

Convegno SIMeF 6-7 novembre 2015
"L'attualità nella stanza del mediatore familiare.
Mutamenti sociali, economici e legislativi"

Famiglia, diritto e mediazione familiare

Andrea Nicolussi

(Traccia della relazione)

1. Il maschile e il femminile nell'esperienza giuridica e la mediazione familiare. - 2. Il diritto costituzionalizzato e la persona come soggetto in relazione con gli altri. - 3. La famiglia tra paradigma costituzionale e paradigma libertario: neo-istituzionalismo o contrattualizzazione?. - 4. La famiglia nella c.d. società liquida: matrimonio, convivenze e affetti. - 5. La responsabilità genitoriale e l'autodeterminazione riproduttiva: filiazione come relazione o come diritto adulto-centrico della personalità individuale?. - 6. La mediazione familiare tra codice civile e nuovi strumenti di *Alternative Dispute Resolution*. Per un riconoscimento più coerente alla dimensione neo-istituzionale delle relazioni familiari.

1. La domanda su come si rapportino la mediazione familiare e il diritto di famiglia dischiude due principali prospettive generali: una intravede sullo sfondo lo stesso paradigma a cui riferire l'esperienza giuridica contemporanea e in particolare quella in ambito familiare, l'altra riflette inevitabilmente le tensioni e i problemi della definizione di un paradigma familiare in un'età di cambiamenti. Naturalmente i pensieri che seguono costituiscono semplici spunti e suggestioni. Lo scopo è di solidarizzare con chi ha organizzato questo incontro nell'obiettivo di promuovere un'autoriflessione professionale tra coloro che svolgono l'attività del mediatore professionale: vero è che talora, o forse spesso, il cammino si fa camminando (*se hace camino al andar*) - come ci dice Machado -, ma se il professionista riduce il proprio interesse ai *goals* della sua pratica, dimentica che sono gli *ends* a segnare la direzione più profonda¹.

In ordine alla prima traccia - mediazione e diritto -, diciamocelo con franchezza: mediazione è parola di genere femminile mentre diritto è maschile, e il lessico non sembra casuale specialmente se si aggiunge la dimensione familiare a cui qui la mediazione fa riferimento.

Il diritto nella sua storia maschile è animato dal conflitto che ne ispira il processo e la logica del contraddittorio. Una parte è posta in contrasto con l'altra, nell'ambito di una procedura che mira nella sua dinamica dialettica a far emergere la ragione del vittorioso e il torto del soccombente. È un metodo fruttuoso che in fondo si è trasferito o già appartiene al nostro pensiero, ogni volta che esso soppesa e confronta punti di vista e ragioni differenti e contrapposte per poi scegliere. Non è facile, del resto, eliminare la dialettica dal metodo razionale, così come il conflitto, o una certa conflittualità, dalle relazioni².

1 *Ends e goals* è la nota distinzione del bioeticista americano Edmund Pellegrino.

2 Già nella prima frase dell'*Introduzione* del volume E. Scabini – G. Rossi (a cura di), *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Studi interdisciplinari sulla famiglia, Milano 2004, 7 si legge che «l'esperienza del conflitto nelle sue diverse forme rappresenta un evento ineludibile all'interno dei rapporti

Tuttavia, se assolutizzata questa logica si rende inconsapevole dei suoi stessi limiti che invece emergono nella storia delle presenze femminili nel diritto, specialmente in quello letterario³. Essa infatti è percorsa dal filo rosso di una costante ribellione alle rigidità maschili.

Antigone si oppone alla visione creontea del diritto, in nome della quale il tiranno brandisce la legge fino a sfidare le leggi non scritte degli Dei, facendosi potere smisurato e unilaterale. Nella Bibbia, nel celebre episodio delle due madri di fronte al giudice maschio (Salomone), la vera madre rinuncia ad avere ragione a favore della vita di suo figlio. Nel mercante di Venezia sotto le mentite spoglie maschili c'è una donna, Porzia, l'avvocato che salva il mercante dalla rigida applicazione della clausola contrattuale. Le donne, insomma, desiderano salvare la vita, quella eterna del fratello di Antigone, e quella terrena degli altri personaggi di fronte a una giustizia omicida disposta ad affondare col torto anche il futuro. Si potrebbe tradurre questa immagine dicendo che c'è un modo per regolare la contesa tendenzialmente in senso finale e consuntivo, cioè esclusivamente rivolto a ciò che è accaduto per dare a ognuno il suo. C'è però anche un altro modo che consiste nel riflettere su ciò che è stato in senso prospettico, considerando anche il bene della relazione fra le parti e quindi una possibile e realistica riorganizzazione di tale relazione per il futuro. È chiaro che questo secondo è l'orizzonte in cui s'inscrive la mediazione familiare.

2. Nel Novecento sulle macerie morali di Auschwitz - che fu il prodotto di quell'ordine disumano la cui obbedienza è stata chiamata banalità del male proprio da una donna -, sono fiorite come delle rose le Costituzioni del dopo-Auschwitz. E le Costituzioni hanno fecondato il diritto dei valori dell'uomo, ossia dell'uomo come persona, essere che ha valore per sé e per gli altri, essere in relazione, insomma. In questo modo, il diritto non è più il riflesso di una decisione pur legittimata dal potere di chi la prende, ma quel potere di decidere incontra il limite dei valori costituzionali. Ora, la coppia diritto e costituzione dà vita al diritto costituzionalizzato, in cui lo spazio si allarga ai valori e con essi alla ragionevolezza. La ragionevolezza, infatti, è il rifiuto della tirannia di un unico valore che pretenda di imporsi su tutti. Invero, i valori sono fondamentali, perché fondano e quindi limitano il potere che altrimenti, se non fosse tenuto a confrontarsi con essi, diverrebbe arbitrario. Ma la fundamentalità dei valori è decisamente altro dal fondamentalismo che scaglia il valore come una pietra senza alcun rispetto per tutto ciò che è esterno a quel valore.

Questa nuova concezione del diritto che sperimenta la fatica del bilanciamento tra valori coincide storicamente con la novità più significativa del Novecento, dovuta al movimento di emancipazione femminile, che ha arricchito del pensiero e della sensibilità delle donne la pubblica piazza. Naturalmente la misura in cui questo guadagno può essere messo a partito, dipende e dipenderà da quanto il maschile e il femminile sopravviveranno e sapranno reciprocamente aggiornarsi senza omologarsi nell'indistinto; dipenderà quindi da quanto la società saprà conciliare *agorà* e *oikìa*, vita pubblica e vita domestica, relazioni sociali e relazioni intime, casa e lavoro. In fondo, la diversità e la ricchezza del contributo che ci deriva dalla sensibilità femminile si è prodotta durante i millenni nell'intimo dei focolari domestici, dove è potuto maturare un pensiero più distaccato dalla logica delle relazioni d'affari e della politica. Del resto, con riguardo alla donna lavoratrice già la

umani» (C. Regalia). E sempre nello stesso volume M. T. Maiocchi, *Tertium datur?*, 200 sottolinea che una dimensione conflittuale è presente finanche nelle relazioni meno sospettate, ma non per questo insospettabili, come addirittura in quella tra madre e figlio. Perciò il due chiama (in soccorso?) il tre, ossia un mediatore, almeno nella forma simbolica della parola.

3 Sebbene si tratti di una letteratura, quella da cui sono tratti i riferimenti che seguono nel testo, di autori maschili.

Costituzione prevede all'art. 37 che “le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”. Certo, la formula “essenziale funzione familiare”, in quanto riferita solo alle donne, può risultare non del tutto *palatable* alla nostra sensibilità, ma la scelta di valore nella sostanza è chiara e sicuramente molto attuale. La famiglia, specialmente quando ci sono figli, ma non soltanto, è una dimensione da tutelare, nel senso di garantire anche nell'organizzazione dei rapporti economici condizioni rispettose di quel ritmo di fondo che dovrebbe accompagnare la vita delle persone tra relazioni sociali e relazioni intime, tra pubblico e privato, tra la *vita activa* e i momenti del distacco e della spontaneità. Se si aggiunge che la Costituzione (art. 36) prevede il diritto non rinunciabile al riposo settimanale e alle ferie, ne risulta una visione d'insieme coerente con un'ecologia umana in cui l'habitat dell'uomo va preservato da ogni tendenza a restringere gli spazi e i tempi dell'intimità domestica e quindi a massificare le persone isolandole finanche da se stesse. Già questi riferimenti ci suggeriscono che nella visione costituzionale la famiglia non è una monade autosufficiente, avulsa dal contesto sociale e indifferente al modo in cui sono organizzati i rapporti economici. C'è un'interazione reciproca fra *agorà* e *oikìa*, che implica la rilevanza istituzionale della famiglia, non nel senso di una funzione politica o parapubblicistica della famiglia, ma nel senso che la famiglia è dimensione propria delle persone che la sfera pubblica deve rispettare e proteggere. Solo questa dimensione istituzionale della famiglia, d'altronde, spiega perché il diritto debba tutelarla anche all'esterno, ad esempio proteggendo la maternità e la paternità sul lavoro.

3. Tuttavia se la lettura della Costituzione può suggerire l'idea consolante di una società che si ordina giuridicamente verso la promozione di valori umani, è comune il rilievo che questo turno di secolo e di millennio ci presenti una società liquida nella quale la famiglia, come le altre relazioni significative, trova difficilmente il suo *ubi consistam* in cui mettere radici e costituire la formazione sociale naturale – accanto ad altre - in cui l'uomo svolge la propria personalità (art. 2 e 29 Cost).

Dal punto di vista giuridico, si assiste infatti quantomeno a una tensione, che come spesso capita nelle vicende umane non è priva di ambiguità, tra il paradigma costituzionale e un paradigma alternativo che si potrebbe dire concepito intorno alla radicalizzazione dell'autodeterminazione in senso non liberale, ma libertario. Invero, la concezione costituzionale colloca i diritti della famiglia nei rapporti etico-sociali, e quindi su un piano in cui la regola dell'accordo fra i coniugi è mediata dal principio di solidarietà. Si può parlare quindi di una concezione neo-istituzionale o di una concezione istituzionale moderna, perché l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi rifiuta il criterio gerarchico che commetterebbe le decisioni al capofamiglia, ed esige invece l'accordo fra familiari. Ma tale regola dell'accordo si inserisce nel quadro di una visione solidale che dovrebbe orientarlo e preservarlo da una logica puramente avversariale nella quale la felicità ridurrebbe a godimento meramente individuale e quindi perseguibile anche a scapito degli altri, inclusi i più fragili⁴.

Il paradigma libertario tende invece a contrattualizzare la famiglia all'insegna di un'idea di *self-ownership* monistica (ognuno è un singolo proprietario di sé e dispone di sé come vuole

4 Ho trattato di questa dicotomia in *Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali*, in TCRS 2014, 27 ss. Ma il pensiero neo-istituzionale sulla famiglia deve le sue fondamenta a Luigi Mengoni sul cui pensiero mi permetto di rinviare al mio, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, Europa e dir. Priv. 2012, 169 ss. Sul piano psicologico, una prospettiva relazionale nel cui orizzonte cogliere la stessa autodeterminazione, è descritta in R. Ardone – C. Chiarolanza, *Relazioni affettive*, I sentimenti nel conflitto e nella mediazione, Bologna 2007, 66.

contrattando con gli altri singoli), idea che porta a rappresentare anche i rapporti endofamiliari in chiave antagonistica e conflittuale. In quest'ottica, la logica dell'accordo si appiattisce su quella del contratto di scambio la cui funzione è di realizzare l'utilità di ciascuna parte, non una felicità solidale. Infatti, l'idea che ciascuno è proprietario di sé, del proprio corpo e della propria libertà, oltre a spezzare dualisticamente il singolo individuo⁵, oblitera i legami e i vincoli tra le persone, la loro dimensione relazionale. Ma non tutti i rapporti né tanto meno quelli più intimi e significativi nascono e si sviluppano come un contratto di scambio. Basti pensare alla filiazione che semmai è voluta dal genitore, mentre ciascuno di noi in quanto figlio di qualcuno rimane, come dice Piovani, un volente non volutosi.

Perciò l'operazione culturale che assolutizza l'autodeterminazione implica una decostituzionalizzazione per quanto concerne la famiglia, nella misura in cui tende a privarla di quella dimensione istituzione che gli artt. 29, 30 e 31 le riconoscono, assumendola come primo valore dei *rapporti etico-sociali*. In fondo, tale decostituzionalizzazione finisce per ridurre – se così si può dire – gli stessi rapporti familiari a meri rapporti civili perdendo di vista le relazioni significative. I rapporti civili, infatti, incardinandosi sull'idea di tutela della libertà personale (art. 13) – a sua volta modellata sull'*habeas corpus* quale guaina protettiva nei confronti delle coercizioni e delle invasioni nella sfera della privatezza individuale-, insistono inevitabilmente sulla sola dimensione individuale ed escludente della persona. Certo, questa protezione dell'individuo specialmente nei confronti dello stato detentore del potere coercitivo, è di vitale importanza (è l'anima del *Bill of rights*) e non va perduta, ma semmai estesa considerando che la forza delle tecnostrutture in una società globalizzata, tecnologicamente avanzata e sempre più debole nel limitare l'espansione del mercato si è enormemente accresciuta. Tuttavia la soluzione del problema non dovrebbe essere quella della riduzione di ogni relazione ai *rapporti civili*, ma - almeno nella prospettiva costituzionale - dovrebbe passare attraverso l'integrazione di questi rapporti con la tutela di quelle dimensioni sociali della persona in cui essa realizza in forma primaria e più intima la sua relazionalità e che quindi sono connotate da una tensione etica all'insegna del principio di solidarietà.

4. Come si è accennato, i primi tre articoli dei *rapporti etico-sociali* descrivono la famiglia come istituzione avente una base naturale e fondata sul matrimonio ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare (art. 29 Cost.). La famiglia fondata sul matrimonio costituisce la dimensione sociale primaria in quanto lega non solo i coniugi tra di loro, ma anche in un unico rapporto solidale e collettivo i coniugi con i figli (*matris munus*, ossia unione nell'assunzione solidale dei doveri nei confronti della prole). Di qui il nesso tra matrimonio e filiazione, perché il primo offre alla seconda un quadro di rapporti ispirati alla solidarietà non solo fra coniugi ma anche intergenerazionale, e quindi adatti alla cura genitoriale. Tuttavia la responsabilità genitoriale definisce la famiglia altresì come famiglia dei figli, ossia senza discriminazione rispetto al contesto della filiazione: il fatto procreativo genera i doveri di cura sia che sia avvenuto dentro il matrimonio sia che sia avvenuto fuori di esso (art. 30 Cost.). Di qui un principio di sussidiarietà che fa spazio all'intervento di terzi nella cura dei minori solo nei casi in cui l'incapacità dei genitori sollecita la legge a prevedere affinché si provveda a che siano assolti i compiti dei genitori (art. 30, co. 2, cost.). L'art. 31, infine, contiene le seguenti parole: “La

5 Si allude naturalmente alla separazione tra mente e corpo che tale antropologia presuppone.

Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.

Se proprio si vuole parlare di autodeterminazione nel contesto familiare è chiaro quindi che essa va colta in un contesto di solidarietà (non solo *oneness* ma pure *weness*) in cui la promessa reciproca degli sposi è appunto con-senso, non mono-senso (erotismo, non autoerotismo). Essa fonda lo *status* di coniugio e quindi una nuova identità sociale intorno alla quale si coagulano doveri e diritti matrimoniali. D'altra parte, sul piano della filiazione, se è vero che le tecniche anticoncezionali hanno reso più effettiva l'idea di responsabilità genitoriale, il fatto procreativo rimane il punto di riferimento di quella responsabilità che articola la filiazione come un rapporto, non come una proprietà, e il naturale prendersi cura del genitore verso l'altro, il figlio, è orientato ad aiutare quest'ultimo a imparare a camminare con le proprie gambe⁶. Rimane fermo però che questa responsabilità ha una duplice direzione, perché «un figlio non può mai essere l'emanazione o la riproduzione dell'Uno, ma è sempre il frutto del Due»⁷. Di qui si può comprendere anche la logica della bi-genitorialità o co-genitorialità che di recente nel nostro ordinamento giuridico ha ispirato la disciplina del c.d. affidamento condiviso, per la quale “anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

Il paradigma libertario tende invece a decostruire le relazioni sia sul piano *lato sensu* coniugale sia su quello della filiazione. Sul primo piano, esso radicalizza il senso della tendenza piuttosto diffusa a evitare la promessa matrimoniale in favore della convivenza intesa come fatto determinato dai reciproci affetti ma svincolato dal matrimonio. Quest'ultima invero potrebbe essere valorizzata come una risposta all'istanza di risostanziare il rapporto coniugale, di riportarlo al desiderio di unione che lo dovrebbe caratterizzare dall'inizio in poi⁸. Insomma, tale fenomeno potrebbe essere visto come una presa di distanza da una concezione istituzionale rigida e formalistica, ma non in nome dell'affermazione di una logica antagonista di tipo contrattualistico, bensì in nome della stessa verità del rapporto. In questi termini, la convivenza esteriorizzata e stabile potrebbe essere valutata come una formazione sociale alla stregua dell'art. 2 Cost. ed essere declinata giuridicamente come un'espressione del principio di responsabilità per gli affidamenti che nel tempo anche una relazione “libera” è pure in grado di creare. Ma la dimensione affettiva non può sostituire *giuridicamente* la promessa reciproca di comunione di vita perché solo quest'ultima può vincolare in modo così profondo due persone libere, non certo il fatto del convivere. Si entra o si dovrebbe entrare

6 Per un bell'esempio si veda l'episodio della figlia di Giairo nell'interpretazione che si legge in J. Delorme, *Il rischio della parola*, Leggere i vangeli, Milano 1991, 75 ss., 108 ss.

7 M. Recalcati, *Le mani della madre*, Desiderio, fantasmi ed eredità del materno, Milano 2015, 92.

8 Sul rapporto fra diritto e desideri è bene precisare che nella chiave neo-istituzionale tale rapporto non è di esclusione, ma semmai di integrazione armonica. Ai desideri come quello coniugale e di comunione di vita il diritto non può rimanere indifferente così come ai desideri inerenti alla filiazione. Si tratta solo di controllarne l'accesso mediante criteri razionali, ossia intersoggettivamente controllabili, impedendo che il desiderio si trasformi in pretesa irragionevole e insensibile alle ragioni di chi potesse venire sacrificato da una altrimenti incontrollata soddisfazione. Dal punto di vista della filosofia morale, la connessione tra desiderio e ragione è già il frutto del pensiero aristotelico, nell'ambito del quale la scelta (*proairesis*) è definita pensiero desiderante (*oretikos nous*) o desiderio pensante (*oresis dianoetike*), in un'ottica per cui il desiderio non è passione momentanea e capricciosa, ma è un orientamento di fondo dell'uomo, che lo indirizza nella sua realizzazione, attraverso il legame con la ragione. Cfr. A. Da Re, *Le parole dell'etica*, Milano 2010, 54 ss. (spec. 55).

volontariamente in un matrimonio, non ci si può ritrovare “incastrati” per via di una convivenza voluta proprio come alternativa al matrimonio.

In ogni caso, sia il matrimonio nella concezione istituzionale sia la convivenza possono essere guardati come modi di vivere relazioni riconducibili al paradigma costituzionale. Il cambio di paradigma avviene invece quando tutto viene ridotto a scelte individuali e alla onnidisponibilità di sé e delle proprie relazioni, quando in ultima analisi la famiglia viene resa contratto e quindi ricondotta alla logica del *do ut des*. È in questa prospettiva, tutt'altro che irrealistica nell'attualità contemporanea, che si registra nei paesi occidentali una sorta di *race to the bottom*, per cui il matrimonio viene eroso nel proprio contenuto e contrattualizzato, mentre le convivenze vengono giuridicizzate verso una contrattualizzazione che a un certo punto rende indistinguibili le due figure giuridiche.

5. Una estensione, non priva di aspetti problematici, del concetto di autodeterminazione in senso libertario si registra anche nell'ambito della filiazione dove, anche per via delle possibilità offerte dalle biotecnologie, ormai circola lo strano concetto di autodeterminazione riproduttiva: formula eloquente, perché rende chiaro come la filiazione venga ripensata alla stregua di un diritto individuale dell'adulto, una sorta di diritto della sua personalità, in cui il figlio diventa in una certa misura l'oggetto e lo strumento di scelte autointeressate di chi è titolare di tale diritto. In questo modo, a una concezione della filiazione basata sulla responsabilità nei confronti della persona messa al mondo (come altro da sé), ossia una genitorialità rispettosa verso la dimensione naturale del figlio – accolta dall'art. 30 Cost. e ripresa ad esempio nell'art. 147 c.c. -, si contrappone una concezione volontaristica della filiazione, nella quale la filiazione diviene l'effetto legale di una serie di atti giuridici o contratti tra una pluralità di soggetti. In altre parole, dall'idea della filiazione come rapporto indisponibile che nasce dal fatto procreativo e genera la responsabilità genitoriale si passa a un'idea di filiazione come negozio giuridico, in cui essere figlio diviene l'effetto legale della volontà di un adulto di assumere con la forza della legge il ruolo di genitore⁹. L'esempio forse più eccentrico è la c.d. maternità surrogata nel quale la dimensione contrattuale si rivela in modo sfacciato per via della congiunzione fra disposizione di sé e del proprio corpo e disposizione del figlio, che essa realizza addirittura nel quadro di uno scambio economico. Non solo è chiaramente violata la dignità della c.d. donna portante che dispone del proprio corpo quasi cedendolo in schiavitù per il tempo della gravidanza (si pensi alle svariate invasioni della sua integrità fisica e della sua *privacy* che sono concesse alla c.d. coppia committente, nonché la dissociazione personale che la vicenda comporta per tale donna), ma anche il bambino che nasce viene fatto oggetto di un contratto con tanto di termine di consegna, di solito 60 giorni dopo il parto, cioè più o meno il termine che si dà per la consegna di cuccioli di animali domestici. Impressionante è la trasposizione in questo campo di tipiche questioni proprie della vendita o dell'appalto, tra le quali la riduzione del prezzo nel caso in cui il bambino presenti qualche anomalia, inclusa talora la pretesa di rifiutarlo¹⁰.

9 Di recente questa idea di autodeterminazione riproduttiva della coppia, assente nella nostra Costituzione, ha suggestionato pure le Corti costituzionali che nella sentenza 162/2014 ha ritenuto illegittimo il divieto di fecondazione eterologa senza mai citare l'art. 30 Cost. espressamente dedicato alla filiazione. Peraltro, essa vede un'autodeterminazione *riproduttiva* della coppia paradossalmente proprio quando la procreazione avviene per mezzo del contributo dei gameti di un estraneo alla coppia stessa. Sicché il concetto di riproduzione si fa irrimediabilmente arbitrario.

10 Segnalo al riguardo, per un primo approfondimento giuridico, il bel libretto di Muriel Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui*, Fictions et réalité, Paris 2013.

In definitiva, la maternità surrogata, come già la fecondazione eterologa, mostra, sotto la maschera del progresso tecnologico e in ossequio al dogma libertario, il profilarsi di una concezione antropologicamente dualistica e regressiva, perché si rivela una variante dell'antico diritto patriarcale o diritto sulla propria stirpe: se allora il figlio era visto come *naturaliter aliquid patris* ora è concepito come *artificialiter aliquid parentis*¹¹.

D'altra parte, mettere in evidenza l'esigenza che la filiazione non venga disincarnata e presentata come semplice prodotto della volontà di qualcuno, non significa indulgere in un preconcetto biologismo, né che adottando il criterio procreativo si sottovalutino sentimenti e affetti. Semplicemente il diritto ha bisogno di approntare un criterio *a priori*, che traduca giuridicamente la naturale affettività tra genitori e figli, mentre è indiscutibile che, in mancanza di un rapporto procreativo tra l'adulto e il minore, sentimenti e affetti reciproci si possono sviluppare solo successivamente, non prima che la relazione sorga: perciò essi non possono assumere il rilievo di un criterio di attribuzione della paternità o della maternità se non, eventualmente, *a posteriori*. In altre parole, non si mette qui in discussione l'idea che se di fatto una persona si prende cura di un bambino *come* un padre o una madre, questa persona possa essere trattata *come* se ne fosse il genitore. Ciò che è discutibile è piuttosto la sottovalutazione *a priori* dell'elemento del collegamento naturale tra genitori e figli e l'idea di ritenere decisiva la pretesa di essere genitore prima ancora di prendersi cura del figlio e fino al punto di scalzare la genitorialità naturale.

6. Invero, il codice civile nel definire diritti e doveri dei coniugi e i rapporti tra genitori e figli, aveva tentato di conciliare la visione moderna della famiglia, caratterizzata dalla regola dell'accordo, con la concezione istituzionale, impedendo la contrattualizzazione dell'accordo e cercando una soluzione che tenga conto del bene dell'unità della famiglia. Ne è un esempio l'art. 145 c.c. : “In caso di disaccordo ciascuno dei coniugi può chiedere, senza formalità, l'intervento del giudice il quale, sentite le opinioni espresse dai coniugi e, per quanto opportuno, dai figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno, tenta di raggiungere una soluzione concordata. Ove questa non sia possibile e il disaccordo concerna la fissazione della residenza o altri affari essenziali, il giudice, qualora ne sia richiesto espressamente e congiuntamente dai coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia.” In sostanza, la norma prevede un intervento rispettoso del giudice che entra in gioco solo per tentare una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, può prendere una decisione, che peraltro dovrà essere la più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia, solo dietro la richiesta espressa e congiunta di entrambi i coniugi¹².

11 Dal punto di vista psicologico, Recalcati, *Le mani della madre*, cit., 92 presenta il voler avere un figlio a tutti i costi come un fatto che allude a un fantasma di appropriazione, esprimendo perplessità sulla tendenza del nostro tempo a ritenere «che la sessualità possa essere aggirata grazie al progresso delle scoperte scientifiche in materia di riproduzione. La maternità cosiddetta consapevole rischia di negare il fatto che un figlio non può mai essere l'emanazione o la riproduzione dell'Uno, ma è sempre il frutto del Due».

12 Peraltro che i coniugi non si facciano causa è il presupposto dell'art. 2941, n.1, c.c., alla stregua del quale il matrimonio sospende la prescrizione. Ho rilevato già questo profilo nell'ambito di un discorso più generale nel mio

Ora, come è noto questa disposizione normativa è rimasta poco attuata, soprattutto per via dell'inadeguatezza del giudice e dell'ambiente giudiziario, con i suoi riti, i suoi tempi e le sue forme, a svolgere tale compito, cui fa da *pendant* la scarsa propensione delle persone a investire il giudice di un simile ruolo, se non quando è ormai troppo tardi e la crisi della famiglia si è trasformata in un campo di battaglia.

Tuttavia, se l'art. 145 c.c. non è riuscito a realizzare il proprio obiettivo, ciò non significa che tale obiettivo fosse sbagliato. Semmai è il mezzo che va sostituito, con uno strumento più vicino alla sensibilità delle persone che preferiscono luoghi ("stanze") diversi dall'aula giudiziaria, e più adeguati anche alla delicatezza psicologica che presentano tali questioni. Per diversi decenni, però, questa esigenza non è stata colta dal nostro legislatore e in generale, salvo rare eccezioni, dalla nostra cultura giuridica.

Solo di recente l'ordinamento italiano, forse sollecitato soprattutto dalla crisi generale, economica e per molti aspetti sociale e di organizzazione della giustizia, ha accolto nuovi strumenti di *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*, risoluzione alternativa delle controversie). Nel complesso, però, sembra trattarsi di innovazioni che paiono dettate soprattutto per scopi di alleggerimento dei processi e dell'attività giudiziaria. Inoltre, è ancora abbastanza evidente la tendenza a un monopolio da parte del ceto giuridico di tali questioni. Certo, la cornice giuridica è insostituibile, ma tali questioni presentano risvolti che richiedono anche altre competenze soprattutto nel campo psicologico, con particolare riguardo proprio alla psicologia delle relazioni e alla comunicazione tra familiari. Una breve rassegna delle novità recenti rende evidente l'afasia o sordità del legislatore riguardo all'esigenza di un dialogo tra diritto e altri saperi e sensibilità, nonché qualche regressione nella tutela dei soggetti più deboli, e tra questi in primo luogo i minori.

Anzitutto, con la Legge 219/2012, e il decreto attuativo 154/2013 si è introdotta la c.d. Mediazione civile e commerciale, la quale però è possibile solo per quanto concerne diritti disponibili e quindi nel caso delle questioni familiari può riguardare quasi soltanto le questioni patrimoniali.

La Legge 162/2014 ha poi previsto la Negoziazione assistita da avvocati e l'accordo dei coniugi dinnanzi al Sindaco quale ufficiale dello stato civile per separazione personale, cessazione degli effetti civili del matrimonio, modifiche delle condizioni di separazione e di divorzio, senza necessità dell'omologa giudiziale.

Il procedimento di negoziazione assistita da avvocati può avvenire in forma: a) volontaria (art. 2, comma 1); b) obbligatoria (art. 3); c) «per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio», con procedimento distinto a seconda vi sia prole autosufficiente o meno (art. 6).

Si tratta di «un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri avvocati»¹³.

Obblighi familiari di protezione e responsabilità, Europa e dir. priv. 2008, 929 ss.

13 La comunicazione dell'invito a concluderla ovvero la sottoscrizione della convenzione producono sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale e impediscono, per una sola volta, lo spirare della decadenza (art. 8). Le parti devono individuare la durata massima della procedura, la quale non può essere inferiore ad un mese né superiore tre mesi, termine prorogabile su intesa delle parti per ulteriori trenta giorni (art. 2, comma 2, lett. b). La soluzione negoziale della lite raggiunta deve essere conclusa in forma scritta; gli avvocati la sottoscrivono, ne garantiscono la conformità «alle norme imperative ed all'ordine pubblico» e certificano le sottoscrizioni apposte dalle parti sotto la propria responsabilità. L'accordo concluso costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione della ipoteca giudiziale senza bisogno di alcun procedimento di omologazione giudiziaria (art. 5). Il medesimo deve essere integralmente trascritto nel precetto a norma dell'art. 480 c.p.c. «Se con l'accordo le parti concludono uno dei

In seguito alle modifiche apportate in sede di conversione, il ricorso alla negoziazione è consentita anche *in presenza di figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi*. In questi casi, ai sensi dell'art. 6, comma 2, secondo capoverso, l'accordo raggiunto 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. In caso contrario «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». L'accordo autorizzato produce i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che concludono i procedimenti oggetto di applicazione.

Orbene, già in sede di primi commenti si è rilevato un problema con riguardo all'ampiezza (*rectius*, limitatezza) dei poteri inerenti al controllo da parte del procuratore della Repubblica. Dal testo di legge, infatti, esso sembrerebbe limitato alle risultanze documentali, senza prerogative istruttorie in capo al Procuratore, onde i soggetti deboli potrebbero di fatto risultare discriminati, nel senso che il loro interesse non può essere preso concretamente ed effettivamente in considerazione¹⁴. Inoltre, tale profilo di indebolimento della posizione dei minori è aggravato anche dalla mancata previsione dell'ascolto del minore in stridente contrasto col principio dell'ascolto del minore in tutti i procedimenti che lo riguardano, principio generalizzato dalla recente riforma (2012/2013) della filiazione.

Tale problema risulta evitato, non risolto, nell'ambito dell'altra modalità prevista di «accordo di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio», nonché per la modificazione delle condizioni di separazione o di divorzio ottenuto anche attraverso separate dichiarazioni dei coniugi rese innanzi al Sindaco, quale ufficiale dello stato civile (a norma dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396). Infatti, tale possibilità è preclusa quando vi siano figli minorenni, incapaci o portatori di handicap gravi ovvero non autosufficienti economicamente. Inoltre per tale via non possono essere conclusi «patti di trasferimento patrimoniale» (art. 12, comma 3)¹⁵.

contratti o compiono uno degli atti *soggetti a trascrizione*, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato» (art. 5). Inoltre, affinché l'accordo concluso possa spiegare gli effetti descritti ed essere trascritto nei registri, è necessario che il «procuratore della Repubblica presso il tribunale competente» comunichi agli avvocati un «nullaosta» ove non ravvisi «irregolarità». Soltanto in seguito a tale nullaosta sarà possibile procedere ai successivi adempimenti, ovvero alla obbligatoria trasmissione «entro il termine di 10 giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni» relative all'autografia delle circoscrizioni e alla conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico. La violazione dell'obbligo di tale obbligo è assistita da una sanzione amministrativa pecuniaria fino a diecimila euro irrogata dal Comune competente per il registro.

14 Se tale interpretazione fosse confermata, ma forse potrebbe essere superata mediante un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, si sarebbe in presenza di una grave regressione rispetto al principio secondo cui in questa materia il giudice non è vincolato dal principio dispositivo, ma dispone anche di poteri inquisitori che gli consentono di acquisire d'ufficio prove o qualsiasi altro elemento utile, comprese le informazioni di polizia giudiziaria. Lo affermava già L. Mengoni (*Affidamento del minore nei casi di separazione e divorzio*, Jus 1983, 246) richiamando Trib. Napoli, 6 maggio 1980, Giur. merito, 925.

15 Ricevute le dichiarazioni, l'accordo viene immediatamente compilato dallo stesso sindaco. Il medesimo accordo produce gli effetti dei provvedimenti giudiziari che concludono i procedimenti oggetto di applicazione, senza bisogno di omologazione giudiziale, e in base ad esso verranno effettuate le dovute annotazioni negli atti di matrimonio. La presenza degli avvocati delle parti è meramente facoltativa. In sede di conversione è stata inserita una misura di cautela, prevedendo che, «Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate» e, dunque, non nel caso di mera modifica delle

Infine, queste novità vanno considerate anche tenendo conto della Legge n. 55/2015 che ha introdotto il c.d. divorzio breve. L' art. 1 di tale legge, infatti, modifica l'art. 3 l. n. 898/1970 riducendo il tempo necessario per il divorzio successivamente alla separazione (dopo l'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale), a 12 mesi nel caso di separazione giudiziale e a 6 mesi nel caso di separazione consensuale, ovvero quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale.

Come è noto, la valutazione di tale provvedimento legislativo è controversa. Non è facile, invero, prendere posizione al riguardo, perché se da un lato un eccessivo prolungarsi del tempo della separazione può creare difficoltà ai coniugi che ormai hanno deciso – come si suol dire – di rifarsi una vita, una riduzione eccessiva dei tempi può andare a scapito della ricerca di un buon accordo, magari sperimentato anche per qualche tempo, mettendo così la persona che in seguito possa avere ragione di chiederne la modifica nella condizione di doversi onerare dell'iniziativa di persuadere l'altro coniuge e, ove non riesca, di adire il giudice. Insomma, un accordo frettoloso potrebbe anche essere fonte di una conflittualità successiva che può dar luogo ad ulteriore frequentazione di aule giudiziarie. Ma soprattutto anche la legge 55/2015 sembra trascurare l'interesse dei figli, dal momento che essa ignora la distinzione tra i casi in cui non vi sia prole e quelli in cui i figli ci sono, distinzione che invece caratterizza e dovrebbe continuare a caratterizzare l'impostazione generale della disciplina della crisi coniugale. Essa è stata tenuta in conto fin dalle prime legislazioni divorziste in Europa. D'altra parte, l'esistenza di figli comporta di sicuro un capitolo speciale nell'ambito delle regole della separazione e del divorzio, essendo assai probabile il mutamento delle circostanze che sono state assunte come presupposto dell'accordo originario: è comune infatti che la crescita dei bambini e le vicende che possono accompagnarla presentino nuovi punti di vista da considerare. Quale che sia il criterio migliore nella separazione e nel divorzio - il taglio netto e veloce come predica qualcuno oppure un percorso che non escluda ripensamenti e quindi una riconciliazione -, resta il fatto che il venir meno del rapporto di coniugio oppure della volontà di stare insieme, quando si tratti di conviventi, non elimina il problema o – se lo si guarda positivamente – il bene della co-genitorialità (o bi-genitorialità) che non dovrebbe naufragare nelle procellose vicende della coppia. Nel passaggio difficile tra il prima e il dopo la separazione, sarebbe perciò importante preservare la relazione fra quelli che ormai non sono più coniugi o conviventi, ma rimangono pur sempre genitori dei loro figli e come tali sono guardati da questi ultimi.

Purtroppo però in questo quadro di innovazioni che pure si ispirano genericamente alla logica della *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, si registra la scarsa attenzione dedicata dal legislatore alla mediazione familiare¹⁶, ossia all'esigenza di un percorso da parte dei genitori sostenuto da un terzo qualificato sia da competenze psicologiche sia da competenze giuridiche, detto appunto mediatore,

condizioni, «l'ufficiale dello stato civile» (*rectius*: il sindaco) deve invitare a comparire i coniugi nuovamente di fronte a sé «non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo [...]. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo».

16 Dalla prospettiva psicologica, sulla mediazione, cfr. Cigoli - Scabini, *La mediazione familiare: l'orizzonte relazionale-simbolico*, in Scabini - Rossi, *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, cit., 42 ss. dove la mediazione viene pensata come strumento per la cura dei legami in chiave ri-generativa e non solo in funzione della genitorialità, ma anche in funzione di un allargamento del quadro di riferimento alla c.d. grande famiglia, ossia all'esigenza di mantenere vivo il rapporto dei minori anche con i nonni e gli altri componenti delle due famiglie, nonostante la rottura dell'unione coniugale dei loro genitori. Inoltre, questi autori sottolineano il *sensu profondamente sociale* del lavoro di mediazione, e quindi l'idea che il mediatore non svolga un'attività puramente privata, coerentemente alla stessa relazionalità che è in gioco, la quale se vuole conservare la propria tensione dinamica non può chiudersi nella logica dell'affare privato.

che aiuti una coppia di genitori coniugati o conviventi, la cui relazione è entrata in crisi – per le molte ragioni per le quali ciò può accadere e con i diversi possibili esiti che si possono dare –, a ripristinare anzitutto la comunicazione con l'obiettivo di facilitare il raggiungimento di un accordo in vista di una pacifica riorganizzazione della vita e delle relazioni familiari, nella misura in cui potranno essere mantenute, avendo particolare attenzione alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli e alla partecipazione (c.d. condivisione) alle responsabilità genitoriali¹⁷.

Tali mezzi di *ADR*, per ora rimasti miopi rispetto all'esigenza di un simile percorso che viene peraltro sollecitato anche in sede di istituzioni europee¹⁸, andrebbero invece coordinati con la mediazione familiare cui il nostro diritto di famiglia recente fa un fugace riferimento proprio in materia di affidamento condiviso. Prevede infatti l'art. 337 *octies*, ultimo comma, c.c. che “Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 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”. Questa regola, contenuta nella legge n. 54/2006 che introdusse l'affidamento condiviso, costituisce in realtà una versione ridotta di quanto inizialmente previsto nell'allora disegno di legge, che prevedeva un passaggio preventivo presso un centro di mediazione familiare come del resto avviene anche in altri paesi europei¹⁹.

Sotto questo profilo, pertanto, la previsione della negoziazione assistita e della mediazione civile sono state un'occasione mancata, in quanto avrebbero potuto essere accompagnate da un rafforzamento dell'art. 337 *octies* almeno nel senso di prevedere il diritto delle parti di essere informate sulla possibilità e i vantaggi di un percorso di mediazione familiare. Quest'ultimo, peraltro, potrebbe anche essere concepito come onere in senso giuridico, ovvero come condizione per agire processualmente o per attivare la procedura di negoziazione assistita. Naturalmente in parallelo sarebbe opportuna una regolazione di tale attività professionale in modo da assicurare certi livelli di professionalità e una adeguata preparazione di chi la esercita. Inoltre, prima o poi si dovrà pur pensare anche a un'integrazione in favore dei bambini quasi sempre oggetti e quasi mai soggetti nella vicende della separazione, ma non nel senso di metterli in mezzo alle liti, bensì di accompagnarli in questo difficile transito dando ascolto e rilievo anche alle loro ragioni e ai loro bisogni²⁰.

In fin dei conti, se ancora la nostra Costituzione all'art. 31 non si stanca di ripetere che la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi (...), il legislatore non dovrebbe tardare a comprendere l'esigenza di dare una mano alle famiglie in crisi nel tempo della crisi. Promuovere la mediazione familiare significherebbe aiutare i genitori nell'adempimento dei loro compiti, concentrando la loro

17 Si trae spunto nel testo da una definizione di P. Mazzamuto, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino 2013, 87-88 che sembra riflettere in buona misura quella della S.I.Me.F. riportata nello stesso volume a p. 17 nota 13.

18 Cfr. Raccomandazione n.1639 (2003) del 25 novembre 2003 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, recepita dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, 16 giugno 2004 nella quale si trova anche una definizione della mediazione familiare.

19 Per l'Inghilterra e il Galles, cfr. L. Parkinson, *L'esperienza inglese dei servizi di mediazione familiare*, in Scabini – Rossi, *Rigenerare i legami*, cit., 276 ss. Per una prima ricognizione della situazione in altri paesi europei, v. Mazzamuto, *La mediazione nella tutela della famiglia*, cit., 34 ss. dove anche riferimenti normativi e bibliografici.

20 A questo riguardo meritano di essere segnalate attività come i c.d. gruppi di parola per figli di genitori separati su cui cfr. M.C. Marzotto, *Gruppi di parola per la cura dei legami familiari*, Milano 2015, *passim* e il contributo ivi contenuto di M. Bonadonna -P. Farinacci – C. Marzotto, *Trasmettere, tramandare, trasgredire, andare oltre: 10 anni di lavoro con i gruppi di parola*, 48 ss.

attenzione e i loro sforzi su di essi, piuttosto che sulle tattiche e le strategie della battaglia legale e poi sull'inevitabile pagamento dei correlativi costi materiali e morali. L'idea neo-istituzionale della famiglia, in ultima analisi, significa che la famiglia non è semplicemente un affare privato e che la fine di un matrimonio non va trattata come la risoluzione di un contratto in cui secondo una logica liquidatoria ci si limita a calcolare danni e restituzioni²¹. Occorrono piuttosto strumenti più appropriati che sappiano gettare uno sguardo sul futuro e sul modo in cui una relazione, sebbene ormai non più coniugale, possa avere ancora un senso sul piano genitoriale. Si tratta in fondo di valorizzare quella stessa linea generativa nella quale la coppia, nel suo pur interrotto sentiero coniugale, si è rivelata in grado di oltrepassare se stessa e la propria dimensione duale per aprirsi a una terza dimensione, i Due essendo ormai madre e padre di un terzo²². Ma a questo scopo il diritto non deve trattare il tempo come puro *chronos*, incessante scorrere e consumarsi degli eventi, senza pause, senza differenze e senza memoria, come in una catena di montaggio, ma saper riconoscere anche la dimensione del *kairos* e le mediazioni necessarie al tempo proprio dell'esistenza delle persone come singoli e nelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità²³.

21 Cigoli - Scabini, *La mediazione familiare: l'orizzonte relazionale-simbolico*, in Scabini - Rossi, *Rigenerare i legami*, cit., 45 sottolineano il *senso profondamente sociale* del lavoro di mediazione.

22 Cfr. Maiocchi, *Tertium datur?*, cit., in Scabini - Rossi, *Rigenerare i legami*, cit., 213.

23 Debbo questa distinzione fra le due dimensioni del tempo a Luca Nogler, col quale insieme con Udo Reifner e altri colleghi abbiamo elaborato la categoria dei *Life Time Contracts*.

Dal punto di vista specifico della mediazione, si allude nel testo a un diritto della crisi familiare che sappia prendersi cura delle relazioni offrendo luoghi e tempi adatti a una rigenerazione della relazione ormai non più coniugale, e al ritrovamento di parole nuove, cioè appropriate a una storia in parte spezzata e in parte da continuare. Di un «luogo e tempo adeguati all'elaborazione del patto segreto e del patto esplicito» parlano C. Marzotto – G. Tamanza, *La mediazione e la cura dei legami familiari*, in Scabini - Rossi, *Rigenerare i legami*, cit., 72.