza dubbio, almeno in astratto, l'attività diretta alla (ri)conciliazione dei coniugi in quanto capace di ricomporre la famiglia, dovrebbe logicamente e cronologicamente precedere quella di definizione degli assetti della separazione e del divorzio conseguenti alla crisi della relazione coniugale. Se avviene la conciliazione, detto in altri termini, non si pone più un problema di assetti conseguenti alla crisi, ma si ristabilisce la situazione familiare precedente.

Sul piano pratico, tuttavia, si deve pure osservare come il tentativo di conciliazione condotto dal Presidente del Tribunale abbia praticamente scarsa efficacia quanto alla ricomposizione della compagine familiare. Tant'è che spesso si riduce a un mero passaggio rituale, quasi mai condotto direttamente dal Presidente del Tribunale, ma più sovente svolto da altri giudici, molte volte anche onorari. In ogni caso, si osservi pure che la riconciliazione dei coniugi potrebbe aversi anche successivamente, in pendenza del giudizio di separazione e pure di divorzio, in quanto si realizzino le condizioni per la ricomposizione della coppia. Inoltre, si osservi come con la degiurisdizionalizzazione della crisi familiare, il principio del necessario intervento costitutivo del giudice è stato superato, in presenza di una soluzione amichevole realizzata con altre garanzie e controlli.

Una diversa soluzione, sempre quanto al possibile raccordo con il tentativo di conciliazione, infatti, risulta dalla disciplina della negoziazione assistita tramite avvocato²⁵⁵. In tale disciplina, considerata solo incidentalmente dal disegno di legge Pilon, infatti, si prevede espressamente che gli avvocati stessi, che assistano le parti, in primo luogo esperiscano il tentativo di loro conciliazione e, inoltre, diano le informazioni sulle possibilità di accedere alla mediazione familiare, e, quindi, in via subordinata e residuale tentino di raggiungere una risoluzione amichevole della crisi, sia essa di separazione, divorzio o modifica delle relative condizioni, con un accordo che produce gli stessi effetti dei corrispondenti provvedimenti giudiziali. Alla garanzia costituita dalla presenza di almeno un legale che assiste ciascu-

²⁵⁵ Art. 6, comma 1, d.l. 132/2014.

na parte nella redazione dell'accordo, in presenza di prole, si affianca il controllo della Procura della Repubblica, mediante il rilascio del nulla osta o dell'autorizzazione a seconda della presenza di figli maggiorenni ovvero minorenni (maggiorenni incapaci, portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti)²⁵⁶. Solo in caso di mancato nulla osta o autorizzazione, infine, interviene l'autorità giudiziaria per compiere la valutazione del contenuto dell'accordo realizzato dai coniugi e, in particolare, la sua corrispondenza agli interessi dei figli. In tal caso, non si ipotizza la necessità dell'esperimento del tentativo di conciliazione da parte del Presidente del Tribunale.

Con riferimento alla negoziazione assistita, quindi, si prevede la possibilità di una definizione amichevole della crisi familiare senza la necessità dell'intervento necessario del giudice, neppure per quanto attiene all'esperimento del preliminare tentativo di conciliazione. La disciplina, inoltre, impone agli avvocati di dare alle parti anche l'informazione sulla mediazione familiare²⁵⁷ che, perciò, parrebbe atteggiarsi come un altro strumento concorrente di risoluzione alternativa della controversia. In tal senso, si ripropone una concorrenza tra le due tipologie di strumenti ADR, tra i quali le parti possono scegliere, così come accade in generale per le controversie in maniera civile e commerciale.

Sulla scorta di tali indicazioni normative, quindi, si potrebbe ipotizzare che il tentativo di conciliazione sia svolto, fuori del processo, non solo nella negoziazione assistita dagli avvocati, ma anche nella mediazione familiare. Una siffatta soluzione, peraltro, sarebbe coerente con la complessiva riconfigurazione della mediazione familiare rispetto alla gestione giudiziale della crisi familiare che si prospetta con la disciplina della degiurisdizionalizzazione del contenzioso e, da ultimo, con il disegno di legge Pillon. Al modello della mediazione successiva-delegata, infatti, si affianca quello della mediazione preventiva-obbligatoria.

Più precisamente, la mediazione familiare, quale originariamente introdotta con riguardo alla repressione degli abusi fami-

²⁵⁶ Art. 6, comma 2, d.l. 132/2014.

²⁵⁷ Art. 6, comma 3, d.l. 132/2014.

liari e ai provvedimenti sull'affido condiviso, opera in pendenza di giudizio e viene disposta dal giudice, d'intesa con le parti. Nel corrispondenti giudizi di separazione e divorzio, quindi, la mediazione interviene solo dopo l'infruttuoso esperimento ad opera del Presidente del Tribunale dell'iniziale tentativo di conciliazione. Perciò, non si dovrebbe porre la necessità del tentativo di (ri)conciliazione durante la mediazione familiare. Tanto non esclude, peraltro, che il mediatore familiare possa favorire una ricomposizione della famiglia e, se del caso, i coniugi si riescano a riconciliare²⁵⁸. Una tale eventualità, peraltro, si potrebbe realizzare anche fuori della mediazione familiare, magari nella prosecuzione dello stesso giudizio.

La prospettiva muta profondamente con il modello preventivo della mediazione familiare, che interviene prima dell'inizio del giudizio e, in caso di successo, esclude lo svolgimento del giudizio, incluso il tentativo di conciliazione, salvo che per il controllo di legalità del contenuto dell'accordo. In mancanza di una espressa indicazione normativa nella disciplina sulla degiurisdizionalizzazione e, comunque, in attesa dell'approvazione della riforma organica della materia, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Il disegno di legge Pillon, pur configurando la mediazione familiare come condizione di procedibilità dell'azione nei casi di separazione e divorzio in presenza di figli minori, non chiarisce questo aspetto, che rimane incerto. Per un verso, infatti, si stabilisce la necessità che la mediazione familiare sia stata solamente intrapresa, ma non anche completata ai fini della proponibilità del ricorso di separazione o divorzio. Per altro verso, in tutti i relativi giudizi, si investe sempre il Presidente del Tribunale dell'esperimento del tentativo di conciliazione dei coniugi. Nella formulazione del disegno di legge, la verifica dell'assolvimento della condizione di procedibilità del ricorso, peraltro, sembrerebbe essere successiva allo svolgimento del tentativo di conciliazione. Il raccordo tra ricorso e mediazione si dovrebbe migliorare, nel rispetto dei principi dell'alternatività e della progressività dei percorsi risolutivi, giudiziali ed extragiudiziali, distinguendo le diverse ipotesi e soluzioni.

²⁵⁸ Art. 1, comma 2, lett. i), punto 2, disegno di legge Pillon.

In tal senso, il tentativo di conciliazione dei coniugi costituisce una sequenza iniziale e obbligatoria dei procedimenti giudiziali ed extragiudiziali di definizione della crisi familiare, posta a garanzia della verifica della consapevolezza e fondatezza della domanda e a tutela del nucleo familiare e delle posizioni dei suoi componenti. In tal senso, tale incombenza si dovrebbe svolgere sia nel percorso giudiziale, che già testualmente lo prevede ad opera del Presidente del Tribunale, con la partecipazione personale delle parti e dei rispettivi difensori, sia nei percorsi stragiudiziali complementari, ad esso alternativi, che possono condurre alla risoluzione amichevole della crisi familiare. Così, in caso di negoziazione assistita tramite avvocati, sono questi che devono svolgere il tentativo stesso, cercando di conciliare i coniugi, prima di passare alla negoziazione del possibile accordo di definizione della separazione o del divorzio. Al riguardo, siffatto tentativo si dovrebbe imporre come obbligatorio solamente se il procedimento di negoziazione sia antecedente rispetto al giudizio di separazione o di divorzio. Siffatto incombenza, invece, non sarebbe obbligatorio, ma potrebbe eventualmente essere facoltativo, nel caso che il procedimento di negoziazione fosse successivo, ossia promosso in pendenza del giudizio, allorché il Presidente del Tribunale abbia già tentato di conciliare i coniugi. In caso di conciliazione dei coniugi, la riconciliazione della famiglia, pone fine alla situazione di crisi e, quindi, alla controversia. In caso di insuccesso del tentativo di conciliazione, che dovrebbe essere specificamente accertato e documentato, si procede allo svolgimento della fase di merito della negoziazione assistita con l'assistenza degli avvocati. In caso di raggiungimento dell'accordo, il controllo di legalità della Procura della Repubblica dovrebbe concernere la verifica sia dell'espletamento del tentativo di conciliazione e sia del contenuto dell'accordo medesimo.

In caso di fallimento del procedimento di negoziazione assistita condotto dagli avvocati prima dell'introduzione del giudizio, comunque, il Presidente del Tribunale dovrebbe esperire il tentativo di conciliazione dei coniugi prima di procedere alle ulteriori attività istruttorie e decisorie, che potrebbero anche contemplare la formulazione dell'invito rivolto alle parti di avvalersi della mediazione familiare.

Per la mediazione familiare, in sostanza, dovrebbero riproporsi i medesimi principi, regole e modalità applicative. Occorre distinguere, infatti, tra le varie situazioni prospettabili.

In via schematica, se la mediazione familiare viene esperita in via preventiva, specialmente quando costituisce condizione di procedibilità del ricorso di separazione e di divorzio, il relativo procedimento deve prendere avvio con lo svolgimento del tentativo di conciliazione dei coniugi. Il tentativo deve essere condotto dal mediatore familiare prima di avviare la fase di merito della mediazione finalizzata al raggiungimento dell'accordo di definizione, ovvero di ridefinizione degli assetti conseguenti alla crisi familiare, della separazione o del divorzio. Il mediatore deve condurre il tentativo di conciliazione con le parti personalmente e i rispettivi legali, così come si stabilisce per il tentativo che esperisce il Presidente del Tribunale nei ricorsi. In caso di conciliazione dei coniugi, si chiude il procedimento della mediazione familiare con la ricomposizione della famiglia.

Nel caso di insuccesso della conciliazione, si passa alla fase di merito del procedimento di mediazione, che può condurre o meno all'accordo. Al riguardo, è bene precisare che il mediatore dovrà svolgere e verbalizzare distintamente le due fasi del procedimento, dandone atto e rilasciandone espressa attestazione.

Quando la mediazione familiare preventiva sia condizione di procedibilità del ricorso per la separazione e per il divorzio giudiziale, si dovrebbe richiedere che la condizione sia stata soddisfatta se, dopo il fallimento della conciliazione, sia stata almeno iniziata la fase di merito della mediazione. Al riguardo, il disegno di legge Pillon prevede la partecipazione almeno all'incontro iniziale per la discussione del merito²⁵⁹.

In proposito, si auspica che la condizione di procedibilità del ricorso sia formulata nel senso di richiedere l'avvenuto esperimento del procedimento, per quanto attiene al tentativo di conciliazione ed, eventualmente, del primo incontro della fase di merito. Con l'attuale formulazione, che richiede la semplice intrapresa del procedimento di mediazione familiare, infatti, si

²⁵⁹ Art. 3, disegno di legge Pillon.

avrebbe una contestuale pendenza di della mediazione preventiva e del ricorso.

In caso di successo della mediazione familiare preventiva, pertanto, si procederà al controllo di legalità dell'accordo raggiunto di composizione amichevole della crisi. Anche in tal caso, si dovrebbe verificare sia l'assolvimento del tentativo di conciliazione e sia il contenuto dell'accordo.

In caso di insuccesso della mediazione familiare preventiva, il giudizio dovrebbe seguire le sequenze ordinarie del tentativo di conciliazione del Presidente del Tribunale e delle sequenze successive. Pendente il ricorso, comunque, il Presidente deve procedere al tentativo di conciliazione e, se ritiene, può rivolgere alle parti l'invito a svolgere la mediazione familiare. Nella mediazione familiare successiva, pur non essendovi dovuto, il mediatore può sempre svolgere il tentativo di conciliazione, prima di tentare di fare raggiungere ai coniugi l'accordo sulla definizione o la ridefinizione amichevole delle conseguenze della crisi.

23. Il controllo dell'accordo di mediazione familiare. – L'altra questione fondamentale da definire nella mediazione familiare attiene al controllo dell'accordo che, con l'assistenza degli avvocati, raggiungano le parti. L'attuale normativa, con i suoi frammentari riferimenti alla mediazione familiare, non considera questo profilo. Occorre, pertanto, avere un approccio sistematico che consideri l'evoluzione complessiva della materia della risoluzione alternativa delle controversie, sia quelle familiari che, più in generale, quelle civili e commerciali.

L'impostazione tradizionale imporrebbe di sottoporre l'accordo raggiunto in mediazione familiare al controllo del giudice competente a decidere il ricorso sulle corrispondenti domande dei coniugi, siano o meno presenti figli, tanto maggiorenni, quanto minorenni. La soluzione introduce una garanzia massima di controllo giudiziale dell'accordo di mediazione che, sostanzialmente, appare ispirata al principio cardine della necessità di una pronuncia costitutiva del giudice per aprire la crisi familiare, oltre che per definire o ridefinire i conseguenti effetti personali e patrimoniali tra i coniugi e rispetto ai figli. Un siffatto principio, come

già segnalato, è stato superato in ragione dell'ampliamento degli ambiti dell'autonomia familiare anche nella gestione della crisi familiare, secondo una più ampia tendenza verso la degiurisdizionalizzazione del contenzioso civile e commerciale, così come familiare.

In tal senso, si spiega la soluzione avanzata nel disegno di legge Pillon di sottoporre l'accordo di mediazione familiare, in tutti i casi, al controllo del giudice che sarebbe competente a decidere le corrispondenti domande²⁶⁰. Nel controllo del contenuto dell'accordo si deve valutare la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico, oltre che verificare la non contrarietà all'interesse dei componenti della famiglia e alla migliore tutela dei minori. Quanto al procedimento, il controllo si dovrebbe realizzare in camera di consiglio tramite l'omologa²⁶¹.

La soluzione appare eccessiva, in quanto non tiene conto delle altre soluzioni che si stanno affermando attraverso le più generali tendenze alla degiurisdizionalizzazione del contenzioso familiare, oltre che civile e commerciale. Per un verso, si è già rilevato che nella negoziazione assistita tramite avvocati l'accordo raggiunto produce gli stessi effetti dei provvedimenti giudiziali di separazione, divorzio, modifica delle relative condizioni senza necessità di un previo controllo giudiziale²⁶². In specie, soltanto in presenza di figli si impone un controllo del Procuratore della Repubblica, diversamente configurato a seconda che siano maggiorenni o minorenni. Inoltre, la convenzione di separazione o divorzio che i coniugi, in mancanza di figli minori, possono fare davanti all'ufficiale dello stato civile non abbisogna né dell'assistenza del legale, in quanto solo facoltativa²⁶³, né del controllo giudiziale²⁶⁴.

La presenza degli avvocati, ovvero dell'ufficiale dello stato civile, costituisce una garanzia della soluzione consensuale che

²⁶⁰ Art. 3, comma 8, disegno di legge Pillon.

²⁶¹ Art. 3, comma 9, disegno di legge Pillon.

²⁶² Art. 6, d.l. 132/2014.

²⁶³ Art. 12, comma 1, d.l. 132/2014

²⁶⁴ Art. 12, comma 3, d.l. 132/2014.

giustifica il superamento della necessità del controllo giudiziale. Si consideri pure che nella negoziazione assistita la sottoscrizione dell'accordo da parte degli avvocati e la loro dichiarazione di non contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume permette di attribuire natura esecutiva all'accordo stesso²⁶⁵. In tal senso, la validità e l'efficacia esecutiva delle soluzioni consensuali della crisi familiare non presuppongono un previo controllo giudiziale.

La medesima tendenza alla degiurisdizionalizzazione si è affermata anche nella mediazione, quale concorrente procedimento garantito di risoluzione amichevole delle controversie in materia civile e commerciale, oltre che familiare. Il procedimento di mediazione, in base alla disciplina generale, richiede l'assistenza obbligatoria degli avvocati, perlomeno quando sussiste per legge una condizione legale o giudiziale di procedibilità dell'azione in materia civile e commerciale²⁶⁶. Il giudice, individuato nel Presidente del Tribunale del distretto in cui ha sede l'organismo di mediazione, con il procedimento di omologa verifica la regolarità della procedura e la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico del contenuto dell'accordo raggiunto²⁶⁷. Tuttavia, siffatto intervento giudiziale risulta eventuale in quanto può essere sostituito dalla sottoscrizione apposta dagli avvocati all'accordo e dalla loro dichiarazione di non contrarietà a norme imperative e all'ordine pubblico²⁶⁸.

Tanto nella negoziazione assistita²⁶⁹, quanto nella mediazione²⁷⁰, inoltre, l'autenticazione notarile delle sottoscrizioni delle parti permette pure di trascrivere l'accordo di mediazione nei registri immobiliari, tanto nelle controversie civili e commerciali, quanto in quelle familiari.

In un tale scenario, pertanto, occorre verificare come si atteggi la specialità della mediazione familiare, per la quale il progetto

²⁶⁵ Art. 5, d.l. 132/2014.

²⁶⁶ Art. 4, d.lgs. 28/2010.

²⁶⁷ Art. 12, d.lgs. 28/2010.

²⁶⁸ Art. 12, d.lgs. 28/2010.

²⁶⁹ Art. 5, d.l. 132/2014.

²⁷⁰ Art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010.

di legge Pillon ipotizza l'obbligatorietà dell'assistenza legale delle parti²⁷¹. In tal caso, richiedere sempre un controllo giudiziale appare incongruo. In primo luogo, non pare che un controllo giudiziale sia necessario in mancanza di prole. In presenza di figli, poi, è da discutere se occorra un controllo giudiziale o, piuttosto, non sia sufficiente un controllo del Procuratore della Repubblica, come previsto per la negoziazione assistita tramite avvocato, diversamente atteggiato a seconda che i figli siano maggiorenni, ovvero minorenni. Il controllo giudiziario, mediante procedimento di omologa, probabilmente, sarebbe da riservare al caso in cui l'accordo raggiunto in mediazione non abbia ottenuto il nulla osta o l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica. Il Giudice, infatti, interverrebbe solamente in caso di contrasto tra le loro valutazioni²⁷².

Non pare, invece, necessario un controllo del giudice competente per l'attribuzione dell'efficacia esecutiva dell'accordo di mediazione familiare, come invece espressamente prospettato dal disegno di legge Pillon²⁷³.

24. Il raccordo sistematico tra mediazione, ADR familiari, civili e commerciali. – L'affermarsi anche in Italia dei meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie nei diversi ambiti e settori dell'ordinamento sollecita un intervento di riordino complessivo, al fine di evitare la eccessiva frammentazione del quadro normativo che dovrebbe svilupparsi in maniera armonica.

In tal senso, si impone uno stretto raccordo anzitutto all'interno della disciplina della mediazione, muovendo da quella generale in materia civile e commerciale, rispetto ad altre discipline settoriali, come quella familiare. La specialità della mediazione familiare, così come della mediazione di consumo o di altri settori, dovrebbe giustificare l'introduzione di regole ulteriori, che si inseriscano coerentemente nello statuto comune che si afferma nelle fonti sovranazionali e nazionali. Allo statuto generale della mediazione civile e commerciale, contenuto nella direttiva 2008/52/CE, quale decli-

²⁷¹ Art. 3, commi 1 e 4, disegno di legge Pillon.

²⁷² Art. 6, comma 2, d.l. 132/2014.

²⁷³ Art. 3, comma 8, disegno di legge Pillon.

nato in Italia dal d.lgs. 28/2010, pertanto, si dovrebbero raccordare quelli speciali integrativi.

Il disegno di legge Pillon²⁷⁴, sotto questo aspetto, dopo l'introduzione di apposite norme, opera un residuale richiamo di alcuni articoli del d.lgs. 28/2010, in tal modo riconoscendo espressamente un tale collegamento. Il richiamo testuale concerne gli artt. 8, 9, 10, 11, 13 e 14, commi 1 e 2, senza alcuna ulteriore indicazione quanto alle disposizioni effettivamente applicabili, malgrado ciascun articolo contenga più disposizioni e, comunque, la mediazione civile e commerciale sia stata imposta secondo il diverso modello istituzionalizzato.

Più precisamente, l'art. 8 (Procedimento), d.lgs. n. 28/2010, contiene una serie di disposizioni che presuppongono la presentazione di una domanda di mediazione a un organismo di mediazione che, attraverso il responsabile, designa il mediatore incaricato, fissa il primo incontro non oltre i trenta giorni e le modalità di comunicazione alla controparte. Impone l'assistenza legale, scandisce un primo incontro programmatico con finalità informativa e una successiva fase di merito. In caso di controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, si prevede la possibilità per l'organismo di mediazione di nominare uno o più mediatori ausiliari (comma 1), in mancanza il mediatore può avvalersi di uno o più esperti presi dal registro dei CTU presso i tribunali, da remunerare secondo le tariffe stabilite dal regolamento dell'organismo medesimo (comma 4).

Lo stesso articolo prevede che il procedimento si svolga senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o presso altro luogo indicato nel regolamento di procedura dell'organismo stesso (comma 2). Anche sotto questo aspetto le disposizioni presuppongono un modello istituzionalizzato di mediazione affidato alla gestione dell'organismo.

Pienamente coerente è la successiva disposizione che stabilisce che il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia (comma 3).

Dubbi di compatibilità, invece, presentano le disposizioni che attribuiscono al giudice nel successivo giudizio il potere, per un verso, di trarre elementi di prova contrari alla parte che non par-

²⁷⁴ Art. 3, comma 7, disegno di legge Pillon.

tecipa alla mediazione e, per altro verso, di condannarla al pagamento di una sanzione pecuniaria quando non partecipi alla mediazione senza giustificato motivo (comma 4 *bis*). Siffatte sanzioni processuali ed economiche, infatti, non paiono compatibili con il principio di massima tutela della volontarietà delle parti nella mediazione familiare²⁷⁵.

In via di principio è corretto e pienamente applicabile alla mediazione familiare l'art. 8 sulla riservatezza, interna ed esterna. Tuttavia, non è dato capire perché nel disegno di legge Pillon si dice che il giudice possa conoscere non solo dell'accordo, ma anche della proposta formulata dal mediatore, specie quando la stessa non sia stata accettata dalle parti. Si introduce una limitazione della riservatezza che non è coerente, né giustificata in alcun modo. Soprattutto, se si considera l'applicazione espressamente richiamata delle seguenti disposizioni dell'art. 10 in materia di inutilizzabilità delle informazioni e di segreto professionale.

Di notevole importanza è pure il richiamo dell'art. 11, d.lgs. 28/2010, relativo alla conciliazione. La norma, infatti, distingue tra le due tipologie di mediazione condotte con modalità facilitativa e valutativa. In particolare, attraverso il richiamo della norma, si ammette che anche il mediatore familiare formuli una proposta risolutiva di risoluzione della controversia, tanto se ne facciano congiunta richiesta le parti, quanto se egli la ritenga comunque utile per addivenire alla composizione della controversia stessa. Si applicano, inoltre, anche le norme di carattere procedimentale, relative sia ai presupposti per la formulazione della proposta scritta, ai tempi per l'accettazione e, inoltre, all'informazione preliminare che il mediatore deve fornire alle parti sulle conseguenze alle quali esse si espongono in caso di mancata accettazione. Sul punto si delinea una questione di particolare delicatezza, da considerare con attenzione.

Il disegno di legge Pillon²⁷⁶, infatti, dispone che alla mediazione familiare sia applicabile anche l'art. 13 del d.lgs. n. 28/2010, che concerne la ripartizione delle spese processuali in caso di mancata accettazione della proposta scritta formulata dal mediatore. Più precisamente, in una logica di responsabilizzazione

²⁷⁵ Art. 3, comma 3, disegno di legge Pillon.

²⁷⁶ Art. 3, comma 7, disegno di legge Pillon.

delle parti nell'accettazione della proposta risolutiva scritta del mediatore, si stabiliscono conseguenze sul piano del spese processuali per la parte che ingiustificatamente abbia rifiutato una proposta del mediatore che poi sia risultata corrispondere alla decisione del giudice. In particolare, la prima ipotesi concerne il caso del giudizio deciso da una sentenza di contenuto esattamente corrispondente a quello della proposta del mediatore. Sulla parte che l'abbia rifiutata, pertanto, si imputano le spese della mediazione e quelle processuali, oltre che la condanna ai maggiori danni per lite temeraria. Nel caso che non vi sia esatta corrispondenza tra il contenuto del provvedimento che definisce il giudizio e quello della proposta risolutiva rifiutata, se sussistono gravi ed eccezionali ragioni, il giudice può motivatamente escludere la ripetizione delle spese processuali.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 e 13, d.lgs. 28/2010, inoltre, si impone al mediatore di informare preventivamente le parti delle predette conseguenze alle quali si espongono in caso di rifiuto della proposta che sia stata loro formulata. Le perplessità dell'applicazione di queste disposizioni attengono all'inammissibile costrizione della volontà delle parti, che non pare compatibile con la mediazione familiare.

Il disegno di legge Pillon, infine, dispone che alla mediazione familiare siano applicabili i commi 1 e 2 dell'art. 14, d.lgs. 28/2010. L'indicazione è positiva, in quanto applica al mediatore familiare gli stessi obblighi stabiliti per i mediatori civili e commerciali. In tal modo, si delinea uno statuto comune del mediatore, che gli impedisce di assumere diritti od obblighi ulteriori verso le parti che possano compromettere la sua imparzialità, imponendogli di rendere dichiarazioni scritte di imparzialità, di informare immediatamente delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità, di formulare proposte risolutive nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, di corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

Non è stato, invece, dichiarato applicabile il comma 3 dello stesso art. 14, d.lgs. 28/2010, che si riferisce sia al potere sostitutivo del mediatore ad opera del responsabile dell'organismo e sia alla competenza all'eventuale sostituzione dello stesso responsabile dell'organismo.

Le indicazioni richiamate appaiono contraddittorie, sia perché dispongono l'applicabilità di alcune soltanto delle norme del d.lgs. 28/2010, non di altre che pure sarebbero compatibili. Ma soprattutto perché il disegno di legge Pillon segue un modello mediazione non istituzionalizzato, ossia non incentrato sul sistema di organismi stabilmente accreditati, come è stato fatto invece dal legislatore italiano per la mediazione civile e commerciale, con il predetto d.lgs. 28/2010²⁷⁷. Una tale scelta di modello istituzionalizzato, inoltre, è stata compiuta dal legislatore europeo anche nel settore del consumo, con riferimento alla mediazione e alle ADR per i consumatori, che ha stabilito requisiti armonizzati di qualità per gli organismi e le procedure ADR²⁷⁸. Non v'è dubbio che il modello istituzionalizzato sia preferibile, sia perché per la mediazione in generale e quella di consumo è già stato seguito in Italia, ma anche perché offre maggiori garanzie di tutela.

In tal senso, sarebbe auspicabile che l'*iter* parlamentare della riforma della mediazione familiare permetta di adottare il modello istituzionalizzato, in maniera da rafforzare le corrispondenti garanzie di tutela. Tanto permetterebbe, inoltre, un più facile e organico intervento sulla mediazione che, attorno allo statuto generale, inserirebbe una serie di statuti speciali settoriali. Non meno importante, infine, sarebbe operare un raccordo sistematico di tutte le ADR, come auspicato nei lavori compiuti dalla Commissione Alpa, che ha svolto un approfondito studio su incarico del Ministero della Giustizia²⁷⁹.

In tal senso, nella mediazione si è visto il meccanismo di portata più ampia e generale, che trova nel d.lgs. 28/2010 lo statuto generale, incontrato sul modello istituzionalizzato. Nella stessa direzione, di declinazione del modello istituzionalizzato, si ipotizza di intervenire anche per l'arbitrato di consumo e per quello delle opere pubbliche, che dovrebbero essere amministrati da strutture stabilmente dedicate alla erogazione del servizio.

²⁷⁷ Art. 16 ss., d.lgs. 28/2010.

²⁷⁸ Direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori. In Italia, art. 141 ss., cod. cons.

²⁷⁹ LAURA THEA CERIZZI, *Commenti alla relazione della Commissione di studio Alpa per la riforma della mediazione*, in *I contratti*, n. 2, 2017, pp. 243 ss.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA*
CARLO PILIA**

AFFITTO TURISTICO, CONDOMINIO NEGLI EDIFICI E MEDIAZIONE

SOMMARIO: **1. Il problema della convivenza causata dagli affitti turistici in Spagna e Italia.** - 1.1. Gli appartamenti turistici come possibile attività fastidiosa per i vicini ed i comproprietari nello stesso edificio. - 1.2. Evoluzione della giurisprudenza spagnola: dal riduttivo utilizzo della parola abitazione ad un esplicito e chiaro divieto di attività turistica. - 1.3. Il problema della convivenza degli affitti turistici in relazione ai diritti delle comunità autonome. - 1.4. Il possibile "uso eccessivo" negli elementi comuni causati dalla destinazione turistica. - 1.5. Conseguenze dell'"uso eccessivo" degli elementi comuni: l'aumento proporzionale delle spese di manutenzione. 1.6. Regime di maggioranza necessario. - **2. La mediazione nella cornice europea.** 2.1. Le finalità e i principi comuni. - 2.2. L'ambito applicativo trasversale e transfrontaliero. - 2.3. Le ADR in materia di consumo. - 2.4. La piattaforma ODR per i consumatori. - 2.5. L'ambito applicativo della piattaforma ODR. - 2.6. Le funzioni della piattaforma ODR. - 2.7. La rete europea per la risoluzione dei conflitti dell'ospitalità diffusa.

1. Il problema della convivenza causata dagli affitti turistici in Spagna e Italia.

1.1. *Gli appartamenti turistici come possibile attività fastidiosa per i vicini ed i comproprietari nello stesso edificio.* – L'esistenza di appartamenti turistici all'interno delle comunità vicine, "condominio negli edifici" secondo la legge italiana e "proprietà orizzontale" secondo quella spagnola, costituisce, senza dubbio, uno dei temi più controversi in Spagna, ma anche in altri paesi, come l'Italia. Il problema si verifica quando gli ospiti-clienti degli appartamenti turistici finiscono per causare vari disagi ai vicini e comproprietari della comunità, non tanto per le loro condotte al-

* Autore dei paragrafi 1 ss.

** autore dei paragrafi 2 ss.

l'interno dell'appartamento, ma per quanto arrecano agli elementi comuni della proprietà (ai sensi dell' art. 1117 codice civile); disturbi quali danni alle scale e agli ascensori, così come il rumore durante le feste, il trambusto, le uscite e gli ingressi all'interno dell'edificio, defecazioni, preservativi, vomiti, bottiglie e altri rifiuti gettati negli elementi comuni (portale, scale, ascensore, ...); tutto ciò genera costi extra di riparazione e pulizia.

La reazione da parte delle comunità di vicini e comproprietari è, nella maggior parte dei casi, quella di citare in giudizio il proprietario dell'appartamento turistico ai sensi della protezione fornita dall'art. 7.2 della legge spagnola sulla c.d. "proprietà orizzontale", che regola i condomini e, in particolare, afferma nel suo primo paragrafo che: "Al proprietario e all'affittuario dell'appartamento o del locale è vietato sviluppare nello stesso o in altro ambiente attività proibite dagli statuti che risultino dannose, in quanto ritenute illecite, pericolose o nocive". Nei paragrafi seguenti di tale articolo la legge sulla proprietà orizzontale regola la possibilità che il presidente della comunità percepisca il proprietario dell'appartamento come fastidioso e, in caso di persistenza di tale atteggiamento, possa procedersi per via giudiziaria, in modo che il giudice ordini la cessazione dell'attività fastidiosa. La domanda che dobbiamo porci è quindi la seguente: come prevenire o evitare tali fastidi?

1.2. *Evoluzione della giurisprudenza spagnola: dal ridotto utilizzo della parola abitazione ad un esplicito e chiaro divieto di attività turistica.* – Inizialmente, e per molto tempo, la giurisprudenza della Corte Suprema spagnola ha ritenuto sufficiente che, negli statuti delle comunità dei vicini, il c.d. "regolamento dei condomini" in Italia, il termine "abitazione" ("*vivienda*", in spagnolo) fosse utilizzato ad un'unica destinazione: di residenza o abitazione. Da ciò deriva che un uso diverso, come quello turistico appunto, sarebbe incompatibile e richiederebbe invece un contratto di locazione più stabile e durevole (per l'alloggio o per una stagione). Tale fu la sua posizione nella sentenza del 28 aprile 1978, in quella del 10 ottobre 1989, fino a quella successiva, e più specifica sull'argomento in questione, del 23 novembre 1995. Tuttavia, ben presto, tale orientamento giurisprudenziale venne modificato. Tale cambia-

mento è rappresentato dalla sentenza della Corte Suprema spagnola del 27 novembre 2008. Innanzitutto, considera volontaria la specificazione degli elementi privati (appartamenti e locali) del regime di proprietà orizzontale: l'articolo 5, dispone infatti che "Il titolo può contenere, inoltre, le norme di costituzione ed esercizio del diritto e le disposizioni non vietate dalla legge per l'uso o la destinazione dell'edificio, i suoi diversi piani o locali, strutture e servizi".

In questo modo, indipendentemente dal fatto che gli appartamenti siano o meno definiti "case" negli statuti o nei regolamenti delle comunità, è ancora una descrizione molto generica, in alcun modo determinante, tale da limitare il destino di ogni piano o locale (allo stesso modo, in un certo modo, la Corte di Cassazione Civile italiana afferma nelle sue sentenze n. 24707, del 20 novembre 2014 e n. 22711, del 28 settembre 2017, che la destinazione di "alloggio" o "destinazione a civile abitazione", non impedisce di destinare l'appartamento all'affitto turistico)

A seguito del ricorso per cassazione proposto dai medesimi condòmini, la Suprema Corte nel rigettare il ricorso, affermava che: *"l'interpretazione del giudicato è congruamente motivata con riferimento al tenore complessivo della clausola annullata – pretermesso nell'esposizione del motivo in esame ma ricavabile dalla lettura della sentenza qui impugnata (fol. 5) – che faceva divieto di «destinare i locali ad uso diverso di privata civile abitazione, attesa la destinazione dell'immobile a luogo di riposo e di villeggiatura e pertanto è fatto divieto di darli in affitto o subaffitto sotto forma di pensione o di albergo», con ciò mettendosi in relazione il diverso uso intensivo dei locali allorché fossero stati destinati a pensione o albergo rispetto all'uso non abitativo in generale. (...) Sicché la motivazione della sentenza risulta effettivamente immune da errori giuridici e vizi di logica, essendosi limitata a ritenere che la clausola del regolamento condominiale annullata non si riferisse ad un divieto assoluto di adibire i singoli vani dell'immobile ad uso diverso da quello di privata abitazione, e che, pertanto, fosse consentita la locazione per brevi periodi, come dimostrato anche dal tenore letterale del regolamento condominiale e dal fatto che in istruttoria si era accertato che la clausola era stata modificata proprio per chiarire tale aspetto, e che gli stessi appellanti avevano ammesso che la previ-*

sione regolamentare consentiva gli affitti saltuari, cui avevano dovuto ricorrere, conseguendo minori guadagni rispetto a quelli derivanti dall'esercizio della preclusa attività alberghiera"

Come sopra descritto, il diritto alla proprietà privata e la libera impresa si ritrovano come diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione spagnola rispettivamente agli artt. 33.1 e 38 (come sancito anche dagli articoli 41 e 42 della Costituzione italiana). Tali norme, integrate da altra normativa, rendono la nostra legge una regola, un principio generale di diritto che invoca la libertà della proprietà. Quest'ultima è presunta, a meno che non sia provato diversamente, e cioè che tale libertà, nell'esercizio della proprietà, è soggetta a limitazioni. Tuttavia, poiché tali limitazioni sono eccezioni alla regola (libero esercizio di proprietà), ogni dubbio che genera limitazioni deve essere interpretato in senso restrittivo, ossia a favore della libertà della proprietà. Quindi ciò che non è chiaramente limitato o vietato per il dominio, deve essere inteso permesso.

Quindi, per questa nuova giurisprudenza spagnola, è possibile che la destinazione turistica degli appartamenti in una comunità di proprietari sia limitata o totalmente vietata quando gli statuti o regolamenti delle comunità contengano un chiaro ed esplicito divieto (allo stesso modo ciò è affermato dalla Corte di Cassazione Civile italiana nella sentenza n. 24707 del 20 novembre 2014¹, nonché nella sentenza n. 22711, del 28 settembre 2017, dove è stato riconosciuto noleggio turistico perché nel regolamento comunitario era espressamente vietata solo la destinazione di una pensione o di un riparo, che, rigorosamente o tecnicamente, non include quell'altra ipotesi), che interesserà gli acquirenti di terze parti, data la sua innata trascendenza reale limitando così il diritto di godere della proprietà di ciascun elemento privato, a condizione che tale divieto statutario sia re-

¹ Quando afferma: *"Le norme contenute nei regolamenti condominiali posti in essere per contratto possono imporre limitazioni al godimento ed alla destinazione d'uso degli immobili in proprietà esclusiva dei singoli condomini. Peraltro, le disposizioni contenute nel regolamento condominiale contrattuali che si risolvano nella compressione delle facoltà e dei poteri inerenti al diritto di proprietà dei singoli partecipanti, devono essere espressamente e chiaramente manifestate dal testo o, comunque, devono risultare da una volontà desumibile in modo non equivoco da esso"*.

gistrato nel Registro immobiliare (ex articolo 5.III della Legge spagnola sulla c.d. proprietà orizzontale e articolo 1138.III codice civile).

Nella sentenza 22711 del 28 settembre 2017, la Cassazione per prima cosa ricorda che il regolamento contrattuale è l'unico atto che può imporre limiti o divieti ai condomini in merito all'utilizzo dei propri appartamenti. Si tratta, infatti, di un atto che è parte integrante del contratto di acquisto, e per questo motivo le clausole relative ai diritti sulle proprietà private o comuni sono vincolanti per tutti i condòmini. Per vietare uno singolo specifico utilizzo degli appartamenti, oppure lo svolgimento di una specifica attività, occorre però che nel regolamento contrattuale si faccia esplicito riferimento all'attività che si vuole vietare. In caso contrario l'attività in questione è sempre consentita.

L'affitto breve non è attività alberghiera. Nel caso esaminato dalla Cassazione, in particolare, il regolamento prevedeva il divieto di affitto o subaffitto degli appartamenti, precisando però espressamente che il divieto era legato all'utilizzo degli immobili sotto forma di pensione o albergo. Secondo la Cassazione, questa formula non prevede un divieto assoluto di adibire i singoli vani dell'appartamento ad uso diverso da quello di privata abitazione, ma solo, appunto, allo svolgimento di una specifica attività. Di conseguenza una formula di questo tipo non vieta la locazione per brevi periodi o per l'affitto saltuario. Quando ci si può appellare al regolamento? In base a quanto stabilito nella sentenza, quindi, l'assemblea condominiale può appellarsi al regolamento contrattuale per vietare specifiche attività solo se nel testo del regolamento l'attività in questione è espressamente indicata. Se invece la formula contenuta nel regolamento non comprende con esattezza l'attività che si vuol vietare, non si può intervenire.

In Spagna, in linea di principio, per includere ex novo o modificare una clausola proibitiva negli statuti o regolamenti della comunità, poiché non vi è alcuna regola singolare a questo riguardo contenuta nella legge sulla proprietà orizzontale, la norma dovrebbe essere applicata in relazione al contenuto dell'art. 17.6. La Legge sulla proprietà orizzontale², che richiede l'unanimità per

² *“Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constituti-*

qualsiasi modifica dello statuto o del regolamento (per il codice italiano è sufficiente una maggioranza che rappresenti la metà del valore dell'edificio, cfr. articolo 1138.III nel suo riferimento all'articolo 1136.II³, ma solo per gli accordi che riguardano le materie previste nell'articolo 1138⁴, cioè, per le regole che riguardano gli elementi comuni dell'edificio, perché se gli accordi riguardano gli elementi privati, come nel nostro caso che influisce sul godimento di ciascun appartamento, la giurisprudenza italiana richiede l'unanimità). Ciò significa che, in Italia, il regolamento deve essere stato approvato all'unanimità dei condòmini presenti nell'edificio o accettato con la sottoscrizione del rogito notarile con cui il costruttore, all'atto della vendita, fa approvare non solo il contratto vero e proprio, ma anche il regolamento di condominio, poiché la sola menzione ne presuppone la conoscenza e l'accettazione (Cass. 17886/2009; Cass. 10523/2003; Cass. 395/1993; Cass. 4905/1990; Cass. 19212/2016 e Cass. 22310/2016). Inoltre, è richiesto che l'unanimità dei comproprietari sia reale, espressa e individuale, in particolare di quello che potrebbe essere danneggiato da un accordo così proibitivo, che limita la sua proprietà privata.

Infine, sia per ragioni di certezza del diritto, sia per esigenze di rispetto dei diritti acquisiti, la giurisprudenza ritiene che il divieto di destinare all'attività turistica i piani approvati dalla modifica dello statuto o del regolamento operino per il futuro, senza effetti retroattivi. Non danneggerà, quindi, i proprietari degli appartamenti che sono già stati destinati all'uso turistico.

vo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación”.

³ Art. 1138, comma 3, cod. civ. it.: “Il regolamento deve essere approvato dall'assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell'art. 1136”, secondo cui: “Sono valide le deliberazioni approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio”.

⁴ Art. 1138, comma 1, cod. civ. it.: “Quando in un edificio il numero dei condòmini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condòmino...”.

1.3. *Il problema della convivenza degli affitti turistici in relazione ai diritti delle comunità autonome.* – Questa posizione consolidata nella giurisprudenza spagnola più recente è stata, infine, anche quella adottata nella maggior parte delle normative autonome in Spagna per quanto riguarda gli appartamenti turistici. Nella maggior parte di essi è sufficiente che non vi sia alcun divieto statutario a tal riguardo, in modo che sia possibile concedere una licenza amministrativa per la destinazione turistica degli appartamenti in un regime di proprietà orizzontale; ciò è accaduto nelle Isole Canarie, Aragona, La Rioja, e Catalogna (dove, tuttavia, per adottare tale accordo proibitivo nei regolamenti, è sufficiente una maggioranza di 4/5).

D'altra parte, altre comunità autonome, come le Isole Baleari, dopo la loro modifica nel luglio 2017, sono rimaste in una posizione intermedia, combinando l'assenza del divieto regolamentario con il requisito successivo di un permesso espresso e puntuale da parte della comunità dei vicini che intendano destinare il loro appartamento alla sistemazione turistica.

1.4. *Il possibile "uso eccessivo" negli elementi comuni causati dalla destinazione turistica.* – Il problema della coesistenza degli appartamenti turistici non riguarda solo la proprietà privata di ogni piano o locale (in particolare, per la sua facoltà di godimento ad ottenere frutti civili), ma anche la proprietà degli elementi comuni. In ogni regime condominiale, ogni proprietario, oltre alla sua proprietà privata ed esclusiva (sul suo piano o locale), ha una quota di partecipazione alla proprietà congiunta degli elementi comuni, una quota che dà diritto ad utilizzare tali elementi comuni, ma che impone anche il dovere di conservarli ed usarli diligentemente e adeguatamente, come richiesto dall'art. 9.1 della legge spagnola sulla proprietà orizzontale che, alla lettera "a", dispone: "Costituisce obbligo di ciascun proprietario: a) rispettare gli impianti generali della comunità e gli altri elementi comuni, sia d'uso generale o individuale, di ogni proprietario, anche se non inclusi nell'appartamento o locale, tenendo un uso corretto degli stessi al fine di evitare eventuali danni o malfunzionamenti"; alla lettera "g" afferma che: "è necessario osservare la diligenza nell'utilizzo della proprietà e nei rapporti con gli altri proprietari e rispondere davanti ad essi dei danni causati" Allo stesso modo ciò è richiamato dalla legge cata-

lana, agli articoli 553-42 del Codice Civile catalano⁵ e dalla legge italiana agli articoli 1101⁶, 1102⁷ e 1103⁸ del Codice, sulla proprietà in generale, che si applicano anche alla proprietà di edifici ex art 1139⁹ dello stesso Codice). Si constata dunque che l'uso degli elementi comuni è fatto in proporzione alla quota. Si può forse parlare di proporzionalità quando vi sono appartamenti turistici nell'edificio? Se l'anno ha 52 settimane, il potenziale degli ospiti in qualsiasi appartamento turistico è enorme. Vi sono però dei casi isolati in cui l'accesso e l'uso dell'appartamento implicano difficilmente anche l'uso di elementi comuni, ad esempio a causa dell'accesso indipendente del locale alla strada pubblica o molto vicino a tale uscita, al trasferimento di persone con valigie, utilizzando le scale, l'ascensore. Ma si pensi ancora all'uso di strutture ricreative o sportive (come piscine o saune, campi da tennis o da paddle) di cui, senza dubbio, il proprietario dell'appartamento turistico terrà conto per fissare il prezzo del noleggio turistico. Non sembra, quindi, che, in tali casi abituali, vi sia proporzionalità tra il diritto d'uso del proprietario dell'appartamento turistico sugli elementi comuni e il potenziale uso effettivo di questi da parte degli ospiti. Come compensare, quindi, la libertà che il proprietario del locale deve destinare all'affitto turistico e l'uso potenzialmente eccessivo degli elementi comuni?

⁵ *“El uso y disfrute de los elementos comunes corresponde a todos los propietarios de elementos privativos y debe adaptarse al destino establecido por los estatutos o al que resulte normal y adecuado a su naturaleza, sin perjudicar el interés de la comunidad”.*

⁶ *“Il concorso dei partecipanti, tanto nei vantaggi quanto nei pesi della comunione, è in proporzione delle rispettive quote”.*

⁷ *“Ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. A tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa. (...) Il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso”.*

⁸ *“Ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota”.*

⁹ *“Per quanto non è espressamente previsto da questo capo si osservano le norme sulla comunione in generale”.*

1.5. *Conseguenze dell'“uso eccessivo” degli elementi comuni: l'aumento proporzionale delle spese di manutenzione.* – È necessario individuare il maggiore uso degli elementi comuni derivanti prevedibilmente dagli appartamenti destinati al noleggior turistico. Tale previsione e calcolo non saranno facili, naturalmente; ma non sarà impossibile determinare l'aumento delle spese ex ante. In effetti, l'art. 5 della legge spagnola sulla c.d. proprietà orizzontale, per fissare la quota sugli elementi comuni, tra gli altri possibili criteri, si occupa dell'uso, razionalmente presunto, dei servizi o degli elementi comuni”. Allo stesso modo, l'art. 553-3.2 del Codice civile di Catalogna prevede che “Le quote di partecipazione corrispondenti agli elementi esclusivi ... sono assegnate proporzionalmente ... tenendo conto dell'uso e della destinazione e di altri dati fisici e legali delle risorse che costituiscono la comunità”. Più precisamente, l'art. 553-45.4 del Codice civile della Catalogna, afferma che: “Il titolo di incorporazione può stabilire un aumento della quota di spese comuni che corrisponde ad uno specifico elemento esclusivo, in caso di uso particolarmente intensivo o godimento di elementi o servizi comuni come conseguenza dell'esercizio di attività imprenditoriali o professionali nell'appartamento o nei locali” (dove il riferimento professionale può essere inteso in senso lato, non strettamente mercantile, potendo quindi includere l'attività di alloggio e turismo). Allo stesso modo, in Italia, l'art. 1123 commi 1 e 2, sui costi di manutenzione dell'edificio, in relazione all'art. 1138 comma 1, ha fatto riferimento agli statuti della comunità, il cosiddetto “regolamento dei condomini”¹⁰. Ciò non ha a che fare con la modifica della quota che ogni proprietario ha sugli elementi comuni. La quota di partecipazione negli elementi comu-

¹⁰ Art. 1123 cod. civ. it.: “Le spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione. (...) Se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa, le spese sono ripartite in proporzione dell'uso che ciascuno può farne.”; art. 1138, comma 1, cod. civ. it.: “Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino...”.

ni rimarrà la stessa, senza un aumento dei diritti o degli obblighi. Non si avrebbe in alcun modo comproprietà, sarebbe solo una questione di modifica della modalità di contributo, nella sua quantità, alle spese di amministrazione degli elementi comuni. Ciò è ammesso, in generale, dall'art. 9.1 lettera "e" LPH, quando afferma che "Gli obblighi di ciascun proprietario sono: ... Contribuire, in base alla quota di partecipazione stabilita nel titolo alle spese generali per la manutenzione adeguata della proprietà, i suoi servizi, gli oneri e le responsabilità che non sono suscettibili di individualizzazione".

Allo stesso modo, in Italia, l'articolo 1123 commi 1 e 2, sulle spese di manutenzione dell'edificio, in relazione all'articolo 1138 comma 1, ha fatto riferimento agli statuti della comunità, ossia "il regolamento dei condomini". La motivazione di tale aumento è evidente: se per un certo periodo la Corte Suprema di Cassazione spagnola ha accettato di comune accordo l'esenzione nel contributo di alcune spese comuni ai comproprietari che non utilizzano alcuni elementi comuni (ad esempio, per coloro che abitando al piano terra, non hanno necessità di utilizzare l'ascensore), perché non ammettere un aumento di tale contributo se si prevede che l'uso sia maggiore rispetto alla proporzione della quota?

1.6. *Regime di maggioranza necessario.* – Per raggiungere la maggioranza necessaria, si deve distinguere tra le seguenti ipotesi: nel caso in cui si intenda attribuire a tutti i condòmini, presenti e futuri, l'eventuale aumento delle tasse per la manutenzione o riparazione degli elementi comuni, poiché tali accordi devono figurare negli statuti o regolamenti, è richiesta l'unanimità. (ex art. 17.6 della legge spagnola sulla c.d. proprietà orizzontale)¹¹; nell'ipotesi invece in cui si conceda un permesso specifico per consentire al singolo di assegnare il proprio appartamento ad alloggi turistici, e di accordarsi sull'aumento della sua quota di spese di amministrazione della proprietà in particolare l'ubicazione del loro appartamento e il potenziale utilizzo

¹¹ "Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación".

di strutture e servizi comuni da parte dei clienti ospiti, non sarà necessaria l'unanimità. In presenza di tale accordo, la maggioranza semplice sarà sufficiente, in applicazione dell'art. 17.7 della legge spagnola sulla c.d. proprietà orizzontale¹². Dunque la legge italiana non dovrebbe fare tali distinzioni, poiché una regola che incide sui costi degli elementi comuni sarebbe sufficiente con la maggioranza (in applicazione degli articoli 1138 commi 1 e 3, e 1136 comma 2 del Codice)¹³. In ogni caso, l'aumento delle tasse dovrebbe funzionare per il futuro, senza effetti retroattivi, ma interesserebbe anche i proprietari di appartamenti turistici rispetto ai futuri ospiti. È dunque necessario avere il loro consenso esplicito in ogni caso? Secondo me, tale consenso non sarebbe necessario. Infatti, l'accordo non influisce di per sé sulla destinazione o sulla finalità della proprietà privata (ossia l'appartamento), ma sulle spese di manutenzione degli elementi comuni.

Naturalmente, se la comunità ha deciso di aumentare le quote di spesa, la violazione riguardante la sproporzione o l'eccedenza da parte di uno di essi, costituisce motivo per ricorrere al tribunale al fine di contestare l'eventuale violazione ai sensi dell'art. 18.1 della legge spagnola sulla proprietà orizzontale di cui alla lettera "c".

In conclusione, questa è la soluzione che propongo affinché la proprietà privata e l'interesse generale dei condòmini siano equilibrate.

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla

¹² *"Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes".*

¹³ Art. 1838 cod. civ. it.: *"Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento, il quale contenga le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino...";* comma 3: *"Il regolamento deve essere approvato dall'assemblea con la maggioranza stabilita dal secondo comma dell'art. 1136", il quale dispone: "Sono valide le deliberazioni approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio".*

2. La mediazione nella cornice europea.

2.1. *Le finalità e i principi comuni.* – Con la direttiva 2008/52/CE è stata introdotta una prima disciplina comunitaria dell'istituto giuridico della mediazione in materia civile e commerciale¹⁴. Le istituzioni europee hanno inteso alimentare il processo di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, necessario per favorire la circolazione delle persone e lo scambio dei beni e servizi nel mercato interno.

Più precisamente, con la citata direttiva si dovrebbe contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione¹⁵. Si ritiene, infatti, che la mediazione fornisca una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Inoltre, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici si apprezzano maggiormente nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera¹⁶.

¹⁴ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Sull'approvazione ed attuazione della fonte: AA.VV., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Rivista trimestrale del diritto civile*, 2010, pp. 653 ss.; M. MICELI, *La direttiva CEE sulla Mediazione*, in *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Giuffrè, 2011; S. LOPEZ VALLÉS, C.M. LOPEZ CARDENAS, *Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo*, in *Revista de Derecho Privado*, 2014; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. UE*, 2008, pp. 349 ss.; A. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2013, pp. 1451 ss.; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

¹⁵ Considerando n. 5

¹⁶ Considerando n. 6.

Con la finalità di promuovere maggiormente l'utilizzazione della mediazione e per garantire che le parti che vi ricorrono possano fare affidamento su un contesto giuridico certo, con la direttiva 2008/52/CE è stato introdotto un quadro normativo che ha fissato, con le definizioni giuridiche principali¹⁷, gli obiettivi, gli ambiti applicativi e i principi comuni.

Anzitutto, si definisce la mediazione: *“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”*¹⁸. Tutta la definizione è basata sulla volontà delle parti che scelgono di avviare, condurre e concludere un procedimento per raggiungere una soluzione compositiva consensuale attraverso un accordo favorito dall'assistenza del mediatore. La definizione europea appare assai ampia ed aperta, compatibile sia con le varie denominazioni, sia con le molteplici modalità di impulso legale o giudiziale della mediazione rimesse alle discipline nazionali di ciascuno Stato membro.

¹⁷ Sulle definizioni europee di mediazione e mediatore, cfr. C. ROGEL VIDE, *Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad comentario crítico de los artículos 13, 16, 1 y concordantes del anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n. 2, 2010, pp. 309 ss.; C. BRUNELLI, M. BUZIO, M. KROUGH, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 69 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 48 ss.; R. SANTAGATA, *Mediazione, Mediatore e Conciliazione (Appunti su alcuni profili sostanziali del D.lvo 28/2010)*, in *Riv. dei dottori commercialisti*, 2, 2011, pp. 303 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, cit., pp. 10 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 866 ss.

¹⁸ Art. 3 (Definizioni), lett. a), della direttiva 2008/52/CE. Ai sensi della medesima definizione, inoltre, la mediazione può essere condotta da un giudice solo quando non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Sono esclusi dalla mediazione, pertanto, i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia in questione nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima.

Il «mediatore» è definito dalla direttiva come: *“qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione”*¹⁹. Risulta la posizione di terzietà del mediatore rispetto alle parti della controversia e la funzione di assistenza per il raggiungimento delle parti che deve ispirare la sua conduzione del procedimento²⁰. La definizione pluralista, ancora una volta, è compatibile con differenti denominazioni o professioni, ovvero modalità di nomina o modalità di condurre la mediazione, stabilite nelle legislazioni nazionali. Quanto ai principi generali, al mediatore si chiede di prestare l'assistenza alle parti in funzione del raggiungimento dell'accordo (efficacia), tenendo un atteggiamento equidistante (imparzialità) e disponendo delle conoscenze e delle abilità necessarie (competenza)²¹.

Si è in presenza di una prima disciplina europea di portata generale, di contenuto parziale, di armonizzazione minima e graduale, che riserva ampi spazi di autonomia sia alla legislazione degli Stati membri nel recepirla e rimodularla con il tempo²², sia agli organismi di mediazione al fine di configurarla autonomamente, secondo le esigenze del mercato e degli utenti del servizio compositivo²³.

Nello statuto europeo si distinguono due piani di disciplina della mediazione, schematicamente riferiti alla legalità e alla qualità. Il primo piano comprende le prescrizioni minime concernenti il ricorso alla mediazione (art. 5), l'effetto sui termini di prescrizione e decadenza (art. 8), la riservatezza (art. 7) e l'ese-

¹⁹ Art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE.

²⁰ In tal senso, la direttiva 2008/52/CE (considerando n. 11) esclude espressamente dal suo ambito di applicazione i procedimenti extragiudiziali di tipo aggiudicativo (come arbitrati, perizie, etc.) gestiti da persone o organismi che emettono una decisione o anche raccomandazione formale, si essa formalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia.

²¹ Considerando n. 17, direttiva 2008/52/CE.

²² Considerando n. 14, direttiva 2008/52/CE.

²³ Considerando n. 17, direttiva 2008/52/CE.

cutività degli accordi (art. 6). Il secondo piano si sostanzia nell'indicazione dei principi e dei meccanismi di autoregolamentazione, formazione e controllo della qualità della mediazione (art. 4). A parte si pongono la disciplina del sistema multilivello dell'informazione (artt. 9 e 10) e, infine, del processo di revisione (art. 11) che impegna direttamente le istituzioni europee nel controllo dell'impatto della direttiva, così da sviluppare e completare lo statuto europeo della mediazione.

Per quanto in questa sede interessa, sul piano della legalità, si segnala che il ricorso alla mediazione²⁴ che, solitamente è promosso su base volontaria dalle parti²⁵, può essere variamente sollecitato. Anzitutto, il giudice può discrezionalmente rivolgere alle parti un invito a ricorrere alla mediazione oppure a partecipare a una sessione informativa²⁶. Più in generale, le legislazioni nazionali possono introdurre una serie di misure complementari che rendano il ricorso alla mediazione obbligatorio, oppure assoggettato a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del giudizio²⁷. La direttiva fissa, però, il limite invalicabile di non impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario²⁸. In tal senso, si chiarisce meglio la

²⁴ Art. 5 (Ricorso alla mediazione), della Direttiva 2008/52/CE.

²⁵ Sulla questione della natura volontaria della mediazione, tra i vari contributi pubblicati, sia permesso richiamare: C. PILIA, *La mediazione volontaria*, in Quaderni di conciliazione, Cagliari, 2013; E. SERRANO GÓMEZ, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 101 ss.

²⁶ Art. 5, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

²⁷ Sui sistemi di accesso alla mediazione, in base alla direttiva 2008/52/CE, D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 125 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 235 ss.; C.P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 212 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 873 ss.

²⁸ Art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

natura complementare della mediazione, quale forma di tutela aggiuntiva, non già sostitutiva, rispetto alla giurisdizione. Significative sono pure di disposizioni concernenti la riservatezza della mediazione²⁹, che deve essere garantita al fine di assicurare il successo del procedimento. Gli Stati membri devono evitare che l'esperimento della mediazione possa impedire il ricorso all'autorità giudiziaria o all'arbitrato per scadenza dei termini di prescrizione o decadenza dei diritti³⁰, adottando soluzioni di coordinamento con il processo che realizzano un'equilibrata relazione della mediazione con la giurisdizione³¹. Infine, gli Stati membri devono garantire che gli accordi raggiunti in mediazione siano muniti dell'esecutività³², al fine di evitare di avere un livello di tutela inferiore alla giurisdizione³³.

Sul piano della qualità della disciplina della mediazione, anzitutto, si prevede che gli Stati membri incoraggino in qualsiasi modo essi ritengano appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, nonché l'ottemperanza ai me-

²⁹ Art. 7 (Riservatezza della mediazione), della Direttiva 2008/52/CE.

³⁰ Art. 8, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

³¹ E. SERRANO GÓMEZ, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villalunga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 63 ss.; M. RINALDI, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 557 ss.; D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 195 ss.; E. GASBARRINI, A.V. CAPASSO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, cit., pp. 347 ss.

³² Art. 6 (Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione), della direttiva 2008/52/CE.

³³ Sulla forza esecutiva degli accordi raggiunti in mediazione, tra i tanti, v. S. TAMAYO HAYA, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villalunga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 331 ss.; A. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati – circa la conformità dell'accordo alle norme imperative – e all'ordine pubblico*, in *Esecuzione forzata*, n. 3, 2018, pp. 536 ss.; M. FILIPPELLI, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 585 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione*, cit., pp. 344 ss.

desimi codici³⁴. In conformità all'essenza volontaria della mediazione³⁵, sono i mediatori e le loro organizzazioni erogatrici del servizio compositivo, quindi, dovrebbero sia elaborare le regole di qualità della mediazione, che controllare l'attuazione delle norme stesse. In ogni caso, la direttiva prevede pure che gli Stati incoraggino qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione³⁶. La formazione è considerata il primo strumento per garantire la qualità del servizio

2.2. L'ambito applicativo trasversale e transfrontaliero. – Le scelte definitorie aperte e pluraliste della direttiva 2008/52/CE, quanto all'ambito applicativo, si collegano a una disciplina generale e trasversale della mediazione. Più precisamente, l'ambito applicativo della direttiva europea, per un verso, si riferisce a tutti gli Stati membri³⁷, molti dei quali già avevano proprie e tra essi divergenti discipline nazionali della mediazione. Per altro verso, la disciplina europea della mediazione si applica a tutte le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale vertenti su diritti e obbligazioni disponibili per le parti, secondo le legislazioni nazionali³⁸.

La direttiva precisa quali siano le controversie transfrontaliere³⁹, oggetto di applicazione diretta della discipline comune, facendo riferimento al domicilio o alla residenza delle parti in Stati membri differenti⁴⁰, ovvero al luogo diverso dove è avviato

³⁴ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

³⁵ Sull'essenza volontaria della mediazione, sia consentito un riferimento a C. PILIA, *L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2017, pp. 103 ss.; C. ROGEL VILDE, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 23 ss.

³⁶ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

³⁷ Art. 1, par. 3, della direttiva 2008/52/CE che prevede la sola esclusione della Danimarca, cfr. pure il considerando n. 30.

³⁸ Art. 1, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

³⁹ Art. 2 (Controversie transfrontaliere), della Direttiva 2008/52/CE.

⁴⁰ Art. 2, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

un procedimento giudiziario o arbitrato conseguente alla mediazione⁴¹. La disciplina europea della mediazione, pertanto, si rivolge direttamente alle controversie che, all'interno dell'Unione europea, sottendono elementi di interstatualità, bi o plurilaterale, a seconda del collocarsi delle posizioni delle parti in conflitto. Gli Stati membri sono però liberi di applicare le disposizioni della direttiva anche ai procedimenti di mediazione interni⁴². In tal senso, si sono orientati nella stragrande maggioranza Stati membri, compresi l'Italia e la Spagna.

La disciplina europea sulla mediazione, pertanto, è di portata generale e trasversale per tutte le controversie in materia civile e commerciale. L'ambito applicativo abbraccia praticamente l'intera sfera privatistica del contenzioso e tange pure quella pubblicistica, limitatamente alle controversie sui diritti disponibili. La direttiva precisa che la mediazione non si estende alla materia fiscale⁴³, doganale e amministrativa⁴⁴, né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta iure imperii*)⁴⁵. Con queste espresse esclusioni, pertanto, la direttiva sulla mediazione è applicabile tra parti, sia pubbliche che private, ogni qual volta vantino situazioni soggettive disponibili che formano oggetto di controversie che possono comporsi mediante l'accordo.

L'ampiezza e la trasversalità dell'ambito applicativo, pertanto, rimette alla legislazione nazionale, sia la più puntuale defi-

⁴¹ Art. 2, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

⁴² Considerando n. 8, direttiva 2008/52/CE.

⁴³ R.I. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El escaso desarrollo de las técnicas de mediación y arbitraje en el derecho tributario español*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, 5, 2017, cit., pp. 75 ss.

⁴⁴ Sulla mediazione amministrativa, v. A. GIORDANO, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 717 ss.; M. AVILÉS NAVARRO, in *Mediación y resolución de conflictos técnicas y ambitos* diretto da H. Soletto Muñoz, coordinato da E. Carretero Morales, C. Ruiz López, Tecnos, 2017, pp. 753 ss.; M. BLANCO CARRASCO, in *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, pp. 41 ss.

⁴⁵ Art. 1, par., direttiva 2008/52/CE.

nizione dell'area della disponibilità dei diritti⁴⁶ e sia la differenziazione dei regimi applicabili alla mediazione, a seconda dei singoli settori del contenzioso civile e commerciale⁴⁷. In tal senso, è possibile che alla disciplina generale si aggiungano delle ulteriori discipline speciali e settoriali, per aree o tipologie di contenzioso come già accade per i rapporti di consumo⁴⁸.

In questa cornice, si possono collocare anche le controversie collegate al problema della convivenza causata dagli affitti turistici in Spagna e Italia. Si è in presenza, infatti, di controversie di diritto privato che riguardano la materia civile e commerciale.

Per un verso, si evocano le problematiche concernenti il condominio negli edifici⁴⁹ e, quindi, la proprietà e i diritti reali. I rapporti tra il proprietario dell'appartamento, gli altri proprietari e l'amministrazione del condominio, infatti, rimandano a posizioni soggettive di natura reale che sono nella disponibilità dei soggetti coinvolti.

Per altro verso, i problemi di convivenza concernono anche i rapporti di locazione e, comunque, il godimento degli immobili e dei beni accessori, sia quelli individuali che quelli comuni. In tal senso, oltre che le posizioni di natura reale, proprietà, diritti reali minori e rapporti condimomiali, assumono rilievo pure i rapporti obbligatori di locazione e comodato degli immobili.

Nella legislazione italiana⁵⁰, tutte le relative controversie sono state assoggettate alla mediazione civile e commerciale, con

⁴⁶ In ambito privatistico, la direttiva segnala che le legislazioni statali possono contenere limiti alla disponibilità delle situazioni soggettive in materia di diritto di famiglia e del lavoro (considerando n. 10).

⁴⁷ In tal senso, nell'ambito consumeristico si giustificano regole rafforzate di protezione (considerando 18, della direttiva 2008/52/CE).

⁴⁸ Considerando n. 18, direttiva 2008/52/CE.

⁴⁹ Sul contenzioso condominiale, v. M. MONEGAT, *Il contenzioso condominiale e la mediazione conciliazione*, in *Immobili & proprietà*, n. 11, 2012, pp. 660 ss.; G. Spoto, *La mediazione civile e le liti condominiali*, in *Contratto e Impresa*, n. 4-5, 2013, pp. 1071 ss.

⁵⁰ Sulla disciplina italiana della mediazione, AA.VV., *“La nuova mediazione civile e commerciale”* a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*,

espressa sottoposizione all'obbligatorietà della mediazione, come condizione di procedibilità dell'azione, ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010⁵¹. In Spagna, invece, la legislazione ha lasciato volontario l'esperimento della mediazione civile e commerciale⁵².

I due sistemi, pur nella cornice comune europea, sono assoggettati a regole nazionali differenziate. La divergenza tra regimi, peraltro, non è priva di conseguenze e complicazioni sul piano operativo allorquando siano coinvolte, come spesso accade in questa tipologia di relazioni conflittuali, elementi transfrontalieri. Tali elementi sono più evidenti e frequenti con i servizi legati

in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.Vv., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.Vv., in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit.; F. SANTAGATA, *La mediazione*, Torino, 2012; G. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in www.judicium.it; D. DALFINO, *Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016.

⁵¹ Sull'obbligatorietà della mediazione nella disciplina italiana, v. C. PILIA, *El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad*, in *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* diretto da J.L. Argudo Pérez, cit., pp. 175 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile in Italia*, in *Mediación, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 174 ss.; V. VASAPOLLO, *Mediazione obbligatoria*, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del fare"*, cit., pp. 185 ss.; L. GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014 n. 2, pp. 247 ss.

⁵² Sulla disciplina spagnola della mediazione, AA.Vv., *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* con la direzione di J.L. Argudo Pérez, Reus, 2019; AA.Vv., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.Vv., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.Vv., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.Vv., *Metarules jurídicas del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di E. Lauroba, I. Barral e I. Viola, Barcellona, 2011; AA.Vv., *Mediation at the crossroad of different legal culture* a cura di A. Miranda, Roma, 2014.

all'ospitalità degli stranieri, per ragioni professionali e consumeristiche.

Tanto impone di considerare l'importanza di ulteriori discipline europee, collegate ai sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. I servizi dell'ospitalità diffusa, che si sviluppa in ambiti extralberghieri, si ricollega a attività professionali, sempre meglio strutturate e organizzate.

2.3. *Le ADR in materia di consumo.* – Se la direttiva 2008/52/CE costituisce la prima e generale fonte che ha incoraggiato l'utilizzazione della mediazione in ambito civile e commerciale nelle controversie transfrontaliere, altre importanti iniziative sono state realizzate a livello europeo dalle istituzioni dell'Unione, con particolare riferimento alle ADR e ODR in materia di consumo.

La direttiva 2013/11/UE e il regolamento n. 524/2013⁵³, approvati dopo un esatto quinquennio dalla direttiva 2008/52/CE,

⁵³ Per un'analisi di tali discipline, v. AA.VV., *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, Oxford, 2016; AA.VV., *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo. Perfiles hispano-italianos* diretto da J.L. Tomillo Urbina, Granada, 2016; AA.VV., *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; AA.VV., *La resolución de conflictos con consumidores de la mediación a las ODR* coordinata da I. Barral Viñals, Editorial Reus, 2018; AA.VV., *La resolución alternativa de litigios en materia de consumo* diretto da M.J. Ariza Colmenarejo, M. J. Fernández-Figares Morales, Thomson Reuters Aranzadi, 2018; C. PILIA, *L'attuazione in Italia della direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 5, Cagliari, 2017, pp. 153 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE, in Europa e Diritto Privato*, n. 3, 2017, pp. 1064 ss.; F. VALBUENA GONZALES, *La direttiva europea sobre resolución alternativa de litigios (ADR) en materia de consumo*, in *Justicia*, n. 2, 2014, pp. 409 ss.; M. GORGA e D. MULA, *Alternative Dispute Resolution e Online Dispute Resolution nell'ordinamento giuridico italiano*, su www.dimt.it; I. RALUCA STROIE, *Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/ue del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (ue) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013*, in *Revista CE-SCO de Derecho de Consumo*, n. 7, 2013, pp. 238 ss.; C. HODGES, N. CREUTZFELDTZ, *Implementing the EU Consumer ADR Directive*, in *The Foundation for Law, Justice and Society*, 2013; E.M. APPIANO, *Adr e Odr per liti consumeristiche nel diritto UE*, in *Contr. e impr./ Europa*, 2013, n. 2, pp. 965 ss.

infatti, costituiscono due strumenti legislativi interconnessi e complementari che contribuiscono a disegnare un sistema di qualità degli organismi e delle procedure ADR offline e online in materia di consumo⁵⁴. La direttiva ha l'obiettivo di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno garantendo ai consumatori la possibilità, su base volontaria, di presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie.

Il regolamento contribuisce alla realizzazione del medesimo obiettivo generale, con particolare riguardo alla dimensione digitale del mercato interno, mettendo a disposizione una piattaforma ODR europea («piattaforma ODR») che agevoli la risoluzione extragiudiziale indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa delle controversie *online* tra consumatori e professionisti. Il regolamento, in particolare, disciplina l'istituzione di una piattaforma ODR che fornisce ai consumatori e ai professionisti un unico punto di accesso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie online, attraverso organismi ADR che sono collegati alla piattaforma e offrono procedure ADR di qualità. La disponibilità nell'Unione di organismi ADR di qualità costituisce quindi un presupposto essenziale per il corretto funzionamento della piattaforma ODR.

La direttiva 2013/11/UE⁵⁵, quanto all'ambito applicativo⁵⁶, riveste anch'essa carattere trasversale e si riferisce alle procedure

⁵⁴ Considerando n. 12, della direttiva 2013/11/UE.

⁵⁵ Capo I Disposizioni generali, artt. 1-4, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁶ V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e ODR*, cit., pp. 313 s.; F. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., pp. 1299 ss.; G. RECINTO, *La natura giuridica del settlement tra giusto processo e giuste Online Dispute Resolution*, cit., pp. 1 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 886 ss.; M. BOTTINO, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., pp. 401 ss.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., pp. 702 s.; N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella diretti-*

di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di prestazione di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole⁵⁷. Tra le procedure ADR di consumo, di tipo consensuale e non aggiudicativo, quindi, rientra anche la mediazione⁵⁸. Di qui l'area di sovrapposizione tra le fonti e le

va europea 2013-11, cit., pp. 33 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del Codice del Consumo*, cit., pp. 500 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, cit., pp. 1071 ss.; G. CAPILLI, *La direttiva sull'ADR per i consumatori. L'attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. Alvarez Vega e G. Capilli, cit., pp. 338 ss.

⁵⁷ Art. 2, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

⁵⁸ Sulla mediazione di consumo, v. S. PRINCE, *Access to court? "Encouraging" Consumers to Use Court-Connected Mediation in Small Claims and Other Cases*, in *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, cit., pp. 79 ss.; E. GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Rivista dell'Arbitrato*, n. 2, 2018, pp. 409 ss.; M.D. MAS BADIA, *La mediación de consumo en España: ¿una alternativa viable? La esperada transposición de la directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (dadr)*, in *Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. VII, n. 25, 2017, pp. 161 ss.; L.F. GARCÍA SALAZAR, A.M. REYES SÁNCHEZ, *Resolución alternativa de conflictos: Mediación en línea como protección a los derechos del consumidor electrónico*, in *Iustitia*, n. 14, 2016, pp. 117 ss.; E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *Resolución alternativa de disputas en materia de consumo. ¿Una nueva mediación?*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. Alvarez Vega, G. Capilli, cit., pp. 95 ss.; G. CAPILLI, *La direttiva sull'ADR per i consumatori. L'attuazione nell'ordinamento italiano*, *ivi*, pp. 365 ss.; G. OROZCO PARDO, G. MORENO, M.A. NAVARRETE, «*La mediación de consumo*», in *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* coordinato da J.L. Monereo Pérez, R.M. González de Pato, diretto da A.M. Lozano Martín, G. Orozco Pardo, 2015, pp. 241 ss.; F. DE FREITAS GOUVEA NETO, *La mediación de consumo*, in *Revista Lusó-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. VI, n. 24, 2016, pp. 217 ss.; J. DEL AGUILA MARTÍNEZ, *La mediación de consumo*, in *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, n. 128, 2017, pp. 8 ss. P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle*

corrispondenti discipline europee che sono state espressamente raccordate dando la prevalenza alla direttiva 2008/52/CE⁵⁹.

Con le disposizioni contenute nel Capo II dedicato all'accesso agli organismi e alle procedure ADR⁶⁰, la direttiva 2013/11/UE prescrive, anzitutto, che gli Stati membri agevolino l'accesso alle procedure ADR da parte dei consumatori e garantiscano che le controversie oggetto della presente direttiva e che coinvolgono un professionista stabilito nei loro rispettivi territori possano essere presentate a un organismo ADR che soddisfa i requisiti da essa stabiliti⁶¹. La pienezza della tutela extragiudiziale di qualità per i consumatori, peraltro, si declina tanto sul piano dei settori merceologici, se del caso costituendo degli organismi c.d. "de residuo", quanto su quello geografico sull'intero mercato interno europeo, anche avvalendosi di organismi siti in un altro Stato membro, oppure di organismi regionali, transnazionali o paneuropei condivisi tra più Stati membri⁶².

La direttiva quindi impone direttamente tanto per gli organismi, quanto per le procedure ADR il rispetto di requisiti minimi armonizzati, che sono indicati attraverso la formulazione di altrettanti principi generali: competenza, indipendenza e impar-

controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del Codice del Consumo, cit., pp. 508 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e Diritto Privato*, cit., pp. 1075 ss.

⁵⁹ Art. 3, par. 2, direttiva 2013/11/UE.

La direttiva 2008/52/CE riferita alla mediazione nelle controversie civili e commerciali sui diritti disponibili trova applicazione anche nei rapporti di consumo, per i quali si pone un'esigenza di protezione rafforzata dei consumatori e altresì di coordinamento delle fonti (considerando n. 18).

⁶⁰ Capo II Accesso e requisiti applicabili agli organismi e alle procedure ADR, Artt. 5-12, direttiva 2013/11/UE. N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, cit., pp. 85 ss.; G. GIOIA, *La direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori. Analisi comparata*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. Alvarez Vega, G. Capilli, cit., pp. 381 ss.

⁶¹ Art. 5 (Accesso agli organismi e alle procedure ADR), direttiva 2013/11/UE.

⁶² Art. 5, par. 3, direttiva 2013/11/UE. N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, cit., pp. 145 ss.

zialità⁶³, trasparenza⁶⁴, efficacia⁶⁵, equità⁶⁶, libertà⁶⁷ e legalità⁶⁸. In generale, gli Stati membri possono estendere⁶⁹ e rafforzare⁷⁰ l'applicazione della disciplina europea, oltre che effettuare alcune scelte specifiche rimesse dalla direttiva alla legislazione nazionale, in relazione alle, tra l'altro, alle tipologie di organismi⁷¹ e di procedure⁷² ADR da ammettere.

La direttiva sulle ADR per i consumatori, quindi, introduce una disciplina di armonizzazione minima, parziale e aperta⁷³ che, anche se più sviluppata e articolata nei contenuti, condivide sostanzialmente la medesima logica competitiva tra sistemi della risoluzione alternativa delle controversie che è già stata espressa con la direttiva sulla mediazione in materia civile e commerciale⁷⁴. Notevoli sono i punti di collegamento tra le due discipline, tra l'altro, non solo quanto agli illustrati obiettivi politici di garantire l'accesso alla giustizia, specie per i soggetti più deboli, e di contribuire allo sviluppo del mercato interno, ma anche per i contenuti fondamentali dei principi generali che accomunano, pur con le differenziazioni, le ADR di consumo e la mediazione⁷⁵. La lettura combinata delle discipline, inoltre, permette di cogliere le direttrici e le moda-

⁶³ Art. 6 (Competenza, indipendenza e imparzialità), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁴ Art. 7 (Principio di trasparenza), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁵ Art. 8 (Efficacia), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁶ Art. 9 (Equità), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁷ Art. 10 (Libertà), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁸ Art. 11 (Legalità), direttiva 2013/11/UE.

⁶⁹ Considerando n. 16, direttiva 2013/11/UE che, tra l'altro, prevede espressamente che gli Stati membri possano estendere l'applicazione della direttiva dalla risoluzione delle controversie di consumo promosse dai consumatori verso i professionisti a quelle promosse dai professionisti nei confronti dei consumatori o altri professionisti.

⁷⁰ Art. 2, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

⁷¹ Art. 2, par. 2, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

⁷² Art. 2, par. 4, direttiva 2013/11/UE.

⁷³ Considerando n. 16, direttiva 2013/11/UE.

⁷⁴ Considerando n. 14, direttiva 2008/52/CE.

⁷⁵ V. GOZALO LÓPEZ, *Los principios de la protección jurídica de los consumidores y resolución alternativa de los conflictos de consumo*, in *Soluciones alter-*

lità partecipate di costruzione e organizzazione di un sistema comune della giustizia alternativa nell'Unione.

Per quanto attiene ai requisiti di qualità degli organismi e delle procedure ADR, la direttiva ne impone obbligatoriamente il rispetto⁷⁶. Le relative disposizioni si collocano sul piano della legalità della disciplina, ossia dello statuto legale coercitivamente imposto dal legislatore europeo, piuttosto che su quello della qualità⁷⁷, quale declinazione opzionale lasciata all'autonomia legislativa degli Stati membri e degli organismi ADR. L'innalzamento del livello qualitativo dei requisiti minimi, infatti, è un'opzione discrezionale espressamente prevista⁷⁸ che appare coerente con la formulazione elastica dei predetti requisiti attraverso principi, appunto, suscettibili di un'attuazione graduata anche per intensità e per contenuti⁷⁹. In tal senso, nello stabilire minimi requisiti armonizzati di qualità in materia di organismi ADR e di procedure ADR, la direttiva 2013/11/UE, intende garantire e, al contempo, favorire il diritto dei consumatori, indipendentemente dal luogo di loro residenza, all'accesso a meccanismi extragiudiziali di ricorso trasparenti, efficaci, equi e di elevata qualità⁸⁰.

nativas a los conflictos de consumo diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. Alvarez Vega e G. Capilli, cit., pp. 45 ss.; M. SÁNCHEZ VALLE, *Principios informadores de la mediación en la ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 4, 2017, cit., pp. 47 ss.; A.M. SANCHEZ MORALETA, *La regulación de la mediación civil y mercantil en España: aspectos fundamentales*, *ivi*, 3, 2012, pp. 23 ss.; I.C. IGLESIAS CANLE, *La mediación civil en España*, *ivi*, pp. 251 ss.; E. MINERVINI, *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, cit., pp. 45 ss.; E. LOPEZ BARBA, *La incorporación del al Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español y el contrato de transacción*, *ivi*, 2, 2011, pp. 245 ss.; S. BERNHEIM-DESVAUX, *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*, in *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. n. 1230, 2014, p. 22.

⁷⁶ Art. 5, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

⁷⁷ Sulla distinzione tra piani della legalità e della qualità, con riferimento alla disciplina della mediazione, v. supra, Cap. I, par. 2.

⁷⁸ Art. 3, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

⁷⁹ Considerando n. 38, direttiva 2008/52/CE.

⁸⁰ Considerando n. 7, direttiva 2008/52/CE.

Rispetto all'essenziale statuto europeo della mediazione, quindi, nella disciplina delle ADR di consumo si registra un deciso rafforzamento e un'estensione dei contenuti sostanziali, oltre che amministrativi della disciplina, soprattutto per quanto attiene al piano della legalità, che ricomprende anche i requisiti generali e speciali "definiti" di qualità, oltre alla prescrizione sull'effetto delle procedure ADR sui termini di prescrizione e decadenza⁸¹. Si tratta di un rafforzamento coerente con l'esigenza di garantire un livello elevato di protezione per i consumatori nei rapporti squilibrati con i professionisti⁸². Una siffatta esigenza, si ripropone anche in altri settori delle controversie in materia civile e commerciale sottoposti alla mediazione, come sono quelli del diritto di famiglia e sociali.

La direttiva 2013/11/CE nel declinare i requisiti di qualità prende le mosse dagli organismi ADR, per sottoporli a una prima disciplina generale, comune a tutti gli organismi ADR. Sono poi indicati dei requisiti aggiuntivi speciali, riferiti a talune tipologie di organismi e di procedure ADR. Alcuni principi generali, inoltre, sono declinati in maniera differenziata a seconda delle varie procedure ADR. In tal senso, è possibile verificare quali requisiti generali e speciali, in base alla direttiva 2013/11/UE, trovino applicazione alla procedura ADR della mediazione nei rapporti di consumo e, in prospettiva, nelle altre controversie in materia civile e commerciale.

2.4. La piattaforma ODR in materia di consumo. – Il regolamento (UE) n. 524/2013 il Parlamento europeo e il Consiglio, intende elevare il livello di protezione dei consumatori⁸³ con principale riguardo alla dimensione digitale del mercato interno, per favorire l'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo di risoluzione delle controversie derivanti dalla vendita dei beni o dalla fornitura di servizi online⁸⁴. La questione assume parti-

⁸¹ Art. 12, Effetto delle procedure ADR sui termini di prescrizione e decadenza, direttiva 2013/11/UE.

⁸² Considerando n. 1, direttiva 2013/11/UE.

⁸³ Considerando n. 1, regolamento n. 524/2013.

⁸⁴ A. PÉREZ MORIONES, *La resolución de litigios en línea en materia de consumo: el reglamento (UE) n° 524/2013, de 21 de Mayo de 2013*, in *Revista*

colare importanza quando i consumatori fanno acquisti transfrontalieri⁸⁵. La legislazione sulla risoluzione alternativa delle controversie, per le istituzioni europee, infatti, costituisce una delle principali leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato interno⁸⁶.

La fonte regolamentare indica le finalità dell'intervento e le modalità di realizzarlo⁸⁷. Anzitutto, si segnala la crescente importanza della dimensione digitale del mercato sta diventando essenziale sia per i consumatori che per i professionisti, nelle loro interazioni online. Tanto richiede una maggiore sicurezza che nelle operazioni online, che garantire attraverso la disponibilità di un sistema di risoluzione delle controversie online (ODR) affidabile ed efficiente⁸⁸. L'ODR, infatti, offre una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni online, sia transfrontaliere che interne, tanto on line che offline.

Il regolamento europeo si applica in combinato disposto con la direttiva 2013/11/UE, che impone agli Stati membri di garantire che tutte le controversie tra consumatori residenti e profes-

Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, n. 3, 2014, pp. 43 ss.; E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in *Le online dispute resolution (ODR)* a cura di E. Minervini, cit., pp. 7 ss.; AA.VV., *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Corti salernitane*, n. 1, Napoli, 2015; G. GIOIA, *La direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori. Analisi comparata*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina e coordinato da I. Alvarez Vega e G. Capilli, cit., pp. 402 ss.; V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del nuovo "Arbitro per le Controversie Finanziarie"*, cit., pp. 703 ss.; S. CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall'alternative dispute resolution all'alien dispute resolution*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, pp. 497 ss., 514 ss.

⁸⁵ Considerando n. 2, regolamento n. 524/2013.

⁸⁶ Considerando n. 3, regolamento n. 524/2013.

⁸⁷ P. CORTÉS, *The new landscape od Consumer Redress: the European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution*, in *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, cit., pp. 29 ss.; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e ODR*, cit., pp. 315 s.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., pp. 697 s.

⁸⁸ Considerando n. 6, regolamento n. 524/2013.

sionisti stabiliti nell'Unione derivanti dalla vendita di beni e dalla fornitura di servizi possano essere presentate a un organismo ADR⁸⁹. Si prevede inoltre che la piattaforma ODR⁹⁰ possa essere utilizzata non solo per le procedure ADR promosse dai consumatori nei confronti dei professionisti⁹¹, ma anche per quelle promosse dai professionisti nei confronti dei consumatori⁹², davanti agli organismi ADR iscritti nell'apposito elenco di cui all'art. 20, par. 2, della direttiva 2013/11/UE. Garantire che tutti gli organismi ADR siano registrati sulla piattaforma ODR dovrebbe consentire una completa copertura per la risoluzione extragiudiziale online in caso di controversie derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi online⁹³. Sempre sul piano delle fonti, il regolamento ODR per i consumatori non incide sulla disciplina della mediazione contenuta nella direttiva 2008/52/CE⁹⁴.

⁸⁹ Considerando n. 16, regolamento n. 524/2013.

⁹⁰ L. DOMÍNGUEZ RUIZ, in *La mediación como método para la resolución de conflictos* coordinato da P.M. Quesada López, diretto da R. Cabrera Mercado, 2017, pp. 413 ss.; F. TERESZKIEWICZ, *The EU Dispute Resolution Platform for Consumer Disputes: a step towards an EU Digital Single Market*, in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/FT.pdf>, 2016; P. CORTÉS, *The new landscape of Consumer Redress: the European Directive on Consumer Alternative Dispute Resolution and the Regulation on Online Dispute Resolution*, in *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, cit., pp. 30 ss.; F. VALBUENA GONZÁLEZ, *La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 52, 2015, pp. 987 ss.; I. BARRAL VINALS, *Reclamaciones de consumo y ODR: procesos automáticos, small Claims y plataformas interactivas*, in *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 34, 2014, pp. 43 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online Dispute Resolutions) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 4, 2013, pp. 1403 ss.; A. SARDU, *La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online*, in *Diritto Mercato e Tecnologia*, 2016, pp. 70 ss.; G. GIOIA, *La direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori. Analisi comparata*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina, coordinato da I. Alvarez Vega, G. Capilli, cit., pp. 402 ss.

⁹¹ Considerando n. 9, regolamento n. 524/2013.

⁹² Considerando n. 10, regolamento n. 524/2013.

⁹³ Considerando n. 23, regolamento n. 524/2013.

⁹⁴ Considerando n. 12, regolamento n. 524/2013.

La piattaforma ODR⁹⁵ è un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online. La piattaforma ODR dovrebbe fornire informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi online tra professionisti e consumatori, consentire agli stessi di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere documenti pertinenti. La piattaforma ODR dovrebbe, ancora, trasmettere i reclami all'organismo ADR competente e, inoltre, mettere a disposizione gratuitamente uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta agli organismi ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia con le parti mediante la stessa piattaforma ODR. Gli organismi ADR non dovrebbero però essere tenuti a utilizzare lo strumento di gestione dei casi⁹⁶.

Comunque, il regolamento non dovrebbe impedire il funzionamento di organismi di risoluzione delle controversie online o di meccanismi ODR che operano nell'Unione. Non dovrebbe neppure impedire agli organismi o ai meccanismi di risoluzione delle controversie di trattare le controversie riguardanti operazioni online che sono state presentate loro direttamente⁹⁷.

Sul piano istituzionale, è compiutamente delineata la *governance* della piattaforma ODR affidata alla Commissione europea e sono, altresì, strutturate le trame di relazioni con i punti di contatto statali, gli organismi ADR, le associazioni dei consumatori e quelle dei professionisti. Quanto alla gestione, infine, sono stabilite le regole di organizzazione e funzionamento, anche per quanto attiene all'interazione con le istituzioni europee e nazionali, oltre che con gli *stakeholders* e gli utilizzatori del servizio compositivo online.

2.5. L'ambito applicativo della piattaforma ODR. – La piattaforma ODR europea agevola la risoluzione extragiudiziale indi-

⁹⁵ Considerando n. 18, regolamento n. 524/2013.

⁹⁶ Considerando n. 18, regolamento n. 524/2013.

⁹⁷ Considerando n. 24, regolamento n. 524/2013.

pendente, imparziale, efficace, rapida ed equa delle controversie online tra consumatori e professionisti⁹⁸. Quanto all'ambito di applicazione⁹⁹, il regolamento¹⁰⁰ si riferisce alla risoluzione extragiudiziale delle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi online tra un consumatore residente e un professionista stabilito nell'Unione, attraverso l'intervento di un organismo ADR inserito nell'elenco di cui all'art. 20, par. 2, della direttiva 2013/11/UE e che comporta l'utilizzo della piattaforma ODR.

L'elemento qualificante dell'intervento regolamentare, infatti, attiene alla dimensione digitale riferita tanto alla relazione contrattuale di consumo dalla quale scaturisce la controversia¹⁰¹, quanto all'utilizzazione della piattaforma ODR¹⁰² da parte dell'organismo ADR competente a gestire la relativa procedura. La principale opzione applicativa lasciata aperta attiene alla possibilità, rimessa alla scelta della disciplina nazionale attuativa della direttiva 2013/11/UE, di estendere il regolamento, oltre che alle procedure ADR avviate da un consumatore contro il professionista¹⁰³, anche

⁹⁸ Art. 1 (Oggetto), regolamento n. 524/2013. Artículo 1 (Objeto), del Reglamento europeo n. 524/2013.

⁹⁹ F. VALBUENA GONZÁLEZ, *La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo*, cit., pp. 1003 ss.; S. BERNHEIM-DESVAUX, *Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*, in *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. n. 1230, 2014, p. 32; G. RECINTO, *La natura giuridica del settlment tra giusto processo e giuste Online Dispute Resolution*, cit., pp. 7 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online Dispute Resolutions) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, cit., pp. 1408 ss.; G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, cit., pp. 711 s.; M. BOTTINO, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., pp. 411 s.; G. GIOIA, *La direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori. Analisi comparata*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina e coordinato da I. Alvarez Vega e G. Capilli, cit., pp. 405 s.

¹⁰⁰ Art. 2 (Ambito di applicazione), regolamento n. 524/2013.

¹⁰¹ Considerando n. 6, regolamento n. 524/2013.

¹⁰² Considerando n. 18, regolamento n. 524/2013.

¹⁰³ Sono queste, infatti, la procedure che cadono direttamente nell'ambito applicativo della direttiva 2013/11/UE (art. 2), in quanto quelle avviate da un

a quelle reciproche, qualora la legislazione dello Stato membro di abituale residenza del consumatore lo consenta¹⁰⁴.

Siccome il regolamento non pregiudica la direttiva 2008/52/UE¹⁰⁵, la mediazione è applicabile anche nella risoluzione extra-giudiziale delle controversie di consumo che sono affidate agli organismi ADR che utilizzano la piattaforma ODR. Il raccordo sistematico tra discipline europee e nazionali applicabili alla mediazione e alle ADR e ODR per la risoluzione delle controversie scaturenti da operazioni di consumo online, pertanto, costituisce lo snodo giuridico e organizzativo fondamentale dell'analisi che si conduce¹⁰⁶.

professionista nei confronti di un consumatore, di regola, sono escluse (par. 2, lett. g). Gli Stati membri, tuttavia, potrebbero ammettere siffatta possibilità, nell'ambito dell'introduzione delle misure ulteriori, rispetto a quelle contenute nella disciplina minima stabilita dalla direttiva, al fine di assicurare un livello superiore di tutela del consumatore.

¹⁰⁴ Art. 2, par. 2, del regolamento n. 524/2013.

¹⁰⁵ Art. 3 (Rapporto con altri atti giuridici dell'Unione), del regolamento n. 524/2013.

¹⁰⁶ Sul punto, v. F. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., pp. 1312 ss.; L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online Dispute Resolutions) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, cit., pp. 1410 s., 1414 ss.; O. DESIATO, *Le politiche dell'unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 5, 2016, pp. 1793 ss.; M. IMBRENDA, *Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera*, in *ODR e tentativo obbligatorio di mediazione*, cit., pp. 29 ss.; A. DIFLORIO, *La mediazione in Europa nelle decisioni delle Corti. La direttiva 2013/11/UE e di "decreto del fare"*, in *Questione giustizia*, 2014, n. 1, pp. 131 ss.; C. MARIOTTINI, *Due nuovi strumenti in materia di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2013, pp. 831 ss.; M.P. GASPERINI, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, n. 6/2017, pp. 135 ss.; E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *Resolución alternativa de disputas en materia de consumo. ¿Una nueva mediación?*, in *Soluciones alternativas a los conflictos de consumo* diretto da J.L. Tomillo Urbina e coordinato da I. Alvarez Vega e G. Capilli, cit., pp. 120 ss.; G. GIOIA, *La direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori. Analisi comparata*, *ivi*, p. 390.

2.6. *Le funzioni della piattaforma ODR.* – La responsabilità dell'istituzione, del funzionamento e del controllo della piattaforma ODR spetta direttamente alla Commissione europea¹⁰⁷. Essa sviluppa la piattaforma ed è responsabile di tutte le funzioni, comprese quelle di traduzione necessarie ai fini del funzionamento, manutenzione, finanziamento e della sicurezza dei dati. La piattaforma ODR è di facile impiego, dovrebbe essere resa accessibile a tutti, comprese le persone vulnerabili, e garantire la tutela della vita privata fin dalla sua progettazione¹⁰⁸. La Commissione rende accessibile la piattaforma ODR tramite i suoi siti web che forniscono informazioni ai cittadini e alle imprese dell'Unione e, in particolare, attraverso il portale «la tua Europa»¹⁰⁹.

La piattaforma ODR costituisce l'unico punto di accesso per i consumatori e i professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie oggetto del regolamento. Essa, in particolare, consiste in un sito interattivo che offre un accesso elettronico e gratuito in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione¹¹⁰.

Il regolamento elenca le molteplici funzioni della piattaforma ODR¹¹¹: mettere a disposizione un modulo di reclamo elettronico; informare del reclamo la parte convenuta; individuare l'organismo ADR competente e trasmettere il reclamo a quello cui le parti hanno concordato di rivolgersi; proporre uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta alle parti e all'organismo ADR di condurre online la procedura ADR mediante la piattaforma ODR; fornire alle parti e all'organismo ADR la traduzione delle informazioni necessarie per la risoluzione della controversia e che sono scambiate tramite la piattaforma ODR; mettere a disposizione degli organismi ADR un modulo elettronico per trasmettere alla piattaforma le informazioni relative alla proce-

¹⁰⁷ Art. 5 (Istituzione della piattaforma ODR), del regolamento n. 524/2013.

¹⁰⁸ Art. 5, par. 1, del regolamento n. 524/2013.

¹⁰⁹ Art. 5, par. 3. Il portale «La tua Europa», creato conformemente alla decisione 2004/387/CE, è disponibile all'indirizzo web: <https://europa.eu/youreurope/>.

¹¹⁰ Art. 5, par. 2, regolamento n. 524/2013.

¹¹¹ Art. 5, par. 4, regolamento n. 524/2013.

dura ADR gestita; mettere a disposizione un sistema di commenti (*feedback*) che consenta alle parti di esprimersi sul funzionamento della piattaforma ODR e dell'organismo ADR che ha gestito la procedura ADR; rendere pubbliche le informazioni generali sull'ADR, quelle sugli organismi ADR iscritti nell'elenco e che siano competenti a trattare le controversie oggetto del regolamento, una guida online sulla presentazione dei reclami tramite piattaforma ODR, informazioni sui punti di contatto ODR designati dagli Stati membri e dati statistici sui risultati delle controversie trasmesse agli organismi ADR tramite la piattaforma ODR. La Commissione deve garantire che tutte le richiamate informazioni siano accurate, aggiornate e fornite in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile¹¹².

Gli organismi ADR, inseriti nell'elenco dell'art. 20, par. 2, della direttiva 2013/11/UE, che sono competenti a trattare le controversie oggetto del regolamento devono essere registrati elettronicamente sulla piattaforma ODR¹¹³. Tanto permette un diretto ed evidente raccordo tra l'elenco europeo degli organismi ADR e la piattaforma europea ODR. Il dato è assai significativo ai fini della realizzazione del progetto istitutivo del registro europeo dei mediatori.

Il regolamento disciplina la rete di relazioni istituzionali che garantiscono il funzionamento e l'interazione verso l'esterno della piattaforma ODR. In primo luogo, si costruisce una rete di punti di contatto ODR con tutti gli Stati membri dell'Unione¹¹⁴. Più precisamente, ogni Stato membro designa un punto di contatto ODR, comunicando il nominativo e le modalità di contatto alla Commissione. I punti di contatto ODR forniscono assistenza per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma ODR. Il regolamento declina le diverse funzioni dei punti di contatto, anzitutto, quanto all'agevolazione, in caso di richiesta, della comunicazione tra le parti e l'organismo ADR competente, per tutta una serie informazioni e attività utili all'utilizzazione della piattaforma ODR per la risolu-

¹¹² Art. 5, par. 5, regolamento n. 524/2013.

¹¹³ Art. 5, par. 6, regolamento n. 524/2013.

¹¹⁴ Art. 7 (Rete di punti di contatto ODR), regolamento n. 524/2013.

zione della controversia¹¹⁵. I punti di contatto ODR hanno anche la funzione di presentare ogni due anni, in base alle esperienze pratiche raccolte nell'esecuzione delle loro funzioni, una relazione di attività alla Commissione e agli Stati membri.

La strutturazione della rete di punti di contatto statali per la risoluzione delle controversie online, coordinata dalla Commissione, è un altro elemento molto importante nella prospettiva dell'istituzione e del funzionamento di una piattaforma comune dell'Unione per la giustizia alternativa. Questa rete facilita la gestione e lo sviluppo della risoluzione alternativa delle controversie transnazionali e, inoltre, delle controversie nazionali online. La stessa rete contribuisce anche allo sviluppo delle migliori pratiche che possono essere condivise e utilizzate anche nella risoluzione alternativa del contenzioso riguardante ambiti diversi da quello di consumo, in materia civile e commerciale.

2.7. La rete europea per la risoluzione dei conflitti dell'ospitalità diffusa. – Le richiamate discipline possono favorire un approccio nuovo ed europeo nella gestione amichevole dei conflitti legati all'ospitalità diffusa, con riferimento al crescente sviluppo dell'attività extralberghiera in tutta l'Unione, non solo in Spagna e Italia.

Alla richiamata strutturazione della piattaforma normativa, amministrativa e tecnologica per la risoluzione delle controversie online, coordinata dalla Commissione, occorre aggiungere la formazione delle nuove professionalità incaricate di prestare l'assistenza. In altre parole, occorre procedere alla formazione europea dei giovani studenti, costruendo percorsi dedicati alla conoscenza e alla pratica della mediazione e delle ADR e ODR nel settore dell'ospitalità diffusa.

¹¹⁵ L'assistenza può riguardare la presentazione del reclamo e dei documenti, la trasmissione alle parti e all'organismo ADR di informazioni concernenti i diritti dei consumatori applicabili nello Stato membro del punto di contatto ODR, che dispone dell'assistente, la trasmissione di informazioni sul funzionamento della piattaforma ODR, la trasmissione alle parti di spiegazioni sulle norme procedurali applicate dagli organismi ADR individuati, la trasmissione alla parte ricorrente di informazioni sugli altri mezzi di ricorso se una controversia non può essere risolta tramite la piattaforma ODR (art. 7, par. 2, lett. a), punti da i a v), regolamento n. 524/2013).

In tal senso, le università devono sviluppare delle sinergie internazionali sul piano della ricerca, della formazione e delle pubblicazioni in questo settore, al fine di formare assieme il profilo professionale dell'esperto di risoluzione stragiudiziale dei conflitti turistici. L'obiettivo dovrebbe essere quello di combinare le conoscenze specialistiche del settore turistico, con un approccio transfrontaliero ed europeo.

Gli autori di questo contributo hanno avviato una prima sperimentazione della formula europea, grazie a una borsa per *visiting scientist* che nell'anno accademico 2018/2019 ha permesso all'Università degli studi di Cagliari di costruire il corso di diritto civile europeo, in co-docenza, sulla disciplina dei servizi turistici per i consumatori. Il corso è stato frequentato anche da un nutrito gruppo di studenti stranieri beneficiari delle borse di mobilità ERASMUS che, assieme agli immatricolati italiani, hanno potuto declinare in chiave europea una nuova metodologia didattica e, in prospettiva, una incipiente attività lavorativa.

Carlo Pilia

Finito di comporre nel mese di febbraio 2019
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari