

# "IL CONTRIBUTO DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE NEI PROCEDIMENTI LEGALI IN CASO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO"

Marco Guida, Magistrato della Sezione Civile del Tribunale di Brindisi

da

I Convegno Nazionale

"La Mediazione familiare:

Aspetti psico-medici e legali"

L'Aquila, 24 aprile 1999

Premessa.

Da circa tre anni presso il Tribunale di Brindisi, seguendo un'indicazione da diverso tempo suggerita dal Consiglio Superiore della Magistratura, è stata istituita la figura del giudice istruttore unico addetto prevalentemente alle controversie inerenti lo status delle persone fisiche e, quindi, in massima parte, addetto alla trattazione delle cause di separazione e divorzio.

Sono stato, inoltre, delegato dal Presidente del Tribunale a tenere anche la prima udienza presidenziale di comparizione dei coniugi, sia nei giudizi di separazione sia in quelli di divorzio e faccio altresì parte del collegio di volontaria giurisdizione che ha competenza sui provvedimenti di modifica delle sentenze di separazione e divorzio (di cui agli artt.710 cpc e 9 l.div.).

Questo accorpamento di funzioni in capo ad un singolo giudice (in alcuni tribunali di più rilevanti dimensioni - ad es. Torino, Milano o di recente anche Roma - vi è un'apposita sezione) ha sortito rilevanti aspetti positivi ed ha contribuito a creare nuovo interesse, nell'ambiente giudiziario, e non solo giudiziario, su questa materia.

E' stato possibile, pertanto, sperimentare un differente approccio a queste controversie nonchè l'utilizzo di strutture altrimenti non considerate, sempre nel rispetto delle norme, e grazie alla collaborazione di gran parte del foro e di tutti gli operatori dei servizi sociali.

In attesa, infatti, che il legislatore ponga mano a questa delicatissima materia, io credo che vi sia lo spazio, nell'ambito delle attuali norme e pur con tutti i loro evidentissimi limiti, per affrontare queste controversie in maniera più concreta e più idonea agli interessi che le stesse coinvolgono.

Nel 'mare magno' della Giustizia, e dei suoi disservizi, io credo che si debba anche essere molto pragmatici e mirare, sempre nel rispetto delle norme e dei vari ruoli dei soggetti istituzionalmente interessati, al raggiungimento del risultato prefissato.

Qui, a mio modesto avviso, si tratta di raggiungere un risultato di importanza enorme, quello della tutela dei figli delle coppie separande o divorziande, specie e soprattutto

quando i bambini sono ancora piccoli: non sono uno psicologo, ma solo guardando i bambini, solo osservandoli, si può capire ed immaginare cosa deve essere per loro avere un

padre ed una madre che si separano e che, peraltro, lo fanno in maniera traumatica, plateale, totalmente irrispettosa di quelle piccole persone che nulla c'entrano e nulla dovrebbero c'entrare in quella guerra.

Per me questo vuol dire, oggi, tentare di introdurre nei procedimenti di separazione e divorzio la mediazione familiare: avere a disposizione un ulteriore strumento per tutelare i bambini.

E' per questo motivo che non sono granché d'accordo sul fatto che la mediazione dovrebbe essere solo volontaria: sempre da un punto di vista estremamente pragmatico, io ritengo che, ove vi sia una coppia consapevole del proprio conflitto ma talmente rispettosa del proprio ruolo genitoriale da volersi rivolgere spontaneamente ad un terzo non per cercare di sopraffare l'altro, di vendicarsi dell'altro o comunque, di vincere la propria personale guerra, ma per avere un aiuto per affrontare la crisi, allora a che serve il giudice?

Il problema è che devi far prendere consapevolezza alle persone di che cosa è la separazione, per loro ma soprattutto per i loro figli; che un conto è essere padre o madre in una famiglia unita, altro è esserlo in una famiglia separata.

Il genitore affidatario ha i suoi bravi problemi per far quadrare i conti in casa, conti non solo economici ma anche educativi, quello non affidatario ha il problema di sostituire la quotidianità del rapporto ed inventarsene un nuovo tipo.

Nessuno, nè giudice, nè avvocato, nè psicologo, nè prete possono sostituirsi ai due genitori, benchè separati, ed io credo che se la mediazione, nel suo primissimo passaggio, può servire anche soltanto a far capire questo ai due genitori, saremmo già a metà dell'opera.

E questo non può essere affidato alla volontà dei coniugi, alla loro maggiore o minore sensibilità, ma va in ogni modo incentivato perchè questo tipo di cultura si affermi, e se per fare questo io devo costringerli, perchè solo così posso sperare di ottenere un qualche risultato utile nell'interesse dei minori, io credo che non dobbiamo trincerarci dietro astratte considerazioni.

Tornando al nostro tema, allora, qual è l'attuale spazio della mediazione nelle controversie di separazione e divorzio?

Occorre dare un preventivo sguardo all'attuale normativa ed a come essa è applicata nella stragrande maggioranza dei tribunali italiani.

## LA NORMATIVA VIGENTE

Mi sembra evidente come, mai come in questa fattispecie, la normativa vigente risenta dei retaggi storico-politico-culturali del legislatore che, nonostante i vari interventi anche rivoluzionari succedutisi negli ultimi trent'anni, si percepiscono fortemente ancora oggi.

Ciò si deve soprattutto alla mancanza di organicità del settore, che ha subito trasformazioni epocali, ma non vi è mai stata una riorganizzazione complessiva, per cui convivono istituti ideati e pensati quando, ad esempio, il divorzio non era ancora ammesso nel nostro ordinamento giuridico con altri frutti dell'evolversi della cultura e della società.

Credo che un tipico esempio di ciò sia rappresentato proprio dal tentativo di conciliazione.

Nessuna norma del codice prevede la mediazione, nè poteva essere altrimenti, ma viene solo ossessivamente previsto il tentativo di conciliazione.

La normativa prevede, infatti, che innanzi al Presidente del Tribunale deve essere espletato un necessario tentativo di conciliazione dei coniugi, tentativo a cui sia la normativa sia la giurisprudenza annettono una importanza fondamentale nell'ambito di queste procedure, tale da farne derivare conseguenze giuridiche relevantissime (ad es. nullità dell'intero procedimento se il tentativo non è stato espletato ab origine, pur se in ipotesi viene effettuato successivamente perchè il resistente si è costituito in giudizio solo più tardi per un vizio della notifica del ricorso).

In realtà questo tentativo di conciliazione è un mero simulacro: come può il Presidente del Tribunale, già oberato di mille altri incombenzi, solo anche tentare di conciliare

due persone che hanno alle spalle una storia decennale, ventennale o più; che litigano da mesi o anni; che chiedono al Giudice di essere sentite, di poter sfogare le loro

ragioni, parlare dei presunti torti, delle vessazioni subite in tanti anni di matrimonio, ma tutto si deve svolgere in non più di dieci minuti perchè non c'è tempo. E comunque, quand'anche ve ne fosse, cosa può fare il Giudice per tentare di 'conciliarli': non conosce niente della coppia, del loro vissuto, può solo cercare di acquisire qualche elemento utile in più che gli consenta di prendere dei provvedimenti presidenziali quanto più rispondenti all'effettiva realtà della coppia.

Non soddisfatto, il legislatore ha previsto che il tentativo di conciliazione debba avvenire nella separazione e nel divorzio, ed anche nelle procedure consensuali: i coniugi, in questo caso, sono d'accordo su tutto, vogliono separarsi, hanno concordato tutte le condizioni, hanno fretta di ricominciare la loro vita, ma il Presidente del Tribunale deve egualmente tentare di conciliarli prima sentendoli separatamente e poi congiuntamente.

Non è finita qui.

Con la recente Novella al codice di Procedura Civile è stato introdotto, in analogia a quanto previsto nel Processo del Lavoro, un tentativo di conciliazione che il giudice istruttore deve effettuare nella prima udienza di trattazione ed a cui le parti non si possono sottrarre.

Poichè l'interesse del legislatore per le procedure di separazione e divorzio è altissimo, non ha ritenuto di prevedere alcunchè per queste cause la cui fase istruttoria è necessariamente preceduta da un'udienza in cui vi è già un tentativo di conciliazione: dopo essere stati innanzi al Presidente del Tribunale i coniugi dovrebbero ricomparire innanzi al giudice istruttore (persona fisica quasi sempre diversa dal Presidente del Tribunale) e di nuovo ritentare una conciliazione.

Il giudice istruttore, poi, durante tutta la fase istruttoria può in qualunque momento disporre la comparizione dei coniugi ove ravveda la possibilità di una conciliazione: in quest'ultima ipotesi è evidente che se i coniugi si sono riconciliati non hanno alcun interesse a ricomparire innanzi al giudice ma la causa verrà cancellata, mentre hanno interesse a comparire solo per trasformare la controversia in consensuale.

Segue, poi, tutta la fase istruttoria che è quasi sempre complessa, faticosa: si tratta in massima parte di sentire i parenti di lui o di lei, in una versione, perennemente aggiornata ma sempre uguale, del famoso film 'Kramer contro Kramer' che, però, ha ad oggetto quasi sempre non i problemi degli eventuali figli minori, ma le presunte infedeltà, o le violenze materiali, o gli abbandoni o i silenzi consumatisi nelle mura domestiche.

E non è ancora finita.

Una volta terminato il giudizio di separazione, non c'è neanche il tempo di rifiutare che, via!, si ricomincia tutta da capo con il divorzio che è una perfetta fotocopia del primo. Ogni procedimento di separazione (o di divorzio) per il giudice è spesso una seccatura: il giudice civile è abituato a trattare le controversie attraverso il comodo e rassicurante filtro degli avvocati; quasi mai conosce personalmente le parti ed in quelle rare occasioni in cui sono presenti possono assistere al processo ed alla sua istruttoria, per espressa previsione normativa, in disparte, buoni buoni senza dare troppo fastidio.

Nei giudizi di separazione, invece, quasi sempre i coniugi presenziano ad ogni udienza, sono sempre lì, a verificare, controllare, discutere di ogni cosa. Questi processi, inoltre, normalmente si confondono nell'ambito delle altre mille procedure che ogni magistrato ha in assegnazione e spesso vengono trattate alla stessa stregua con le inevitabili conseguenze che si possono immaginare.

I processi, così, spesso durano tanto, troppo, incentivando quel fenomeno di 'infantilizzazione' della coppia che tende ad aspettare la prossima udienza per poter affrontare ogni più piccolo problema, nella certezza di avere giustizia, riponendo in altri, l'avvocato, il giudice, la risoluzione di ogni più piccolo problema che, in tempi normali, avrebbe affrontato senza batter ciglio.

Ed il giudice o l'avvocato spesso non possono, spesso non vogliono, alcune volte non sanno, affrontare questa tempesta di sentimenti: il diritto, quando si vuole, è freddo, è 'nudo e crudo' e non tollera sentimenti.

Noi ci troviamo di fronte a persone smarrite, frastornate, confuse, arrabbiate, impaurite:

-ci sono le donne che hanno dedicato venti o trent'anni, una vita!, alla famiglia, ad accudire casa, marito, a crescere i figli e che, improvvisamente, scoprono che il marito ha un'altra donna, da anni, più giovane di lei, ha un'altra famiglia, a volte altri figli: è un mondo che crolla, dove non ci sono più sicurezze, nè affettive nè economiche.

·Vi sono le giovani coppie che non sono riuscite a superare le prime difficoltà del vivere insieme e vengono risucchiate dalle famiglie di origine, coppie che hanno messo al mondo figli che sono ancora piccolissimi e che corrono il rischio di scambiare nella loro vita il nonno per il papà.

·Vi sono i giovani padri, consapevoli del rilevante rischio di perdere ogni contatto con i propri figli; rischio di vedersi messi fuori di casa in brevissimo tempo lasciando quelle poche cose in comune che erano riusciti a costruire insieme, con l'onere di doversi fare ulteriormente carico dell'intera famiglia e di sostenere se stesso.

·Vi sono quelle coppie anziane che non si parlano da anni, dove il conflitto deflagra quando anche l'ultimo figlio si è 'sistemato', quando anche l'ultimo anello di protezione di un rapporto oramai di pura convenienza è venuto meno.

La tipologia è vastissima, ma quasi sempre ha in comune il senso di smarrimento, l'incertezza del futuro.

Viste sotto questo profilo le norme sono paurosamente inadeguate ed anche pericolose: si tende a demandare al giudice, ma anche all'avvocato, un compito che non è il suo.

Il giudice non può essere psicologo, assistente sociale o anche soltanto amico: il giudice deve decidere ed oggi lo fa solo in base a quello che gli dicono le parti, a quello che traspare da un velocissimo colloquio di massimo dieci minuti, quando ne trovi uno paziente, di giudice.

Senza alcun'altra informazione il Presidente del Tribunale assume i primi provvedimenti provvisori, che non sono poi così provvisori. Questa ordinanza cala come una mannaia sulla coppia, sarà la loro futura regola di vita; regolamenterà i loro rapporti per il futuro; sarà il muro dietro cui nascondersi per evitare qualsiasi ulteriore contatto ... '... così ha stabilito il giudice ...' è la frase ricorrente per evitare anche soltanto di parlare con l'altro coniuge.

Ma i casi della vita sono infiniti, i problemi altrettanto e l'ordinanza presidenziale non può prevedere tutto e il contrario di tutto, ma si deve, o dovrebbe, limitare solo alle statuizioni essenziali perchè per il resto, e soprattutto per quel che concerne i figli, dovrebbero essere loro, i genitori, a continuare ad essere tali.

Una nota: che tragedia l'affidamento monogenitoriale così come attualmente previsto dalla normativa!

Da un lato stimola nel genitore affidatario il senso di onnipotenza e possesso, di esclusività, di vita e morte del figlio, di vittoria sull'altro.

Dall'altra parte è un comodo escamotage per defilarsi, per, bene che vada, fare il genitore del fine settimana, quello che gioca, quello deresponsabilizzato.

Non so se l'affidamento congiunto sia la soluzione, certamente è un passo avanti considerevole, anche solo sotto il profilo culturale, pur se potrebbe acuire la mini conflittualità tra i coniugi separati.

Un'ultima annotazione, infine, nella descrizione del quadro normativo attuale merita la problematica relativa alla sussistenza di più giudici che si occupano del diritto di famiglia.

Nell'ambito, infatti, di un settore della società che, secondo un famosissimo giurista, è "un'isola che il mare del diritto avrebbe dovuto solo lambire", assistiamo ad una impressionante proliferazione di giudici di tutti i tipi che se ne occupano, affogando del tutto l'isola.

Vi è, infatti, la competenza del giudice della separazione, del divorzio, del giudice penale, del giudice tutelare, del Tribunale per i Minorenni etc. ognuno con una sua piccola competenza che ritaglia come un puzzle la famiglia.

Basti dire che se due persone hanno avuto la sventura di dire sì davanti ad un prete o all'Ufficiale dello Stato civile, dovranno separarsi innanzi al Tribunale Ordinario che deciderà delle sorti della loro prole; se invece hanno procreato senza aspettare il fatidico sì, allora se la dovranno vedere con il Tribunale per i Minorenni.

## UN ESPERIMENTO POSSIBILE

Nell'ambito di questo non esaltante quadro normativo, e di fatto, vi sono possibili spazi di intervento aspettando che il legislatore si dia una mossa?

L'art.155 codice civile prevede che il giudice possa adottare ogni provvedimento nell'interesse della prole.

Non siamo ancora ai 'provvedimenti creativi' tipici dei paesi di Common Law anche perchè manca il contraltare, cioè la punizione per l'eventuale inosservanza dell'ordine del

giudice. In alcuni paesi vi è il reato di 'disprezzo alla corte' che consente punizioni assai severe e, soprattutto, fantasiose, mentre da noi anche se si dovesse essere sanzionati per violazione dell'art.650 c.p. vi sarebbero i vari benefici di legge e, comunque, attese le lungaggini processuali interverrebbero troppo tardi.

E' essenziale, infatti, rammentare L'IMPORTANZA DEL TEMPO per quel che concerne i bambini: sei mesi per un bambino di tre anni corrispondono a dieci anni per una persona di 60 anni!

E' per questo che l'intervento in queste materie deve essere rapidissimo, tempestivo, direi immediato, altrimenti è del tutto inutile ed il processo, così come è oggi, non garantisce tale tempestività, anzi tutt'altro.

Ritornando all'art.155 c.c. ritengo che esso sia una sorta di 'norma civile in bianco' che consente al giudice di adottare provvedimenti di varia natura e tipologia, sempre e solo per tutelare l'interesse dei minori e l'eventuale inosservanza, oltre alle richiamate ed inutili sanzioni penali, può essere poi valutato ai fini, ad es., dell'affidamento dei figli.

Nella provincia di Brindisi abbiamo trovato un accordo con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati nonché con la locale A.U.S.L. incentivando l'intervento degli operatori consultoriali.

In pratica, nel momento in cui viene depositato il ricorso per separazione giudiziale o per divorzio giudiziale, il Presidente fissa l'udienza di comparizione (normalmente vi un lasso di tempo di almeno tre mesi dal momento del deposito alla fissata udienza, ma in alcuni tribunale si superano anche i sei mesi) e contestualmente, nei casi in cui vi siano figli piccoli o siano segnalate situazioni particolari (tossicodipendenza, alcolismo, violenze, interventi del T.M.) viene sollecitato l'intervento del C.F. territorialmente competente.

Gli operatori del C.F., non appena giunge la comunicazione da parte del Tribunale Ordinario, provvede a convocare i coniugi e ad effettuare la prima indagine sociale.

Per ovviare ad eventuali critiche in ordine ad una sorta di 'eccesso di delega' da parte del giudice, unitamente al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati ed agli operatori consultoriali, si è provveduto ad elaborare una sorta di 'decalogo' su quello che gli operatori devono e possono fare.

Segue decalogo.

L'obiettivo è ridurre quel pericolosissimo periodo, tra il deposito del ricorso e la prima udienza presidenziale, una sorta di terra di nessuno dove i coniugi tendono ad acquisire una posizione di forza da far valere poi nella sede istituzionale.

E' anche un chiaro messaggio: vi è un tempestivo, quasi immediato intervento delle istituzioni sempre a tutela dei minori.

E' questo, un primo tentativo di mediazione: gli operatori, infatti, hanno il principale ed essenziale compito di far comprendere alla coppia il senso della separazione e cercare di suggerire loro ogni utile intervento o iniziativa sempre e soltanto nell'esclusivo interesse dei minori, sollecitandoli a trovare un accordo soprattutto per quel che concerne i figli.

La relazione sarà poi inviata tempestivamente al Presidente del Tribunale, prima dell'udienza di comparizione dei coniugi, al fine di offrire allo stesso non elementi di prova, ma ulteriori elementi di valutazione, con la descrizione della situazione della coppia e dei minori e degli eventuali accordi raggiunti: la relazione è, ovviamente, posta a disposizione delle parti.

Ove la situazione sia chiara e non vi sia ulteriore bisogno dell'intervento del C.F., l'intervento consultoriale termina lì; ove invece la situazione permanga conflittuale e via sia ulteriore necessità di approfondimento, il Presidente, o il giudice istruttore, può specificare e delimitare il campo di indagine e di intervento.

Sono ovviamente molti i problemi, anche di natura strettamente processuale, che queste modalità di intervento comportano e, sicuramente, non sono risolutive delle varie problematiche.

Questo però ha determinato un incremento delle separazioni consensuali, soprattutto di trasformazioni da giudiziali in consensuali; possibilità di sperimentare, ad es., l'affidamento congiunto anche quando non vi è la concorde volontà delle parti.

E' noto, infatti, che i miei colleghi, per evitare seccature, hanno elaborato la raffinata teoria in base alla quale l'affidamento congiunto non può essere disposto se non vi è accordo delle parti.

Qui torniamo a quanto detto in merito all'obbligatorietà o facoltatività dell'intervento di mediazione: se le parti sono d'accordo, se hanno raggiunto una maturità tale da addirittura concordare una separazione con l'affidamento congiunto, il giudice a che serve?

La legge, poi, dice che è possibile disporre tale tipo di affidamento, senza in alcun modo specificare come e quando o ponendo cervellotiche limitazioni.

E' indubbio che l'affidamento congiunto, attesa la sua natura piuttosto teorica, può determinare, soprattutto nei primi tempi, un elevato tasso di conflittualità su tutte le piccole questioni fino a quando la coppia non raggiunge un equilibrio. Per far questo è necessario un intervento sempre tempestivo del giudice e, soprattutto, un intervento mediativo degli operatori consultoriali cui affidare la coppia.

Con questo tipo di intervento sono cresciute le domande di affidamento dei figli da parte dei padri: quest'ultimi si lamentano che nel 95% dei casi il giudice affida i figli alla madre, ma poi, alla prova dei fatti, almeno dalle nostre parti, si scopre che i padri fanno richiesta di affidamento solo nel 6% dei casi!!!

Egoisticamente parlando non dovrei essere contento dell'aumento delle richieste di affidamento da parte dei padri, perchè ciò si traduce in un aggravio della conflittualità e, quindi, del mio lavoro.

Ed invece ciò dimostra un timido cambiamento nel costume, nella cultura: il padre non è quella figura purtroppo squallida che emerge dalla maggior parte delle cause di separazione, inerte, disinteressato delle sorti dei figli, anche economiche o di autentica sopravvivenza, ma inizia ad avere coscienza di essere una parte altrettanto essenziale nella vita dei suoi figli.

Sarà, infine, un caso ma, ad esempio, nel 1998, in controtendenza, con il resto dell'Italia, il numero complessivo delle cause di separazione e divorzio nella provincia di Brindisi è diminuito e, comunque, si sono fortemente incrementate le procedure consensuali.

Un ulteriore positivo effetto: in tutti questi anni non si è mai ricorsi alle consulenze tecniche di ufficio.

Non voglio demonizzare tale strumento processuale: posso solo dire che da un lato esso è comunque un costo e dall'altro spesso per il giudice è una via di uscita, un demandare ad un altro la patata bollente, specie in controversie del genere dove è difficile, è impossibile, è opera direi sovranaturale stabilire chi è il genitore 'più buono'.

Non solo.

Tale risultato ha il perverso effetto di atto direi conclusivo della guerra, ancora maggiore rispetto ad un eventuale decisione del giudice, ed è visto come una vittoria o una sconfitta, impatto psicologico da cui è piuttosto complicato uscire.

## LE POSSIBILI RIFORME

Sotto un profilo strettamente giuridico io credo che sia assolutamente indispensabile riportare ad unità tutta la materia del diritto di famiglia creando che 'giudice della famiglia' così come da anni auspicato.

Qui si fronteggiano due grandi scuole di pensiero tra chi vuole ampliare le competenze dei T.M. e che, invece, vuole creare delle sezioni specializzate nell'ambito dei tribunali ordinari.

Non so esattamente cosa sia meglio, ma credo che il dibattito sia in corso da troppi anni e che una soluzione andrebbe trovata.

Nelle more, approfittando della riforma del giudice unico di primo grado, potrebbe essere incentivata la creazione, presso ogni tribunale, di una sezione, o di uno o più giudici, che abbiano esclusiva competenza in materia, comprensivo delle tutele: l'allargamento degli organici degli uffici giudiziari in conseguenza della riforma dovrebbe poter favorire questo progetto, già in qualche modo caldeggiato nelle sue circolari dal C.S.M.

La materia, poi, andrebbe quanto più possibile degiurisdizionalizzata: penso, ad esempio, alla materia dei divorzi congiunti in assenza di figli (che in Francia, ad es., vengono trattati in via amministrativa).

La mediazione, poi, andrebbe istituzionalizzata: conosco le perplessità degli addetti al settore e, soprattutto, dei pionieri della mediazione, ma ritengo che debba esserci un giusto 'mix' tra le legittime preoccupazioni degli operatori-mediatori e le aspettative del mondo giudiziario.

Io ritengo che l'intervento del giudice deve pur sempre rimanere, ma che esso debba essere necessariamente preceduto da una fase di riflessione che la coppia deve effettuare

in un ambiente che non può essere quello giudiziario: in tempi ragionevoli, poi, il conflitto potrebbe essere portato innanzi al giudice o perchè ratifichi le intese raggiunte o perchè assuma la decisioni di legge. Se poi, nonostante tutto, il conflitto prosegue, e nel corso del giudizio le parti dovessero richiedere l'intervento del mediatore, allora potrebbe disporsi la sospensione del processo così come previsto dal disegno di legge licenziato dal Comitato ristretto e che ancora giace da un anno e non si dà pace.