

Strumenti giuridici e procedure attuabili nel settore della mediazione familiare transfrontaliera

GUIDA PRATICA PER MAGISTRATI E ALTRI
ATTORI DEL SETTORE GIURIDICO E LEGALE

Elaborata all'interno del progetto finanziato UE JUST/2013/JCIV/AG/4628
"Judicial Intercultural Communication in Family Mediation"

Corte di Appello di Craiova, Romania

2015

ISBN 978-606-703-359-5

Sommario

Glossario di acronimi.....	7
Capitolo 1: Mediazione e risoluzione alternativa delle controversie nell'Unione Europea.....	8
1.1. Premesse.....	8
1.2. Risoluzione alternativa delle controversie (A.D.R.).....	8
1.2.1. Storico A.D.R.....	8
1.2.2. Che cosa è A.D.R.?.....	10
1.2.3. Criteri per la scelta dei processi A.D.R.	11
1.2.4. Esempi di processi ADR.....	13
1.2.5. Continuum delle opzioni di risoluzione delle controversie	18
1.2.6. Uno studio di caso riguardante l'implementazione ad esito positivo di ADR – il concetto “multi-door”	18
1.3. Mediazione	19
1.3.1. Definizioni della mediazione	20
1.3.2. Ruolo del mediatore	20
1.3.3. Confusioni sulla mediazione. Che cosa non è la mediazione.....	21
1.3.4. Principi della mediazione	21
1.3.5. Differenze tra mediazione e altre forme di ADR.....	25
1.3.6. Fasi del processo di mediazione.....	25
1.3.7. Vantaggi della mediazione.....	26
Capitolo 2: Ambito legale di riferimento: la Direttiva 2008/52/CE, il Regolamento (CE) 2201/2003 e la loro attuazione nei diritti nazionali	29
2.1. Premesse.....	29
2.2. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 23 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000.....	30
2.3. 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.....	37
2.4. Trasposizione della Direttiva 2008/52/CE dagli Stati membri dell'UE	43
Capitolo 3: Carattere interculturale della mediazione transfrontaliera	49
3.1. Premesse.....	49
3.2. Mediazione transfrontaliera	50

3.2.1 Vantaggi della mediazione transfrontaliera	52
3.2.2 Limiti e potenziali rischi della mediazione transfrontaliera.....	53
3.2.3. Competenze dei mediatori nella mediazione di controversie transfrontaliere	55
3.2.4 Aspetti culturali con impatto sulla mediazione transfrontaliera	64
3.2.5 Complessità culturali d'impatto sul processo di mediazione transfrontaliera	65
3.3. Mediazione transfrontaliera pluripartita	67
3.4. Un caso reale di mediazione transfrontaliera B2B.....	70
Capitolo 4: Competenze e abilità di comunicazione necessarie ai magistrati e ad altre figure professionali del settore giuridico al fine di superare le barriere del processo d'invito alla mediazione.....	72
4.1. Premesse.....	72
4.3. Comunicazione	75
4.3.1. Barriere della comunicazione	75
4.3.2. Abilità e capacità di comunicazione	76
Capitolo 5: Risoluzione delle cause familiari mediante la mediazione e i procedimenti giudiziari	95
5.1. Premesse.....	95
5.1.1. Definizione del divorzio.....	95
5.1.2. Evoluzione del tasso dei divorzi.....	96
5.2. Diritto della famiglia nell'Unione Europea	97
5.2.1. Armonizzazione della legislazione concernente il diritto della famiglia	97
5.2.2. Ordinamenti nazionali concernenti il divorzio e la separazione personale.....	98
5.2.3. Causa-procedimento di divorzio	100
5.3. Mediazione familiare nell'Unione Europea	101
5.3.1. Definizione della mediazione nelle controversie di famiglia.....	101
5.3.2. Evoluzione della mediazione familiare in Europa.....	102
5.3.3. Varianti di mediazione familiare secondo i diritti nazionali.....	103
5.3.4. Organi giurisdizionale e mediazione familiare.....	105
5.3.5. Processo di mediazione familiare	107
5.4. Mediazione e procedimenti giudiziari nel diritto della famiglia.....	108
5.4.1. Vantaggi della mediazione nei conflitti familiari	109
5.4.2. Limitazioni della mediazione familiare.....	112
5.5. Conclusioni	114
Capitolo 6. Impatto dei procedimenti giudiziari sulla famiglia in termini generali e sui minori in sensi particolari	115
6.1. Regolamento attuale in merito al diritto della famiglia e ai procedimenti giudiziari nell'Unione Europea	115

6.2. Giustizia come scopo dei procedimenti giudiziari	116
6.3. Chi possiede il controllo legato al conflitto e alla sua risoluzione?	117
6.4. Procedimenti giudiziari che consentono “il modello di giustizia” alle parti	119
6.4.1. Come si connettono i valori e i bisogni alla percezione della giustizia?	119
6.4.2. Quali sono i bisogni umani fondamentali?	120
6.4.3. Quali sono i bisogni dei partner di un conflitto di divorzio e dei loro figli?	120
6.4.4. Come si possono migliorare i rapporti importanti nell’ambito di un divorzio?	122
6.4.5. Quanto sono idonei i procedimenti giudiziari per trasformare il rapporto di confronto tra coniugi in un rapporto di cooperazione tra genitori?	123
6.4.6. Quali sono gli approcci i più efficienti di risoluzione di una controversia per trasformare il rapporto di confronto in uno di cooperazione?	124
6.5. Quadro giuridico riguardante la responsabilità genitoriale nell’UE	125
6.5.1. Concetto e definizione della “responsabilità genitoriale” nell’UE	125
6.5.2. Esempi di quadri giuridici nazionali in materia di responsabilità genitoriale.....	126
ITALIA.....	126
6.5.3. Quali sono i concetti di base della trasformazione globale dall’esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale al suo esercizio condiviso?	127
6.5.4. Quale dovrebbe essere il ruolo dei procedimenti giudiziari alla luce di tali ultime direzioni in materia di responsabilità genitoriale condivisa?	128
6.6. Cooperazione tra procedimenti giudiziari e metodi di risoluzione dei conflitti mediante la facilitazione	129
6.6.1. Necessità di familiarizzare le parti con la mediazione e il ruolo significato dell’autorità giudiziaria.....	129
6.6.2. Quali potrebbero essere i principali ruoli di un’autorità giudiziaria che vuole fornire alle parti uno spettro completo dei metodi di risoluzione dei conflitti?	130
6.6.3. Partecipazione dei minori ai procedimenti giudiziari.....	137
6.6.4. Come la mediazione e i procedimenti giudiziari rinforzano reciprocamente il loro impatto	138
6.6.5. Cause in cui la mediazione non è adatta	138
6.6.6. Vero impatto – punto di vista di una parte riguardante la mediazione e il procedimento giudiziario.....	139
6.7. Conclusioni	140
Capitolo 7: Raccomandazione e invito alla mediazione da parte dei giudici, attuazione dell’articolo 5, Direttiva 2008/52/EC.....	142
7.1. Premesse.....	142
7.2. Regolamento riguardante l’invio e l’invito a mediazione da parte delle autorità giudiziarie negli Stati membri dell’Unione Europea	145
7.2.1. Austria	145
7.2.1. Belgio	145

7.2.3. Bulgaria	145
7.2.4. Croazia	146
7.2.5. Cipro.....	147
7.2.6. Repubblica Ceca	147
7.2.7. Danimarca	147
7.2.8. Estonia	148
7.2.9. Finlandia.....	148
7.2.10. Francia	148
7.2.11. Germania.....	149
7.2.12. Grecia.....	150
7.2.13. Ungheria.....	150
7.2.14. Irlanda	150
7.2.15. Italia.....	150
7.2.16. Lettonia	151
7.2.17. Lituania.....	151
7.2.18. Lussemburgo.....	152
7.2.19. Malta	152
7.2.20. Polonia	152
7.2.21. Portogallo	152
7.2.22. Romania	153
7.2.23. Slovacchia	153
7.2.24. Slovenia	153
7.2.25. Spagna.....	153
7.2.26. Svezia	153
7.2.27. Gran Bretagna.....	154
7.2.28. Paesi Bassi.....	154
7.3. Sistema d'invito al ricorso alla mediazione da parte delle autorità giudiziarie nelle cause in materia familiare	155
7.4. Come può un giudice fare un invito di successo alla mediazione?	158
Conclusioni.....	162
Contesto della Guida	162
Conclusioni del progetto	163
Bibliografia	167
Autori.....	173

Glossario di acronimi

ADR	Risoluzione Alternativa delle Controversie
BATNA	La migliore alternativa ad un accordo negoziato
CEDR	Centro per la Risoluzione Efficiente delle Controversie
EPN	Valutazione Preliminare Neutra
UE	Unione Europea
CIC	Camera di Commercio Internazionale
SOL	Risoluzione Online delle Controversie
SMC	Centro di Mediazione di Singapore
WATNA	La peggiore alternativa ad un accordo negoziato
WIPO	Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale

Capitolo 1: Mediazione e risoluzione alternativa delle controversie nell'Unione Europea

1.1. Premesse

L'internazionalizzazione delle famiglie e la rivoluzione tecnologica, che consente alla gente di viaggiare e comunicare a un livello più alto rispetto a quello esistente sin'ora, sono delle caratteristiche importanti della globalizzazione e hanno portato all'aumento del numero dei conflitti familiari al livello mondiale e nell'ambito dell'Unione Europea (U.E.). Una parte dei conflitti – quelli transfrontalieri – coinvolge in opposizione persone di nazionalità differenti, il che accoppia al conflitto familiare esistente un forte elemento culturale.

Questa situazione crea un ambiente difficile per rendere applicabile, in tempi giusti, una soluzione che sia a servizio e beneficio reale dei bisogni del bambino, dei coniugi e di tutte le altre persone che formano il nucleo della famiglia. Sappiamo che, nonostante l'arrivo del matrimonio al suo tramonto e alla sua fine, gli ex coniugi restano per sempre i genitori dei figli e continuano a recitare e assumere questo ruolo; di conseguenza, una decisione presa comunemente sarà tuttora e sempre più assunta, accettata e applicata dalla propria volontà delle parti.

La risoluzione alternativa delle controversie (ADR) si riferisce a una varietà di processi che aiutano le parti a risolvere le controversie fuori dei Tribunali. Tali procedure sono in genere riservate, meno formali e meno generatrici di stress rispetto a quelle giudiziarie classiche e tradizionali. La negoziazione, la mediazione, la facilitazione e l'arbitraggio sarebbero gli esempi tipici di ADR.

La risoluzione alternativa delle controversie in genere e la mediazione in particolare iniziano a far parte, sempre di più, dall'insieme delle normative, dalla pratica e dalle politiche dell'Unione Europea.

Ai sensi dell'articolo 1 (Obiettivo e ambito di applicazione) 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 presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra la mediazione e il procedimento giudiziario”*.

1.2. Risoluzione alternativa delle controversie (A.D.R.)

1.2.1. Storico A.D.R.

I riferimenti in merito alla risoluzione alternativa delle controversie esistono già dai tempi antichi. Le comunità sono state sempre alla ricerca di diverse modalità di risoluzione dei conflitti che rispecchino nel miglior modo i loro bisogni e i loro desideri. La diplomazia, la

negoziazione, la mediazione e le altre forme di ADR erano attuate nei Grandi regni dagli egiziani, dai fenici, dagli indiani e da altre culture antiche.

Già da un secolo, all'inizio degli anni del 1900, Nathan Roscoe Pound, il decano della Facoltà di Diritto di Harvard, tra gli anni 1916 e 1936, e uno dei più illustri scienziati del secolo XX, secondo la pubblicazione *"The Journal of Legal Studies"*, ha sostenuto fortemente la trasformazione degli istituti della professione giuridica e l'adattamento dei suoi principi "alle condizioni umane che gli stessi istituti governano", "situando il fattore umano nel suo centro di attenzione".

Nella sua relazione alla convenzione invernale annua dell'Associazione dell'Ordine Americano di Los Angeles (12 febbraio 1984), Warren Earl Burger, il Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti, tra gli anni 1969 e 1986, dichiarò: *"l'intera classe forense – legali, giudici, docenti di diritto – è come ipnotizzata dalla ricerca dello scontro in Tribunale al punto che tendiamo a dimenticare il nostro dovere di curare i conflitti. Nonostante i costi salati delle cure mediche, i medici usufruiscono ancora di un alto livello di fiducia da parte del pubblico perché sono percepiti come sanatori"*.

Nello stesso discorso, Warren E. Burger, Presidente della Corte Suprema degli S.U.A., aggiunse: *"Per alcuni conflitti, lo scontro in Tribunale sarà l'unica soluzione; invece per molte altre, l'avversarialità del processo deve sparire con il tempo allo stesso modo di quanto è avvenuto con l'ordalia delle epoche passate. Il nostro sistema è diventato troppo costoso, troppo doloroso, troppo distruttivo e troppo inefficiente per una società realmente civile"*.

Dopo il 1970, molti americani hanno espresso una preoccupazione generale perché il metodo tradizionale di risoluzione delle controversie mediante una causa tradizionale in Tribunale era diventato troppo costoso, troppo lento e troppo doloroso. In più, aumentò anche il carico di lavoro dei Tribunali, aumentando allo stesso tempo anche la durata di tempo necessario per il giudizio di molte cause nel sistema giudiziario.

Tale preoccupazione portò all'apparizione del bisogno di nuovi processi, alternativi alla controversia giudicata in Tribunale, che possano essere adoperati dalle parti per una composizione più rapida, più riservata e priva di sprechi di risorse delle controversie – a breve: più efficiente. Tali metodi o processi di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) sono stati creati per migliorare il sistema giudiziario, integrandolo in una maniera costruttiva, e meno per sostituire la controversia discussa tradizionalmente in Tribunale. Ad esempio, le parti possono utilizzare ADR prima o durante la controversia pendente in Tribunale al fine di prevenire una causa civile o una decisione che non sarà accettata almeno da una delle parti.

Tra gli anni 1994 e 1996, il Lordo Wolf (*Master of the Rolls tra gli anni 1996 e 2000 e Lord Chief Justice d'Inghilterra e Galles tra gli anni 2000 e 2005*) fece una revisione delle regole e delle procedure dei Tribunali civili d'Inghilterra e Galles. Questa revisione sorse da preoccupazioni simili, tali come l'accesso limitato alla giustizia a causa delle spese troppo elevate della controversia tratta in Tribunale, a causa della terminologia troppo complessa e tradizionale, a causa delle differenze inutili di pratica e procedura. Nella relazione finale pubblicata nel 1996, il Lordo Wolf considerò che in certi ambiti di specificità della controversia tratta in Tribunale, il sistema della giustizia civile non adempisse le esigenze delle parti riunite dal conflitto. I principali problemi individuati in

tale relazione si riferivano alle spese, alla durata e alla complessità. La relazione incluse anche dei consigli *“per l’adozione dei protocolli precedenti alla controversia pendente in Tribunale al fine di garantire un approccio fondato soprattutto su cooperazione, al fine di risolvere la controversia, al fine di promuovere la composizione amichevole ed equa delle medesime controversie e al fine di evitare una controversia in Tribunale nei casi in cui lo fosse possibile”*.

Il Consiglio Nazionale Consultivo per la Risoluzione Alternativa delle Controversie di Australia (NADRAC), un organismo indipendente non statutario, fu fondato nel mese di ottobre 1995, per incoraggiare le raccomandazioni delle politiche verso la Procura Generale in merito alla diffusione, all’utilizzo e allo sviluppo della mediazione.

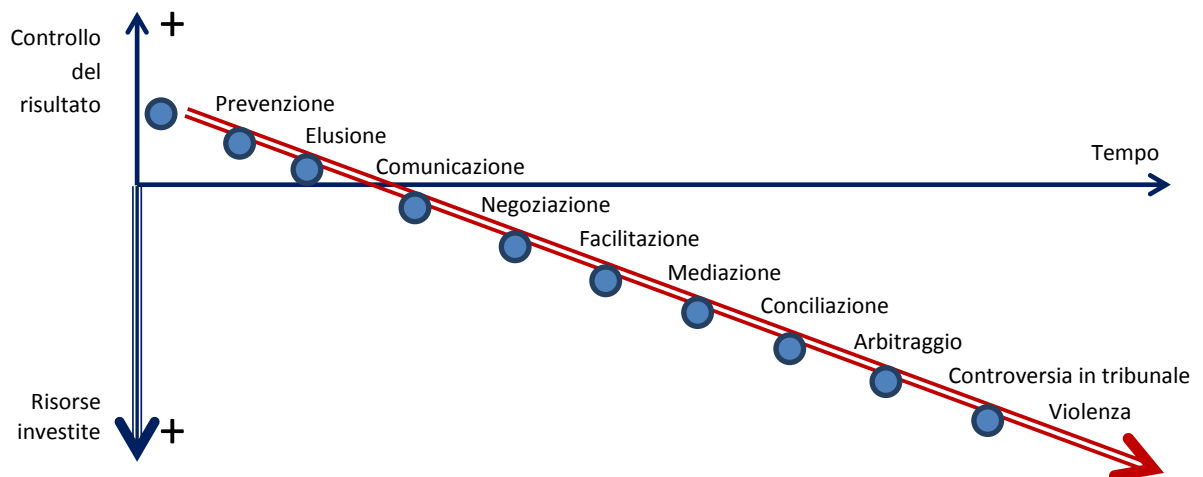
Il 23 aprile 2008, il Parlamento Europeo ha approvato ufficialmente, senza rettifiche, la posizione del Consiglio in merito alle Direttive Europee, relative alla mediazione. Dopo la sua sottoscrizione da parte del Presidente del Parlamento Europeo e del Presidente del Consiglio, la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinanti aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea. Come già indicato, l’obiettivo della direttiva è di facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e promuovere la composizione amichevole delle medesime, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra la mediazione e i procedimenti giudiziari.

Gli esempi sovrastanti raffigurano come può essere arricchita la cultura globale della risoluzione delle controversie mediante nuovi approcci, dedicati a rinforzare e migliorare la capacità del sistema giudiziario di rispondere al meglio possibile alle esigenze della gente. Questi approcci sono tanto differenti quanti gli individui e i loro singoli bisogni, e in ogni caso, il continuum dei processi ADR può essere la base di qualsiasi strategia solida di risoluzione dei conflitti in una maniera efficiente, costruttiva e senza violenza.

1.2.2. Che cosa è A.D.R.?

La risoluzione alternativa delle controversie è un sistema di metodi e processi che può essere adoperato per la risoluzione delle controversie. Alcune definizioni di ADR fanno riferimenti a processi che sono alternativi alle controversie trattate e pendenti in Tribunali.

C’è un ampio spettro di processi ADR, chiamato continuum ADR, che viene definito in base a dei criteri tali come: il livello dell’intervento, le risorse investite e il controllo del risultato. Di conseguenza, lo spettro ADR inizia da un livello minimo d’intervento, minime risorse investite e controllo massimo del risultato, cioè la negoziazione. Le ultime tappe dello spettro ADR significano un massimo livello d’intervento, risorse massime investite e controllo minimo del risultato, cioè la causa tratta in Tribunale e la violenza (*vedere la sottostante immagine*).



Come sopra indicato, i processi ADR sono stati creati per rispondere ai bisogni specifici dei privati e delle società persone giuridiche. La maggior parte non aveva neanche un ambito legale. Ad esempio, il processo di facilitazione è riconosciuto come processo ADR, ma nella maggior parte degli Stati non ha un ambito legale specifico. Nell'Unione Europea ci sono comunque i servizi professionali di facilitazione. Perciò, l'importanza, l'esistenza e, soprattutto, i benefici di questi metodi e processi sono indipendenti dal loro ambito legale che avvolta, può rivelarsi utile, ma il quale non è essenziale.

L'acronimo della lingua inglese per la risoluzione alternativa delle controversie, A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) ha acquisito col passar del tempo dei significati diversi. Uno di questi significati è la risoluzione opportuna delle controversie e si riferisce al fatto che a base di un'analisi dettagliata, un certo metodo di risoluzione delle controversie offre in un caso dato le migliori opportunità per una risoluzione efficiente, essendo di conseguenza più opportuna ad altri metodi a quel punto. Ad esempio, la controversia in Tribunale può essere in certi casi il metodo opportuno da dover tentare in primo luogo, mentre in altri casi può essere più opportuno ricorrere prima ai processi ADR.

1.2.3. Criteri per la scelta dei processi A.D.R.

Ci sono più processi ADR creati col passar tempo. Per tentare un approccio completo dell'analisi dei processi ADR, possono essere analizzati i seguenti criteri:

- | | | |
|------------------------------------|--|----------------------|
| 1. La partecipazione | (volontaria | / imposta) |
| 2. L'intervento dei terzi | (sì | / no) |
| 3. La flessibilità procedurale | (informale | / formale) |
| 4. Il carattere privato o pubblico | (privato | / pubblico) |
| 5. La riservatezza | (confidenziale | / non confidenziale) |
| 6. La natura della soluzione | (fondata su interessi / imposta, fondata su leggi) | |
| 7. Le spese | (basse | / elevate) |
| 8. La presenza fisica | (online | / fisica) |

Il primo criterio, la **Partecipazione** fa riferimento al fatto che per certi processi ADR, la partecipazione è volontaria, mentre per altri è imposta mediante gli obblighi contrattuali

o per legge. Secondo l'accordo delle parti e la situazione data, sia la partecipazione, sia la partecipazione imposta può essere e nell'interesse delle parti. L'obbligo contrattuale può essere contenuto in una clausola riguardante la risoluzione delle controversie; di seguito, sono riportati alcuni esempi.

O.M.P.I. (Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale) [Svizzera, Geneva]:

“Qualsiasi conflitto, controversia o richiesta, che deriva in conformità, da o in merito a questo contratto e qualunque emendamento successivo, compresi, senza limitazione, la formazione, la validità, gli effetti tassativi, l'interpretazione, l'esecuzione, la violazione o la cessazione, nonché le richieste non contrattuali, saranno assoggettati a mediazione, in conformità con le Regole di Mediazione ICOM-OMPI. Il luogo di mediazione sarà [specificare il luogo]. La lingua della mediazione sarà [specificare la lingua]”.

C.I.C. (Camera di Commercio Internazionale) [Parigi, Francia]:

“In caso di una controversia risultata da oppure in merito al presente contratto, le parti intendono ricorrere alle procedure di risoluzione secondo le Regole ADR di C.I.C. Se la controversia non è stata risolta ai sensi delle citate Regole fino alla scadenza di una durata di quarantacinque (45) giorni dalla presentazione della Richiesta di risoluzione alternativa della controversia o di qualunque altra durata convenuta per scritto dalle parti, la medesima controversia sarà risolta con l'osservanza delle Regole di Arbitraggio della Camera di Commercio Internazionale mediante uno o più arbitri nominati secondo le relative Regole di Arbitraggio”.

C.M.S. (Centro per la Mediazione di Singapore) [Singapore]:

“Qualsiasi controversia, conflitto o disaccordo che deriva da oppure in merito a questo contratto, sarà inviato al Centro per la Mediazione di Singapore per la sua risoluzione per mediazione, in conformità con la Procedura di Mediazione vigente. Le parti sono d'accordo di partecipare alla mediazione di buona fede e s'impegnano a rispettare i termini dell'accordo raggiunto”.

Istituto degli Arbitri Accreditati [Regno Unito]:

“Le parti tenteranno di risolvere qualsiasi controversia emersa da o in merito a questo contratto per negoziazioni tra i rappresentanti della direzione esecutiva delle parti, i quali sono autorizzati a risolvere la medesima controversia”.

Se la controversia non viene risolta per negoziazione entro trenta (30) giorni dalla ricezione per scritto dell'invito a negoziazione, le parti proveranno a risolvere la stessa controversia di buona fede, mediante una procedura ADR, secondo le raccomandazioni conferite alle parti dal Presidente o dal Sostituto del Presidente dell'Istituto degli Arbitri Accreditati.

Se la controversia non viene risolta mediante una procedura ADR entro sessanta (60) giorni dall'inizio della relativa procedura o se una delle parti rifiuta la partecipazione a una procedura ADR, la controversia può essere assoggettata a una risoluzione per arbitraggio da qualunque delle parti. Se le parti non possono convenire sulla nomina di uno o più arbitri oppure sulle Regole di arbitraggio, allora una delle parti può richiedere, dopo la trasmissione di una comunicazione scritta all'altra parte, la nomina di uno o più arbitri dal Presidente o dal Sostituto del Presidente dell'Istituto degli Arbitri Accreditati e può sollecitare a questo una delibera in merito alle regole necessarie.

Questa clausola non sarà interpretata come un divieto, per le parti oppure per le entità collegate, di ricorrere ai Tribunali per ottenere la pronuncia delle misure provvisorie”.

Il secondo criterio, **l'intervento di un terzo**, fa riferimento al fatto che in alcuni casi, il processo ADR deve essere stabilito con l'assistenza o l'intervento di un terzo, nominato di solito con la titolatura di **persona imparziale designata** (*neutral, in lingua inglese*). Ad esempio, in sede di negoziazione, anche se i consulenti possono partecipare al processo, al fine di assistere le parti, il processo non è assistito da un'altra parte (*Fisher, Ury, Patton, Getting to Yes, Penguin Group*), mentre in sede di conciliazione, il processo è assistito da un terzo neutrale, il conciliatore.

Secondo il terzo criterio, **la Flessibilità procedurale**, alcuni processi sono più aperti di altri ai suggerimenti delle parti in materia della flessibilità procedurale. Ad esempio, in alcuni casi, all'inizio della controversia, è possibile che le parti cerchino i processi ADR più informali che sono più flessibili dal punto di vista procedura. In altri casi invece, in cui si verificano fasi avanzate di una controversia, le parti potrebbero cercare i processi ADR più formali, con regole più formali e più rigidi.

Altri criteri importanti sono dati dal **Carattere privato o pubblico** e dalla **Riservatezza**. Il primo si riferisce alla natura pubblica o privata dei processi ADR. In alcuni processi privati ADR, le parti avranno anche la possibilità di scegliere in fase preliminarmente se vogliono che tutto il processo sia uno confidenziale. Questo aspetto viene all'incontro delle parti, considerato che l'assenza del carattere confidenziale può rappresentare una barriera alla fiducia, alla trasparenza e alla divulgazione di tutte le informazioni.

Le parti possono essere interessate anche a un processo che sia in grado di offrire una soluzione fondata o meno su interessi. In alcuni casi, possono cercare processi in cui la soluzione sia pronunciata da una persona imparziale designata come terza e imposta per il processo. Perciò, secondo i bisogni delle parti, la **Natura della soluzione** può essere un criterio di rilevanza nella scelta del più idoneo processo ADR.

Le **spese** rappresentano un altro criterio importante che dimostra che al momento della scelta del più idoneo processo ADR, le parti possono avere un approccio commerciale e possono vedere ADR come un investimento. In alcuni casi, ADR può essere fornita dai Tribunali o mediante altri programmi (ad esempio: *i centri comunitari, i centri governativi ADR*). Altri servizi ADR possono essere forniti a pagamento dagli specialisti privati con il ruolo di persone neutre designate.

Un altro criterio si riferisce alla **Presenza** delle parti o di altri partecipanti, se caso, al processo A.D.R. Grazie al progresso tecnologico, sono apparsi nuove forme di processi ADR, denominati Risoluzione Online delle Controversie (S.O.L.). Questi processi hanno il vantaggio di consentire l'accesso ad ADR delle parti che dovrebbero investire risorse notevoli per un incontro fisico. Sembra che in futuro, sempre più processi SOL saranno disponibili, una volta con lo sviluppo della comunicazione online (*online shopping*).

1.2.4. Esempi di processi ADR

Ai fini delle presenti linee guide, si riporta descrizione di una selezione di processi di risoluzione alternativa delle controversie. Tra questi, la negoziazione, la mediazione e

l'arbitraggio sono probabilmente i più noti e i più utilizzati dalle parti al livello mondiale e nell'Unione Europea.

1.2.4.1. La negoziazione

Il processo di negoziazione è stato affrontato da più prospettive. Secondo una di esse, la negoziazione è un processo di comunicazione tra due oppure più parti che cercano soluzioni ai problemi comuni.

Henry Kissinger ha definito la negoziazione come “un processo di messa insieme delle posizioni conflittuali in una prospettiva comune attraverso una decisione fondata su unanimità” (*Kissinger, 1969*).

La negoziazione è stata definita anche come “una comunicazione reciproca allo scopo di raggiungere un accordo da due o più parti con certi interessi comuni e altri contrari o semplicemente diversi. La negoziazione è una parte intrinseca di qualsiasi azione comune di risoluzione dei problemi e di risoluzione delle controversie e può essere verbale, non verbale, implicita, esplicita, diretta o per intermediazioni” (*Michael L. Moffitt and Robert C. Bordone, eds., Handbook of Dispute Resolution [Program on Negotiation / Jossey-Bass, 2005], 279*).

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *no*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato*; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *basse*; Presenza fisica: *sì* *.

La negoziazione può essere distributiva o integrativa. Nel processo della negoziazione distributiva, le parti sono alla ricerca di una soluzione fondata su compromesso, in cui il guadagno di una delle parti è pari alla perdita dell'altra parte e la vice versa. Il processo della negoziazione integrativa (oppure principale oppure fondata su interessi) è basato sull'armonizzazione dei bisogni delle parti come base per la determinazione di alcune opzioni nuove e creative che consentono alle parti di rimediare i problemi che intendono risolvere. Nella negoziazione integrativa, le parti devono seguire quattro principi di base al fine di ottenere un risultato a loro mutuo gradimento. Secondo Fisher, Ury e Patton (*Getting to Yes, 1981*), i principi sono: Separa la gente dai problemi, Concentrati sugli interessi e meno sulle posizioni, Inversa le opzioni per il mutuo guadagno e Insisti sui criteri obiettivi.

1.2.4.2. La facilitazione

La facilitazione è un processo in cui le parti (di solito, un gruppo), con l'assistenza di un praticante per la risoluzione delle controversie (facilitatore), individuano il problema da risolvere, i carichi da compiere o gli aspetti che fanno l'oggetto del conflitto da risolvere. La facilitazione può fermarsi qui o può continuare, aiutando le parti a elaborare opzioni, a prendere in considerazione alternative e a forzarsi al raggiungimento di un accordo. Il facilitatore non funge ruolo consultativo o decisivo in merito al contenuto degli aspetti messi in discussione o alla soluzione del processo, ma può offrire consulenza in merito al processo di facilitazione oppure può stabilire questo processo (determine the process of facilitation) (*vedere Australian Commercial Disputes Centre (ACDC), www.acdcltd.com.au*).

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato*; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *basse* *; Presenza fisica: *sì* *.

Il facilitatore ha tre ruoli fondamentali – concepisce il processo, guida le parti durante il processo e si assicura che gli aspetti chiavi emersi dal processo sono stabili e affrontati conformemente. In parole più semplici, il ruolo del facilitatore è di aiutare il gruppo a raggiungere i suoi obiettivi. Per raggiungere tale risultato, la figura professionale del facilitatore richiede da un lato competenze riferite allo svolgimento del processo, e da un altro lato competenze sostanziali riferite al suo contenuto.

1.2.4.3. La mediazione

Ai sensi dell'articolo 3, lettera a) della Direttiva UE 2008/52/CE, “*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 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*”.

La legge romana della mediazione (articolo 1 della Legge del 2006 n. 192) definisce la mediazione come segue: “La mediazione rappresenta una modalità di risoluzione dei conflitti a via bonaria, con l'aiuto di un terzo specializzato in qualità di mediatore, in condizioni di neutralità, imparzialità, riservatezza e avendo il libero consenso delle parti”.

La mediazione è un processo di negoziazione facilitata da una persona neutra nominata senza potere di decisione.

(Chereji, Gavrilă <http://kluwermediationblog.com/2014/01/04/defining-mediation/>)

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato*; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *basse* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.4. La conciliazione

La conciliazione è una facilitazione del processo di comunicazione, mirata a ridurre le tensioni e migliorare il rapporto tra una o più controparti, con l'aiuto di un terzo chiamato conciliatore. La conciliazione è il più informale dei processi ADR e può rappresentare la premessa di un successivo processo di mediazione. Avvolte, la conciliazione può portare a un accordo.

Si può chiamare, sempre conciliazione, il processo gestito dai giudici e mirato sullo sfruttamento delle diverse alternative di cui le parti possono usufruire, utilizzare al fine di tentare il raggiungimento di un accordo prima dell'inizio del procedimento al Tribunale.

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato*;

Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *basse* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.5. La Valutazione Preliminare Neutra (EPN)

La valutazione preliminare neutra è un processo ADR in cui le parti cercano e ricevono una valutazione del loro caso da parte di uno specialista, un avvocato oppure un'altra figura professionale specializzata neutra chiamata valutatore, assuefatto con l'oggetto della controversia.

Questo valutatore offre ai clienti e ai loro avvocati un'immagine corretta sulla situazione e incrementa la comunicazione tra le parti al fine di raggiungere un accordo. Tuttavia, il valutatore non ha il potere d'imporre la valutazione alle parti, e il processo è riservato, tranne il caso in cui le parti prevedano altrimenti.

Di solito, il valutatore è stabilito di comune accordo dalle parti della controversia e ha le competenze necessarie connesse al processo oltre alla perizia dell'oggetto del conflitto.

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato*; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *basse* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.6. L'arbitraggio

L'arbitraggio è la forma la più tradizionale di risoluzione delle controversie private. La soluzione emersa da una procedura di arbitraggio è obbligatoria. Il processo è spesso "amministrato" da un'organizzazione privata che ha un elenco degli arbitri disponibili e fornisce le regole di organizzazione dell'arbitraggio. Tali organizzazioni possono inoltre gestire l'arbitraggio integrale o parziale. Le parti scelgono spesso gli arbitri in base alla loro esperienza (*Judicial Arbitration and Mediation Services*, <http://www.jamsadr.com/>).

La decisione arbitrale è obbligatoria per le parti in assenza di un accordo contrario ed è definitiva con pochissime eccezioni.

Le parti scelgono la procedura arbitrale al posto di una causa tratta in Tribunale per la flessibilità più alta, la neutralità del processo (l'arbitraggio può essere organizzato in un altro paese a quello di domicilio delle parti), la possibilità di scegliere gli arbitri, la durata e le spese, la riservatezza, le decisioni obbligatorie e il riconoscimento e l'esecutività delle soluzioni deliberate.

Caratteristiche: Partecipazione: *imposta* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *formale*; Carattere privato o pubblico: *privato*; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *imposta/fondata su norme*; Spese: *elevate* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.7. Mini-Trial - Mini-processo

Mini-Trial è un processo ADR in cui una persona neutra designata assiste le parti nella valutazione del loro caso, al fine di fornire un'opinione consultativa in merito al risultato il più probabile della controversia.

Come suggerisce anche la sua denominazione, Mini-Trial è diverso dalla causa tratta in Tribunale. Sebbene la persona neutra nominata sia solitamente un giudice in pensione, egli mira l'elaborazione di un processo con cui tenti il raggiungimento di un accordo, all'interno del quale le parti presentano versioni molto riassuntive dei relativi casi.

In certe situazioni, la persona neutra nominata lavora con i rappresentanti delle direzioni delle parti per formare una commissione di Mini-Trial, tentando di elaborare un accordo dopo che le parti hanno esposto la loro causa.

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato*; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *elevate* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.8. Il Giorno (la Settimana) degli Accordi

Il Giorno (la Settimana) degli Accordi (*Settlement Day (Week)*) è un processo ADR che prevede la determinazione di un giorno o di un'intera settimana per la programmazione delle cause per mediazioni e altri processi ADR, al fine di risolvere un numero maggiore di cause. Una sessione di mediazione può avere la durata di qualche ora e, se caso, si possono organizzare delle sessioni addizionali.

Tale processo ADR può essere pianificato una volta all'anno dai Tribunali, per rendere una dichiarazione pubblica sullo sviluppo della cultura del consenso e dell'accordo.

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria*; Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale*; Carattere privato o pubblico: *privato* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *fondata su interessi*; Spese: *basse* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.9. I processi ibridi

I processi ADR possono essere abbinati nei cosiddetti "processi ibridi". I processi nuovi risultati restano nell'ambito ADR, destinati ad aiutare le parti nella risoluzione delle loro controversie. Si possono ritenere anche come alternative ai processi tradizionali tratti in Tribunali.

Due esempi di processi ibridi sono: la Med-Arb (mediazione-arbitraggio) e l'Arb-Med (arbitraggio-mediazione).

In sede di Med-Arb (mediazione-arbitraggio), le parti tentano di raggiungere inizialmente un accordo per mediazione, e poi, se tale processo fallisce, mettono in atto il processo di arbitraggio. Le parti raggiungono spesso un accordo in quanto non preferiscono una soluzione imposta. Tuttavia, se ha luogo il secondo processo (arbitraggio), in certi casi, l'arbitro e il mediatore sono persone differenti. In altri casi, si tratta della stessa persona, vuol dire un terzo neutro con formazione nell'ambito Med-Arb.

Arb-Med (arbitraggio-mediazione) è sempre un processo in due fasi. In una prima fase, un terzo neutro con ruolo di arbitro ascolta le dichiarazioni, percorre le prove e tutti gli altri elementi della procedura arbitrale. Poi, l'arbitro può pronunciare una decisione che

mette in una busta sigillata. In una seconda fase, è il mediatore che gestisce il processo di mediazione tra le parti, offrendo assistenza al fine di una riconciliazione e di arrivare a un accordo. Le parti possono stabilire dall'inizio che, nel caso in cui la mediazione non porti a un accordo entro un certo periodo, possono aprire la busta, e la decisione sarà tassativa.

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *informale/formale*; Carattere privato o pubblico: *privato* *; Riservatezza: *confidenziale* *; Natura del risultato: *obbligatoria / fondata su interessi*; Spese: *elevate* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.4.10. La controversia contenziosa

La controversia tratta e pendente in Tribunale è la forma tradizionale di risoluzione delle controversie, fondata sull'iscrizione della causa ai ruoli dei Fori. Il Giudice ascolta gli argomenti delle parti in merito all'interpretazione della legge applicazione alla relativa causa e, poi, si pronuncia a favore di una delle parti.

Nell'ambito ADR, la controversia tratta e pendente in Tribunale è il custode dell'accesso alla giustizia. Senza l'esistenza delle controversie in Tribunale, il sistema ADR sarebbe piuttosto a danno dei diritti dell'uomo e del buon funzionamento del sistema giudiziario al posto di promuovere lo Stato di diritto.

Caratteristiche: Partecipazione: *volontaria*; Intervento dei terzi: *sì*; Flessibilità procedurale: *formale*; Carattere privato o pubblico: *pubblico* * (* indica l'esistenza di eccezioni); Riservatezza: *non confidenziale* *; Natura del risultato: *obbligatoria / fondata su norme*; Spese: *basse / elevate* *; Presenza fisica: *sì* *.

1.2.5. Continuum delle opzioni di risoluzione delle controversie

In sede della risoluzione alternativa delle controversie, a base di un'analisi, un conflitto può essere risolto mediante una successione strategia di processi ADR. Questo si può realizzare elencando tutti i processi, da quelli meno formali, che richiedono un minimo di risorse investite e offrono un controllo massimo sui processi e sul risultato, a quelli più formali, che richiedono maggiori investimenti nelle risorse e offrono un controllo limitato sul risultato. Tutti tali processi ADR possono essere chiamati "*continuum delle opzioni di risoluzione delle controversie*". Le parti possono scegliere certi processi ADR al fine di ottenere il miglior risultato possibile con un minimo investimento nelle risorse, cioè una soluzione efficiente.

1.2.6. Uno studio di caso riguardante l'implementazione ad esito positivo di ADR – il concetto "multi-door"

Uno studio di caso riconosciuto al livello globale come implementazione a esito positivo di ADR è il concetto del Tribunale "multi-door", elaborato negli Stati Uniti di America con inizio dalla fine degli anni 1970.

Sembra che tale concetto dei Tribunali *multi-door* abbia iniziato da un lavoro sostenuto dal professore Frank Sander dell'Università Harvard nel 1976 (Sander, "*Varieties of Dispute Processing*", in Levin and Wheeler, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* (1979)).

L'essenza del concetto del Tribunale multi-door, come spiegato dal professore Sander nel 2008, era *“di analizzare diversi modi di risoluzione delle controversie – mediazione, arbitraggio, negoziazione e med-arb (un misto di mediazione e arbitraggio). Abbiamo provato ad analizzare ciascun processo e vedere dove potremmo stabilire una sorta di tassonomia che ci sveli la strada da seguire da ogni singola controversia e che porta è più adatta da aprire secondo ogni tipologia di controversia. È qualcosa su cui lavoro dal 1976 perché, sebbene sia un'idea semplice, l'idea dei Tribunali multi-door non è facile da mettere in pratica, perché non è facile da stabilire a quale porta bussare per risolvere la causa. Ci lavoriamo continuamente”* (Hernandez-Crespo, *op. cit.*, at 8).

Il concetto di Tribunale *multi-door* è stato implementato nell'Unione Europea e in Slovenia, e gli Stati europei settentrionali ne rappresentano un buon esempio.

1.3. Mediazione

La procedura di mediazione è una delle forme le più utilizzate di risoluzione alternativa delle controversie, perché implica un rapporto naturale tra le abilità del mediatore in merito al processo e all'oggetto della causa, con un approccio sistemico che aiuti le parti a convenire sul futuro delle loro difficoltà comuni. A breve, il mediatore facilita una negoziazione senza avere l'autorità di prendere decisioni in merito a un processo od a una soluzione.

La mediazione si utilizza da migliaia di anni. Ad esempio, nel 1800 B.C. dei Grandi regni (Siria di oggi) utilizzava la mediazione e l'arbitraggio nelle controversie con altri regni (A *History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, Jerome T. Barrett, Joseph P. Barrett, Wiley, 2004).

Altri esempi si ritrovano in religione. Nel Nuovo Testamento, tre passaggi differenti si riferiscono a Gesù come il Mediatore tra Dio e gli uomini. Nella prima Lettera a Timotei, al capitolo 2[5] si dice: *“Uno solo, infatti, è Dio e uno solo il mediatore fra Dio e gli uomini, l'uomo Cristo Gesù”*.

Un termine comune per la mediazione, utilizzato nella legge islamica è *“Wassatah”*. Nel suo libro *“Kitab al-wuzaraa” The Book of Ministers*, Al-Jahshiyar (331A.H-943 A.D) ha utilizzato *“tawasut”* nel caso della mediazione di Muhammad Ibn Muslim, per agevolare il peso di coloro che dovevano pagare il dazio per i terreni (*kharaaj*) e la mediazione di Yahya, tra un uomo e Abbasside Khalifah Harun al-Rashid (198 A.H. – 814 A.D). Nel diritto islamico, il termine comune per la mediazione è *“di camminare tra le controparti”* (Dr Said Bouheraoua, *Foundation of mediation in Islamic law and its contemporary application*).

Come altre tradizioni e istituti, oggi la mediazione è diventata più basata su norme, più specializzata e più strutturata. La preparazione formale, il rispetto dei codici etici e gli accreditamenti sono ora tutti necessari perché i mediatori possano prestare i servizi di mediazione nella maggior parte degli Stati, ivi inclusa l'Unione Europea.

1.3.1. Definizioni della mediazione

Ai sensi dell'articolo 3, lettera a) della Direttiva UE 2008/52/CE, *“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 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”*.

Ci sono molte altre definizioni della mediazione, sia nell'Unione Europea, sia al livello mondiale. Alcuni dei più importanti prestatori di servizi ADR definiscono la mediazione ben diversamente, il che può generare confusione tra gli utenti e i prestatori che hanno bisogno di una chiara definizione della mediazione. Le differenze sono determinate dal fatto che alcune definizioni si concentrano su che cosa è la mediazione, mentre un'altra parte si centra su che cosa non è la mediazione e su come si organizza oppure sulla definizione della figura del mediatore.

Ecco alcuni esempi di definizioni della mediazione.

Secondo il Centro per la Risoluzione Efficiente delle Controversie (del Regno Unito), *“la mediazione è un processo flessibile, svolto in condizioni di riservatezza, in cui una persona neutra assiste attivamente le parti nel raggiungimento di un accordo negoziato in merito a una controversia o un disaccordo, avendo le parti il controllo sulla decisione riguardante alla composizione dell'accordo e sui termini della risoluzione”*.

La Camera di Commercio Internazionale (il Centro Internazionale per ADR di Parigi) definisce la mediazione come *“una tecnica di accordo flessibile, svolta in condizioni private e confidenziali, all'interno della quale un mediatore agisce come un facilitatore neutro, aiutando le parti a raggiungere un accordo negoziato in merito alla controversia esistente tra di loro”*.

Secondo il Centro di Arbitraggio e Mediazione di OMPI (Geneva), *“la mediazione è una procedura informale in cui un intermediario neutro, il mediatore, assiste le parti per raggiungere un accordo negoziato in merito a una controversia (secondo le preferenze delle parti, in assenza di un accordo, la mediazione può essere seguita da arbitraggio, arbitraggio rapido oppure dalla valutazione di un perito specialista)”*.

A breve, *“la mediazione è un processo di negoziazione facilitata da una persona neutra senza potere di decisione”* (Chereji, Gavrilă, kluwermediationblog.com).

1.3.2. Ruolo del mediatore

Il Mediatore ha le seguenti tre competenze: analisi del conflitto, appoggio della comunicazione e controllo del processo e della negoziazione.

Di conseguenza, i ruoli del mediatore possono essere estratti dalle sue competenze. Innanzitutto, il mediatore è uno **specialista nella risoluzione dei conflitti**, capace di fare un'analisi del conflitto, applicando certi modelli di analisi del conflitto in determinate situazioni. Il mediatore è anche un **facilitatore**, potendo assistere le parti a concepire il processo di mediazione e i suoi obiettivi e aiutandole a passare attraverso un processo

e raggi-ungere gli obiettivi. Il mediatore ha quasi sempre il ruolo di **ospite** delle parti in quanto gli incontri di mediazione si svolgono alla sua sede. Il mediatore ha anche ruolo di **educatore** perché offre alle parti informazioni sul processo di mediazione perché le stesse parti pensino, concepiscano e utilizzino la mediazione in una maniera sempre più efficiente. Il mediatore è anche **consulente di processo**, suggerendo le procedure per l'avanzamento delle discussioni nell'ambito della mediazione, potendo includere incontri ristretti, consultazioni con avvocati esterni e periti. Il mediatore è anche colui che discute con le parti in merito alle alternative di un accordo negoziato, in merito alle opportunità, ai rischi e alla sicurezza. Un ruolo chiave del mediatore è di essere **la persona con i dettagli** e di avere un'evidenza delle informazioni rilevanti per le parti. Nella sua qualità, il mediatore può assistere le parti a redigere l'accordo. Siccome i servizi di mediazioni possono essere offerti in cambio a un onorario, il mediatore può essere considerato anche **consulente**. In conclusione, il mediatore è **la persona che gestisce** il processo di mediazione, mentre le parti sono le persone che prendono le decisioni sia in merito al processo, sia in merito al risultato.

1.3.3. Confusioni sulla mediazione. Che cosa non è la mediazione.

Indipendentemente dalle differenze tra le definizioni della mediazione, esiste anche un approccio più unitario nell'Unione Europea e al livello mondiale in merito a quello che non è la mediazione e quello che non è il mediatore.

Il mediatore non è giudice o una persona di decisione. Il mediatore non può imporre le decisioni sulle parti. In più, nella maggior parte dei casi, il mediatore non è specialista o perito nell'oggetto della controversia e, di conseguenza e in genere, non può suggerire alle parti le soluzioni.

Il mediatore non è uno specialista giuridico delle parti. Anche se il mediatore è un legale per formazione oppure un avvocato praticante, egli deve evitare l'erogazione dei servizi giuridici alle parti. In più, la sua figura imporrà un altro tipo di rapporto contrattuale tra il mediatore e le parti.

Il mediatore non è lo psicoterapeuta delle parti. Lo scopo del mediatore non è di trattare i problemi mentali delle parti, ma di preparare il terreno, aiutano le parti a capire in una maniera chiara quali sono i loro bisogni e sentimenti per prendere decisioni informate in merito alle questioni che intendono risolvere. Sebbene la mediazione riesca a riparare i rapporti tra le parti e, di conseguenza, a trasformare la visione delle parti una all'altra, il mediatore non è lo psicoterapeuta delle parti.

Il mediatore non stabilisce i fatti e non è un pubblico ministero. Il suo ruolo non è di scoprire la verità, indipendentemente dalle sue convinzioni sul fondo della causa.

1.3.4. Principi della mediazione

Un'altra modalità che permette la comprensione della mediazione è lo studio dei suoi piloni fondamentali: i principi. I seguenti principi si applicano a tutte le tipologie e a tutti gli stili di mediazione, indipendentemente dalla denominazione che hanno. In certi casi, la loro applicazione è subordinata alla legge, alle regole o agli accordi contrattuali.

I principi della mediazione sono: la partecipazione volontaria, la neutralità (il conflitto d'interessi), l'imparzialità, la riservatezza, l'autodeterminazione, il consenso informato e il benessere dei bambini (la mediazione familiare).

1.3.4.1. La partecipazione volontaria

Il principio della partecipazione volontaria o dalla propria iniziativa si riferisce al fatto che il desiderio delle parti di partecipazione alla mediazione non è soggetto di costrizioni. Lo possiamo analizzare da più prospettive – informazione, iniziazione, partecipazione.

Innanzitutto, la caratteristica d'*informazione* della partecipazione si riferisce al fatto che le parti possono chiedere liberamente informazioni sulla mediazione e sui suoi benefici oppure possono essere "invitate" a farlo. Secondo la Direttiva UE 2008/52/CE, l'articolo 5, "(1) L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili. (2) La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima sia dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario".

Al fine di estendere la disponibilità della mediazione, alcuni paesi hanno sviluppato delle leggi con disposizioni obbligatorie relative alla mediazione. Ad esempio, Romania ha previsto nel 2013 gli incontri informativi in merito ai benefici della mediazione, i quali erano tassativi per l'attore prima dell'iscrizione della sua causa ai ruoli dei Tribunali, sotto la sanzione dell'improcedibilità della causa. La Corte Costituzionale di Romania ha considerato nel 2014 che tale prescrizione impedisse alle parti l'esercizio del diritto di accesso al sistema giudiziario.

La seconda caratteristica del principio della partecipazione volontaria, *l'iniziazione*, si riferisce alla facoltà delle parti d'iniziare il processo di mediazione. Questo può avvenire mediante la sottoscrizione di un contratto o accordo di mediazione e/o il pagamento di alcune somme di denaro.

Italia ha previsto un tentativo di mediazione nelle cause civili e commerciali considerato *obbligatorio* per legge (Decreto legislativo del 2013 n. 69) per alcune cause e per un periodo sperimentale di quattro anni, periodo in cui il Ministero italiano della giustizia dovrà realizzare un monitoraggio dei risultati riscontrati in terreno. Questo esempio di legislazione della mediazione che consente la rinuncia successiva alla procedura, mette in dubbio il principio della partecipazione volontaria nella mediazione perché le parti sono tenute a pagare l'importo pari a Euro 40 per partecipare a tale processo. In merito a questo, ci sono almeno due punti di vista. Secondo il primo che fa riferimento al bene collettivo, le parti hanno la libertà di rinunciare alla mediazione dopo la prima sessione obbligatoria con il mediatore; di conseguenza, la mediazione è sempre volontaria, non essendo costrette le parti a continuare il processo o, peggio, a raggiungere un accordo nella relativa controversia. Secondo il secondo punto di vista, il processo include la coercizione, per cui perde il suo carattere volontario.

La terza caratteristica è la partecipazione. Indipendentemente dal dibattito teso tra gli specialisti della mediazione e non solo tra di loro, la mediazione è un atto volontario in quanto le parti possono rinunciare al processo ogni momento senza alcun danno.

1.3.4.2. La neutralità (il conflitto d'interessi)

La mediazione è fondata sulla fiducia che le parti concedono al mediatore, come una persona in grado di facilitare le negoziazioni tra di loro e offrirgli l'appoggio necessario per la risoluzione del conflitto, raggiungendo una soluzione conveniente, efficiente e durevole (articolo 1, c. (1) della Legge romana relativa alla mediazione del 2006 n. 192).

Lo è un aspetto fondamentale per il principio della neutralità, perché le parti avranno fiducia nel mediatore e nel processo, basandosi sulla neutralità del mediatore. La neutralità del mediatore può essere definita come l'assenza di connessioni tra la figura del mediatore e le parti oppure tra questo e l'oggetto della mediazione, disabilitando il mediatore di avere alcun interesse in materia.

Qualsiasi genere di connessione tra il mediatore e le parti può avere un effetto negativo sulla motivazione riguardante l'uguaglianza delle opportunità tra le parti e il mutuo guadagno o, almeno, può incidere sulla percezione delle parti in merito.

Pertanto, per le parti, è importante di chiarire qualsiasi percezione riguardante l'assenza di neutralità del mediatore. La neutralità del mediatore deve essere affermata prima di tutto dal mediatore stesso, comprovata poi dal suo comportamento, e in fine percepita e compresa dalle parti.

L'adempimento del principio della neutralità dipende dalla capacità del mediatore di collocarsi a distanze concettuali uguale rispetto alle parti dall'inizio della mediazione. Le distanze devono essere abbastanza grandi, in modo che il mediatore sia in una zona che non interferisca con gli interessi delle parti. Tuttavia, la neutralità del mediatore può variare nel corso del processo di mediazione secondo le informazioni e i dilemmi nuovi riscontrati.

1.3.4.3. L'imparzialità

Se per neutralità, il mediatore guadagna una posizione equidistante, il principio riferito all'imparzialità rispecchia la capacità del mediatore di mantenere la stessa posizione equidistante; ciò deve accadere sia alla luce della realtà e dei fatti, sia nella percezione del mediatore e delle parti.

Pertanto, nella mediazione, il principio dell'imparzialità è la capacità del mediatore di fornire lo stesso trattamento a entrambi le parti e di offrire loro pari opportunità durante il processo.

Il concetto di neutralità ed imparzialità sono spesso scambiati tra loro. Al fine di evitare le confusioni, la neutralità può essere staticamente collegata alla mancanza di qualsiasi **interesse**, mentre l'imparzialità può essere dinamicamente legata al **comportamento** del mediatore.

Se una delle parti ha il dubbio che il mediatore non sia neutro, l'imparzialità è afflitta poi anch'essa. Se, al contrario, una delle parti considera che il mediatore sia neutro, ma si sente infastidito dalle sue azioni, allora il principio dell'imparzialità è in pericolo.

1.3.4.4. La riservatezza

Il principio della riservatezza può essere semplicemente riassunta come segue: quello che accade alla tavola della mediazione, resta lì. Anche se questo può sembrare così semplice, il principio della riservatezza comporta più caratteristiche.

In primo luogo, la mediazione è un processo privato. La riservatezza crea un ambiente potente per la fiducia, l'apertura e le confessioni. Sapendo che tutte le cose dette non saranno utilizzate contro di loro, essendone impossibile, ci sono maggiori probabilità per le parti di essere sincere e dirette. Tale risultato può essere ottenuto quando il processo è privato e quando la riservatezza del processo è formalizzata.

In secondo luogo, la riservatezza sarà trattata differentlye dalle diverse categorie di partecipanti alla mediazione. Ad esempio, i mediatori possono essere tenuti per legge a rispettare la riservatezza di tutte le informazioni, mentre le parti possono decidere col riguardo al carattere riservato delle informazioni nell'abito del processo di mediazione. Altri partecipanti alla mediazione (specialisti, amici, parenti, consulenti) possono essere invitati a firmare accordi di riservatezza.

Ci sono tuttavia limiti al principio di riservatezza. Alcuni di loro possono far riferimento alla tutela degli interessi dei bambini, alla prevenzione di un danno all'integrità fisica e psicologica di una persona o alla divulgazione del contenuto dell'accordo raggiunto per negoziazione che può essere utile per applicare o dare esecuzione all'accordo.

1.3.4.5. L'autodeterminazione

L'autodeterminazione rimane probabilmente l'essenza della mediazione e rappresenta la consapevolezza della libertà delle parti per quanto riguarda il contenuto e il processo.

L'autodeterminazione è basata sulla capacità delle parti di prendere le proprie decisioni informate, conoscendo i loro bisogni e gli interessi dei loro figli (*Robert D. Bordett, CFP, CDFA*).

Dato il carattere interculturale della mediazione transfrontaliera, la necessità di centrarsi sull'autodeterminazione è più acuta che mai. Quando le parti hanno diversi background culturali, la mediazione riuscirà con un livello di giustizia procedura che sostiene e incoraggia l'autodeterminazione e il consenso informato.

Questo è il principio morale ed etico fondamentale che rispetta l'autonomia e l'indipendenza delle parti in mediazione.

1.3.4.6. Il benessere dei bambini

I mediatori devono dare particolare attenzione al benessere dei bambini e ai loro diritti di essere tutelati. Loro devono incoraggiare i partecipanti a concentrarsi sui bisogni e sugli interessi dei loro figli come superiori ai propri bisogni e interessi.

Rendere il sistema di giustizia più attento ai bisogni dei bambini in Europa è un'azione chiave dell'agenda di lavoro dell'Unione Europea. È un'area di grande rilevanza pratica in cui l'U.E., in base ai Trattati, ha le competenze per trasformare i diritti dei bambini in realtà per mezzo di vari strumenti, tali come la legislazione U.E. e le misure di sostegno per gli Stati membri (<http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/rights-child/friendly-justice/>).

1.3.5. Differenze tra mediazione e altre forme di ADR

La mediazione ha usufruito di una crescente popolarità, essendo uno dei più importanti e utilizzati processi ADR. Per una migliore comprensione del concetto di mediazione, è importante fare una differenza tra la mediazione e le altre forme di ADR.

(Mediazione / Negoziazione) La differenza tra la mediazione e la negoziazione è che la mediazione è un processo di negoziazione, facilitato da un mediatore.

(Mediazione / Facilitazione) Sia in caso della facilitazione, sia in caso della mediazione, una persona neutra è designata per gestire la comunicazione e il processo decisionale. Tuttavia, mentre la facilitazione ha lo scopo di aiutare le parti a raggiungere un accordo dall'inizio del processo, prima ancora che un conflitto si verifichi, la mediazione viene utilizzata quando il conflitto esiste già dopo l'insuccesso delle negoziazioni e in assenza di una soluzione.

(Mediazione / Conciliazione) Il processo di mediazione è più formale della conciliazione che si concentra sul ristabilimento della comunicazione tra le parti. La conciliazione può essere utile per far vedere la strada verso il processo della mediazione. In mediazione, il mediatore e le parti definiscono un ordine di giorno più formale rispetto al processo di conciliazione.

(Mediazione / Early Neutral Evaluation) Anche se entrambi i processi hanno lo scopo di raggiungere un accordo, gli approcci sono radicalmente differenti. Mentre il mediatore è una persona che gestisce il processo di mediazione, la persona neutra designata nel processo ENE ha oltre alle competenze necessarie per il processo, anche una perizia sostanziale.

(Mediazione / Arbitraggio) L'arbitraggio e la mediazione sono due processi ADR, e la differenza fondamentale tra loro è che, dal momento che la mediazione è un processo privato di raggiungimento di un consenso, l'arbitraggio è una procedura privata basata sulla pronuncia di soluzioni eque obbligatorie per le parti.

(Mediazione / Controversia pendente in Tribunale) La differenza tra la mediazione e la controversia tratta in Tribunale è simile alla differenza tra la mediazione e l'arbitraggio, con l'eccezione che la controversia tratta in Tribunale è un procedimento pubblico.

1.3.6. Fasi del processo di mediazione

La Direttiva UE sulla mediazione definisce la mediazione come un processo strutturato. La struttura del processo di mediazione si concentra sulla teoria della negoziazione principale (*Fisher and Ury, Getting to Yes, 1981*) che richiede il rispetto di quattro principi di base per l'utilizzo efficiente della negoziazione. Questi principi sono: (a) la

separazione delle persone dai problemi, (b) la concentrazione su interessi e meno su posizioni, (c) l'utilizzo dei criteri obiettivi e (d) la generazione delle opzioni per il mutuo guadagno. La struttura del processo di mediazione segue la stessa mantra, posizioni – interesse – opzioni.

Secondo gli autori del libro "Getting to Yes", la maggior parte delle negoziazioni è di tipo posizionale (trattative posizionali). Le parti realizzano una comunicazione consecutiva delle posizioni o delle loro offerte in un processo basato sull'accettazione dell'idea di fallimento parziale o di compromesso, il che genera un altro compromesso dalla parte in contrapposizione. Un esempio classico di questo processo è il *mercanteggiamento*.

Secondo gli autori dello stesso libro, un processo più efficiente è la negoziazione basata sui principi. Questo significa l'identificazione di "accordo intelligente", utilizzando un processo diverso da quello delle negoziazioni o delle trattative posizionali. Il processo si chiama negoziazione integrativa (o principale o basata su interessi) e rispetta i quattro principi essenziali, cercando le soluzioni che integrino gli interessi di tutte le parti.

La mediazione è un processo strutturato, e la sua struttura è basata sullo sviluppo di una collaborazione tra le parti o sulla trasformazione di queste negoziazioni in una di tipo integrativo. Un esempio delle fasi di un processo di mediazione sarebbe:

1. Le procedure preliminari
2. La dichiarazione iniziale del mediatore
3. Lo scambio delle informazioni tra le parti
4. L'individuazione dei problemi (definizione dell'ordine di giorno della mediazione)
5. La determinazione delle posizioni iniziali
6. L'esplorazione delle esigenze delle parti
7. L'identificazione degli interessi delle parti
8. La generazione delle opzioni di accordo
9. La negoziazione
10. Il contratto di mediazione
11. La sottoscrizione del contratto di mediazione.

Le fasi del processo di mediazione possono essere analizzate anche dal punto di vista del tempo. Così, il processo di mediazione inizia concentrandosi sull'individuazione dei problemi del passato (identificazione delle circostanze). Poi, continua con la valutazione dell'impatto creato dai problemi del presente e dell'importanza per le parti nel risolvere i problemi (individuazione dei criteri). In fine, il mediatore e le parti cercheranno in futuro le opzioni che risolvano le circostanze del passato e rispettino i criteri del presente.

Un altro approccio delle fasi della mediazione prevede due fasi semplici del processo di mediazione, i quali, considerati separatamente, possono aumentare le possibilità di un consenso. Le due fasi sono: "il discutere il problema", seguita dal "discutere le soluzioni" (*Bogdan Matei, Craiova Mediation Center, 2013*)

1.3.7. Vantaggi della mediazione

Il processo di mediazione offre maggiori vantaggi alle parti e molte altre parti interessate che possono essere influenzati positivamente, aumentando l'utilizzo della mediazione. Di seguito sono riportati alcuni dei principali vantaggi generali della mediazione:

I vantaggi per le parti:

- Genitorialità migliorata;
- Gestione dei rischi e della sicurezza;
- Migliore controllo della soluzione;
- Efficienza dal punto di vista del tempo;
- Semplicità procedurale;
- Autodeterminazione;
- Efficienza dal punto di vista dei costi;
- Flessibilità del processo e flessibilità nel modellare il processo;
- Coinvolgimento diretto nel dialogare;
- Procedura privata;
- Riservatezza della procedura;
- Possibilità per mantenere i rapporti;
- Tasso elevato di successo;
- Tasso elevato di osservanza dell'accordo;
- Decisioni che reggono nel tempo;
- Le parti possono essere assistite da altre persone;
- Le parti scelgono il/i mediatore/i;
- Concentrazione sulle esigenze e sugli interessi delle parti;
- La creazione di un accordo reciproco e di un guadagno reciproco.

I vantaggi per i Tribunale e le autorità:

- La diminuzione del carico di lavoro dei Tribunale di un numero notevole di cause;
- L'aumento della qualità della giustizia, offrendo ai magistrati periodi di tempo più lunghi per lo studio delle cause che non possono essere mediate;
- Il calo delle spese dei bilanci pubblici per l'organizzazione dei processi in tribunali che possono essere mediati;
- La riduzione del numero dei ricorsi e appelli, rispettando le parti volontariamente le prescrizioni dei contratti di mediazione;
- La capacità di gestire efficientemente le cause "complesse" (ad esempio, con un forte carico emotivo);
- La semplicità di trattamento delle cause – da uno stato "non risolto" a uno stato di "risolto per consenso", con la legalità verificata e trasformata in una decisione obbligatoria.

I vantaggi per la professione giuridica:

- Lo spirito combattivo può essere sfogato durante la mediazione senza costrizioni o sanzioni a differenza delle sale di giudizio;
- Un verdetto negativo di un Giudice può comportare la perdita dei clienti esistenti o potenziali, mentre in mediazione la causa non può essere persa;
- Una mediazione di successo, più veloce e conveniente per il cliente può portare nuovi clienti;
- L'onorario per la mediazione può essere competitivo, avvenendo le negoziazioni secondo il rapporto tra i costi in Tribunale / le possibilità di successo / la durata del processo in Tribunale, per tutti i cicli procedurali e poi per l'esecuzione di una decisione;

- Se le parti raggiungono un accordo durante la mediazione, entrambi gli avvocati possono ricevere l'onorario di successo;
- La mediazione è un processo che offre ai clienti e ai loro avvocati un controllo sulla soluzione, che non è caso in Tribunale;
- Consente di evitare le sale pubbliche di giudizio a favore degli uffici privati di mediazione;
- La gestione della causa entro un periodo molto più breve in comparazione con la durata media di una controversia tratta in Tribunale;
- Alcuni avvocati rifiutano le cause di minore valore, potendo essere uguali oppure superiori i costi in Tribunale alle esigenze. Tali cause potrebbero essere gestite più efficientemente in mediazione;
- Offre almeno la stessa soddisfazione come il vincere una causa in Tribunale.

Capitolo 2: Ambito legale di riferimento: la Direttiva 2008/52/CE, il Regolamento (CE) 2201/2003 e la loro attuazione nei diritti nazionali

2.1. Premesse

La realizzazione del progetto europeo, materializzata all'inizio mediante la Comunità Economica Europea istituita per il Trattato di Roma del 1957, è basata sui principi della libera circolazione delle merci, del capitale e delle persone entro i limiti territoriali della comunità. Ha creato le premesse dell'Atto Unico Europeo del 1986 che ha trasformato il mercato comune nel mercato unico delle merci, dei capitali, dei servizi e del lavoro, e poi ha portato alla costituzione dell'Unione Europea attraverso il Trattato di Maastricht del 1993. Tutte queste hanno facilitato la creazione della cittadinanza europea con cui qualsiasi cittadino di uno degli Stati membri dell'Unione Europea diventava il cittadino di tutti gli Stati membri, usufruendo di pieni diritti sul territorio dello Stato di residenza, indipendentemente dalla sua nazionalità.

La libera circolazione delle persone, insieme con i diritti ad esso associati, ha avuto un effetto diretto e complesso sulla competenza dei Tribunali in merito alla risoluzione delle controversie tra i cittadini e le organizzazioni europee, soprattutto dal punto di vista delle controversie considerate "transfrontaliere", dunque controversie tra entità (persone od organizzazioni) situate in vari Stati membri al momento dell'inizio della controversia. La complessità del problema giurisdizionale ha contribuito direttamente alla crescita esponenziale della durata e dei costi delle procedure legali riferite alla controversia in Tribunale e ha determinato i legislatori europei ad approcciare questa questione per la sua regolamentazione al più alto livello possibile.

Le controversie transfrontaliere familiari hanno raggiunto il punto più sensibile in merito ai temi familiari, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei diritti dei bambini e del suo interesse superiore. La libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione Europea ha generato una crescita del numero dei matrimoni tra i cittadini dei diversi Stati membri e, conseguentemente, un'esplosione delle controversie familiari contenziose in tutto il territorio dell'Unione Europea. La durata e i costi hanno aumentato anch'essi, mettendo in pericolo l'idea di accesso alla giustizia (un principio fondamentale della democrazia funzionale) e l'efficienza necessaria per queste cause sensibili che riguardano anche i minorenni.

Prendendo in considerazione il principio della sussidiarietà, sancito dall'articolo 5 del Trattato d'istituzione della Comunità Europea, era il dovere degli istituti europei di affrontare il problema della competenza nelle controversie transfrontaliere in materia familiare. Il Consiglio Europeo ha preso l'iniziativa di redazione, il 28 maggio 1998, della Convenzione riferita alla competenza giurisdizionale, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e ha consigliato la sua trasposizione da parte degli Stati membri in conformità con le prescrizioni costituzionali di ogni singolo Stato. La convenzione è stata poi inserita in un testo di legge più complesso, il Regolamento CE 1347/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, noto come il "Regolamento Bruxelles II". Nelle sue premesse, questo richiedeva agli Stati membri di "adottare, tra l'altro, le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, necessarie al corretto funzionamento del mercato interno". Tenendo conto dell'obiettivo

di mantenere e sviluppare l'Unione come "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone", il Consiglio ha considerato la necessità di migliorare e semplificare "la libera circolazione delle decisioni giudiziali in materia civile" come una condizione sine-qua-non per il buon e corretto funzionamento del mercato unico.

Il Regolamento 1347/2000 è entrato in vigore il 1 marzo 2001 ed è stato considerato un passo avanti nella risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia familiare in merito al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Le sue disposizioni hanno prevalso su quelle della Convenzione di Aja del 19 ottobre 1996 riguardante la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e in materia delle misure di tutela dei minorenni, istituendo il quadro legale per il coordinamento dei sistemi giuridici in merito al patrimonio e alla tutela del bambino ed escludendo la responsabilità genitoriale. 25 su 27 Stati membri (a quel momento) sono stati firmatari della Convenzione di Aja, ma tutti hanno convenuto che le disposizioni del Regolamento Bruxelles II erano "almeno altrettanto favorevoli quanto le disposizioni della Convenzione" come stipulato nella Decisione del 2008 n. 431 che autorizza alcuni Stati membri a ratificare oppure a aderire alla Convenzione di Aja del 1996 in materia della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento, dell'esecuzione e della cooperazione riguardante la responsabilità genitoriale e le misure di tutela dei minorenni nell'interesse della Comunità Europea e che autorizza alcuni Stati membri a fare una dichiarazione in merito all'applicazione delle norme interne rilevanti di diritto comunitario – la Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure di tutela dei bambini.

Nel 2003, data la necessità d'inserire sia la Convenzione di Aja sia i migliorati riscontrati nei rapporti dell'implementazione del Regolamento 1347/2000, il Consiglio ha preparato un nuovo Regolamento, un testo di legge noto con la denominazione di Bruxelles IIA o IIbis come prosecuzione evidente della Convenzione precedente. Il nuovo regolamento, con il titolo ufficiale di Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 23 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000, rappresenta il più completo insieme di disposizioni in materia familiare, accettato e applicato uniformemente da tutti gli Stati UE, con l'eccezione di Danimarca.

2.2. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 23 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000

Il Regolamento n. 2201/2003 è stato adottato nel novembre 2003. È entrato in vigore il 1 agosto 2004 ed è stato attuato dal 1 marzo 2005 in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Questo ha riunito in un unico testo ufficiale le disposizioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Il Regolamento si applica direttamente in tutti gli Stati membri e prevale su qualsiasi legge del diritto nazionale. Per quanto riguarda l'attuazione delle sue disposizioni negli Stati membri dell'UE, il regolamento si applica nella sua interezza, dal 1 marzo 2005 (ai

sensi dell'articolo 64/1), alle pertinenti azioni giudiziarie, agli atti autentici ricevuti e agli accordi conclusi tra le parti.

Come disposizioni transitorie, le norme in materia di riconoscimento ed esecuzione del regolamento si applica ai procedimenti giudiziari istituiti prima del 1 marzo 2005 per tre categorie di decisioni giudiziari:

- Le decisioni emesse con decorrenza dal 1 marzo 2005, a seguito delle azioni intentate prima di questa data ma dopo l'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1347/2000 (Articolo 64/2);
- Le decisioni emesse prima del 1 marzo 2005, a seguito delle azioni instaurate dopo la data di entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1347/2000, nel caso in cui le norme di competenza applicate rientravano nell'ambito di applicazione del Regolamento Bruxelles II (Articolo 64/3);
- Le decisioni emesse prima della data di attuazione del Regolamento Bruxelles II, a seguito delle azioni intentate prima dell'entrata in vigore del Regolamento (CE) n. 1347/2000 (Articolo 64/4).

Per quanto riguarda i dieci "nuovi" Stati membri che hanno aderito all'Unione Europea, il 1 maggio 2004, la data di riferimento che prevede l'applicazione del Regolamento Bruxelles II è il 1 maggio 2004. Le decisioni che rientrano nelle disposizioni transitorie, sono riconosciute e messe in applicazione a norma del Capo III del Regolamento in determinate condizioni:

- il Tribunale che ha emesso la sentenza, ha fondato la sua competenza su norme compatibili con il regolamento, il Regolamento Bruxelles II o con la convenzione applicabile tra lo Stato membro di origine e lo Stato membro di esecuzione;
- e, per le decisioni emesse prima del 1 marzo 2005, purché siano di divorzio, di separazione legale o annullamento del matrimonio o di responsabilità genitoriale per i figli di entrambi i coniugi in occasione di questi procedimenti matrimoniali.

Le disposizioni del Capo III in merito al riconoscimento e all'esecuzione si applicano anche in caso di tali decisioni giudiziarie.

Il Regolamento n. 2201/2003 inizia con la definizione chiara dell'ambito di applicazione delle sue disposizioni, applicandosi il regolamento a norma dell'articolo 1, qualunque sia l'autorità giurisdizionale, alle materie civili concernenti:

- (a) il divorzio, la separazione personale e l'annullamento del matrimonio;
- (b) l'attribuzione, l'esercizio, la delega, la revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale.

Di più, l'articolo 1(2) elenca le materie civile comprese nell'articolo 1(1):

- (a) il diritto di affidamento e il diritto di visita;
- (b) la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi;
- (c) la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano;
- (d) la collocazione del minore in una famiglia affidataria o in un istituto;
- (e) le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore.

Questo elenco non è esaustivo, ma semplicemente illustra il possibile contenuto del termine di “materie civili”.

Inoltre, per non lasciare posto a confusioni, l’articolo 1(3) prevede i limiti di applicazione del regolamento, esclusi i seguenti ambiti:

- (a) la determinazione o l’impugnazione della filiazione;
- (b) la decisione relativa all’adozione, alle misure che la preparano o all’annullamento o alla revoca dell’adozione;
- (c) i nomi e i cognomi del minore;
- (d) l’emancipazione;
- (e) le obbligazioni alimentari;
- (f) i trust e le successioni;
- (g) i provvedimenti derivanti da illeciti penali commessi da minori.

È importante notare che il regolamento conferisce una definizione ampia al termine di “responsabilità genitoriale” come previsto dall’articolo 2(7):

- “responsabilità genitoriale”: i diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende, in particolare, il diritto di affidamento e il diritto di visita.

Come tale, il termine comprende tutti i diritti e gli obblighi del titolare della responsabilità genitoriale in relazione alla persona e ai beni del minore. Ci sono compresi non solo l’affidamento oppure il diritto di visita, ma anche la tutela e la collocazione del bambino in famiglie affidatarie o in istituti. Il titolare della responsabilità genitoriale può essere una persona fisica o giuridica (articolo 2(8)).

Dal punto di vista della nostra attività di trovare le migliori pratiche nell’utilizzo della mediazione per la risoluzione delle controversie familiari transfrontaliere, è rilevante precisare che il termine di “autorità giurisdizionale” significa tutte le autorità degli Stati membri, competenti nelle materie che rientrano nell’ambito di applicazione del presente regolamento a norma dell’articolo 1, e il termine di “decisione” significa qualsiasi tipo di decisione di divorzio, di separazione personale o di annullamento di un matrimonio, nonché una decisione relativa alla responsabilità genitoriale emessa da un’autorità giurisdizionale di uno Stato membro, a prescindere dalla denominazione usata per la decisione, quale ad esempio “decreto”, “sentenza” od “ordinanza” (articolo 2(4)). Queste definizioni permettono l’utilizzo delle vie alternative di risoluzione delle controversie, come la mediazione a norma dell’articolo 55(e).

L’essenza del regolamento è il Capo II Competenza (dall’articolo 3 all’articolo 20) e il Capo III Riconoscimento ed esecuzione (dall’articolo 21 all’articolo 52). Questi capi contengono tutte le norme e le procedure considerate necessarie e obbligatorie dal Consiglio per il raggiungimento degli obiettivi stabiliti dai trattati fondamentali dell’UE in merito al mercato unico, integrato e fondato sul principio della libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone.

Gli articoli del Capi II istituiscono la competenza in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Come tale, l’articolo 3 stabilisce le regole generali in merito alla competenza come seguono:

1. Sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio le autorità giurisdizionali dello Stato membro:
 - (a) nel cui territorio si trova:
 - la residenza abituale dei coniugi, o
 - l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o
 - la residenza abituale del convenuto, o
 - in caso di domanda congiunta, la residenza abituale di uno dei coniugi, o
 - la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o
 - la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "domicilio"
 - (b) di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del "domicilio" di entrambi i coniugi.
2. Ai fini del presente regolamento la nozione di "domicilio" cui è fatto riferimento, è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda.

Più avanti, gli articoli 8-14 stabiliscono una serie completa di regole che riguardano la competenza, per stabilire gli Stati membri le cui autorità giurisdizionali sono competenti. Una nota importante: il Regolamento stabilisce soltanto lo Stato membro la cui autorità giurisdizionale è competente, ma non stabilisce le autorità competenti del relativo Stato membro che si stabilisce attraverso il diritto nazionale procedurale. È la conseguenza del fatto che l'UE e gli Stati membri hanno competenze comuni in tutte queste materie e le decisioni devono essere prese al livello appropriato.

La guida pratica per l'applicazione del nuovo regolamento Bruxelles II, elaborata dai servizi della Commissione, con la consulenza della Rete Giudiziaria Europea in materia civile e commerciale, ha stabilito lo seguente schema per aiutare gli utenti a capire l'analisi che devono fare per determinare la competenza:

Sono competente ai sensi della norma generale (art. 8)? **SÌ**

Se NO, sono competente ai sensi degli articoli 9-10, 12 o 13? **SÌ**

Se NO, l'autorità giudiziaria di un altro Stato membro ha giurisdizione ai sensi del Regolamento (art. 17)?

Se SÌ, devo dichiarare d'ufficio che sono competente (art. 17).

Se NO, quando non vi sono autorità giudiziarie competenti ai sensi del regolamento, posso esercitare la competenza prevista ai sensi del mio diritto nazionale ("competenza residua") (art. 14).

Ai sensi di queste disposizioni, la regola di base per la determinazione dell'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro in materia di responsabilità genitoriale è la residenza abituale del minore. Tuttavia, "la residenza abituale" non fa riferimento a

una nozione “nazionale”, ma è una nozione di diritto comunitario. Significa che in caso di “trasferimento” di un minore da uno Stato membro in altro, l’acquisizione della sua residenza abituale nel nuovo Stato membro dovrebbe in linea di principio coincidere con la “perdita” della residenza abituale nello Stato membro precedente. La determinazione del concetto dai Giudici, volta per volta nel caso concreto sulla base di elementi di fatto, indica inoltre il fatto che, “anche se l’aggettivo «abituale» che tende a indicare una certa durata, non va escluso che il minore possa acquisire la residenza abituale in uno Stato membro il giorno stesso del suo arrivo” (guida pratica).

Vi è, non solo il problema del luogo per la determinazione della competenza, ma anche il problema di tempo, perché la residenza abituale si stabilisce “alla data di avvertimento dell’autorità giurisdizionale”. È da notare che una volta acquisita la competenza da parte di un’autorità giurisdizionale, questa competenza viene mantenuta in tempo anche se la residenza abituale del minore cambia durante il procedimento.

Gli articoli 9, 10, 11, 12 e 13 prevedono le eccezioni alla regola generale. Nella guida pratica, le eccezioni stabilite all’articolo 9 sono illustrate attraverso uno schema logico:

È stata emessa una decisione sul diritto di visita da parte dell’autorità giudiziaria dello Stato membro dal quale il minore si è trasferito (“lo Stato membro di origine”)?

Se NO, l’art. 9 non si applica, ma l’autorità giudiziaria dell’altro Stato membro diventa competente quando il minore vi acquisisce la residenza abituale ai sensi dell’art. 8.

Se SÌ, il minore si è trasferito **legittimamente** dallo Stato membro di origine ad un altro Stato membro (“il nuovo Stato membro”)?

Se NO, se il trasferimento è illecito, l’articolo 9 non si applica. Si applicano invece le norme in materia di sottrazione dei minori.

Se SÌ, il minore ha acquistato la residenza nel nuovo Stato membro di origine nel periodo di 3 mesi?

Se NO, l’art. 9 non si applica. Se il minore possiede ancora la residenza abituale nello Stato membro di origine dopo tre mesi, le autorità giudiziarie di questo Stato membro restano competenti ai sensi dell’art. 3.

Se SÌ, il titolare del diritto di visita ha ancora la residenza abituale nello Stato membro di origine?

Se NO, l’art. 9 non si applica.

Se SÌ, il titolare del diritto di visita ha preso parte ad un procedimento avente ad oggetto il diritto di visita davanti ad un’autorità giudiziaria del nuovo Stato membro senza contestarne la giurisdizione?

Se SÌ, l’art. 9 non si applica.

Se NO, l’art. 9 si applica.

I legislatori hanno lasciato aperte le procedure di determinazione della competenza in determinate situazioni ai sensi dell'articolo 15, lasciando la decisione finale ai Tribunali, consentendo un approccio flessibile e adattabile in certi casi. Questa regola innovatrice consente, come eccezione, a un Giudice investito di trasferire il procedimento a un'altra autorità giudiziaria più appropriata a trattare la causa. L'autorità giudiziaria può trasferire l'intero procedimento o solo una parte. L'articolo 15 (3) elenca le situazioni in cui tale eccezione è possibile:

3. Si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro, ai sensi del paragrafo 1, se tale Stato membro:
 - (a) è divenuta la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stata adita; o
 - (b) è la precedente residenza abituale del minore;
 - (c) è il paese di cui il minore è cittadino; o
 - (d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o
 - (e) la causa riguarda misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro.

Questa eccezione può essere applicata alla richiesta di una delle parti o all'iniziativa dell'autorità giudiziaria, alla richiesta di un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro con cui si ritiene che il minore abbia un legame particolare, ai sensi dell'articolo 15 (3). Un trasferimento dall'iniziativa dell'autorità giudiziaria o alla richiesta di un'autorità da un altro Stato membro deve essere accettato da almeno una delle parti (art. 15(2)).

Il Capo III del Regolamento riguarda le norme necessarie per il riconoscimento e per l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale oppure in materia di responsabilità genitoriale. Gli articoli 21 e da 23 a 29 descrivono le regole e la loro applicazione. In genere, una decisione emessa da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro deve essere riconosciuta o no e dichiarata esecutoria alla richiesta della parte interessata. Esiste un elenco speciale con le autorità giudiziarie designate a tal senso in ogni Stato membro. Queste autorità dichiareranno, senza indugio, se riconoscono la decisione e se la renderanno esecutoria. All'autorità non si possono presentare osservazioni.

Il rifiuto del riconoscimento della decisione emessa può essere dovuto per i seguenti motivi:

- se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui il riconoscimento è richiesto;
- se, con l'eccezione dei casi urgenti, la decisione è stata pronunciata senza dare al minore la possibilità di essere udito;
- se l'atto d'investimento dell'autorità giudiziaria o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato in tempo alla persona che non è comparsa per preparare la sua difesa, con l'eccezione del caso in cui si accerti che la relativa persona ha accettato la decisione in modo non equivoco;
- alla richiesta di qualsiasi persona che sostiene che la decisione è contraria al suo diritto di esercizio della responsabilità genitoriale nel caso in cui la decisione è stata emessa senza che la relativa persona abbia avuto la possibilità di essere udita;
- se è irreconciliabile con un'altra decisione nelle condizioni stabilite all'art. 23 (e) ed (f);

- se riguarda la collocazione del minore in un altro Stato membro e il procedimento prescritto all'articolo 56 non è stato rispettato.

Le parti possono presentare ricorso contro la decisione di non riconoscimento, e questo ricorso sarà presentato alle autorità giudiziarie disegnate dagli Stati membri a tal fine.

Come uno dei principali obiettivi del regolamento è di garantire al minore di rimanere in contatto con tutti i titolari della responsabilità genitoriale dopo una separazione, anche se questi vivono in Stati membri diversi, gli articoli 40, 41 e 43 si riferiscono a tali diritti di visita.

Un aspetto di notevole importanza per quanto riguarda il diritto di visita è rappresentato dal diritto di trasferire il minore in un altro luogo, diverso dalla sua residenza abituale per un periodo limitato di tempo. Naturalmente, il diritto di visita include qualsiasi contatto e altre persone, ivi compresi il contatto telefonico o elettronico e può essere attribuito ai membri della famiglia con cui il bambino non abita oppure ad altri membri della famiglia, come i nonni, entro i limiti del diritto nazionale.

Il riconoscimento e il carattere esecutivo delle decisioni giudiziarie in merito al diritto di visita sono disciplinati da nuove regole indicate nel regolamento. Una decisione con cui si conferiscono i diritti di visita, è riconosciuta direttamente ed è esecutiva se è stata certificata dall'autorità giudiziaria di origine che ha emesso la decisione (articolo 41 (1)). L'articolo 41, comma 2 precisa le condizioni necessarie per la certificazione:

(2) Il giudice di origine rilascia il certificato di cui al paragrafo 1, sulla base del modello standard di cui all'allegato III (certificato sul diritto di visita), solo nei seguenti casi:

(a) in caso di procedimento in contumacia, la domanda giudiziale o un atto equivalente è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale che questi possa presentare le proprie difese, o, è stato notificato o comunicato nel mancato rispetto di queste condizioni, sia comunque accertato che il convenuto ha accettato la decisione inequivocabilmente;

(b) tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di essere ascoltate;

e

(c) il minore ha avuto la possibilità di essere ascoltato, salvo che l'audizione non sia stata ritenuta inopportuna in ragione della sua età o del suo grado di maturità.

Il certificato standard deve essere compilato nella lingua della decisione.

L'effetto pratico del fatto che la decisione è direttamente riconosciuta ed esecutiva in un altro Stato membro è che la relativa decisione sarà trattata come decisione "nazionale" e sarà riconosciuta e applicata nelle stesse condizioni di una decisione emessa nel relativo Stato membro. Se una delle parti non rispetta la decisione, l'altra può chiedere direttamente alle autorità dello Stato membro di esecuzione di metterla in esecuzione. La procedura di esecutorietà è disciplinata dal diritto nazionale.

Le disposizioni degli articoli successivi del Capo III si riferiscono al regime degli atti autentici e agli accordi, alle procedure di esecuzione, ai costi e all'assistenza giudiziaria, comprese l'autenticazione e altre formalità.

Il Capo IV del regolamento si riferisce alla cooperazione fra autorità centrali in materia di responsabilità genitoriale, stabilendo le regole e le procedure per tale cooperazione.

Ciascuno Stato membro designa una oppure più autorità centrali incaricate a assisterlo nell'applicazione del presente regolamento e ne specifica le competenze territoriali e materiali. Al fine di compiere il ruolo di facilitazione della cooperazione in materia di responsabilità genitoriale, queste autorità centrali possono fare i seguenti (art. 55):

- (a) raccogliere e scambiare informazioni:
 - i. sulla situazione del minore;
 - ii. sugli eventuali procedimenti in corso; o
 - iii. sulle decisioni adottate relativamente al minore.
- (b) fornire informazioni e assistenza ai titolari della responsabilità genitoriale che chiedono il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni sul loro territorio, relativamente in particolare al diritto di visita e al ritorno del minore;
- (c) facilitare la comunicazione fra le autorità giurisdizionali, in relazione soprattutto all'attuazione dell'articolo 11, paragrafi 6 e 7, e dell'articolo 15;
- (d) fornire informazioni e sostegno utili all'attuazione dell'articolo 56 da parte delle autorità giurisdizionali;
- (e) facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione oppure con altri mezzi, e agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera.

Il resto del Capo si riferisce alle procedure di assistenza offerte dalle autorità centrali a entità simili oppure alle parti. Si precisa anche il fatto che l'assistenza dovrebbe essere gratuita e che le autorità centrali devono prendere a carico loro i costi.

Il Capo V riguarda i collegamenti tra il presente regolamento e altri strumenti giuridici (come i Trattati con la Santa Sede a Roma), le disposizioni transitorie, ivi compresa l'entrata in vigore del regolamento.

In conclusione, il Regolamento 2201/2003 fornisce un percorso semplificato per stabilire la competenza in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, con lo scopo di esistere un'applicazione uniforme sul territorio di tutta l'Unione Europea. In più, disciplina il meccanismo di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni emesse in materia di responsabilità genitoriale, adottando, come regola generale, il fatto che una decisione emessa in uno Stato membro deve essere riconosciute ed eseguita in ogni altro Stato membro coinvolto nella causa, con alcune eccezioni in determinate situazioni particolari.

2.3. 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

Come già notato, il Regolamento 2201/2003 contiene una disposizione importante in merito alla possibilità di risoluzione delle controversie familiari attraverso la mediazione, in modo particolare all'articolo 55, paragrafo (3): facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera.

L'esperienza ha insegnato che l'approccio e la risoluzione delle controversie di carattere transfrontaliero non è una cosa facile. Anche con l'aiuto dei regolamenti UE, come il n. 2201/2003, che stabilisce gli aspetti in materia di competenza, rimane ancora una sfida

e una missione durata e onerosa, con effetti negativi sulle parti interessate, in modo particolare sui minori e sulla tutela dei loro interessi, beni e benessere. A tale scopo, incoraggiare i genitori a risolvere le divergenze in materia di responsabilità genitoriale con mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, come la mediazione, è ritenuta da molto una soluzione che risparmia tempo e denaro e, soprattutto, che tutela l'interesse superiore del minore. Una volta con l'espansione e con l'approfondimento dei rapporti commerciali transfrontalieri legati al progresso del mercato unico, tutti tali aspetti hanno motivato i legislatori dell'Unione Europea per rendere, la mediazione, il metodo il più efficiente dal punto di vista della tempistica e il più proficuo per la risoluzione delle controversie transfrontaliere. La Direttiva 2008/52/CE è stata il risultato di questi sforzi.

L'utilizzo della mediazione come alternativa ai Tribunali non è un'innovazione europea. La mediazione è stata utilizzata per decenni (se non di più, in alcuni casi, come nella Danimarca) in diversi Stati membri, con vari gradi di successo. L'Inghilterra e l'Olanda sono stati i pionieri nell'implementazione della mediazione nei loro sistemi nazionali di giustizia, sotto forma di programmi pilota funzionali, concepiti per testare il metodo e la sua ricezione da parte del pubblico. I risultati sono stati degni da essere seguiti e si sono rivelati contagiosi, iniziando altri Paesi a testare diversi modelli di meccanismo per la risoluzione alternativa delle controversie.

Simile ad altre pratiche, in Europa la mediazione è stata attuata in maniera frammentata e, piuttosto, caotica, utilizzando, gli Stati membri, un'ampia varietà di strategie al fine di rendere la mediazione attrattiva per i loro cittadini e con ampie varietà del grado di trasposizione e risultati non uniformi. Come i Tribunali diventavano più carichi di lavori, i bilanci pubblici riscontravano cali e le controversie transfrontaliere aumentavano, era chiara la necessità di un nuovo approccio, più coordinato per il successo dell'atto di mediazione (oppure dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie). La Direttiva 2008/52/CE è stata concepita a tali fini. Anche se si concentra su settori più ampi in materia civile e commerciale, è di interesse anche per quanto riguarda le controversie familiari in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Va rilevato inoltre che la Direttiva non è il primo documento europeo in riferimento ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie. Questa è basata sulle conclusioni riguardanti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, adottati dal Consiglio nel maggio 2000, un documento in cui si afferma che la determinazione dei principi di base nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie è un passo fondamentale nell'agevolazione dello sviluppo e del corretto funzionamento delle procedure stragiudiziarie per la risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale e per il miglioramento dell'accesso alla giustizia.

Nell'aprile 2002, la Commissione Europea ha presentato un Libro verde riguardante i metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, con la presa in considerazione della situazione attuale dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'Unione Europea e ha iniziato un ampio dialogo di consulenza con gli Stati membri e le parti interessate alle possibili misure d'incoraggiamento dell'utilizzo della mediazione. Questo processo ha aperto la strada verso la Direttiva 2008/52/CE, un documento che contribuisce al corretto funzionamento del mercato interno come parte della politica dell'Unione Europea di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e

giustizia, all'interno di cui sia garantito l'accesso alla giustizia e ai metodi stragiudiziari di risoluzione delle controversie.

Nel suo preambolo, la Direttiva stabilisce che "la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Questi benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera". Tutti questi sono elementi che sostengono un ampio ricorso all'atto di mediazione come metodo principale di risoluzione delle controversie, a parità con i procedimenti giudiziari tradizionali.

La chiave per comprendere l'importanza della Direttiva, come un punto di svolta, per implementare e promuovere la mediazione nell'UE è il paragrafo otto del preambolo in cui si dice: "Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni". Tale paragrafo è diventato lo strumento di pressione utilizzato dagli istituti dell'UE, in modo particolare dalla Commissione, per spingere gli Stati membri a implementare e promuovere la mediazione più audacemente all'interno dei loro sistemi giudiziari.

La Direttiva tenta a creare un equilibrio tra la mediazione e i procedimenti giudiziari, chiedendo agli Stati membri di fare accordi risultanti dall'atto di mediazione, applicabile alle controversie transfrontaliere come era il caso con le disposizioni del regolamento 2201/2003 concernente il riconoscimento e l'esecuzione. La Direttiva raccomanda che un accordo risultato dall'atto di mediazione in uno Stato membro sia riconosciuto e sia esecutivo in un altro Stato membro (se caso), con l'eccezione del caso in cui le sue disposizioni violino la legislazione nazionale dello Stato di esecuzione. Vieta inoltre l'utilizzo delle regole per quanto riguarda il carattere esecutivo degli accordi per aggirare i limiti imposti dal Regolamento 2201/2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

Il preambolo della Direttiva prende atto della decisione del Regno Unito e dell'Irlanda di partecipare all'adozione e all'applicazione della Direttiva e della decisione di Danimarca di non partecipare a tale processo.

Le disposizioni della Direttiva riguardano la definizione della mediazione e della figura professionale del mediatore, nonché la definizione delle controversie transfrontaliere, della qualità e dell'accesso alla mediazione, del carattere esecutivo degli accordi emersi a seguito della mediazione, della riservatezza della mediazione, dei suoi effetti riferiti ai termini di decadenza e di prescrizione e la definizione delle regole d'informazione del pubblico e degli istituti e delle autorità giudiziarie competenti.

Con riferimento alla definizione della mediazione come processo, la Direttiva ha preso in considerazione le numerose definizioni della letteratura di specialità sull'argomento. In assenza di una definizione universale riconosciuta della mediazione (nonostante tutti gli sforzi degli istituti e dell'Istituto Internazionale per la Mediazione), la Direttiva venne con una definizione in grado di coprire ampiamente tutte le prospettive anche se questo

approccio non contribuisce necessariamente a chiarire la questione. L'articolo 3, c. (a) dice:

“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 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.

Esso include la mediazione condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Esso esclude 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”.

Questa definizione contiene una serie di elementi importanti per capire la mediazione come processo. In primo luogo, la mediazione si riferisce soltanto a quei processi in cui due o più parti (presenti personalmente o per rappresentante) tentano di giungere alla composizione della loro controversia con l'assistenza di un mediatore. La decisione di giungere a un accordo appartiene esclusivamente alle parti e non può essere imposta dal mediatore. Pertanto, la mediazione esclude le negoziazioni da parte degli avvocati delle parti per risolvere la causa fuori dal tribunale o dei giudici o delle autorità investite per prendere una decisione mediante i procedimenti giudiziari. Il giudice può assumere ruolo di mediatore solo nelle controversie in cui non è la persona che prende decisione (ad esempio in caso di Francia, dove i giudici assumono ruolo di mediatori). In linee generali, la mediazione è una negoziazione tra le parti in cui beneficiano del sostegno di un terzo (preferibilmente neutro e imparziale), indipendentemente dalla denominazione che ha il relativo terzo. La decisione appartiene alle parti, e loro possono continuare con la procedura di mediazione o la possono interrompere.

Il sintagma “su base volontaria” inserito nelle definizioni presiede l'intera comprensione della mediazione come alternativa ai Tribunali nella risoluzione delle controversie. E significa che la mediazione non sostituisce le autorità giudiziarie – il principio del libero accesso alla giustizia è fondamentale per qualsiasi democrazia e non può essere violato, ordinando alle parti a ricorrere alla mediazione e negando il contenzioso in assenza di osservanza di tale obbligo. Il principio della base volontaria della mediazione significa che i Giudici o altre autorità possono invitare o addirittura imporre alle parti a partecipare alla mediazione, ma non possono negare il loro diritto di andare in Tribunale per la risoluzione della controversia in caso di non rispetto dell'invito o dell'ordine del Giudice. Questo principio si basa anche sul buon senso: siccome la mediazione viene utilizzata come un processo speciale di negoziazione (assistito e facilitato da un terzo), è logico che le parti non possono essere tenute a negoziare e stipulare un accordo se non lo desiderano.

Altri principi fondamentali necessari per rendere, la mediazione, un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie fuori dai Tribunali sono inclusi nella definizione della figura professionale del mediatore (art. 3(b)) e nelle raccomandazione di assicurazione della qualità del processo di mediazione (art. 4). La letteratura di riferimento prevede che la neutralità e l'imparzialità del mediatore sono elementi fondamentali per il successo della mediazione. La neutralità è definita come l'assenza di qualsiasi conflitto d'interesse (il

mediatore non deve avere alcun interesse nella controversia che media). L'imparzialità si riferisce alla necessità di trattare le parti allo stesso modo, senza favoritismi unilaterali e, un aspetto ancora più controverso, alla necessità di mantenere l'equilibrio dei poteri tra le parti. Quest'ultima disposizione è contestata da più scuole di pensiero come una contraria al principio di autodeterminazione delle parti – le decisioni concernenti il flusso del processo di mediazione e la composizione di un accordo appartengono interamente alle parti, e sta a loro decidere e stabilire i termini dell'accordo, indipendentemente dal parere del mediatore in merito alla correttezza di questi termini.

La competenza del mediatore è trattata anch'essa nella Direttiva. La Direttiva non può diventare un mezzo attraente ed efficiente di risoluzione delle controversie fuori dal Tribunale se non viene garantita la qualità del processo di mediazione dal legislatore. L'esperienza degli Stati, dove la mediazione è considerata un'attività semplice (non una professione) e non è disciplinata (o è pochissimo regolamentata), rileva che ci possono essere delle variazioni della qualità del processo di mediazione e questo contribuisce alla sua marginalizzazione. Pertanto, la Direttiva consiglia:

- (1) Gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato, l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione.
- (2) Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti.

Più avanti, gli articoli 5, 6, 7 e 8 contengono disposizioni in merito alle caratteristiche del processo di mediazione. In primo luogo, è importante notare la raccomandazione per i Giudici e le autorità giudiziarie d'invitare le parti a ricorrere alla mediazione quando lo ritengono appropriato (art. 5(1)). In più, la Direttiva lascia impregiudicata la scelta degli Stati membri di adottare disposizioni che rendano obbligatorio il ricorso alla mediazione o "soggetto d'incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario" (art. 5(2)). Questo significa che, fino a quando il libero accesso la giustifica non è condizionato, gli Stati membri possono prevedere disposizioni che rendano obbligatorio il ricorso alla mediazione. Questa disposizione contraddice il principio dell'accesso volontario alla mediazione e il principio di autodeterminazione e ha generato controversie accese dopo l'implementazione di tali misure in Stati come l'Italia o la Romania. La contraddizione non è stata ancora risolta, dichiarando, le Corti supremi di questi Paesi, non costituzionali le misure obbligatorie.

L'utilizzo della mediazione nelle controversie transfrontaliere non avrebbe conseguenze se gli accordi stipulati in uno Stato membro non fossero riconosciuti ed esecutivi in un altro Stato membro. Di conseguenza, l'articolo 6 della Direttiva prevede che "gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne

prevede l'esecutività". Le autorità giudiziarie degli Stati membri o qualsiasi altra autorità competente designata sono responsabili per rendere esecutivi gli accordi.

La riservatezza della mediazione è universalmente considerata un aspetto essenziale di questi metodi di risoluzione delle controversie. È vista come la caratteristica la più attraente del processo e, di conseguenza, è garantita per legge in qualsiasi Stato in cui la mediazione è trasposta. Per questo motivo, l'articolo 7 della Direttiva prevede che "gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse allo stesso".

La riservatezza è limitata da alcune eccezioni. In primo luogo, la riservatezza non può essere invocata se la testimonianza dei mediatori serve "per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona". In secondo luogo, la riservatezza non si applica nel caso in cui "la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo", una disposizione logica inserita dai ideatori della Direttiva.

È importante anche l'effetto della mediazione (o il ricorso alla mediazione per essere più precisi) sui termini di decadenza e prescrizione. Non essendo considerato un sostituto del procedimento giudiziario, il ricorso alla mediazione non deve affliggere il diritto delle parti di rivolgersi alle autorità giudiziarie; la Direttiva raccomanda agli Stati membri di assicurarsi che le parti che scelgono la mediazione per la composizione amichevole di una controversia, non saranno poi impediti a iniziare un procedimento giudiziario o uno arbitrale in merito alla stessa controversia per l'effetto di compimento dei termini di decadenza o prescrizione estintiva nel corso del processo di mediazione. L'intento dei legislatori al momento di adozione della Direttiva non mirava la sostituzione dei processi giudiziari con la mediazione, ma puntava su un processo "e/e" in cui la mediazione sia complementare alle autorità giudiziarie, aiutandole a risolvere le controversie in maniera efficiente, conveniente e rapida.

La Direttiva 2008/52 intende creare un denominatore comune per la trasposizione della mediazione dagli Stati membri dell'UE senza violare il diritto interno degli Stati che lo stanno già facendo. Questa è la ragione del carattere d'indeterminatezza dei consigli e dei suggerimenti della Direttiva e del fatto che lascia impregiudicati gli approcci speciali per i legislatori nazionali. Come la pratica della mediazione varia da un Paese all'altro ed è fortemente determinato dalla cultura nazionale e dalla cultura giuridica nazionale, ad esempio con notevoli differenze tra gli Stati nord europei e sud europei. Perciò, il compito del Consiglio non è stato di standardizzare la pratica della mediazione nell'UE, ma piuttosto di determinare il riconoscimento e l'esecuzione degli accordi emersi dalla mediazione a livello transfrontaliero. Dato questo obiettivo, è stato ritenuto essenziale per il successo di questo percorso ambizioso, l'esistenza di una minima correlazione tra la trasposizione, la promozione e la pratica della mediazione negli Stati membri, basata su una serie comune di principi.

Questi standard minimi dovevano essere implementati dagli Stati membri nei loro diritti nazionali non oltre al 21 maggio 2011. Pertanto, è stato richiesto agli Stati membri di comunicare alla Commissione le misure adottate per l'implementazione dei consigli e delle raccomandazioni della Direttiva. Entro tale periodo, tutti gli Stati membri dell'UE hanno proceduto a tale compito, con vari gradi di successo e ottemperanza.

2.4. Trasposizione della Direttiva 2008/52/CE dagli Stati membri dell'UE

Entro il 15 luglio 2011, la Commissione per gli Affari Esterni ha pubblicato il rapporto sulla trasposizione della Direttiva sulla mediazione negli Stati membri, il suo impatto in merito alla mediazione e l'adozione da parte delle autorità giudiziarie di un documento che riassume gli sforzi degli Stati membri di trasporre nei loro diritti nazionali i consigli e le raccomandazioni della Direttiva 2008/52/CE.

Come previsto, i risultati non erano del tutto uniformi. Alcuni Stati membri sono stati apprezzati per la loro diligenza, mentre altri Stati sono stati citati per la loro apparente mancanza di entusiasmo nell'attuazione delle raccomandazioni.

Il rapporto ha rilevato che tutti gli Stati membri hanno implementato diligentemente le raccomandazioni in merito alla riservatezza e agli effetti della mediazione sui termini di decadenza e prescrizione. Sono stati inoltre rilevati progressi dalla maggioranza degli Stati in merito alle procedure necessarie per dare agli accordi raggiunti per il processo di mediazione lo stesso peso come in caso delle decisioni giudiziarie. Il rapporto indica però che, mentre alcuni legislatori nazionali hanno scelto la variante d'inviare gli accordi alle autorità giudiziarie per la sua omologazione, altri hanno scelto l'autenticazione di tipo notarile dell'accordo, essendo già una soluzione esistente nel loro diritto interno. La Slovenia e la Grecia sono nominate come esempi di Paese che hanno scelto la prima variante (l'invio degli accordi ai Tribunali), mentre in Germania e Olanda, gli accordi acquisiscono carattere esecutivo come atti notarili (secondo le disposizioni di legge). In Austria, gli accordi diventavano esecutivi come atti notarile, benché tale disposizione non si ritrovi esplicitamente nel diritto austriaco.

In merito agli incentivi e alle sanzioni applicati al ricorso alla mediazione da parte del pubblico più vasto, il rapporto precisa che certi Stati membri hanno scelto di andare ben oltre alle raccomandazioni della Direttiva. Alcuni Stati hanno deciso d'inserire incentivi nella legge per attrarre le persone a ricorrere alla mediazione. Ad esempio, in Bulgaria, le parti avevano diritto al rimborso del 50% della tassa già pagata per la presentazione della controversia in Tribunale se risolvevano con successo la controversia attraverso la mediazione. Ungheria ha previsto disposizioni analoghe, e in Italia "tutti gli atti e tutti gli accordi di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo".

Altri Stati hanno optato per le sanzioni, tale come l'impossibilità di presentare la causa in Tribunale prima che le parti abbiano tentato la risoluzione della controversia mediante la mediazione. L'Italia è stata data come esempio singolare per il decreto legislativo 28 che "mira ad aiutare il sistema giuridico e i Tribunali italiani affollati, riducendo il carico di lavoro e accorciando la durata media di nove anni per la risoluzione di un conflitto in materia civile; va rilevato che questa disposizione non è stata ovviamente ben accolta dai praticanti che hanno contestato il decreto in Tribunale e hanno fatto ricorso anche a sciopero" (va da notare che il decreto è stato dichiarato non costituzionale dalla Corte Suprema di Cassazione d'Italia).

Il rapporto ha rilevato gli effetti apparentemente positivi delle misure obbligatorie sulla decongestione dei Tribunali sovraccaricati di vari Paesi, ma tuttavia, ha raccomandato che “la mediazione sia promossa come una forma alternativa di giustizia viabile, a costi contenuti e veloce, e non come un elemento obbligatorio del procedimento giudiziario”. Esiste ancora una controversia in corso tra gli studiosi, i praticanti e i legislatori in merito agli effetti positivi o negativi delle misure obbligatorie in mediazione, invocando tutte le parti le statistiche per sostenere il loro punto di vista. La contraddizione tra il carattere volontario della mediazione e il principio dell'autodeterminazione, da un lato, e le misure obbligatorie adottate per l'ampia attuazione dell'utilizzo della mediazione, dall'altro lato, non saranno facilmente risolte in un prossimo futuro, soprattutto perché non ci sono dati disponibili e affidabili in merito all'utilizzo della mediazione e al suo impatto sui sistemi giudiziari. Le ricerche intraprese dall'autore del presente capitolo nel periodo del 2013-2014 hanno rilevato che è quasi impossibile da determinare, con grado accettabile di precisione, quanti casi di mediazione esistono nella maggioranza degli Stati membri. La determinazione del numero dei mediatori nell'UE è anch'essa un tentativo inutile (ci sono pochi Stati con elenchi e registri con informazioni precise), il che non consente di valutare o misurare il grado di accuratezza e affidabilità dell'impatto della mediazione e dei mediatori sui sistemi giudiziari nazionali o del successo della mediazione. Pertanto, venire con solidi argomenti a favore oppure contro le misure obbligatorie è un compito scoraggiante, possibile forse in un futuro lontano, quando le organizzazioni nazionali professionali dei mediatori e gli istituti autorizzati a supervisionare e regolamentare l'attività dei mediatori inizierà a raccogliere dati in modo regolato e sistematico. L'indicazione della crescita del numero delle persone che ricorrono alla mediazione dopo l'istituzione delle misure obbligatorie (un argomento tautologico, circolare) non è una prova credibile del successo di queste misure.

Nel rapporto, si considera che vi sia una chiara necessità di crescere la consapevolezza delle persone con riferimento alla mediazione, essendo un effetto negativo notevole, la mancanza delle conoscenze in merito a tale processo e al far ricorso alla mediazione. Le disposizioni finali del rapporto raccomandano agli Stati membri d'intensificare i loro sforzi per promuovere la mediazione, considerando che “tali azioni dovrebbero mirare e approcciare i principali benefici della mediazione – il costo, il tasso di successo e la velocità – e dovrebbero mirare gli avvocati, i notai e le imprese, soprattutto le piccole e le medie, nonché gli accademici”. L'obiettivo di queste azioni dovrebbe concentrarsi sui benefici della mediazione per gli utenti e sul fatto che, come si precisa nel rapporto, “la mediazione produrrà piuttosto un risultato accettabile per entrambi le parti e mediante cui le parti saranno in una relazione win-win”. In seguito, si precisa che l'accettazione di un tale accordo è più probabile, e l'ottemperanza degli accordi risultanti a seguito di una mediazione è al solito più elevata”, e “le parti sono disposte a fare più diligenze per la risoluzione della loro controversia ed è piuttosto probabile che lavorino insieme che una contro l'altra; [...] pertanto, le parti sono spesso più aperte a prendere in considerazione la posizione dell'altra parte e a lavorare insieme sul disaccordo che ha generato la loro controversia”.

Un'analisi dettagliata delle strategie adottate da ciascuno Stato membro dell'UE per la trasposizione della Direttiva 2008/52 nel suo diritto nazionale è stata realizzata da un gruppo coordinato dal Prof. Giuseppe De Palo, presidente del Centro ADR, membro di JAMS International, professore di diritto e praticante di ADR alla Facoltà di Diritto presso l'Università Hamline, Minnesota e dal Prof. Mary B. Trevor, direttore del Reparto di Ricerca Giuridica alla Facoltà di Diritto presso l'Università Hamline, Minnesota, in un

libro pubblicato nel 2012 da Oxford University Press e intitolato “EU Mediation Law and Practice”. Questo lavoro presenta gli approcci degli Stati membri dell’UE in merito ai requisiti della Direttiva 2008/52, raggruppati in nove direzioni principali:

1. L’invio della causa in mediazione da parte dell’autorità giudiziaria,
2. Le protezioni offerte per garantire la riservatezza delle procedure di mediazione,
3. Il carattere esecutivo degli accordi di mediazione,
4. L’impatto della mediazione sul termine di decadenza e prescrizione,
5. I requisiti delle parti e degli avvocati di trattare la mediazione come alternativa di risoluzione delle controversie,
6. I requisiti per le parti per partecipare alla mediazione,
7. I requisiti di autorizzazione e accreditamento per i mediatori,
8. I doveri del mediatore,
9. I doveri dei rappresentanti legali e di altri specialisti partecipanti alla mediazione.

Una presentazione, anche breve e generale, di tutti gli Stati membri sarebbe ben oltre i limiti del presente capitolo, ma vi è tuttavia la necessità di comprendere il modo in cui sono state trasposte le raccomandazioni della Direttiva 2008/52 nel diritto nazionale. Di conseguenza e come il rapporto del 2011 ha apprezzato la Romania come un esempio di trasposizione della Direttiva nella sua legislazione e di costruzione di un sistema di mediazione funzionale da zero, è naturale di analizzare questo Paese. L’analisi farà uso di un insieme di elementi meno differenti da quelli del lavoro di De Palo e Trevor, per motivi legati alla struttura della legge romena sulla mediazione e la pertinenza di alcuni aspetti della strategia romena d’implementazione.

La mediazione è stata inserita nel sistema giudiziario romeno attraverso la Legge n. 192 relativa alla mediazione e all’organizzazione della professione di mediatore, adottata dal Parlamento nel mese di maggio del 2006. La legge ha fornito un quadro generale per l’organizzazione e la pratica della mediazione in Romania. La stessa è stata ratificata qualche volta (nel 2009, 2010 e 2012), per integrare le raccomandazioni della Direttiva 2008/52 e l’esperienza acquisita da parte dei praticanti e dei legislatori nell’ambito della mediazione.

I principi centrali della mediazione sono compresi nel primo articolo di questa legge che definisce la mediazione come “una modalità di composizione amichevole dei conflitti, con l’aiuto di una persona terza specializzata come mediatore in condizioni di neutralità, imparzialità, riservatezza e con il libero consenso delle parti”, riflettendo la definizione adottata dalla Direttiva, ma indicando i tre piloni dell’atto di mediazione: la neutralità, l’imparzialità, la riservatezza, la base volontaria e l’autodeterminazione delle parti.

L’invio in mediazione delle cause da parte delle autorità giudiziarie è previsto all’articolo 6 della Legge, che all’inizio, stabiliva che “gli organi giudiziari e arbitrali, nonché le altre autorità a competenze giurisdizionali, possono informare le parti sulla possibilità e sui benefici dell’utilizzo del processo di mediazione possono invitare le medesime parti a fare ricorso alla mediazione per la risoluzione delle controversie tra di loro”. Più tardi, “possono informare” e “possono invitare” si sono trasformati in “informano” e “invitano”, aggiungendo un elemento obbligatorio e rendendo imperativa l’informazione de parte delle autorità giudiziarie sulla mediazione.

Un elemento molto controverso dell’obbligatorietà di fare ricorso alla mediazione è stato aggiunto nel 2012, quando nella legge, è stata inserita la partecipazione obbligatoria

all'incontro informativo prima di presentare di una causa in Tribunale. Era necessario che le parti (soprattutto, la parte lesa) partecipino a un incontro informativo in merito alla mediazione e ottengano un certificato d'informare dal terzo che faceva l'informazione. Tale certificato divenne una condizione per la presentazione della domanda di chiamata in giudizio – respingendo, il Giudice, tale domanda come improcedibile in mancanza di tale certificato. L'articolo 2 della Legge è stata modificata per fare riferimento a questi incontri informativi obbligatori e ai tipi di controversie che richiedevano un certificato prima della presentazione della presentazione in Tribunale:

(1) A meno che la legge non preveda diversamente, le parti – le persone fisiche e le persone giuridiche – sono tenute a partecipare all'incontro informativo in merito alla mediazione, anche dopo la presentazione di una causa in Tribunale, per la risoluzione in questo modo dei conflitti in materia civile, familiare, in materia penale e in altre materie, nelle condizioni previste dalla presente legge.

(1¹) La prova della partecipazione all'incontro informativo riguardante i benefici della mediazione è data dalla presentazione di un certificato informativo emesso dal mediatore che ha fatto l'informazione. Se una delle parti rifiuta, per scritto, la partecipazione all'incontro informativo, non risponde all'invito previsto dall'art. 43, comma (1) o non si presenta il giorno fissato per l'incontro informativo, si redige un verbale che si depositerà al fascicolo pendente in Tribunale.

(1²) L'autorità giudiziaria respingerà la domanda di chiamata in giudizio come improcedibile in caso d'inadempimento dall'attore dell'obbligo di partecipazione all'incontro informativo in merito alla mediazione prima della presentazione della domanda di chiamata in giudizio o dopo l'inizio del giudizio fino al termine dato dal giudice a tal fine, per le controversie nelle materie previste dall'articolo 60¹ comma (1) lett. a)-f).

(1³) L'esecuzione della procedura d'informazione sui benefici della mediazione può essere compiuta dal giudice, dal pubblico ministero, dal consulente legale, dall'avvocato, dal notaio a condizione che sia attestata per scritto.

(1⁴) I servizi prestati ai sensi delle disposizioni dei commi (1) si (1¹) sono gratuiti, non essendo consentito l'applicazione di onorari, tasse o altre somme di denaro, indifferentemente dal titolo con cui essi potrebbero essere richiesti.

(2) Le disposizioni della presente legge sono applicabili anche ai conflitti in materia di protezione dei consumatori, nel caso in cui il consumatore invochi l'esistenza di un danno subito a seguito dell'acquisto dei prodotti o dei servizi difettosi, del non rispetto delle clausole contrattuali o delle garanzie prestate, dell'esistenza delle clausole abusive nei contratti stipulati tra i consumatori e gli operatori economici o a seguito della violazione di altri diritti previsti dal diritto nazionale o dall'Unione Europea in materia di protezione dei consumatori.

La clausola "dell'informazione obbligatoria" è diventata oggetto di malcontente ben accese tra mediatori, avvocati, notai, giudici e legislatori in merito ai suoi aspetti e alla pratica legata a questi incontri. Ancora più controverso e discutibile è stato l'effetto della clausola sul ricorso alla mediazione da parte delle parti, non esistendo dati sufficienti per dimostrare un aumento dell'utilizzo della mediazione in comparazione con il periodo

che precede l'inserimento della clausola. Alla fine, nel 2004, la Corte Costituzionale ha dichiarato la clausola non costituzionale. Il Parlamento lavora per sostituire tale clausola con una serie di norme più accettabili e meno discutibili in merito al ricorso al processo di mediazione.

Per garantire la qualità del processo di mediazione (un aspetto essenziale per rendere la mediazione attraente al pubblico), la legge prevede che la mediazione può essere fatta soltanto da un mediatore accreditato che deve compiere una serie di requisiti per ricevere l'accreditamento. L'organismo di autorizzazione è il Consiglio di mediazione, un organo indipendente, costituito da mediatori ed eletto da mediatori, che si occupa di tutti gli aspetti legati alla mediazione in Romania. I requisiti necessari per essere mediatore accreditato sono elencati all'articolo 7 della Legge:

Può diventare mediatore la persona che soddisfa cumulativamente i seguenti requisiti:

- a) ha piena capacità di esercizio;
- b) ha titolo di studio universitario;
- c) ha almeno 3 anni di anzianità in lavoro;
- d) è idonea dal punto di vista medico per l'esercizio di tale attività;
- e) ha una buona reputazione e non è stata condannata definitivamente per un reato commesso dolosamente che pregiudichi il prestigio della professione;
- f) ha concluso i corsi di formazione dei mediatori nelle condizioni della legge o tramite un programma di specializzazione post-laurea nel settore, accreditato ai sensi della legge e approvato dal Consiglio di mediazione;
- g) è stata autorizzata come mediatore nelle condizioni della legge.

La legge prevede inoltre l'assicurazione dello sviluppo professionale dei mediatori dopo il loro accreditamento e l'ottemperanza da parte di questi del codice di comportamento al fine di garantire un processo di mediazione equa ed efficiente per le parti.

Ci sono diverse disposizioni con particolare riferimento alla garanzia della riservatezza.

In primo luogo, l'articolo 37 prevede che:

- (1) Il mediatore non può essere sentito come testimone in relazione ai fatti o agli atti di cui ha preso atto nel corso del processo di mediazione. Nelle cause penali, il mediatore può essere sentito come testimone, ma soltanto se ha ottenuto il preliminare consenso espresso e scritto delle parti e, se del caso, di altre persone interessate.
- (2) La qualità di testimone prevale su quella di mediatore dal punto di vista dei fatti e delle circostanze di cui era a conoscenza prima di diventare il mediatore di quel caso.
- (3) In tutti i casi, dopo che è stato ascoltato come testimone, il mediatore non può più svolgere l'attività di mediazione nella medesima causa.

Poi, il contratto di mediazione, firmato dalle parti e dal mediatore prima delle sessioni di mediazione, deve comprendere chiaramente il dovere del mediatore di mantenere la riservatezza di tutti gli aspetti del processo di mediazione (art. 45 (d)).

Per quanto riguarda il carattere esecutivo dell'accordo, come previsto dalla Direttiva 52, la legge prevede all'articolo 59:

- (1) Le parti possono richiedere l'autenticazione del loro accordo dal notaio, secondo le disposizioni della legge e in ottemperanza con le procedure legali.

(2) Le parti possono comparire in Tribunale per richiedere l'omologazione dell'accordo raggiunto per mediazione. La competenza è attribuita sia al Tribunale di primo grado nel cui territorio si trova il domicilio o la residenza oppure, se del caso, la sede di una delle parti, sia il Tribunale di primo grado nel cui territorio si trova il luogo in cui l'accordo di mediazione è stato stipulato. La decisione mediante cui il giudice ordina l'omologazione dell'accordo delle parti si dà nella Sala di consiglio e costituisce titolo esecutivo nelle condizioni della legge. Le disposizioni degli artt. 432-434 del codice di procedura civile si applicano conformemente.

Come incentivi per le parti, per dare preferenza alla risoluzione delle controversie in mediazione, la legge prevede che, se le parti di una causa tratta in tribunale risolvono la loro controversia in mediazione, avranno diritto, su richiesta, al rimborso dell'imposta di bollo.

In conclusione, è chiaro che la Legge del 2006 n. 192 e i suoi emendamenti successivi apportati dalle Leggi del 2009 n. 370, del 2010 n. 202, n. 76 e del 2012 n. 115, possono essere considerati come modello di trasposizione delle raccomandazioni della Direttiva 2008/52 nella legislazione di Romania. Ciò che non è chiaro, è la misura in cui questa trasposizione ha influito positivamente il ricorso alla mediazione in questo paese, dove l'utilizzo della mediazione resta (come in tutta Europa) estremamente limitato, in modo particolare in comparazione con i procedimenti giudiziari. Esiste ancora una preferenza accentuata del pubblico per i Tribunali. Portare la mediazione allo stesso livello e dare alla mediazione uno statuto uguale è un processo di durata e richiede l'impegno di tutte le parti interessate.

Capitolo 3: Carattere interculturale della mediazione transfrontaliera

3.1. Premesse

I progressi nel commercio e nella tecnologia hanno contribuito fortemente allo sviluppo delle interazioni tra i diversi Paesi, e questo ha infatti portato a una crescita del numero delle controversie transfrontaliere.

Purtroppo, le controversie transfrontaliere sono spesso molto complicate a causa del coinvolgimento di diverse legislazioni nazionali, barriere linguistiche, differenze culturali, diversi metodi di pensare e agire, principi religiosi ed etnici e dei partecipanti presenti in luoghi geografici diversi.

A tal proposito, possiamo affermare veramente e obiettivamente che a differenza dei procedimenti giudiziari, i benefici della mediazione sono enormemente positivi e a favore dei partecipanti soprattutto nelle cause delle controversie transfrontaliere.

Pertanto, la mediazione è particolarmente utile non solo per qualunque tipo di sistema giuridico nazionale, ma anche per le controversie transfrontaliere e transculturali.

La mediazione transfrontaliera può diventare una necessità, grazie particolarmente alla sua rilevanza strategica nei rapporti commerciali e civili tra i cittadini dei Paesi dell'UE.

La mediazione è infatti uno strumento flessibile e potente in grado di agevolare in modo concreto la risoluzione efficiente delle controversie transfrontaliere e può essere ritenuta una "procedura sociale" per la risoluzione dei conflitti, per una pacificazione sociale a larga diffusione. Oltre a risolvere le controversie tra le parti in conflitto, la mediazione esercita anche una pressione positiva, attirando ottimismo, pace, rispetto all'interno della comunità in cui le parti in conflitto svolgono le loro attività, vivono e combattono. Estrapolando, quando la mediazione è di carattere transfrontaliero, all'effetto positivo di questa attrazione viene aggiunto l'impatto più diffuso della mediazione che gestisce un conflitto transfrontaliero e che può avere un effettivo negativo se non è correttamente gestita.

Oltretutto, l'utilizzo della mediazione nei casi transfrontalieri può oltrepassare tutte le frontiere giuridiche e geografiche e le barriere ideologiche e culturali che rappresentano molto spesso la causa reale dei conflitti tra le persone o aggravano il conflitto stesso.

L'utilizzo della mediazione nei casi transfrontalieri può consentire il superamento di tali problemi, permettendo alle parti di raggiungere un accordo rapido ed economicamente conveniente, nonché una soddisfazione reciproca.

Spesso, poi, il processo di negoziazione (soprattutto in una mediazione transfrontaliera) è facilitato dall'utilizzo degli strumenti di risoluzione online delle controversie (programmi di tele-video-conferenza), consentendo alle parti e al mediatore di sedersi a una tavola virtuale di negoziazione, connettendosi alla stessa piattaforma elettronica da luoghi fisici diversi e molteplici. In quest'ultimo caso, è possibile quindi ammettere che le barriere fisiche sono completamente superate dal punto di vista virtuale. Non è improbabile che ciascuna parte della mediazione transfrontaliera, gestita con l'uso d'interne, si trovi in un

altro Paese. Soggiornare “a casa sua” facilita avvolte la negoziazione all’interno della mediazione e crea opportunità. E questo, perché essendo “a casa sua”, ciascuna parte si sente di avere la stessa posizione di potere della sua controparte e non è costretta a cedere su qualche punto.

In questo modo, la mediazione consente il raggiungimento di una soluzione equilibrata, permettendo a ciascuna parte di esprimersi liberamente, senza pregiudizi e maschere comportamenti.

Poiché la mediazione transfrontaliera sembra essere molto difficile da gestire, la stessa deve essere gestita da un mediatore professionista, molto ben preparato, che conosca i quadri legali di riferimento dei Paesi di provenienza delle parti, aperto e proattivo ai cambiamenti culturali, con un alto livello di preparazione psicologica, sociologica e una capacità di conoscenza e comprensione approfondita dei principi e delle abitudini delle parti contendenti.

3.2. Mediazione transfrontaliera

La mediazione transfrontaliera è un processo in cui un mediatore (o più) assiste due o più parti nella gestione ed, eventualmente, nella risoluzione di una controversia di tipo multi-giurisdizionale all’interno dell’Unione Europea.

La mediazione transfrontaliera può essere utilizzata quando le parti hanno accettato volontariamente di risolvere la loro controversia amichevolmente e comunemente, dove un’autorità giudiziaria ha invitato o rinviato le parti all’utilizzo della mediazione e dove il diritto nazionale obbliga le parti a ricorrere alla mediazione.

La mediazione transfrontaliera è stata inserita dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell’Unione Europea nella Direttiva 2008/52/CE, entrata in vigore negli Stati membri dell’UE il 20 maggio 2011, riguardante gli aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Oltre a tutto, la Direttiva 2008/52/CE si prefissa l’obiettivo di:

- (1) semplificare e facilitare l’accesso alla giustizia,
- (2) adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria di diritto civile, necessarie per l’efficiente funzionamento del mercato interno,
- (3) fornire una risoluzione rapida ed economicamente conveniente delle controversie attraverso un processo concepito in base alle esigenze delle parti;
- (4) promuovere la mediazione nell’Unione Europea in un quadro legislativo prevedibile e di qualità comprovata.

Che cosa è una controversia transfrontaliera?

Al fine di garantire la sicurezza giuridica, la Direttiva prevede criteri per determinare la natura transfrontaliera di una controversia.

A norma dell’articolo 2 della Direttiva, per controversia transfrontaliera s’intende quella in cui una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in un Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte, alla data in cui:

a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione

L'accordo delle parti di ricorrere alla mediazione può apparire in due casi:

- (i) prima dell'inizio della controversia da accordo contrattuale specifico (ad esempio, la previsione di una "clausola di mediazione" separata); o
- (ii) dopo l'inizio della controversia e l'accordo delle parti sull'inizio della mediazione.

b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale

c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale

Le disposizioni dei punti b) e c) sono confermate dai paragrafi 12 e 14 della Direttiva che prevedono: *La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione (...). E La presente direttiva dovrebbe inoltre fare 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 (...)*.

d) ai fini dell'articolo 5 della Direttiva, un invito è rivolto alle parti

È qualificata, sempre mediazione transfrontaliera, anche la mediazione in cui l'autorità giudiziaria ha la competenza di decidere la composizione della controversia per la risoluzione del conflitto e l'assegnazione della mediazione a un terzo neutro diverso dall'organo giurisdizionale.

Per controversia transfrontaliera s'intende altresì una controversia in cui i procedimenti giudiziari o di arbitrato risultanti da una mediazione tra le parti sono avviati in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data di cui sopra.

Come descritto all'articolo 1, l'obiettivo della Direttiva 2008/52 è di *facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*, considerando che la Comunità Europea si prefissa l'obiettivo di *mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone* (visto il punto 1 della Direttiva 2008/52).

La Direttiva 2008/52 si applica, così come risulta anche dall'articolo 1, solo alle materie transfrontaliere del diritto civile e commerciale in cui le parti possono disporre in modo libero dei loro diritti. La Direttiva 2008/52 non si applica alle materie fiscali, doganali, amministrative e né alla responsabilità degli Stati per atti od omissioni nell'esercizio dei poteri pubblici (*acta iure imperii*).

Non è pertanto rilevante il luogo di svolgimento della mediazione, anche se è facile da immaginare che questo sarà il territorio di uno degli Stati membri coinvolti nel conflitto transfrontaliero, soprattutto se l'utilizzo della mediazione è stato ordinato da un organo giurisdizionale o se sorge a norma del diritto nazionale (ai sensi dell'articolo 2, lettere b)

e c) della Direttiva). Inoltre, in analogia con le libertà contrattuali delle parti, l'unico caso in cui la mediazione accade sul territorio di un altro Stato membro diverso, oltre ai casi in cui la causa sia considerata di carattere transfrontaliero, è quando le parti (articolo 2, lettere (a)) scelgono di ricorrere volontariamente alla mediazione, dato il loro diritto di avviare la causa di mediazione in un altro Stato, diverso da quello natale o da quello stabilito in base ai criteri degli articoli 59 e 60 del Regolamento 44/2001, come previsto dalla Direttiva 2008/52.

Naturalmente, com'è già noto, oltre al fatto che la Direttiva 2008/52 si applica solo ai casi di controversie transfrontaliere come sopra definiti, il legislatore dell'Unione Europea ha voluto specificare, ai sensi del punto 8, che questo non impedisce i legislatori nazionali di applicare le stesse regole e norme per i processi interni di mediazione (ad esempio, per le controversie dei loro territori).

3.2.1 Vantaggi della mediazione transfrontaliera

La mediazione transfrontaliera è molto vantaggiosa in termini di denaro e tempo, se si considera che una causa transfrontaliera possa significare costi molto più elevati e possa allungarsi in termini di tempo, soprattutto quando i casi sono complicati e quando vi è la necessità di analizzare molti aspetti giuridici controversi in diverse giurisdizioni.

Inoltre, il diritto internazionale privato non è sempre semplice da applicare e gli esperti con specializzazione nelle controversie transfrontaliere non sono così comuni.

La mediazione transfrontaliera consente di superare molte difficoltà e barriere, in quanto le parti hanno il dovere e il compito di rispettare delle norme uniche di mediazione, con la necessità di obbedire la legge e non di essere contro la legge; queste norme uniche sono stabilite dal mediatore scelto.

La mediazione transfrontaliera fornisce un quadro utile per consentire alle parti di fare un'adeguata analisi e valutazione dei problemi, dei bisogni, degli interessi e dei conflitti impliciti, trovando e sviluppando delle opzioni eque e realistiche e raggiungendo accordi durevoli, se sono capaci e disposte a farlo, con l'aiuto di un terzo, un mediatore imparziale, con forti valori etici, giuridici e professionali.

La mediazione riduce i conflitti e gestisce il livello dei rapporti: aiuta le parti a imparare a comunicare tra loro in una maniera civilizzata nel corso del processo di mediazione e in futuro, mirando al bene dei rapporti tra le parti. Dal punto di vista di tale vantaggio, la mediazione è uno strumento sociale per sviluppare un linguaggio comune di giustizia, pace e ricostruzione dei rapporti.

Collegato al vantaggio sopraccitato, l'utilizzo della mediazione può prevenire le future controversie, aiutando le persone a capire il valore di un accordo comune, scelto proprio dalle parti in conflitto che diventano i progettisti e gli architetti della ricostruzione dei loro rapporti, delle loro relazioni e delle future collaborazioni tra loro.

Infatti, in qualsiasi mediazione, il mediatore aiuta le parti a guardare verso un possibile futuro comune per rifare e migliorare (se possibile) i loro rapporti e prova a risolvere il problema apparso tra loro in passato, determinandole a prendere in considerazione un

possibile futuro comune (dal punto di vista relazionale, imprenditoriale e piuttosto dal punto di vista della materia che fa l'oggetto della loro controversia).

Anche se le parti sono ben diverse una dall'altra (dal punto di vista culturale, linguistico, dei sentimenti e del modo di sentire, delle abitudini, delle credenze, ecc.), la mediazione transfrontaliera riunisce i loro intenti, aiutandole a trovare una soluzione comune, e non attraverso una decisione imposta dal mediatore che non interviene e non agisce come giudice o arbitro, ma solo mantiene l'imparzialità, creando un legame spirituale con le parti, e ragiona all'unisono con loro, incoraggiandole senza metterle sotto pressione e indirizzandole verso un accordo comune secondo i bisogni e gli interessi di tutte le parti, senza eccezione.

Oltretutto, ai sensi dell'art. 6 della Direttiva, l'accordo può acquisire carattere esecutivo, aumentando la visibilità di tutto il processo, diventando così la mediazione per i cittadini e le imprese un nuovo metodo utile per la risoluzione delle controversie. Infatti, gli Stati membri dovranno assicurarsi che le parti o una di loro con il consenso esplicito dell'altra possono chiedere che il contenuto di un accordo risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Naturalmente, l'accordo scritto risultante da mediazione non potrà acquisire carattere esecutivo se il suo contenuto è contrario alla legislazione nazionale dello Stato membro dove una tale richiesta è stata presentata o se la legislazione del relativo Stato membro non prevede l'esecutività dell'accordo.

Questi sono solo alcuni dei vantaggi della mediazione transfrontaliera che non possono essere dettagliati data la brevità di questa guida pratica.

Concludendo il presente paragrafo, si può dire che il miglior vantaggio della mediazione transfrontaliera (e della mediazione in linee generali) è la mediazione stessa, perché la mediazione è proprio il vantaggio. E solo praticandola, è possibile scoprire tutta la sua energia incontenibile. Pertanto, il miglior consiglio è di cercare la mediazione, senza indugio, particolarmente nelle vertenze complesse, quasi irrisolvibili in tribunale.

Certo, è necessario che ciascuna delle parti, insieme agli avvocati di fiducia, prenda il tempo occorrente per scegliere il mediatore (assieme alla controparte se possibile), e in particolare quel mediatore che meglio si adatta alla specifica questione del conflitto. Tutte queste dovrebbero essere fatte per avere le migliori probabilità di successo.

3.2.2 Limiti e potenziali rischi della mediazione transfrontaliera

Come ogni procedura volontaria e basata su consenso, la mediazione transfrontaliera presenta alcuni limiti e potenziali rischi che possono manifestarsi prima o nel corso del processo.

Per quanto riguarda i limiti, è possibile spiegare e illustrare il modo in cui la mediazione e il mediatore possono superarli per una migliore soluzione.

- Parti troppo coinvolte emotivamente per essere in grado di capire il punto di vista di altrui. Avvolte, i sentimenti possono commuovere fortemente una delle parti, soprattutto se la controversia implica sentimenti forti, diventando l'altra parte piena di frustrazioni e chiudendosi di fronte a qualsiasi possibilità di vedere una soluzione.

In questo caso, un mediatore ben preparato può avere un notevole impatto.

Anche se i sentimenti, le emozioni, gli stati emotivi interni e i comportamenti sono molto importanti nella mediazione transfrontaliera, essendoci molto spesso delle differenze interne maggiori tra le parti, il mediatore sa infatti quanto è importante di aiutare le parti a essere aperte con loro stesse, con il mediatore e tra loro. Quando sono affogate nei sentimenti, il mediatore può decidere di organizzare incontri privati, solo con la parte in sofferenza, senza la presenza dell'altra parte.

Questo modo di agire aiuta le parti a vivere la mediazione senza maschere, essendo molto dirette e disposte a rispettare una l'altra e a provare a capire i bisogni, le emozioni e i sentimenti dell'altra parte.

Infatti, quando c'è la possibilità che una delle parti stia insieme al mediatore, senza la presenza dell'altra parte, si crea un'atmosfera d'intimità e comunicazione diretta con le parole, i pensieri e la comunicazione non verbale, ciò che aiuta la parte che partecipa agli incontri individuali di vedere le cose in modo differente, più costruttivo che mai.

- **Pareri estremi delle parti.** Una delle parti può essere convinta (la parte stessa o il suo avvocato) che vincerà in un procedimento giudiziario tradizionale, e perciò non è disposto a cedere e fare compromessi in mediazione.

In tal caso, il processo di mediazione può essere un vero momento di riflessione sulla situazione, soprattutto quando il mediatore agirà come *agente delle realtà* oppure come *profeta della sconfitta* (come si dice tra mediatori).

In effetti, una delle analisi fatte dal mediatore assieme a ciascuna parte, separatamente, durante il relativo incontro (un incontro privato) è di consentire il miglior ragionamento di quello che viene definito *la migliore alternativa a un accordo negoziato* (BATNA) e *la peggiore alternativa a un accordo negoziato* (WATNA).

È certo che, se le parti riflettono a una (o più) BATNA, ci sono maggiori probabilità che oltre alla mediazione e al rispetto dell'accordo risultante da mediazione, la stessa parte resti alla tavola della negoziazione per meno tempo possibile, convenendo un accordo con la controparte solo se la controparte soddisferà tutti i requisiti.

Ma, se la parti sono consapevoli di avere solo WATNA, dunque alternative peggiori in assenza di un accordo risultante da mediazione, resteranno certamente alla tavola della negoziazione anche se hanno la convinzione che in Tribunale, otterrebbero di più.

- **Gli avvocati non sostengono la mediazione.** È un aspetto frequente. In molti Stati membri, gli avvocati si oppongono alla mediazione per motivi di soggettività, e questo perché loro considerano la mediazione come una diminuzione e perdita del loro potere, di tempo e denaro per le loro attività.

Ancora una volta, solo durante il processo di mediazione, il mediatore può cambiare la situazione, aiutando gli avvocati a essere contenti di trovarsi in mediazione con i loro clienti e lasciando loro lo spazio necessario (in termini di tempo necessario per poter discutere e rappresentare i loro clienti in mediazione, per non vedere da vista i clienti e così via).

Normalmente, il mediatore sa come gestire le discussioni tra le parti e i loro avvocati, sa quando appare il momento il più idoneo e farà tutto il possibile perché gli avvocati non monopolizzano il processo di negoziazione: prima le parti, poi gli avvocati, e questa è la regola da tenere normalmente in mente da un mediatore saggio!

- **La mancanza dei fondi.** In questo caso, il linguaggio della mediazione, che tenderà di guidare verso soluzioni comuni e creative, non solo basate su richieste finanziarie, avrà il successo scontato. Uno dei vantaggi della mediazione è che, durante la negoziazione, non è necessario di mantenere la richiesta iniziale (il principio di *ne ultra petita*): il lato creativo della mediazione aiuta le parti a *far crescere la fetta di torta* (come si dice tra mediatori), venendo con idee non convenzionali che portano a soluzioni più adatte alle vere condizioni e allo statuto delle parti. Se la mancanza dei fondi è ostacolo oggettivo di un accordo, questo può essere superato, trasferendo l'oggetto della negoziazione su altri campi, finanziari o non finanziari, secondo gli interessi o i bisogni delle parti o che le parti hanno scoperto durante la mediazione.

- **La difficoltà di mettere in esecuzione l'accordo.** Tale ultimo aspetto preso in esame è molto importante perché tutte le diligenze fatte nel corso della mediazione possono essere distrutte o rese inefficaci, se alla fine della negoziazione realizzata in maniera efficiente dalle parti, con l'aiuto del mediatore, non c'è la possibilità di raggiungere un accordo scritto preciso, avendo clausole contrattuali valide, riconosciute dalle normative nazionali dello Stato membro (degli Stati membri) in cui l'accordo produrrà effetti.

A sostegno di un accordo valido, è necessario che l'accordo risultante sia redatto dagli avvocati delle parti, con tutte le caratteristiche necessarie permettenti di considerarlo valido e renderlo esecutivo nello Stato membro in cui si attuano le clausole contrattuali. Ciascun accordo risultante da una mediazione può contenere anche una clausola di natura finanziaria che preveda il dovere dell'altra parte di pagare una somma di denaro all'altra parte in caso d'inadempimento degli obblighi assunti.

3.2.3. Competenze dei mediatori nella mediazione di controversie transfrontaliere

Le competenze e le caratteristiche di un mediatore che gestisce mediazioni di carattere transfrontaliero devono essere molto precise e di alta qualifica professionale (teorica e pratica).

Siccome non esiste un livello di accreditamento riconosciuto al livello europeo e/o una certificazione delle competenze e delle capacità per i mediatori transfrontalieri, il ruolo dei centri di formazione dell'Unione Europea riveste un'importanza fondamentale.

Sarebbe dunque interessante provare a definire un percorso di formazione comune o un quadro comune di creazione dei programmi di formazione al fine di avere i migliori risultati ai corsi di formazione.

A livello internazionale, solo l'Istituto Internazionale di Mediazione (IMI) ha creato un gruppo di lavoro nell'aprile 2010, per sviluppare criteri per la formazione dei mediatori interculturali e per certificazioni IMI.

Il gruppo di lavoro IMI ha individuato sei aree d'interesse culturale (CFA) che i mediatori dovrebbero pendere in considerazione quando fanno mediazioni interculturali.

1. Stili di dialogare e comunicare

Formale-Informale

Diretto-Indiretto

Emozionale: elevato - basso

Espressività emozionale

Fisico – Non-fisico

Verbale, Paraverbale e Non verbale

Personale-Impersonale

Argomentazione sequenziale - circolare

2. Mentalità verso il conflitto

Atteggiamento di negoziazione (come preferiscono negoziare i partecipanti)

Atteggiamento verso il conflitto: Positivo - Negativo

Assunzione dei rischi: Elevata - Bassa

Costruzione dei rapporti – Orientamento verso compiti e doveri

3. Processo di mediazione

Aspettative su:

Il ruolo del mediatore e dei partecipanti

La prevedibilità del processo

La necessità di stabilire un'agenda di lavoro, un ordine di giorno

Il protocollo sociale

Le fasi separate o identificabili nel corso del processo

L'equità

Gli obiettivi o i risultati

4. Orientamento verso lo scambio d'informazioni

Trasparente – Non trasparente

Norme legali o altre norme o convenzioni sociali

Esteso - ristretto

Non specifici - Contestuale

Legato ai fatti – Non legato ai fatti

5. Orientamento temporale

Policroma - monocroma

Orientamento a lungo - a breve termine

Passato – presente – futuro (fatti, bisogni o interessi)

Termini limiti, rapporti, puntualità

Durata e frequenza (degli incontri comuni e/o separati)

Termini limiti presunti per il raggiungimento degli obiettivi

Sotto la pressione del tempo – senza la pressione del tempo

6. Approcci decisionali

Basati su norme – basati su interessi soggettivi

Il mediatore come generatore di norme, come educatore di norme o come avvocato di norme

Individualista, condotto dalla maggioranza o collettivista

Disposto a compromessi – non disposto a compromessi

Centrato sulla risoluzione dei problemi – generatori di risultati

Strutturato – Non strutturato

Orientato verso le relazioni – orientato verso i risultati

Orientato verso il partecipante – orientato verso il gruppo

Forme generali di comprensione specifica (orale, scritta, di comportamento)

Argomentazione induttiva – deduttiva

Quantificabile – non quantificabile

Maggiori informazioni sul progetto sono disponibili all'indirizzo: www.imimmediation.org.

Poiché ci sono coinvolti (potenzialmente) più giurisdizioni, il mediatore deve avere una conoscenza aggiornata della legislazione dei Paesi di origine delle parti coinvolte nella controversia transfrontaliera. Di conseguenza, è molto importante che i mediatori siano assuefatti con gli aspetti legali della controversia, ma è anche fondamentale che le parti siano consigliate idoneamente dal punto di vista giuridico per essere informate sui diritti e sui doveri, nonché sulle conseguenze legali di qualsiasi decisione adottata.

Pertanto, il background professionale di un mediatore transfrontaliero dovrebbe essere giuridico per capire e per non sottovalutare le situazioni giuridiche, quelle possibili, e i limiti di ciascuna parte coinvolta nel conflitto.

Le differenze culturali rivestono anch'esse un ruolo fondamentale; in effetti, loro sono in grado di modificare il risultato di un possibile accordo o possono rendere possibile un disaccordo basato su modelli culturali di comportamento, su appartenenze etniche, su convinzioni politiche o religiose, ecc.

È fondamentale per ogni mediatore transfrontaliero di capire i modelli comportamenti di rilevanza dal punto di vista culturale e le aspettative che possono aiutare a spiegare le differenti prospettive alle parti e a comprendere le pause oppure i possibili ostacoli che tali prospettive possono creare nel corso di negoziazione.

Tuttavia, è importante per il mediatore di provare a evitare la delimitazione dei modelli culturali di comportamento come concetti fissi per spiegare tutti i comportamenti di una persona nel corso di mediazione da tale punto di vista. In effetti, questi comportamenti possono non avere sempre collegamento con il gruppo, ma molte volte possono essere legati a una sola parte (basati su età, sesso, residenza, ecc.).

A tale scopo, i mediatori transfrontalieri dovrebbero fare tutte le diligenze per utilizzare la loro professionalità e capacità di capire le culture come strumenti validi di comprensione e (speriamo) previsione dei modelli comportamentali, aiutando le persone provenienti da culture differenti a comunicare in condizioni ottime tra loro e a finalizzare il processo di mediazione con il miglior accordo.

Un altro aspetto rilevante di cui i mediatori transfrontalieri devono essere a conoscenza, è il ruolo della lingua e la possibilità di lavorare con traduttori, associata alle barriere linguistiche e ai disaccordi che possono essere causati avvolte da diversi modelli culturali di comportamento.

La risoluzione di questi problemi durante una mediazione transfrontaliera è cruciale per la ricerca di un accordo comune condiviso fino ai minimi dettagli.

In molti casi, le parti parlano lingue differenti e anche se parlano la stessa lingua (ad esempio, l'inglese), questa potrebbe essere la lingua madre di una delle parti, ma non dell'altra. In quest'ultimo caso, la parte che non ha la stessa lingua madre, può sentirsi svantaggiata e inconveniente e potrebbe desiderare di parlare nella sua lingua madre nel corso della mediazione.

Inoltre, quando sono coinvolti dei sentimenti forti, le parti tendono a parlare nelle loro lingue madri – è un comportamento normale e comprensibile, e non c'è niente di strano.

I mediatori dovrebbero essere a conoscenza delle barriere linguistiche e dovrebbero risolverle con flessibilità; e ad esempio, se una delle parti dice qualcosa nella sua lingua madre, e l'altra parte non capisce, allora il mediatore, che dovrebbe parlare e capire anche quella lingua, dovrebbe essere in grado di diventare traduttore per interpretare il messaggio all'altra parte.

Se le parti vogliono parlare in lingue differenti (anche solo per mettere una barriera tra loro) e il mediatore non conosce le due lingue particolari, è necessario un traduttore-interprete professionista.

Sempre dalla categoria delle barriere linguistiche, una situazione simile può risalire al momento in cui le parti, anche se sono madre lingua della stessa lingua, parlano dialetti diversi. A tal senso, il mediatore dovrebbe studiare in anticipo come mantenere le parti attente e come gestire le espressioni in dialetti differenti.

Ovviamente, ricorrendo a un traduttore-interprete, la negoziazione potrebbe perdere la sua immediatezza *domanda – risposta*, perché il traduttore-interprete deve ascoltare e poi a interpretare il messaggio, con l'eccezione dei casi in cui la traduzione orale è di tipo simultaneo.

Oltretutto, ci sono casi in cui le parti non accettano volentieri la presenza di un terzo (il traduttore-interprete) alla tavola della negoziazione. In effetti, la presenza di un'altra persona al processo di mediazione può cambiare la dinamica della situazione.

Quando vi è la necessità di traduzioni durante la mediazione, i mediatori sono tenuti necessariamente a preparare gli interpreti per il loro ruolo, assicurandosi che loro non diventino, ad esempio, sostenitori della parte per cui fanno la traduzione. La situazione è molto pericolosa, perché se il traduttore-interprete diventa il sostenitore di una delle parti, potrebbe evitare la traduzione di alcuni passaggi appena sentiti o addirittura variare involontariamente la traduzione a favore di una delle parti.

Infine, l'accordo risultante da una mediazione deve essere redatto in entrambi le lingue, lavoro realizzato di solito dal mediatore, con l'aiuto degli avvocati, se sono presenti, e con l'aiuto del segretario che assiste il fornitore di mediazione sotto l'ombrello di chi la mediazione è stata tentata.

Ancora una volta, è fondamentale la scelta della persona che fa la mediazione, la quale deve corrispondere alle aspettative delle parti e deve essere in grado di gestire tutte le richieste che possono manifestarsi nel corso della mediazione transfrontaliera.

Un altro ruolo importante del mediatore è di assicurare una struttura semplice che consenta alle parti di comunicare più efficientemente.

Se una delle parti interrompe l'altra, come procedeva anche prima della mediazione, il mediatore può ricordare alla parte in questione che avrà la possibilità d'intervenire, senza essere interrotta a suo turno, per rispondere a quello che l'altra parte le ha detto.

Un mediatore può dire: *solo perché ascolti quello che ha da dire o pensa dall'inizio alla fine non significa che sei anche d'accordo.*

La semplice presenza del mediatore per guidare la discussione aiuta all'apertura delle vie di comunicazione che aiutano alla risoluzione del conflitto. Quando una persona ha l'occasione di dire quello che vuole, senza essere interrotta, dall'inizio alla fine, sente che è stata ascoltata e si sente meglio nella situazione data. Quando una persona ha l'occasione di ascoltare quello che si dice, senza interrompere, capisce e impara più in merito alla prospettiva di altrui di come faceva fino a quel punto, forse per molto tempo. Quando quest'ultima persona può dire quello che ha da dire, senza interruzione, passa la stessa cosa, si sente meglio e l'altro capisce meglio.

La comunicazione ricomincia, ciascuna delle parti si sente ascoltata, ciascuna parte inizia a comprendere meglio la posizione dell'altra persona e la controversia è quasi risolta. È davvero incredibile vedere.

Un mediatore è inoltre un ponte tra le parti: agisce costantemente come un facilitatore pieno di comprensione per consentire alle parti in conflitto di capire i loro bisogni e i loro diversi interessi e le prospettive differenti sul conflitto.

Tuttavia, in questo rapporto informale, il mediatore deve agire anche per aiutare le parti a eliminare le aspettative false e irrealistiche o le presunzioni impossibili da prevedere negli accordi.

A tale senso, il mediatore aiuta le parti a ragionare a base di accordi affidabili che siano adatti e conformi ai loro interessi e alle loro esigenze (almeno a quelli primari).

Il collaudo (oppure la verifica) della realtà è una parte importante delle responsabilità del mediatore di aiutare le parti a raggiungere un accordo, anche se alle parti potrà non piacere questa situazione. In questo modo, il mediatore agisce come un avvocato del diavolo e sfida in qualche modo le posizioni delle parti nel tentativo d'inserire la realtà così necessaria nel processo.

Un'altra importante abilità di un mediatore che tratta le controversie transfrontaliere, è la capacità di ascoltare attivamente a quello che una parte sta dicendo e di notare quello la detta parte non sta dicendo, facendo una distinzione tra quello che omette in modo volontario e involontario.

Si tratta di un principio fondamentale, nel senso che il mediatore non deve avere e non deve emettere pregiudizi sul caso e non deve imporre i suoi pregiudizi alle parti.

Inoltre, un mediatore deve saper distinguere il motivo per cui una persona dice certe cose e deve saper leggere tra le righe i messaggi nascosti delle parti in conflitto.

Il mediatore deve "indagare" la controversia insieme alle parti e deve chiederle se le sta aiutando a raggiungere un accordo efficiente.

Il mediatore deve avere una buona panoramica del caso, quanto più completa possibile, soprattutto quando sta esplorando i metodi di risoluzione della controversie insieme alle parti.

A tal scopo, il mediatore deve utilizzare l'arte di fare domande, ascoltare e analizzare le risposte, ascoltando quello che le parti hanno da dire e notando quello che non hanno detto (ma probabilmente quello che vorrebbero dire).

La capacità consiste nell'abilità d'individuare i reali bisogni delle parti, non nel lavorare su quello di cui il mediatore pensa che sia l'oggetto della controversia, e poi nell'abilità d'incoraggiare le parti a soddisfare piuttosto i loro bisogni, meno i desideri e le posizioni presentate.

L'ascolto aiuta il mediatore a controllare il caso. L'ascolto attivo non è inerente.

Non è necessariamente un'abilità facile da acquisire, ma è essenziale. È un'abilità che può essere imparata, migliorata e levigata.

Un buon mediatore è preparato ad ascoltare quello che le parti hanno da dire, senza interromperle e senza monopolizzare la discussione.

L'ascolto efficiente significa sentire ciò che è stato detto e dimostrare che l'ascoltatore ha sentito e capito correttamente. Nell'ascolto corretto, sono molto importanti i momenti di silenzio per la riorganizzazione delle idee e la verificare di quello che l'ascoltatore ha sentito.

Un mediatore ben preparato deve inoltre creare un'atmosfera confortevole e rilassante per le parti in conflitto, dimostrando interesse per quello che parti gli diranno, nonché comprensione per le difficoltà vissute dalle parti.

Un mediatore preparato sa quali sono le domande molto importanti in un processo di negoziazione fatto in mediazione e che le migliori domande sono formulate in maniera semplice e breve.

Soprattutto, deve sapere che ci sono alcuni tipi di domande che non sono quasi mai appropriate in un processo di mediazione.

Questi includono le domande direttive, in cui l'intervistatore indica la risposta voluta e le domande molteplici quando l'intervistatore pone la stessa domanda in modi differenti, rischiano d'indurre l'intervistato in errore.

Nel corso del processo di mediazione, ma soprattutto durante gli incontri, il mediatore agisce facendo piuttosto domande al posto di ricorrere ai fatti perentori o alle istruzioni prese dalla sua esperienza professionale.

Con le domande, le parti acquistano responsabilità e consapevolezza perché devono rispondere correttamente; invece, se il mediatore facesse semplicemente dichiarazioni e asserzioni principali o basate su esperienza, le parti tenderebbero piuttosto a esserne d'accordo perché le asserzioni provenivano dal mediatore. Ci sono molti tipi di domande che un mediatore può utilizzare durante il processo di mediazione. Alcuni di loro:

- le domande aperte: adatta soprattutto nella fase di esplorazione. Le domande aperte iniziano con avverbi interrogati oppure con una fraseologia del tipo: *come?*, *che cosa?*, *perché?* oppure *dimmi di...* Questi tipi di domande invitano l'ascoltato a parlare a lungo del suo caso, dei suoi sentimenti, dei suoi bisogni, ecc.

- le domande chiuse: sono fatte dopo quelle aperte per invitare le parti a dare risposte definite; *sì* oppure *no*; forniscono meno informazioni, ma invitano le parti ad assumere responsabilità per le risposte.

- le domande ipotetiche: utilizzate dai mediatori quando devono fare l'analisi di possibili soluzioni. Lo scopo è di dare spazio a opzioni, stimolando la creatività e la risoluzione dei conflitti tra le parti. Un esempio di domanda tipica può essere: *se...?* oppure *hai mai pensato che...?* oppure *credi di essere possibile...?*

- le domande dirette: hanno il ruolo di procurare al mediatore le informazioni necessarie per fare una valutazione della situazione data (ad esempio: *quanti contratti hai firmato?*)

- le domande di chiarimento: utilizzate per chiarire le dichiarazioni ambigue o vaghe rese dalle parti quando intendono essere evasivi (ad esempio: *potresti darmi maggiori dettagli?*)

- le domande relazionali : per capire che tipo di rapporto esiste tra le parti (ad esempio: *da quanto tempo vi conoscete?* oppure *che cosa pensi che sia successo con il vostro rapporto?*)

- le domande circolari: aiutano a creare un legame tra le parti, mettendole una nei panni dell'altro per vedere il problema da questa prospettiva (ad esempio: *signora Smith, se le fosse al posto della signora Smith, che cosa farebbe per risolvere tale controversia?*). Con questo tipo di domanda, le parti possono vedere la controversia da una nuova prospettiva e possono accettare la posizione di altrui, che potrebbe rivelarsi non così irragionevole come prima ipotizzata.

La tecnica di riassumere e cambiare la prospettiva. Il mediatore riassume quando vuole:

- Concentrarsi su questioni essenziali
- Controllare la comprensione
- Dimostrare che l'ascoltatore ha sentito correttamente
- Strutturare una dichiarazione o affermazione altrimenti disorganizzata
- Consentire alle parti di cambiare le dichiarazioni
- Guadagnare del tempo
- Cambiare il corso di una conversazione

Ristrutturare la prospettiva significa aggiustare, riordinare o modificare le parole di una dichiarazione, per conferirle un senso positivo, eliminando le invettive, le critiche, il linguaggio negativo, aggressivo e contraddittorio. Il mediatore ristruttura la prospettiva, utilizzando un linguaggio che è almeno neutro e idealmente positivo.

Riassumendo e ristrutturando la prospettiva, il mediatore può offrire alle parti in conflitto reali probabilità di avanzamento in mediazione e le può aiutare a superare gli ostacoli e le barriere, mantenendo il rispetto degli altri e aggiustando la posizione.

La perseveranza e la pazienza. Si tratta di due qualità, che abbinate alla capacità di ascolto, sono i requisiti fondamentali di un mediatore competente (molto di più di tutte le altre menzionate nella presente guida).

Nel corso del processo di mediazione, il mediatore deve mantenere un tono calmo, un sorriso sincero e un atteggiamento aperto, amichevole e ricettivo. Egli deve parlare in maniera chiara e deve rivolgersi cortesemente alle parti, ispirando loro fiducia. Per fare questo, il linguaggio corporeo del mediatore è molto importante: la postura alla presenza delle parti.

Il mediatore deve esprimere anche oralmente perseveranza e pazienza. Egli dovrebbe limitarsi, se non proprio evitare, all'utilizzo di *non* o *mai*. *Non* elimina le opzioni e limita la creatività, compromettendo le probabilità di creazione del valore aggiunto dalle parti.

Il mediatore agisce come una guida in mediazione, come un intermediario e come un catalizzatore per il pensiero immaginativo delle parti, per connettere i ragionamenti e le speranze, per facilitare la reciproca comprensione nel conflitto.

Le parti hanno molta fiducia nel mediatore. Quando il mediatore ha creato empatia con le parti, esiste un certo "timore e stupore" verso il mediatore che caratterizzano tutta la procedura.

Pertanto, sulle spalle del mediatore risiede un'enorme responsabilità, perché le parti lo vedono come l'unica speranza, il leader che gli darà uno spazio di sicurezza e l'unico che potrà aiutarle a spegnere il fuoco di questa situazione negativa.

Se il mediatore è calmo, anche le parti saranno; se il mediatore è esasperato, anche le parti saranno; se il mediatore è positivo e realista, anche le parti saranno, e così via.

È possibile dire che il mediatore è un professionista "tuttofare", avendo abilità e qualità del campo della psicologia, della sociologia e dell'etica.

Schematicamente, è possibile riassumere le altre competenze / abilità del mediatore di controversie transfrontaliere, come seguono:

- Costruisce rapporti
- Ha una capacità analitica di risolvere i problemi – abilità d'individuare e di separare i problemi e di metterli in una prospettiva che facilita la risoluzione o la presa di decisioni.
- Utilizza un linguaggio chiaro, semplice e neutro nell'atto di comunicazione e, se del caso e necessario, anche le opinioni scritte e per scritto.
- Da prova di empatia per i valori forti delle parti in conflitto, ivi comprese le differenze di sesso, cultura ed etnia.

- Ha la capacità di lavorare e gestire gli elementi fattuali complessi.
- Da prova di onestà, comportamento degno, rispetto verso le parti e abilità di creare e mantenere il controllo delle situazioni critiche e conflittuali.
- Ha la capacità di fare distinzione fra i valori personali e i problemi, dove la neutralità dovrà essere mantenuta.
- Ha la capacità di capire gli squilibri di potere.

Ha la capacità di:

- Guadagnare e sviluppare la fiducia al fine di mantenere l'accettabilità;
- Eliminare i problemi che non possono essere mediati;
- Trasformare le posizioni delle parti in bisogni e interessi;
- Inventare (e aiutare le parti a inventare) opzioni creative;
- Identificare i principi e i criteri che guideranno la presa delle decisioni;
- Valutare la fattibilità degli argomenti;
- Valutare le alternative che non implicano un accordo.

3.2.4 Aspetti culturali con impatto sulla mediazione transfrontaliera

Come brevemente detto, è molto importante che un mediatore implicato in mediazione transfrontaliera sappia e riconosca il modo in cui le differenze culturali si manifestano nel corso del processo di mediazione.

Infatti, la dimensione interculturale è uno degli aspetti i più importanti che debba essere considerato e gestito efficientemente da parte del mediatore, per mantenere dei rapporti equilibrati, tranquilli e detensionati tra le parti.

La nazionalità di una persona non le determina necessariamente il comportamento nel corso della mediazione, ma un mediatore può analizzare attentamente gli atteggiamenti delle parti al fine di capire meglio le loro posizioni e al fine di proporre una prospettiva nuova, in modo da evitare i disaccordi e rendere efficiente la comunicazione, al fine di evitare un insuccesso delle negoziazioni oppure per meglio valorizzare le strategie di risoluzione dei problemi, adatte al reale contesto.

Il ruolo del mediatore nelle mediazioni transfrontaliere è pieno di sfide e particolarmente importante. Il mediatore transfrontaliero deve utilizzare la capacità di gestire i labirinti culturali delle parti, i quali non sono sempre evidenti, avvolte nascosti, guadagnando la fiducia delle parti e (se del caso) degli avvocati che le rappresentano.

Essendo la mediazione anche una tipo di processo *catartico*, una delle abilità le più importanti di comunicazione nella mediazione efficiente è data dal riconoscimento delle differenze tra le parti, soprattutto nei casi in cui alla tavola della mediazioni siano sedute culture e passati differenti, essendo una delle più importanti ed efficienti modalità di rompere il cerchio vizioso dei conflitti interumani.

In linee generali, chi è implicato nella mediazione transfrontaliera, che coinvolgono delle differenze culturali, ha un presupposto generale che ci sono alcune abitudini fisse che si possono sviluppare (come – per esempio – non offrire mai la mano sinistra a un arabo o

capire il modo di offrire una bevanda a una controparte turca o capire la necessità di muovere le mani alla presenza di un italiano durante le negoziazioni, ecc.).

È fondamentale ricordare che la cultura stessa è uno strato relativamente superficiale che copre la natura umana universale, ma quando vi è una reale necessità (durante la mediazione, ad esempio), tutte le persone sono uguali, particolarmente quando si tratta di ragionare sulle emozioni, sui desideri e sui bisogni. La causa è una cultura umana generica che include ciascuna persona, essendo un *homo sapiens* adattabile.

Un mediatore ben preparato non può non ricordarsi che ci sono culture locali, molto ben naturalizzate nei comportamenti individuali, che possono influenzare notevolmente il processo di mediazione, perché sono state create, condivise e trasmesse (in qualche modo socialmente ereditate) dagli individui in certi gruppi sociali.

Pertanto, nella mediazione transfrontaliera ad aspetti culturali pregnanti (ma anche nel caso in cui gli aspetti culturali siano meno evidenti) deve essere indagato ogni aspetto e riferimento culturale generale e particolare della parte seduta alla tavola di mediazione.

3.2.5 Complessità culturali d'impatto sul processo di mediazione transfrontaliera

Perché la mediazione transfrontaliera sia uno strumento efficiente nella risoluzione della controversia per tutte le parti e per i loro avvocati, è necessario che tutti gli avvocati e il mediatore abbiano una profonda e corretta visione e comprensione delle sfumature e dei modelli culturali comportamento degli altri.

La cultura è un termine notoriamente difficile da definire. Nel 1952, i due antropologi americani Kroeber e Kluckhohn hanno realizzato un'analisi critica dei concetti e delle definizioni della cultura e hanno creato un elenco con 164 definizioni differenti.

Cercando di definirla, la cultura sarebbe un insieme di presupposti, valori e credenze comuni, tradotto in caratteristiche comportamentali di un gruppo di persone.

Com'è stato detto in precedenza, il carattere generale di una cultura può cambiare o adattarsi, soprattutto mediante contatto con altre culture differenti (come – per esempio – l'effetto della globalizzazione che comprime e mette insieme molti aspetti diversi in una maniera unica di fare e sentire).

Ma, quando vi è la necessità di fare un esame profondo della struttura di una cultura, è importante ricordare che i valori e le credenze tendono a essere riluttanti a qualsiasi tipo di cambiamento di generazione in generazione.

Come mediazione, utilizzando gli incontri privati se necessario, è importante capire e prendere in considerazione particolarmente il secondo tipo di cultura, quella profonda e interna.

In questo modo, ciascuna parte differente dal punto di vista cultura può sentirsi presa in considerazione, capita, aiutata e protetta e può aprire la sua anima all'altra parte perché qualcuno – il mediatore – ha utilizzato i migliori metodi per rompere il silenzio, senza situarsi in contraddizione con i desideri o con la mentalità delle parti, ma incoraggiando

l'espressione delle differenze per creare una visione comune in merito al problema e per dare una possibilità concreta di riconciliazione.

La cultura non agisce a un solo livello. Le persone vivono a molteplici livelli culturali: da quello familiare, professionale o del luogo di lavoro o regionale a quello di genere e di generazione, ecc. Queste stratificazioni di appartenenze culturali influenzano tutto ciò che fa una persona, incluso il suo modo di tentare di risolvere i conflitti per se stessa e come i conflitti sarebbero meglio risolti da altri.

La comprensione del fenomeno culturale è obbligatoria per la gestione corretta delle controversie transfrontaliere, nonostante la natura sociale, commerciale o economica delle medesime. È necessario che il mediatore percepisca tutti i problemi con tutte le implicazioni culturali da parte delle parti sedute alla tavola della mediazione.

Un altro concetto molto importante, legato al lato culturale, da dover essere considerato nelle mediazioni transfrontaliere è la distanza rispetto al potere. L'indice della distanza rispetto al potere è un indicatore della gerarchia di una certa cultura.

Su una scala dall'ingiù all'insù, la distanza rispetto al potere si riferisce a un numero maggiore di membri meno potenti di un gruppo che aspetta, e quindi accetta, che il potere non sia distribuito uniformemente.

In una cultura con distanza minore rispetto al potere, le parti collaboreranno in genere per risolvere qualsiasi controversia, presentando i loro punti di vista e i loro desideri; c'è un alto livello di collaborazione tra gli individui, e le discussioni e le consultazioni sono più auspicabili in caso di divergenza o differenza di opinioni.

D'altro lato, in una cultura a grande distanza dal potere, il rapporto capo-subordinato è basato su dipendenza. Le persone che appartengono a una cultura a grande distanza dal potere, accettano le disuguaglianze come parte normale della vita.

Per le persone appartenenti a una cultura a minore distanza dal potere, le parole positive sono: diritti, richiami, equità in negoziazione, necessità, collaborazione tra datori di lavoro e dipendenti, obiettivi comuni, critica e porre domande; al contrario, le persone appartenenti a una cultura a grande distanza dal potere, le parole positive sono: rispetto, padre, fratello maggiore, padre, servo, saggezza, protezione, ordine, obbligo, e così via.

Le culture a grande distanza dal potere (come i Paesi di Asia, America Latina e di Sud e quelli arabi) gestiranno le mediazioni attraverso le persone anziane come negoziatori e si aspetteranno che l'interlocutore e il mediatore abbiano uno stato senior simile o più alto. Se devono negoziare con un interlocutore oppure un mediatore di livello inferiore, penseranno presumibilmente che questo comportamento è una mancanza di rispetto per la persona anziana. Perciò, sarebbe molto importante avere un mediatore (che sarà molto cortese in relazione con la parte con uno statuto più alto) che è pari o superiore al livello delle parti.

Al lato opposto, le parti provenienti da una cultura a minore distanza dal potere (come – per esempio – SUA, Canada, Nuova Zelanda, Australia, molti paesi europei) tenderanno

spesso a comportarsi con tutti allo stesso modo, perché loro considerano che tutti siano uguali e debbano essere trattati allo stesso modo.

In questi casi, il ruolo dei mediatori è particolarmente importante, facendo distinzione tra mediazione e transazione (negoziiazione senza il terzo mediatore).

In effetti, se le parti fossero state lasciate a negoziare da sole, si considera che la parte più potente avesse imposto la sua supremazia rispetto alla parte più debole.

La presenza del mediatore serve per equilibrare il potere e per ridistribuirlo in maniera uguale tra le parti, riducendo il livello di potere della parte più potente e aumentando il potere di negoziazione della controparte fino al punto in cui le parti sono allo stesso livello e possono negoziare con prerogative simili. Di solito, la presenza del mediatore trasforma la tavola della mediazione in un punto d'incontro di culture diverse che creano assieme una nuova cultura, adatta per tutte le parti.

Per esempio, il mediatore potrebbe prendere in considerazione il vero ruolo che le parti più deboli possono avere nell'influenzare le parti più potenti, ricorrendo ai valori comuni e al fatto che in mediazione, se una delle parti non è d'accordo con una soluzione, la situazione è a sfavore di tutte le parti (incluse quelle più potenti), perché non si arriverà a un accordo.

Il mediatore potrebbe fare uso della co-mediazione, con l'assistenza di co-mediatori che hanno somiglianze culturali con le parti. A tal proposito, il processo può avere un effetto positivo nel corso delle negoziazioni perché partendo dalle somiglianze che le parti percepiscono tra loro e il co-mediatore, è possibile edificare la fiducia nel processo e nel mediatore.

Tutti questi strumenti permetteranno alle parti di comprendere coerentemente le culture e di valutare l'intolleranza comune e agevoleranno efficientemente la mediazione.

3.3. Mediazione transfrontaliera pluripartitica

La mediazione pluripartitica è quella in cui le parti (più di due) stanno a una discussione più complessa e ciascuna di loro ha il domicilio o risiede abitualmente in un altro Paese, diverso da quello delle altre parti.

In questo caso, il mediatore deve gestire una situazione in cui molteplici fattori possono sovrapporsi e mescolarsi, ma se non è ben preparato, il conflitto può subire uno sbalzo irreparabile, abbattendo ogni possibilità di raggiungimento di un accordo.

La mediazione efficiente di una causa complessa, di grandi dimensioni e pluripartitica richiede l'impegno di ciascun partecipante al processo di mediazione e un mediatore molto ben preparato dal punto di vista professionale.

Gli strumenti molto importanti per le mediazioni transfrontaliere sono gli incontri di pre-mediazione. Il mediatore può organizzare una oppure più riunioni di "designazione del processo" con gli avvocati delle parti e, se possibile, con i clienti prima dell'incontro di mediazione.

Così procedendo, determinate situazioni controverse, legate alla mediazione, possono essere discusse e chiarite, venendo all'incontro di tutti i partecipanti per non sprecare energia e tempo nel corso del processo di mediazione, perché più aspetti saranno stati chiariti in precedenza.

Tale approccio presenta qualche vantaggio:

- Comporta il consenso delle parti in merito alla procedura e un maggiore impegno per raggiungere un accordo.
- Aiuta il mediatore a vedere come si comportano le parti durante la negoziazione, il che rappresenta un vero indicatore per il modo cui le stesse parti si comporteranno durante il processo di mediazione transfrontaliera e il modo in cui il mediatore stesso dovrebbe reagire quando il processo incontra alcuni ostacoli.
- Funziona come un posto ideale per l'individuazione dei "gruppi di affinità".

Inoltre, nel corso del processo, un incontro di pre-mediazione potrebbe essere molto utile per discutere alcuni aspetti rilevanti, tali come:

1. L'identificazione dei gruppi di negoziazione, la determinazione dei rapporti tra diverse parti della controversia e i conflitti per cui certe parti possono avere la stessa opinione.

Nel gruppo di negoziazione, si può raggiungere almeno un consenso generale, prima di realizzare una mediazione efficiente tra le diverse parti interessate e i loro gruppi.

Siccome i membri di ciascun gruppo di negoziazione hanno spesso interessi divergenti, una riunione di pre-mediazione può aiutare all'individuazione di questi gruppi e li può guidare verso una risoluzione efficiente.

2. L'identificazione del grado di accordo che può essere raggiunto tra i gruppi.

Una riunione di pre-mediazione presenta il vantaggio di aiutare le parti a essere meno arrabbiate con le altre, quando inizierà la procedura di mediazione, aiutandole a vedere quando possono raggiungere un accordo e meno.

3. Il riconoscimento degli stabilizzatori e dei destabilizzatori tra le parti.

La maggior parte dei gruppi include sia fattori stabilizzatori, membri dedicati al processo di mediazione che daranno il loro concorso per l'accordo raggiungibile in mediazione, sia fattori destabilizzatori, membri che combatteranno fino alla fine e invocheranno ogni blocco per impedire l'accordo raggiungibile in mediazione.

È molto importante agire, soprattutto dopo l'individuazione dei fattori destabilizzatore, per minimizzare il loro impatto dirompente.

4. L'individuazione del vero leader di ogni gruppo. Un obiettivo iniziale della mediazione transfrontaliera pluripartitica è l'individuazione del leader di ogni gruppo negoziativo. Di solito, tale persona ha potere di decisione e ha l'abitudine di aspettare e vedere come agiscono gli altri.

5. La chiusura della procedura di mediazione con un maggior numero di soluzioni che permettono la risoluzione del problema.

Infatti, tutti i partecipanti chiavi devono essere presenti in una mediazione complessa, di grandi dimensioni. La mediazione transfrontaliera pluripartitica chiede per la sua natura la necessità di coinvolgere e di comprendere tutte le parti necessarie, i rappresentanti di compagnie di assicurazione (eventualmente), i consulenti oppure gli esperti, secondo la natura del caso e in ottemperanza con i desideri delle parti e dei loro avvocati.

Altri vantaggi importanti della mediazione transfrontaliera pluripartitica possono essere:

1. La possibilità di organizzare flessibilmente riunioni con le parti e i loro rappresentanti.

La disponibilità del mediatore di sviluppare una fase iniziale che rispetti le esigenze delle parti e dei loro rappresentanti, aiuta alla creazione di una disponibilità delle parti di agire allo stesso modo quando dovranno accelerare i lavori. Le azioni positive portano a reazioni positive!

2. La possibilità d'individuare dei "gruppi di affinità" delle parti con interessi sovrapposti sufficienti per organizzare riunioni comuni con tutti i membri del gruppo.

Inoltre, se il mediatore ha identificato certe affinità, allora al momento in cui i membri del gruppo con affinità simili interagiscono tra loro, è possibile raggiungere il consenso nel corso degli incontri del mediatore con le altre parti.

Mentre stanno aspettando, le parti possono agire come un gruppo che fa crescere la fetta di torta, pensando e condividendo più soluzioni da fornire (come – per esempio – lo scambio di denaro) alle altre parti.

3. La possibilità di utilizzare il flipchart per sviluppare le idee (con l'aiuto del processo di brainstorming o di mind-mapping, ecc.), le possibili soluzioni (anche se sono parziali) e il tasso voluto da ciascuna parte per se stessa e per gli altri.

Dopo gli incontri individuali (avvolte, in gruppi di affinità), il mediatore può organizzare una riunione plenaria per presentare a tutti le soluzioni e per facilitare il dialogo verso i risultati (è possibili in sessioni di brainstorming).

4. Durante il processo, il mediatore assumere maggiori tipi d'informazioni su chi è una parte cooperativa, chi non lo è e sulla reazione della altri.

In altre parole, si può tentare ad arrivare a un consenso iniziale tra i gruppi con affinità come un gruppo unico su quello che pensa che gli altri gruppi debbano accettare.

In conclusione, si può dire che le mediazioni pluripartitiche abbondano in vantaggi – se sono ben gestite da mediatori preparati – per le parti, gli avvocati e gli assistenti in linee generali.

Pensate che in una sola mediazione, si possono gestire parti, accuse, difese e interessi molteplici in merito a molteplici azioni, processi e ricorsi, per non parlare del tempo e dei costi di questi processi.

3.4. Un caso reale di mediazione transfrontaliera B2B

L'impresa Alfa, con la sede in Italia, ha ordinato componenti elettronici dall'impresa Beta, con cui collaborava da qualche tempo, impresa con la sede in Spagna. Tutti gli ordini precedenti erano andati a buon fine.

Dopo l'ordine, tutti i componenti stati consegnati dall'impresa Beta al suo stabilimento di Portogallo, dove i componenti dovevano essere assemblati per creare i prodotti finiti da vendere dall'impresa Alfa. L'ufficio di Portogallo ha comunicato all'impresa italiana che i relativi componenti erano difettosi, ma non c'era tempo sufficiente per rimediare questo problema, ottenendo una nuova fornitura. Perciò, i componenti dovevano essere adatti e comunque assemblati. Il lavoro è stato più difficile del previsto e alcuni componenti non erano affatto utilizzabili.

L'impresa Alfa ha inviato una comunicazione all'impresa Beta, dicendo che si riservava il diritto di quantificare i danni in un'azione successiva. Qualche tempo dopo, l'impresa Beta ha inviato la fattura per il lavoro svolto con la produzione e la consegna dei detti componenti tecnici per l'impresa Alfa, ma l'impresa Alfa si è opposta alla richiesta e ha rifiuto di pagare. Qualche settimana più tardi, l'impresa Beta ha presentato una richiesta di mediazione contro l'impresa Alfa, a un fornitore di servizi di risoluzione alternativa delle controversie. Dopo che aveva ricevuto la richiesta, l'impresa Alfa ha accettato il processo di mediazione. Il mediatore ha convenuto con le parti che la mediazione si poteva svolgere in inglese perché le parti parlavano la lingua inglese.

Invitata a parlare per primo, l'impresa Alfa ha fatto sapere che la consegna difettosa era una situazione spiacente e che non se ne aspettava da parte dell'impresa Beta con cui l'impresa Alfa lavorava da qualche anno. Alfa non poteva permettersi di vendere dei prodotti di scarsa qualità. Se lo avesse fatto, l'impresa Alfa avrebbe rischiato di perdere i suoi clienti, e per evitare, Alfa decise di non utilizzare la maggior parte dei prodotti. Era chiaro che Alfa non voleva pagare il denaro richiesto dall'impresa spagnola.

L'impresa Alfa ha dichiarato la sua disponibilità di pagare almeno i componenti utilizzati, meno quello è stato pagato per renderli adatti all'uso e voleva ricevere una somma a titolo di risarcimento dei danni causati dall'impresa Beta. Alla fine della discussione tra il mediatore e l'impresa Alfa, l'impresa Beta, chiamata a suo turno di parlare, ha detto che non c'erano prove tangibili per i danni. In effetti, l'impresa Alfa ha portato in discussione la fornitura solo in linee generali senza che Beta abbia avuto la possibilità di quantificare la dimensione dei danni. Per questo, Beta ha continuato a chiedere il pagamento della somma dovuta.

La questione controversa si è intensificata e ha aggravato gli spiriti, e il comportamento delle parti ha peggiorato. A questo punto c'era anche una certa dose di nazionalismo, in senso che la rivalità tra l'impresa italiana e quella spagnola ha fatto crescere le tensioni. Nessuna voleva cedere e fare compromessi perché questo sarebbe stato come perdere una battaglia tra Italia e Spagna.

Data la situazione, il mediatore ha deciso di continuare con incontri separati con le parti. Alfa riconobbe che era molto arrabbiata e irritata per come si era svolte le cose, perché l'impresa aveva trovato finalmente un prodotto con un buon rapporto qualità-prezzo e un fornitore (Beta) all'altezza delle loro esigenze. Ora, l'impresa Alfa doveva trovare un

nuovo fornitore e questo significava tempo. L'impresa Alfa non capiva perché l'ordine di Beta era difettoso, ciò che non era mai successo prima.

Infatti, Alfa ha dichiarato che Beta è stata sempre un'impresa molto precisa e puntuale, con l'eccezione dell'ultimo ordine. Di conseguenza, Alfa voleva che Beta assumesse la sua responsabilità senza attribuirlo a carico di Alfa. Se l'impresa Beta lo avesse voluto, avrebbe potuto recuperare gli elementi inutilizzati, perché Beta aveva detto che questi elementi elettronici potevano essere utilizzati.

Con riferimento alle future relazioni, Alfa ha dichiarato al mediatore di non sapere se si rivolgerà a Beta per la fornitura dei componenti elettronici, anche se Alfa sapeva che Beta era una tra le migliori aziende del mercato e offriva ad Alfa dei prezzi competitivi.

Durante l'incontro con il mediatore, Beta riconobbe che i relativi componenti elettronici avevano infatti dei problemi a causa di un malfunzionamento di un impianto. Ma, i danni erano certamente minimi, non così grave come sosteneva l'impresa Alfa.

L'impresa Beta era molto dispiaciuta e preoccupata di perdere clienti come Alfa, anche perché Beta non era in buona situazione economica e, di conseguenza, Beta avrebbe voluto mantenere un cliente così importante come Alfa. Più di questo, mantenendo Alfa come cliente, avrebbe dato a Beta l'opportunità di conquistare il mercato d'Italia. Ma d'altro lato, Beta non poteva permettersi un ritardo di pagamento da parte di Alfa.

Alla fine, a seguito molti incontri separati tra il mediatore e ciascuna parte, sembra che un accordo sia stato trovato. Alfa doveva pagare a Beta la somma di denaro già offerto in mediazione. Il pagamento doveva mettere fine alla controversia che faceva l'oggetto della mediazione. In futuro, in sede di ogni fornitura, i componenti elettronici forniti da Beta dovevano essere verificati in anticipo da un rappresentante di Alfa prima della loro spedizione. Il prezzo di quegli elementi doveva essere ridotto del 15% rispetto al prezzo richiesto inizialmente. Alfa e Beta dovevano scrivere dei comunicati di stampa comuni per rendere pubblico la loro partnership commerciale.

Capitolo 4: Competenze e abilità di comunicazione necessarie ai magistrati e ad altre figure professionali del settore giuridico al fine di superare le barriere del processo d'invito alla mediazione

4.1. Premesse

In contesto della pratica moderna e corrente della mediazione, il mediatore riveste il ruolo di un manager di processo, il quale gestisce il processo e guida le parti verso la risoluzione della controversia. Il mediatore è preparato a mediare controversie tra parti in qualità di terzo neutro, basandosi su principi etici nella gestione della comunicazione in maniera professionale per raggiungere un accordo, con la presa in considerazione degli interessi comuni delle parti. Un ruolo distinto, ma correlato sempre a tale aspetto, è quello materiale di assistenza delle parti dal mediatore nell'analisi dell'oggetto della controversia e nell'esplorazione delle soluzioni materiali al loro problema. Il mediatore gestisce in mediazione un processo che porta a compromesso e accordo, evitando allo stesso tempo il conflitto e le divergenze. In qualsiasi disaccordo, i partecipanti agiscono in maniera consapevole per ottenere i migliori risultati per loro stessi. Tuttavia, i principi di correttezza ed equità, messi a servizio della ricerca dei mutui benefici e il mantenimento dei rapporti sono la soluzione di un risultato di successo.

È chiaro che per adempiere questi ruoli, la funzione di comunicazione è indispensabile. Quando una controversia arriva in mediazione, in linee generali significa che tra le parti, la comunicazione non funziona più. Il mediatore ha la responsabilità di aprire le vie della comunicazione e di permettere alle parti di parlare l'una l'altra. La comunicazione tra il mediatore e le parti è fatta spesso oralmente e per scritto. Ci sono delle competenze, vuol dire delle abilità comunicative che qualsiasi mediatore dovrebbe padroneggiare.

La mediazione rappresenta il coinvolgimento di un terzo imparziale che sia in grado di assistere e aiutare le persone in conflitto a trovare una soluzione. La differenza principale tra mediazione e negoziazione è che in negoziazione, le parti coinvolte trovano insieme una soluzione. In mediazione, le parti sono aiutate da un terzo, il mediatore, ad arrivare a un accordo. Un aspetto chiave della mediazione è che il mediatore non risolve le cose e non decide al posto o per le parti coinvolte. Egli aiuta le parti implicate a collaborare per raggiungere da sole un accordo.

Le controversie transfrontaliere sono sempre difficile da mediare, perché quello che è un comportamento accettabile in una cultura, può essere completamente inaccettabile in un'altra. Un buon mediatore cercherà di essere sempre consapevole e a conoscenza di che altro succede ancora e tenterà di capire qualsiasi intento nascosto e le barriere all'effettiva risoluzione dei problemi. Un mediatore efficiente potrà anche distanziarsi dal problema in questione.

La mediazione comporta:

- La partecipazione volontaria.
- Le discussioni faccia a faccia tra le parti in conflitto.
- Un mediatore imparziale, senza alcun potere decisionale, che aiuta le persone coinvolte a comprendere il punto di vista dell'altrui e giungere a un accordo.
- Pari opportunità per tutti i partecipanti per parlare e spiegare il loro punto di vista.

- La condivisione di tutte le informazioni rilevanti.
- Un accordo comune, condiviso tra le parti.

Un mediatore dovrebbe prendere in considerazione che le parti che intendono/cercano il sostegno o l'aiuto di un mediatore:

- Vogliono risolvere da sole le loro controversie;
- Vogliono decidere loro stesse quello che è importante o superfluo per loro;
- Non vogliono essere spinte verso una soluzione imposta che non desiderano / non possono accettare;
- Credono nel potere del discutere;
- Credono in una migliore comunicazione nonostante il carico emozionale;
- Credono nel superamento delle divergenze senza perdere da vista le cose che per loro sono importanti.

I mediatori le assistono nel processo.

1. Riconoscono gli elementi emozionali e l'oggetto della controversia, i disaccordi.
2. Aiutano le parti a gestire il carico emozionale del conflitto senza trascurare però l'oggetto della controversia.
3. Assicurano un idoneo ambiente per tutte le persone coinvolte.
4. Si assicurano che alcuna voce rimane fuori, essendo tutte le parti ascoltate.
5. Sono attenti a tutti gli aspetti che alimentano il conflitto.

4.2. Processo di mediazione

Anche se i conflitti e le persone di una mediazione sono differenti, ci sono tuttavia una serie di passi da considerare in ogni singolo caso e qualche punto su cui riflettere:

1 - La preparazione

Il mediatore deve stabilire le regole di base del processo di mediazione. Di solito, sono fondamentali alcune regole di base di comunicazione e di riservatezza, ma potrebbero esserci anche altre norme pertinenti per il caso dato. Ad esempio, il mediatore potrebbe stabilire che ciascuno parli a turno e, quando una persona parla, gli altri la ascoltino in silenzio in modo da prevenire gli abusi verbali e garantire la riservatezza, tranne i casi in cui le parti ne acconsentano le discussioni fuori della mediazione. Il mediatore potrebbe stabilire il ruolo del mediatore stesso: di essere imparziale e di aiutare le parti, di trovare una soluzione, ma anche di tutelare le parti se caso. Il mediatore potrebbe considerare anche gli incontri separati con ciascuna parte per una migliore comprensione della loro questione conflittuale prima di fare una mediazione in una sessione comune.

2 - La ricostruzione e la comprensione del conflitto

A questo punto, il dovere del mediatore è di ascoltare le versioni dei partecipanti, sia congiuntamente sia separatamente, e di chiarire quello che le parti auspicano da tale processo. Se il mediatore incontra entrambi le parti allo stesso tempo, è buona norma di fare il punto della situazione per quanto riguarda i principali elementi del conflitto o della vertenza, facendolo in maniera neutra in modo da permettere alle parti di acconsentire, ed è sempre buona norma di proporre un ordine di giorno: un'agenda che permetta la

discussione dei problemi. A questo punto, è possibile ed è consigliare di richiamare e definire i sentimenti dei partecipanti per dimostrare che tali sentimenti sono stati capiti e riconosciuti.

3 – La definizione dei punti di accordo e di quelli conflittuali

A questo punto, il ruolo del mediatore è di aiutare le parti ad avanzare a una posizione di reciproca comprensione e d'inizio di risoluzione del problema comune. Una modalità per farlo è la comparazione con la mutazione dei punti d'interesse dal passato al futuro. È utile l'utilizzo della parafrasi e del riassunto in termini neutri, al fine di aiutare le parti a identificare gli elementi su cui sono d'accordo e verificare la comprensione. Presenta un impatto molto forte il rispecchio dei sentimenti delle parti, perché così, sanno che sono state ascoltate. Una buona strategia sarebbe il rinvio dell'incontro se gli spiriti si sono scatenati. La *pausa* sarebbe una buona opportunità di riflessione per tutto il mondo.

4 – La creazione delle opzioni di accordo

Un punto di partenza utile a questo punto è l'identificazione del punto più semplice o di quello che racchiude in sé una forte dose di accordo ed è utile suggerire la risoluzione iniziale di questo al fine di una prima vittoria facile. Le tecniche utili per lo sviluppo delle opzioni includono il brainstorming. In questo momento, *funziona tutto!* Il mediatore deve aiutare le parti a sviluppare dei criteri di valutazione che in termini ideali, dovrebbero essere oggettivi e rilevanti. Il ruolo del mediatore in questo punto è di assicurarsi che entrambi le parti sono ugualmente coinvolte nella generazione delle opzioni e anche nello sviluppo dei criteri di valutazione, nonché di assicurarsi che le opinioni presentate sono appartenenti alle parti, e non al mediatore. Il mediatore può segnalare i legami tra le opzioni e/o i problemi. Valutate le opzioni, il mediatore dovrà guidare le parti verso una sola soluzione, idonea per tutto il mondo, e aiutarle a levarla se caso.

5 – Lo sviluppo di un accordo

Come gli obiettivi, anche l'accordo deve essere SMART, vuol dire Specifico, Misurabile, Affrontabile, Realistico e Durevole. Il mediatore può aiutare le parti a ottenerlo per:

- La traduzione delle proposte in un linguaggio neutro; non la lettura ad alta voce.
- L'indicazione dei punti individuali che sono chiari e compresi.
- Il chiarimento di tutti i punti generali o vecchi, chiedendo – ad esempio – alle parti di mettersi d'accordo su alcuni cambiamenti di comportamento entro un termine temporale dato.
- L'elusione del linguaggio giuridico e il mantenimento di un linguaggio semplice.
- Il riassunto del progresso e dei passi successivi, comprese la determinazione di un termine limite per i futuri incontri e l'identificazione delle aree difficili rimaste da gestire e delle opzioni da trovare per la loro risoluzione.
- Il mantenimento di un atteggiamento positivo riguardante il progresso e il vivo interesse di tutti.
- La fornitura di un'assistenza continuata come mediatore se è necessaria.
- La sottoscrizione dell'accordo da entrambi le parti al luogo, al momento adatto e la chiusura dell'incontro al momento dell'accordo negoziato raggiunto.

Un mediatore ha bisogno di una serie di competenze e capacità, tra cui:

- La capacità dell'ascolto attivo;
- La capacità di fare domande e di chiarire le risposte per capire i fatti e le aree di conflitto;
- L'intelligenza emozionale per comprendere i sentimenti coinvolti;
- La capacità di riassumere per stabilire le aree maggiormente colpite dal conflitto e per determinare i sentimenti coinvolti, nonché la capacità di aiutare le parti a presentare le situazioni con un linguaggio meno emozionale;
- L'empatia per aiutare ciascuna parte a mettersi nei panni dell'altra parte al fine di capire il punto di vista dell'altro.

Ciò che forse è più importante, è che il mediatore non condivida la posizione di nessuno e non sembri ad avere un comportamento incorretto. Conseguentemente, un mediatore deve conoscere le posizioni di entrambi parti e trascorrere lo stesso tempo con tutte le due persone e con i loro problemi. Non sarà mai d'aiuto la dimostrazione che qualcuno è irragionevole, e il mediatore può aiutare alla verifica dei fatti, domandando quale sia un risultato ragionevole e chiedendo alle parti come penserebbe la controparte.

4.3. Comunicazione

Un messaggio è una comunicazione trasmessa da un emittente mediante un canale di comunicazione a uno o più ricettori. L'emittente deve codificare il messaggio (il dato o l'informazione trasmessa) in una forma idonea al canale di comunicazione, e il ricettore oppure i ricettori decifrano poi il messaggio per comprenderlo. In qualunque momento di comunicazione, è possibile che sia presente un disaccordo oppure un malinteso. La comunicazione di tipo efficiente significa la minimizzazione del numero delle potenziali incomprensioni e il superamento delle barriere di comunicazione di qualsiasi tipo e in ogni momento nel corso della comunicazione. Ci sono molti motivi per cui la comunicazione interpersonale può fallire. In alcuni casi di comunicazione, il messaggio (ciò che si dice) può essere non compreso come intendeva il suo emittente. Pertanto, è importante che l'emittente chieda un feedback per avere la certezza che il suo messaggio è stato compreso in una maniera chiara. È importante soprattutto nella mediazione interculturale.

Le capacità dell'ascolto attivo, del chiarimento e delle riflessioni possono essere d'aiuto, ma un buon comunicatore deve essere consapevole anche dell'esistenza delle barriere di comunicazione e del come può evitare o oltrepassare tali ostacoli. Ci sono più tipi di barriere che impediscono la comunicazione e questi possono manifestarsi in qualsiasi momento durante il processo della comunicazione. Le barriere possono portare a una distorsione il messaggio dell'emittente, e pertanto il mediatore deve essere sufficientemente capace per riconoscere la confusione e il disaccordo di una conversazione. L'efficiente comunicazione include il superamento di queste barriere e la trasmissione di messaggi chiari e concisi.

4.3.1. Barriere della comunicazione

Le barriere comuni della comunicazione sono:

- L'utilizzo del gergo. Troppo complicato, strano e/o ricco di termini tecnici. La lingua e l'abilità linguistica possono funzionare come barriere di comunicazione. Tuttavia, anche quando si parla la stessa lingua, la terminologia utilizzata può agire come una barriera

se la terminologia è completamente strana al ricettore. Ad esempio, un messaggio che è ricco di gergo, termini speciali e abbreviazioni, non sarà compreso da un ricettore che non è abituato all'uso di tale terminologia. I regionalismi e le espressioni regionali del genere possono essere interpretati in maniera errata o considerati offensivi.

- Le barriere emozionali e i tabù. Ad alcuni esseri umani sembra difficile esprimere le loro emozioni, e alcuni argomenti possono dimostrarsi impossibili o tabù;

- Lo stato psichico dei comunicatori influenzerà il modo di trasmissione del messaggio, la sua ricezione e percezione. Ad esempio, se qualcuno è stressato, può avere anche preoccupazioni personali ed essere poco ricettivo al messaggio, in comparazione con i momenti in cui non è stressato. La rabbia è un altro esempio di barriera comunicativa. Quando si è sotto l'imperio dei nervi, si dicono facilmente tante cose che più tardi sono rimpianti e s'interpreta in maniera errata quello che gli altri dicono. In genere, la gente a un basso autostima, può essere meno assertivo e, di conseguenza, potrebbe sentirsi incomoda durante le comunicazione: potrebbe esitare come si sente, e infatti percepire negativamente i messaggi sentiti.

- La disattenzione, il disinteresse, la distrazione dell'attenzione o il mancato significato per il ricettore.

- Le differenze di percezione e i punti di vista.

- Le disabilità fisiche, come i problemi di udito o parlato.

- Le barriere fisiche alla comunicazione non verbale. L'incapacità di vedere i segnali non verbali, i gesti, la postura e il linguaggio del corpo in genere può diminuire l'efficienza della comunicazione.

- Le aspettative e i pregiudizi possono indurre false supposizioni o stereotipi. La gente sente molte volte e piuttosto quello che vuole sentire e meno quello che le è stato detto e traggono delle conclusioni ripide. Le barriere comportamentali sono comportamenti o percezioni che prevengono la comunicazione efficiente. Le barriere comportamentali possono derivare da conflitti di personalità, management scarso, resistenza di fronte ai cambiamenti o l'assenza della motivazione. I ricettori efficienti dovrebbero provare ad aiutare il superamento delle proprie barriere comportamentali per facilitare un'efficiente comunicazione.

- Le differenze culturali. Le norme d'interazione sociale possono variare notevolmente in culture differenti, come anche il modo in cui le emozioni si esprimono. Ad esempio, il concetto dello spazio personale varia tra le culture e i contesti sociali.

4.3.2. Abilità e capacità di comunicazione

La comunicazione efficiente aiutare a capire meglio una persona o una situazione e ci aiuta a risolvere le vertenze, costruire fiducia e rispetto e creare un ambiente in cui le idee creative possono svilupparsi accanto alla risoluzione delle difficoltà, all'amore e alla cura. Il processo della comunicazione interpersonale non può essere visto come un fenomeno che accade semplicemente, ma come processo che coinvolge partecipanti

che negoziano il loro ruolo nel processo, in maniera consapevole oppure incosciente. Gli emittenti e i ricettori sono sicuramente fondamentali per la comunicazione. In una comunicazione frontale (faccia a faccia), i ruoli degli emittenti e dei ricettori non sono così distintivi perché entrambi parti comunicano simultaneamente. Nonostante la semplicità della comunicazione, la gran parte di quello proviamo a comunicare – e di quello che gli altri provano a comunicare – non si capisce, ciò che può portare a frustrazioni e conflitto nei rapporti. La comunicazione è simultaneamente anche una fonte di senso e una di comprensione.

4.3.2.1. Ascolto attivo

Il mediatore dovrebbe essere un buon ascoltatore. L'ascolto è uno dei più importanti aspetti di una comunicazione efficiente. L'ascolto efficiente significa non solo capire le parole o le informazioni trasmesse, ma capire anche il modo in cui l'interlocutore sente quello sta dicendo. L'ascolto attivo è una tecnica di comunicazione utilizzata in attività di consulenza, formazione e risoluzione dei conflitti, chiedendo all'ascoltatore di dare un feedback in merito a quello che sente per ripetizione o parafrasi, al fine di confermare che ha sentito tutto correttamente e, ancora di più, di confermare la comprensione di entrambi parti. L'uso efficiente dell'ascolto attivo suscita l'apertura degli altri, evitando i disaccordi, risolvendo i conflitti e costruendo la fiducia. In contesto della mediazione, i benefici includono l'aumentata soddisfazione della risoluzione, il miglioramento della comunicazione interculturale e il miglioramento dei risultati. Per utilizzare la tecnica dell'ascolto attivo, al fine di migliorare la comunicazione interpersonale, si devono mettere a parte le emozioni personali durante la conversazione, si devono e si possono fare domande e parafrasi per chiarire la comprensione.

Le due principali tipologie di ascolto – la base di tutti i sotto tipi di ascolto:

- L'ascolto di distinzione è sviluppo da un'età precoce – forse anche prima della nascita, nel grembo materno. Questa è la forma di base dell'ascolto ed essa non implica la comprensione del significato delle parole o delle frasi, ma dei diversi suoni prodotti. Nel corso dei primi anni dell'infanzia, si fa la distinzione tra le voci dei genitori – la voce del padre è differente dalla voce della madre. L'ascolto di tipo distintivo si sviluppa nel corso della nostra infanzia e delle fase adulta. Con l'avanzamento degli anni, sviluppiamo e guadagniamo sempre più esperienza, e la nostra abilità di fare distinzione tra più suoni migliora. Riconosciamo non solo differenti voci, ma sviluppiamo anche l'abilità di riconoscere le differenze sottili tra il modo in cui produciamo i suoni – questo è fondamentale per la comprensione del significato dei suoni. Le differenze includono le sottilità, il riconoscimento di lingue straniere, la distinzione tra accenti regionali e indici verso le emozioni e i sentimenti di chi parla. L'abilità di distinguere tra le sottilità dei suoni prodotti da una persona allegra e una triste o furiosa o stressata, ad esempio, conferisce un valore aggiunto a quello è stato detto e aiuta certamente la comprensione. Nel momento in cui le abilità dell'ascolto distintivo sono abbinata agli stimoli visivi, si forma l'abilità di lettura del linguaggio del corpo, riuscendo a capire meglio quello che il nostro interlocutore sta dicendo – ad esempio, possiamo riconoscere se una persona è triste nonostante quello che dice o la maniera in cui lo dice.
- L'ascolto comprensivo significa la comprensione del messaggio o dei messaggi trasmessi. Simile all'ascolto distintivo, l'ascolto comprensivo è fondamentale in tutte le sotto tipologie di ascolto. Per utilizzare l'ascolto comprensivo e per poter

capire, l'ascoltatore ha innanzitutto bisogno di abilità linguistiche e di vocabolario. L'utilizzo di un linguaggio troppo complicato o del gergo tecnico può imporre, di conseguenza, una barriera all'ascolto comprensivo. L'ascolto comprensivo è un tipo di ascolto complicato perché due persone differenti che ascoltano lo stesso messaggio, possono dare due interpretazioni differenti al messaggio stesso. Tale inconveniente può moltiplicarsi all'interno di un gruppo, come un'aula scolastica o un incontro di affari, dove si possono attribuire sensi differenti a quello che si è detto. L'ascolto comprensivo è integrato dai sotto-messaggi della comunicazione non verbale, come il tono, i gesti e il linguaggio del corpo. Questi segnali di tipo non verbale possono aiutare alla comprensione e alla comunicazione, ma allo stesso tempo, possono dare luogo anche a confusioni e malintesi. In molti casi di ascolto, è fondamentale la richiesta dei chiarimenti, come anche l'utilizzo di altre abilità, come la riflessione.

L'ascolto di distinzione e comprensivo sono dei requisiti predefiniti per certi tipi specifici di ascolto. Le tipologie scolari si possono definire secondo l'obiettivo. Le tipologie di ascolto le più comuni nei rapporti interpersonali sono:

- L'ascolto informativo (l'ascolto per apprendere). Sebbene tutte le forme di ascolto siano attive, richiedono concentrazione e una diligenza consapevole per capire. L'ascolto informativo è meno attivo delle altre forme di ascolto. Quando si ascolta per imparare o ricevere istruzioni, riceviamo una serie di informazioni, e non dei fatti; in questo caso, non si critica e non si analizza.
- L'ascolto critico (l'ascolto per valutare e analizzare). È possibile dire che si fa un ascolto critico quando l'obiettivo mira la valutazione e l'analisi di quello che si è detto. L'ascolto critico è un comportamento molto più attivo di quello informativo e, solitamente, coinvolge la risoluzione dei problemi e la presa delle decisioni. L'ascolto critico assomiglia alla lettura critica, coinvolgendo entrambi l'analisi e la valutazione delle informazioni ricevute e la loro sincronizzazione con quello che si sapeva o si credeva. Se l'ascolto informativo può incentrarsi soprattutto sulla ricezione dei fatti e/o su nuove informazioni, l'ascolto critico mira la valutazione dei pareri e l'emissione dei giudizi. Quando si fa un ascolto critico, è importante spesso essere aperti e non rendere soggettive le informazioni tramite modelli, stereotipi o pregiudizi. In questo modo, si diventa dei buoni ascoltatori e si amplia l'insieme delle conoscenze, nonché la percezione degli altri e dei loro rapporti.
- L'ascolto terapeutico o empatico (l'ascolto per capire i sentimenti e le emozioni). L'ascolto empatico significa il tentativo di capire i sentimenti e le emozioni del nostro interlocutore – delimita il tentativo di mettersi nei suoi panni e condividere il pensiero. L'empatia è una forma di connessione profonda con gli altri, e l'ascolto terapeutico o empatico può rappresentare una sfida. L'empatia non è la stessa cosa e non coincide con la compassione; ha un senso superiore alla compassione o al dispiacere nei confronti dell'altro – significa un legame profondo: significa la consapevolezza e la comprensione del punto di vista dell'altro. Tale ascolto non implica giudizi o consigli, ma incoraggia discretamente l'interlocutore a spiegare e dettagliare i suoi sentimenti e le sue emozioni. Le abilità di chiarimento e quelle di riflessione si utilizzano molto spesso per evitare i malintesi.

- L'ascolto di riferimento. Quando intendiamo costruire relazioni con gli altri, vi è data la possibilità di sviluppare questa forma di ascolto che incoraggia l'altro ad avere fiducia e un senso di appartenenza. Tale forma di ascolto è tipico nei casi di negoziazione ed è molto importante per le abilità e le capacità dei mediatori in comunicazione.
- L'ascolto selettivo. Questa forma di ascolto è una più negativo; delimita la figura di un ascoltatore soggettivo in merito a quello sta sentendo. La soggettività può essere basata sui pregiudizi e sui contesti comunicativi difficili da punto di vista emotivo. L'ascolto selettivo è indica il malfunzionamento o il non funzionamento del contesto di comunicazione – non possiamo capire qualcosa se abbiamo fatto un filtraggio parziale del messaggio e possiamo riportare la soggettività all'atto di comunicazione più tardi.

L'ascolto attivo può:

- Rendere le parti sentite e capite, potendo aiutare a creare legami efficienti tra il mediatore e le parti.
- Creare un ambiente in cui le parti si sentono libere per esprimere le loro idee, le opinioni e i sentimenti o per pianificare e risolvere creativamente le difficoltà.
- Risparmiare del tempo per il chiarimento delle informazione, evitando i conflitti e i malintesi.
- Eliminare le emozioni negativa. Quando gli spiriti si sono scatenati, se la persona che parla, si sente ascoltato, allora si può calmare, eliminando i sentimenti che sono negativi e dando spazio al vero consenso, alla comprensione oppure alla probabilità di risoluzione delle vertenze.

4.3.2.2. Riflessione

La riflessione è un processo di parafrasi e ripresa sia dei sentimenti sia delle parole di chi ha parlato. Lo scopo della riflessione è di:

- Permettere a chi parla di sentire i suoi pensieri e concentrarsi su quello che dice e sente.
- Far vedere a chi parla che si tenta di vedere il mondo attraverso i suoi occhi e si fa tutto il possibile per capire il messaggio.
- Incoraggiare l'atto di parlare.

La riflessione non significa fare domande, mettere in questione un nuovo argomento o guidare le discussioni su un'altra strada. Chi parla, è aiutato con la riflessione a sentirsi non solo ascoltato e capito, ma anche a concentrarsi sulle sue idee. Esso è un buon catalizzatore per la sistemazione dei pensieri e per incoraggiare i futuri interventi. Due tecniche principali della riflessioni sono il rispecchio e la parafrasi.

Il rispecchio è una semplice forma di riflessione e significa la ripetizione con quasi le parole stesse le informazioni di chi ha parlato. Il rispetto dovrebbe essere concisa e semplice. Di solito, è sufficiente ripetere le parole chiavi o le ultime parole dette. Questo dimostra che proviamo a capire i punti di riferimento dell'interlocutore e funziona come un catalizzatore per incoraggiarlo a continuare. Il mediatore deve essere consapevole che non deve fare un lungo rispecchio, perché potrebbe risultare irritante e potrebbe distrarre l'attenzione dal messaggio.

La parafrasi significa utilizzare altre parole che riflettono quello che l'interlocutore stava dicendo. La parafrasi dimostra non solo il semplice ascolto, ma anche il tentativo di capire le parole dell'interlocutore. Molto spesso, le persone sentono quello che vogliono a cause delle supposizioni, degli stereotipi e dei pregiudizi. Quando si fa la parafrasi, è molto importante di non inserire le proprie idee o di mettere sotto segno di domanda i pensieri, i sentimenti o le azioni dell'interlocutore. La risposta del mediatore dovrebbe essere non-direttiva e non dovrebbe dare giudizi. È molto difficile resistere al tentativo di non fare domande; quando si utilizza per la prima volta tale tecnica, la riflessione può sembrare faticosa e artificiale. Tale abilità deve essere praticata per sentirsene all'agio.

Come esercitare la riflessione?

- Siate naturali.
- Ascoltate il messaggio di base – considerate il contenuto, i sentimenti e il senso espresso dall'interlocutore.
- Ripetete quello che avete sentito in termini semplici.
- Quando ripetete, guardante i segnali verbali e non verbale che conforme o no l'accuratezza della parafrasi (da ritenere che alcuni interlocutori possono fare finta, dicendo di essere vero quello che dite voi perché non si sentono capaci di essere assertivi o di contraddirvi).
- Non fate al vostro interlocutore domande inutili.
- Non modificate il senso di quello che l'interlocutore ha detto.
- Non divagate la discussione.
- Non siate mai direttivi e non emettete giudizi. I giudizi oppure il conflitto sono una barriera alla capacità dell'ascolto attento.

4.3.2.3. Atto di chiarire

Chiarire significa reagire nei confronti dell'interlocutore, nel senso essenziale di quello che ha detto e di com'è stato compreso dall'ascoltatore. In questo modo, si controlla se l'ascoltatore ha capito correttamente i messaggi e si risolvono tutte le confusioni e tutti i malintesi. Lo scopo del chiarire è di garantire all'ascoltatore che ha capito in maniera corretta tutto quello che l'interlocutore ha detto, riducendo il malinteso e garantendo al suo interlocutore che l'ascoltatore è presente, è davvero interessato a lui/lei e prova a capire quello che si dice. Il chiarire è importante in molti casi, soprattutto quando quello che si comunica è in qualche modo difficile. La comunicazione può essere difficile per più ragioni: vi rientrano emozioni difficili o si ascoltano informazioni complesse oppure si seguono istruzioni. Come estensione della riflessione, l'atto del chiarire rassicura chi parla che l'ascoltatore è presente e che prova a capire i messaggi comunicati.

L'atto del chiarire può coinvolgere le domande o il riassunto occasionale di quello che il parlante ha detto. Il mediatore può chiedere chiarimenti quando non si rende conto di quello che il parlante stava comunicando. Avvolte, i messaggi che una persona vuole trasmettere possono essere molto complessi, coinvolgendo più persone differenti, più problemi, luoghi e/o momenti differenti. L'atto del chiarire ci aiuta a distinguere tutto ciò e a controllare le priorità del parlante. L'atto del chiarire aiuta il parlante e l'ascoltatore a risolvere tali confusioni. L'atto del chiarire comporta l'apertura di chi ascolta e fa vedere a chi parla che l'ascoltatore è interessato a lui/lei e a quello che ha da dire. L'atto del chiarire è la capacità che utilizziamo per rassicurarci che abbiamo capito il messaggio all'interno di uno scambio interpersonale.

Quando utilizza la tecnica del chiarimento, il mediatore può seguire i seguenti passi per facilitare la comunicazione e la comprensione:

- Riconoscere che non è sicuro di quello che il parlante ha voluto dire.
- Chiedere la ripetizione.
- Dire quello che ha detto il parlante così come ha capito per vedere se lo è così anche in realtà.
- Chiedere esempi specifici.
- Utilizzare, se caso, domande aperte, non direttive.
- Domandare se ha capito correttamente e prepararsi per le eventuali correzioni.

Alcuni esempi di domande non-direttive che aiutano l'atto del chiarire :

Non sono sicuro/a di quello che hai detto.

Non sono sicuro/a del problema principale qui.

Quando hai detto..., a che cosa facevi riferimento?

Potresti ripetere ?

L'atto del chiarire significa fare domande che non emettono giudizi; significare fare un riassunto di quello che si è detto e di chiedere feedback di accuratezza.

Domande di chiarimento

Come ascoltatore, il mediatore si trova in un ambiente emotivo, e la tipologia adeguata delle domande non-direttive può aiutare le parti a descrivere pienamente i loro punti di vista. Fare le domande corrette al momento corretto può essere essenziale e richiede molta pratica. Le migliori domande sono quelle aperte e consentono all'interlocutore di dare risposte, mentre le domande chiuse permettono solo risposte limitate.

- **Domande aperte**

Il ruolo del mediatore è di assistere le parti nella discussione del problema, e spesso le domande le più efficienti iniziano con *quando, dove, come e perché*. Queste domande incoraggiano l'interlocutore di essere aperto ed esprimere i suoi pensieri. A differenza delle domande chiuse, le domande aperte danno luogo ad ampie risposte e maggiore creatività e maggiori informazioni. Ci sono più tipologie di domande aperte, essendo le una più chiuse delle altre. Ad esempio:

Da quando pensate questo?

Perché pensate questo?

- **Domande chiuse**

Le domande chiuse richiedono solitamente una risposta di sì/no e non incoraggiano i parlanti di essere aperti ed esprimere i loro pensieri. Queste domande iniziano di solito con *sei/hai* oppure *sei stato/hai avuto*. Le domande chiuse richiedono risposte brevi e oggettive che (ma non sempre) avvolte, possono essere vere o false. Di solito, è facile dare una risposta alle domande chiuse perché la varietà delle risposte è limitata – tali domande possono essere utilizzate efficientemente all'inizio di una conversazione per incoraggiare la partecipazione e possono essere utili nell'individuazione degli scenari di ricerca. Le domande chiuse sono utili per ricevere una risposta forzata, molto spesso composta da una sola parola. Le domande chiuse richiedono solo una risposta di sì/no. Le domande chiuse possono richiedere, ad esempio, una risposta da una lista possibile

di risposte. Le domande chiuse possono essere indirizzate per identificare certi dati o certe informazioni ma con una varietà limitata di risposte.

Ad esempio:

Ti sei comportato da sempre così?

Sei consapevole che ti senti così?

- Domande direttivo o con carico emotivo

Una domanda direttiva indica, di solito in maniera sottile, la risposta verso una direzione e se domandiamo qualcuno *come te la cavi con la nuova situazione?*, tale domande gli fa pensare e mettere in dubbio il modo in cui se la cava con la nuova situazione della sua vita. In una maniera sottile, introduce la possibilità che la nuova situazione non è così buona. *Dimmi come te la cavi con la nuova situazione* è sempre una domanda meno direttiva; non richiede giudizi e, dunque, non coinvolge niente di errato in merito alla situazione nuova.

- Domande per ricordarsi e per analizzare

Le domande possono essere classificate anche secondo il grado in cui permettono di ricordarsi; per ricordare o analizzare qualcosa, c'è bisogno di un pensiero più profondo e/o analitico. Ad esempio: *Che cosa suggerisci per la risoluzione del problema?*

Fare le domande

La raccolta delle informazione è un'attività umana di base. Le informazioni si utilizzano per imparare, per risolvere i problemi, per aiutare i processi di presa delle decisioni e per capirci meglio anche in relazioni con gli altri. Fare domande è fondamentale al fine della raccolta delle informazioni in quanto in assenza, la comunicazione interpersonale può fallire. Fare domande è fondamentale per una comunicazione di successo. Tutti di noi facciamo domande e riceviamo domande quando siamo coinvolti in conversazione.

I principali motivi per cui facciamo domande in una procedura di mediazione, sono:

- Per raccogliere informazione – la funzione principale delle domande.
- Per mantenere il controllo della conversazione.
- Per esprimere l'interesse verso l'altro.
- Per chiarire un punto di vista.
- Per esplorare la personalità o le difficoltà di altrui.
- Per incoraggiare le ulteriori analisi.

Essere un comunicatore efficiente dipende dal modo in cui sono fatte le domande. Una volta stabilito lo scopo di una domanda, bisognerebbe fare altre domande:

- Quali sono le tipologie di domande da fare?
- La domanda è adatta alle parti?
- È appropriato il momento per porre domande?
- Quali sono le mie aspettative dal rispondente nel dare le risposte?

Risposte

Siccome esiste una moltitudine di domande e di tipologie di domande, devono esistere anche molteplici risposte possibili. Gli intellettuali hanno tentato di definire le tipologie di risposte che possiamo avere alle domande fatte, tra cui:

- La risposta diretta e corretta – Questo vuole ottenere la persona che pone una domanda.
- La bugia – Il rispondente può mentire nella risposta alla domanda. Il richiedente può identificare la bugia secondo la plausibilità della risposta, ma anche in base alla comunicazione non verbale immediata: prima, nel corso e dopo la risposta.
- Fuori contesto – Il rispondente può dire qualcosa completamente diverso oppure irrilevante in merito alla domanda o può tentare di cambiare l'argomento. In tal caso, può essere adatta la ripresa della domanda.
- La risposta parziale – Gli uomini possono scegliere a quale domanda oppure a quale parte della domanda rispondere.
- L'elusione della risposta – Quando si pone una domanda difficile che avrebbe probabilmente una risposta negativa per una delle parti, l'elusione può essere un metodo utile. La risposta a una domanda con un'altra domanda e il tentativo di attirare l'attenzione su un elemento positivo sono altri metodi dell'elusione.
- La presa del tempo – Anche se è simile all'elusione, la presa del tempo si può utilizzare quando c'è bisogno di un maggiore tempo per formulare una risposta accettabile. Un modo di farlo è rispondendo alla domanda con un'altra domanda.
- L'alternazione o la distorsione – Possiamo dare risposte alterate alle domande legate alla propria percezione in merito alle norme sociali, agli stereotipi oppure ad altre forme di soggettività. A differenza della bugia, i rispondenti potrebbero non rendersi conto che sono soggettivi o che esagerano in un modo o altro per sembrare più normali o di successo.
- Il rifiuto – Il rispondente può semplicemente rifiutare a dare una risposta a una domanda, o mantenendo il silenzio, o dicendo: *non voglio rispondere*.

L'ascolto è un processo attivo che costruisce il significato dei messaggi verbali e di quelli non verbali. Assieme all'esperienza, l'ascolto attivo farà aumentare il successo della comunicazione e dell'interazione con gli altri. La comunicazione non verbale è un elemento chiave ed essenziale dell'ascolto attivo.

4.3.2.4. Comunicazione non verbale

Tuttavia, la comunicazione è soltanto una modalità con cui le persone comunicano, e la comunicazione non verbale è un elemento importante della comunicazione. Anche se non ci sono cifre esatte, la percentuale che indica che la comunicazione non verbale riveste un ruolo nella comunicazione nel suo insieme varia da una presunzione del 65% a una del 93%. Considerando che la vera percentuale sia tra questi limiti, è chiaro che la comunicazione non verbale ha un ruolo e un impatto importante nella comunicazione. Purtroppo, anche se molti ne sono consapevoli, pochi analizzano consapevolmente e mettono in atto la comunicazione non verbale. Oltretutto, la maggior parte attraversa un processo incosciente di tentativo ed errore che porta a risultati incerti.

Come punto di partenza, bisogna considerare due distinzioni tra l'atto di comunicazione verbale e quello non verbale. Secondo la prima distinzione, la comunicazione verbale è basata su un sistema arbitrario e di codificazione comune, chiamato linguaggio. Mentre in contrasto, la comunicazione non verbale non è basata su un sistema arbitrario e di codificazione comune. Anche se è possibile fare determinate generalizzazioni in merito ai significati di determinati movimenti fisici o posizioni, essi non trovano un'applicabilità universale. Bisogna stare attenti a non confondere la mappa con il territorio. Secondo la

seconda distinzione, il significato dedotto da uno nella comunicazione verbale proviene assolutamente dal linguaggio utilizzato. Se non si utilizzano le parole, dette o scritte, la comunicazione verbale non esiste. D'altro lato, la comunicazione non verbale è un atto continuo di comunicazione perché non trova mai un momento di arresto. Anche nella mancanza della comunicazione verbale, quella non verbale racchiude il potenziale del processo di comunicazione.

Anche se è vero che avvolte, la gente utilizza con un certo intento un movimento fisico per trasmettere un determinato messaggio, la comunicazione non verbale è allo stesso tempo maggiormente incosciente e non è trasmessa consapevolmente dall'emittente. La comunicazione non verbale presenta tuttavia un potenziale comunicativo. E questo si raggiunge quando il ricettore osserva e interpreta la comunicazione non verbale.

I movimenti fisici o i segnali possono essere raggruppati in sotto-categorie che a volte, sono sovrapposte con i movimenti del corpo, la posizione, l'espressione della faccia, lo sguardo e il comportamento nello spazio. Valutando sinteticamente tali sotto-categorie, i movimenti del corpo includono il movimento della mano, della testa, del braccio e del piede, nonché le posizioni che avvolte, sembrano singolari, mentre altre volte sembrano interconnesse. La posizione è un insieme di movimenti del corpo. Si riferisce al modo in cui una persona si siede o sta in piedi ed è formata da molteplici posizioni della testa. L'espressione della faccia riveste un ruolo fondamentale nella comunicazione di tipo non verbale, perché gli interlocutori si guardano per molto la faccia. Tale sotto-categoria si compone dal movimento dell'occhio, della bocca, del naso e delle sopracciglia, il quale in analogia con i movimenti del corpo, può esistere nella sua singolarità oppure in una interdipendenza. Lo sguardo si riferisce alla direzione e all'intensità del modo in cui si guarda una persona oppure un oggetto e include la percezione di qualsiasi dilatazione del pupillo. Infine, il comportamento nello spazio include la prossimità, il contatto fisico o l'orientamento del corpo verso l'altro. I movimenti fisici acquisiscono un ruolo importante nella funzione interpretativa della comunicazione non verbale.

Potremmo trarre la conclusione che è sufficiente leggere il linguaggio del corpo, solo osservando i movimenti degli altri e attribuendo significato a questi movimenti, come abbiamo menzionato nelle spiegazioni antecedenti. Tale approccio superficiale ignora le sfumature di ogni linguaggio, incluso quello del corpo. Si potrebbe dire che ciascun movimento o l'insieme dei movimenti è attaccato a un significato e dobbiamo solo fare un'identificazione. Possiamo accettare a un essere umano così soggettivo, complessivo e individualizzato come l'uomo che un certo gesto o un certo movimento abbia lo stesso significato? Anche se alcuni gesti possono essere fissi, essi sono connessi piuttosto alla funzione sistemica che a quella interpretativa. Potremmo dire che determinati significati appartengono a certi movimenti in una percentuale sufficientemente grande per essere generalizzati. Ma, per definizione, questo dovrebbe indicare la mancanza di eccezioni. La difficoltà è di stabilire con una certa precisione se si applica la regola o l'eccezione.

Per minimizzare questa difficoltà, la letteratura convenzionale sul linguaggio del corpo suggerisce una serie di considerazioni da dover ricordare o tenere presente. La prima: siamo avvertiti in merito all'impatto della cultura. Culture differenti hanno segnali diversi. Ad esempio, in molte culture occidentali, è possibile dire di sì annuendo dalla testa, ma in alte culture orientali, può significare solo la comprensione. Inoltre, il sì può essere indicato in altre cultura anche attraverso un semplice movimento orizzontale della testa.

In secondo luogo, dobbiamo tenere conto del contesto. Un esempio frequentemente utilizzato è l'intreccio delle braccia a causa del freddo e non per diventare difensivi. Un altro esempio è quando una persona seduta su una sedia senza bracci oppure supporti, intreccia le braccia solo per sentirsi confortevole. Dovremmo attribuire all'insieme dei movimenti, il significato della maggioranza dello stesso insieme.

Queste considerazioni indicano un'analisi più sofisticata che include il controllo delle anti-supposizioni che richiedono alla persona il controllo dell'interpretazione prima che la stessa agisca in merito. Esso è molto importante perché le persone sono esseri umani creatori di senso e, spesso, i vuoti sono riempiti dall'insieme comunicazionale in modo incosciente con i propri presupposti.

In realtà, non sappiamo di sicuro il significato di ogni singolo movimento o posizione. Se non abbiamo avuto l'opportunità di connettere con gli stati di altrui, associati tali stati a certi segnali non verbali, qualsiasi tentativo d'interpretazione diventa un indovinello. E anche se abbiamo creato la detta connessione ai segnali non verbali di una persona, questi non si possono trasferire a un'altra. Di conseguenza, invece d'interpretare questi segnali non verbali o di tentarlo, li possiamo utilizzare per migliorare sistematicamente il processo di comunicazione, sviluppando relazioni. Lo sviluppo dell'abilità di capire e di utilizzare la comunicazione non verbale ci può aiutare a relazionare con gli altri, al fine di esprimere i nostri desideri, superare le sfide e di costruire rapporti e relazioni migliori con le parti. Il mediatore può migliorare la comunicazione efficiente, utilizzando a questo fine un linguaggio corporeo aperto – mani non intrecciate, posizione aperta o al margine della sedia, mantenimento del contatto visivo con chi sta parlando. La comunicazione di tipo non verbale dovrebbe riprendere quello che è stato detto, non deve contraddire il messaggio. Se qualcuno dice qualcosa ma il linguaggio del suo corpo dice qualcosa di diverso, il ricevente sentirà che il suo interlocutore non è aperto. È importante aggiustare i segnali non verbali al contesto, prendendo in considerazione lo stato emotivo e il fondo culturale della persona con cui stiamo interagendo. Per dare un valore aggiunto all'atto di comunicazione, il mediatore può utilizzare il linguaggio del corpo, per trasmettere dei segnali positivi se questi non esistono. In un contesto d'interazione con gli altri, diamo e riceviamo costantemente dei segnali non verbali. Tutti i comportamenti non verbali – i gesti, il modo in cui siamo seduti, la rapidità e la tonalità con cui parliamo, la vicinanza ad altri, la potenza del contatto visivo – trasmettono dei messaggi potenti. Tali messaggi non si arrestano quando non parliamo più. Anche se non parliamo, la comunicazione non verbale persiste. Per diventare dei buoni comunicatori, è importante essere attenti ancora di più al linguaggio del corpo e ai segnali non verbali degli altri e dei nostri.

I segnali di comunicazione non verbale possono assumere cinque funzioni:

- La ripetizione: possono ripetere il messaggio trasmesso oralmente;
- La contraddizione: possono contraddire il messaggio che tentiamo di trasmettere oralmente;
- La sostituzione: possono sostituire il messaggio orale. Ad esempio, gli occhi di qualcuno possono trasmettere molte spesso dei messaggi più forti a differenza delle sue parole;
- L'integrazione: possono integrare il messaggio orale. Il capo che tocca le spalle di una persona quando evidenzia i suoi meriti, può fortificare il messaggio e il suo impatto.
- L'accettazione: possono accentuare o sottolineare il messaggio orale. Come per esempio, picchiando con i pugni nella tavola per sottolineare il messaggio.

I seguenti messaggi e segnali non verbali trasmettono l'interesse e il coinvolgimento di altrui.

- Le espressioni della faccia.

La faccia umana è molto espressiva, essendo capace di esprimere innumerevoli stati d'anima ed emozioni senza dire una parola. Le espressioni della faccia sono universali a differenza di alcune forme di comunicazione. Le espressioni della faccia della gioia, della tristezza, della rabbia, della sorpresa, della paura, dell'ammarezza sono in tutti i colori.

- I movimenti e la posizione del corpo.

Il modo di percezione degli altri dipende dal modo in cui questi siedono sulla sedia, dal modo in cui camminano o stanno in piedi o dalla posizione della testa. Il modo in cui qualcuno si muove, trasmette una moltitudine d'informazioni all'esterno. Questo tipo di comunicazione non verbale include la posizione e i movimenti sottili.

- I gesti.

I gesti sono intrinseci al materiale di cui la nostra routine è fabbricata. Diamo la mano, indichiamo, facciamo segni e utilizziamo le mani anche quando stiamo litigando oppure stiamo alzando la voce; l'espressione attraverso i gesti avviene senza renderci conto. Il significato dei gesti può tuttavia differenziarsi da una cultura all'altra o da una regione all'altra, essendo dunque importante a conoscerli per evitare i malintesi.

- Il contatto visivo.

Come il senso del visto è dominante alla maggioranza, il contatto visivo è una forma di comunicazione non verbale molto importante. Il modo di guardare l'altro può dire tante cose, compreso l'interesse, l'amore, la compassione, l'ostilità o l'attrazione. Il contatto visivo è molto importante per mantenere il flusso della conversazione e per attirare una risposta dall'altra persona.

- Lo spazio.

Tutti di noi abbiamo bisogno di uno spazio fisico, anche se il bisogno varia secondo la cultura, il contesto, il livello di avvicinamento di un rapporto. Possiamo utilizzare lo spazio fisico per trasmettere molti messaggi non verbali differenti, inclusi i segnali d'intimità e compassione, di aggressione o dominanza.

- La voce.

Non importa solo quello che diciamo, ma anche come lo diciamo. Quando parliamo, gli altri leggono non solo le parole pronunciate, ma anche la nostra voce. Bisogna essere attenti a sincronizzare il ritmo, il volume, il tono, l'inflessione e i suoni a quello che si sta dicendo per generare la comprensione.

Valutazione dei segnali non verbali

- Il contatto visivo.
C'è contatto visivo? Se sì, è troppo intenso o adeguato?
- L'espressione della faccia.

Che cosa indicano le loro facce? Si assomigliano a delle maschere oppure sono mancate di espressività o svelano emozioni e interesse?

- Il tono della voce.
Le voci trasmettono calore, fiducia e interesse o sono intimorite e bloccate?
- La posizione e i gesti.
I corpi sono rigidi e immobili? Le spalle sono tese e sollevate o sono leggermente abbassate?
- L'intensità.
Sembrano equilibrati, rilassati e disinteressati o nervosi e melodrammatici?
- La sincronizzazione e il ritmo.
C'è un circuito dell'informazione? Le risposte non verbali si manifestano troppo rapidamente o troppo lentamente?
- I suoni.
Sentite i suoni che testimoniano l'interesse o la preoccupazione?

Si considera che la nozione di relazione è la base di una comunicazione e dei buoni rapporti. La relazione è l'avvicinamento istintivo di chi pensiamo che sia assomigliante. Quando si crea una relazione, c'è un sentimento di fiducia e relazionalità con l'altro. E questo è qualcosa di nuovo. Le tecniche come l'ascolto attivo e l'empatia capitalizzano questa nozione di assuefazione. Ci sono due modi in cui è possibile creare la relazione per movimenti fisici. Il primo è il rispecchio di tutto il corpo. Questo è processo in cui si creano le affinità e gli avvicinamenti e ne esiste un rispecchio da parte di una parte o di tutti i movimenti del corpo. Questo include i gesti, la postura, l'espressione della faccia e il ritmo di respirazione. Il secondo, più sottile, è la riflessione in movimento. Questo ha luogo quando si realizza una sincronizzazione con il movimento del corpo di altrui in un modello simile ai movimenti. Si tratta, ad esempio, di una sincronizzazione con il ritmo della respirazione o con il modo di ondeggiamento dei piedi con movimenti ritmici del dito. Comunque, il messaggio trasmesso al subconscio di altrui è che *siamo fatti dalla stessa materia*. I processi affinità, rispecchio e riflessioni dei movimenti sono chiamati genericamente *sincronizzazione del ritmo*. Una volta raggiunta questa assuefazione, è possibile dirigere l'altro verso una zona di maggiore apertura, cambiando la posizione del nostro corpo. Se esiste una relazione sufficiente, l'altro comincerà a seguire i nostri movimenti incoscientemente come in uno specchio. Va da ritenere che il processo di *sincronizzazione ritmica e direzione* non significano e nemmeno dovrebbero significare l'imitazione dell'altro. È un processo che si dovrebbe fare in maniera sottile, rispettando l'altro.

Un modo fondamentale di utilizzo della comunicazione non verbale in mediazione è per la costruzione della fiducia e della relazione. La sfida di costruzione della relazione con le parti, mediante sincronizzazione e rispecchio, consiste nel fatto che il mediatore deve essere o deve almeno sembrare sempre neutro e imparziale. Perciò, non sarebbe utile se il mediatore adottasse posizioni analoghe con una o l'altra delle parti (tranne il caso in cui tutte le parti hanno la stessa posizione). Di conseguenza, l'utilizzo dei movimenti fisici e del comportamento vocale per la costruzione delle relazioni richiede maggiore sensibilità. Il mediatore può sincronizzarsi ritmicamente con una delle parti, adeguando i

suoi gesti e il ritmo della respirazione con quelli della parte. L'aggiustamento di questi elementi è più transitoria e, di conseguenza, meno evidente dell'aggiustamento e della sincronizzazione della posizione del corpo.

In secondo luogo, le parti possono sincronizzarsi anche per il comportamento vocale. Il modo il più semplice consiste nella sincronizzazione del ritmo di parlato. Considerato che la mediazione implichi una comunicazione diretta tra il mediatore e le parti, sarebbe molto facile al mediatore di utilizzare dei gesti e ritmi adeguati quando riassume, fa la parafrasi, riflette, mette tutto in un'altra prospettiva, ecc. Nonostante i problemi e le sfide d'interpretazione e decodificazione del suo significato, verbale o altro, la comunicazione non verbale può essere utilizzata anche per conferire un valore aggiunto alla comunicazione. A meno che non siano riconosciuti i presupposti che esisteranno inevitabilmente e riusciamo a costruire un meccanismo per gestirli, possiamo utilizzare i segnali non verbali allo scopo di garantire la chiarezza della comunicazione. In qualsiasi momento della mediazione, le parti comunicheranno sia tra loro sia con il mediatore.

Oltre alla conoscenza del contenuto cognitivo, ad esempio in fatti, posizioni e interessi, è importante comprenderlo anche dal punto di vista non verbale, perché il mediatore sia in grado di analizzare gli incidenti d'incongruenza e transizione. Dal punto di vista dei primi, è stato detto, in precedenza, il significato da attribuire a un insieme di movimenti fisici, meno ai singoli movimenti. L'analisi degli incidenti d'incongruenza coinvolge l'individuazione dell'incongruenza da un qualsiasi insieme di comunicazione, verbale o non verbale. Quando l'emittente non si sente a suo agio con quello che sta comunicando, esisteranno dei segnali contraddittori. La comunicazione non verbale dovrebbe rilevare e sottolineare quello che è stato detto. La persona dice qualcosa, ma il linguaggio del suo corpo dice qualcos'altro? Ad esempio, dice di sì quando il movimento della testa dice no? È importante guardare e osservare i segnali di comunicazione non verbali nel loro insieme. Non è raccomandato di fare un'analisi insistente di un solo gesto oppure di un solo segno non verbale, ma di considerare tutti i segnali non verbali trasmessi come un insieme, dal contatto visivo al tono della voce e al linguaggio del corpo. Trattati e visti insieme, i segnali non verbali possono essere conformi o non conformi con quello che si sta dicendo.

La comunicazione non verbale è un processo circolare rapido che richiede buone abilità di concentrazione e attenzione.

Consapevolezza emotiva

Per trasmettere segnali non verbali adeguati, dobbiamo essere consapevoli delle nostre emozioni e del modo in cui esse ci influenzano. Bisogna essere capaci di riconoscere le emozioni degli altri e dei veri sentimenti che stanno dietro ai segnali trasmessi. E qui interviene la consapevolezza emotiva.

La consapevolezza emotiva aiuta a:

- Analizzare accuratamente le persone, comprese le emozioni e i messaggi non detti che trasmettono;
- Costruire fiducia mediante la trasmissione di segnali non verbali in conformità con quello diciamo;
- Rispondere in modo da fare vedere agli altri che sono stati capiti, notati e presi in considerazione.

Le emozioni rivestono un ruolo importante del modo in cui si comunica. Il modo in cui una persona reagisce ai segnali non verbali emotivi, ha un impatto sia sul modo in cui questa persona capisce gli altri sia sul modo in cui la persona è capita dagli altri. E questo può portare a frustrazioni, disaccordi e conflitto. La consapevolezza emotiva ci gli strumenti di cui abbiamo bisogno per capire noi stessi e gli altri, nonché per capire i veri messaggi che gli altri trasmettono. Anche se sembra semplice conoscere i propri sentimenti, molte persone ignorano o provano a mettere sotto anestesia le emozioni forti, come la rabbia, la tristezza e la paura. Ma la nostra abilità di comunicazione dipende molto dalla nostra connessione a questi sentimenti. Se abbiamo paura delle emozioni forti oppure se insistiamo a comunicare solo a un livello ragionevole, saranno colpite le nostre abilità di capire pienamente gli altri, di risolvere i problemi creativamente, di risolvere i conflitti o di costruire rapporti di vicinanza con qualcuno

La consapevolezza emotiva – la consapevolezza della nostra esperienza emotiva di tipo continuo – e l'abilità di gestire adeguatamente tutti gli sentimenti sono le chiavi di una comunicazione efficiente.

La consapevolezza emotiva aiuta a:

- Capire ed essere empatici in merito a quello che disturba gli altri;
- Capire la propria persona, compresa la comprensione di quello che ci disturba e quello vogliamo effettivamente;
- Rimanere motivati per capire ed essere empatici con la persona con cui stiamo interagendo, anche se non ci piace il messaggio da loro trasmesso;
- Comunicare chiaramente ed efficientemente anche se eroghiamo messaggi che sono negativi;
- Costruire rapporti solidi, basati su fiducia; pensare in maniera creativa, risolvere i problemi e i conflitti.

La comunicazione efficiente richiede ragionamento e sentimento.

Quando la consapevolezza emotiva è sufficientemente sviluppata, sappiamo quello che sentiamo senza pensarci e sapremo utilizzare questi segnali emotivi per comprendere quello che qualcuno comunica e per comportarsi di conseguenza. L'obiettivo di una comunicazione efficiente è di trovare un equilibrio sano tra l'intelletto e le emozioni, tra il ragionamento e il sentimento.

La consapevolezza emotiva è un'abilità che con la pazienza e l'esperienza, può essere acquisita in qualsiasi momento della vita. La consapevolezza emotiva si può sviluppare con l'apprendimento di come gestire le emozioni difficili e i sentimenti scomodi, ivi compresi la rabbia, la tristezza, la paura, il rammarico, la sorpresa e la gioia. Quando si sa come farlo, si controllano le emozioni e il comportamento, anche in situazioni limite e si comunica più chiaramente ed efficientemente.

Il ruolo del mediatore è di aiutare gli altri a risolvere i loro problemi in maniera gradevole senza lasciarsi commosso dalla questione.

Comunicazione in situazioni difficili

Ci sono due fattori principali che possono rendere difficile la comunicazione: le emozioni e i cambiamenti.

Le emozioni sono una risposta normale alle situazioni in cui ci troviamo e il momento unico in cui dovremmo essere preoccupati è quello in cui le emozioni non seguono la stessa direzione con la situazione attuale. Per questo, le emozioni non sono negative o positive, ma sono conformi o non conformi. Se intendiamo trasmettere informazione di impatto emotivo sull'altra persona, è utile anticipare che effetto potrebbe avere questo impatto e adattare le parole alla questione data. Il tatto e la diplomazia sono due abilità incentrate sulla comprensione degli altri e sull'empatia con i loro pareri, le convinzioni, le idee e i sentimenti.

L'utilizzo efficiente di queste abilità decorre dalla capacità di dare prova di una corretta empatia verso quello che sente o pensa una certa persona in un momento dato e, poi, di dare prova della capacità di saper rispondere, evitando i sentimenti negativi oppure le situazioni strane, ma affermando o riflettendo allo stesso tempo le idee e i sentimenti in una maniera delicata e di benevolenza. Ogni persona e situazione di comunicazione è unica. Lo sviluppo delle abilità efficienti di tatto e di diplomazia richiede esperienza e buone capacità di analisi.

Oltre a un certo livello di buon senso, l'analisi corretta e l'esperienza in diversi contesti e l'utilizzo efficiente della diplomazia si basano sulle seguenti abilità di base:

- **L'ascolto attivo:** bisogna essere capaci di ascoltare non solo quello che si dice, ma anche il modo in cui si dicono le cose per capirle e per reagire correttamente nei confronti degli altri.
- **Intelligenza emotiva:** le persone con un alto livello d'intelligenza emotiva possono utilizzare, di solito, la cortesia e la diplomazia in una maniera più naturale nella comunicazione. L'intelligenza emotiva quantifica la comprensione delle proprie emozioni e quelle di altrui. Le persone con un alto livello d'intelligenza emotiva possono formare e mantenere più facilmente i rapporti interumani e si possono integrare facilmente nei gruppi. Alcune persone hanno un grande coefficiente IQ e bassa coefficiente d'intelligenza emotiva o la viceversa, mentre altri hanno sia un coefficiente IQ alto come anche un alto coefficiente d'intelligenza emotiva, e altri non ce li hanno. L'IQ e l'IE provano a misurare diverse forme d'intelligenza umana, formando con la personalità la psiche umana. L'intelligenza emotiva è la parte della psiche umana che possiamo sviluppare e migliorare, apprendendo e mettendo in pratica le nuove abilità. Insomma, l'intelligenza emotiva può essere quantificata attraverso il modo in cui un individuo attraversa la vita: sviluppando rapporti con gli altri e abilità interpersonali e comprendendo e gestendo le proprie emozioni e abilità intra-personali (o personali). L'intelligenza emotiva si divide tra le nostre abilità personali e interpersonali che si chiamano competenze sociali e personali.
- **La prova dell'empatia:** come estensione dell'intelligenza emotiva, l'empatia è la nostra capacità di vedere il mondo attraverso gli occhi altrui. L'empatia è un atto altruistico, ci aiuta a imparare più sulle persone e sui rapporti interumani,

essendo un'attività auspicabile a beneficio nostro e della società. Essere empatica vuol dire avere due caratteristiche di base: comunicazione efficiente e un alto livello d'immaginazione. Oltre alla comunicazione efficiente, è richiesto anche un alto livello d'immaginazione per avere empatia con gli altri. Il mondo, lo vediamo in maniera diversa, secondo le nostre esperienze, il modo in cui siamo stati educati, la cultura, la religione, le nostre opinioni, convinzioni e credenze. Per manifestare empatia verso qualcuno, è importante vedere il mondo dalla prospettiva di altrui e utilizzare dunque l'immaginazione per rendersi conto su che cosa è basata la prospettiva di altrui e perché è visto differentemente dalla propria. L'empatia è più facile per molte persone che sono avvicinate tra loro e condividono più pareri ed esperienze. Esiste una notevole distinzione tra empatia e compassione. Si offre compassione quando s'immagina perché un evento è stato difficile oppure traumatico per qualcun altro.

- Essere assertivi: il motivo per cui utilizziamo il tatto e la diplomazia è dato dalla necessità di persuadere o influenzare gli altri a pensare o agire in un certo modo. Il carattere assertivo è fondamentale per un processo ed è una abilità che manca a molte persone. Essere assertivo significa sostenere le opinioni ed esprimere i pensieri, le emozioni, le convinzioni di altri. Il carattere assertivo consente alle persone di esercitare i loro diritti senza minare quelli di altrui. Si tratta di dare una risposta equilibrata, né passiva né aggressiva, rivestendo un importante ruolo la fiducia in se stessi. Una persona assertiva risponde agli altri in maniera uguale e vuole aprirsi, esprimendo i suoi desideri, pensieri e sentimenti. Due tecniche fondamentali che possono aiutare il carattere assertivo: *il bloccaggio in nebbia* e *il disco bloccato*.
 1. Il bloccaggio nella nebbia è una tecnica utile quando gli altri di comportano in maniera manipolatoria o aggressiva. Invece di rispondere al conflitto con un conflitto, il bloccaggio nella nebbia significa dare una risposta minima, calma, utilizzando termini che bloccano, ma non sono difensivi, facendo vedere allo stesso tempo l'indisponibilità di rispondere con la stessa moneta. La tecnica del bloccaggio nella nebbia coinvolge l'accordo in fronte a qualsiasi verità che è stata detta, anche se si tratta di un accordo critico. Se non rispondiamo così come l'altro aspetta, in altre parole con conflitto o in difesa, l'altro metterà fine al conflitto perché non ha raggiunto l'effetto auspicato. Quando l'atmosfera diventa più tranquilla, è possibile parlare più ragionevolmente. Il bloccaggio nella nebbia ha ricevuto tale nome perché l'individuo reagisce come se si trovasse in nebbia che permette l'entrata degli argomenti, ma non permette l'uscita
 2. La tecnica del disco bloccato è la tecnica assertiva dell'insistenza con calma. Significa la ripetizione continua dei desideri senza alzare la voce, rabbia, irritazione o distrazione dell'attenzione ai problemi minori. La ripetizione di tipo continuo di una richiesta blocca la divagazione del tema verso contrarietà irrilevanti. È importante rimanere calmi, dire chiaramente quello che si vuole, rimanere pertinenti e non rinunciare. Il compromesso deve essere accettato solo se si è contenti del risultato.

Ecco alcuni metodi per dimostrare l'apprezzamento del contributo di altrui:

- Incoraggiare l'intervento mediante domane aperte per chiedere l'opinione e per attirare gli altri nella discussione del gruppo;

- Ascoltare attentamente quello che l'altro ha da dire prima di mettere fine ai temi di conversazione;
 - Fare vedere l'interesse per quello che l'altro ha da dire, ponendo domande che sono adatte, che invitano a riflessione, chiarimento e all'abilità di riassumere;
 - Fare vedere l'apprezzamento per il contributo di altrui, utilizzando comunicazioni verbali e non verbali, come l'approvazione, il sorriso, il contatto visivo.
 - Incoraggiare gli altri a essere più aperti, esprimendo i sentimenti, i desideri e le idee.
 - Assumere la responsabilità per le decisioni che dovrebbero essere comuni.
- **Relazione:** la relazione è connessa al tatto e alla diplomazia e all'intelligenza emotiva e alle belle maniere. Il primo compito per sviluppare dei buoni rapporti interpersonali di successo è di provare a costruire una relazione. La costruzione di una relazione significa l'identificazione della nostra affinità con qualcuno. A molti può sembrare stressante l'idea d'iniziare una conversazione con qualcuno straniero; possiamo dimenticare le parole, possiamo avere un linguaggio corporeo e delle maniere inadeguati. La creazione di una relazione al momento d'inizio di una conversazione con qualcuno porterà a un risultato positivo della medesima. Nonostante lo stress e i nervi, la prima cosa che dobbiamo fare è di provare a essere rilassati e calmi; con il de-stressamento, la comunicazione diventa più facile e sviluppa la relazione. Creiamo e manteniamo incoscientemente relazioni attraverso la correlazione dei segnali non verbali, inclusa la posizione del corpo, il movimento del corpo, il contatto visuale, le espressioni facciali e il tono che si utilizza verso l'altro.
 - **La cortesia:** essere cortese e con belle maniere, rispettare le opinioni di altri e le differenze culturali è importante in molti rapporti interpersonali.

Il cambiamento – ciascuna persona ha un altro approccio in fronte a un cambiamento; ci sono persone che reagiscono positivamente a un cambiamento in circostanze in cui altre persone vedrebbero solo problemi e difficoltà. Se è possibile, si dovrebbe pensare ai lati positivi e alle possibili opportunità che un cambiamento implica per sentire i suoi benefici. È meglio per il benessere dell'individuo vedere il cambiamento in una maniera positiva, aiutando così alla minimizzazione dello stress e dell'ansietà. È più facile la comunicazione quando si è calmi, si respira profondamente e si prova a mantenere un atteggiamento del genere; se si è calmi, ci sono maggior probabilità anche per gli altri di rimanere calmi.

Gestione dello stress

In piccole dosi, lo stress ci può aiutare a funzionare bene in condizioni di pressione. Tuttavia, quando lo stress è costante e ci commuove, può bloccare la comunicazione efficiente, incidendo sulla nostra capacità di pensare ragionevolmente e creativamente e di agire adeguatamente. Quando si è stressati, c'è la tendenza di emettere giudizi nei confronti degli altri, di trasmettere segnali non verbali confusi o di essere bloccati e di sviluppare stereotipi comportamenti insani. Soltanto se si è calmi e rilassati, è possibile sapere se la situazione richiede qualche risposta o se i segnali della persona indicano la necessità di mantenere il silenzio come la migliore risposta. Impariamo a ridurre così lo stress abbastanza rapidamente nel caso dato, anche se dobbiamo affrontare forti emozioni; impariamo a dosare i sentimenti e ad avere un comportamento adeguato. Se

sappiamo mantenere uno spirito rilassato, energico – anche se succede qualcosa di male o d'inconveniente, rimaniamo aperti dal punto di vista emozionale.

Per gestire lo stress in una comunicazione, il mediatore deve calmarsi, decidendo se continuare o rimandare la discussione. La tattica efficiente è di essere d'accordo o di non essere d'accordo, è di allontanarsi dalla situazione se caso, perché tutti si calmino e respirino profondamente.

La gestione inefficiente dei conflitti può portare all'ipersecrezione del cortisone, ormone responsabile dello stress. Di conseguenza, una modalità importante per migliorare le abilità di comunicazione è di apprendere la gestione del conflitto in maniera positiva e costruttiva.

Il conflitto interpersonale è stato definito come: *una battaglia chiara tra almeno due parti interdipendenti che percepiscono obiettivi incompatibili, risorse limitate e ostacoli da altrui nel raggiungimento degli obiettivi*. Perché un disaccordo si trasformi in conflitto, devono esistere:

- Alcuni elementi di comunicazione: consenso reciproco sull'esistenza di un disaccordo.
- Il benessere dei coinvolti deve dipendere da altri in una qualche misura. Questo non significa che hanno poteri uguali: un manager e un subordinato possono essere come una coppia sposata, vuol dire interdipendenti.
- Le persone coinvolte percepiscono l'incompatibilità degli obiettivi, l'impossibilità del loro raggiungimento.
- Una concorrenza per le risorse.
- Ciascuno considera che l'altro lo impedisca nel raggiungimento degli obiettivi.

Ci sono tre tipologie di conflitto: personale o relazione, strumentale e d'interessi.

- I conflitti personali o relazionali sono al solito correlati all'identità e alla propria immagine o agli aspetti importanti del rapporto, tali come la lealtà, il tradimento della fiducia, la percezione del tradimento o la mancanza del rispetto.
- I conflitti strumentali sono legati agli obiettivi, alle strutture, alle procedure e ai mezzi, qualcosa comunque tangibile e strutturato in un'organizzazione oppure per un individuo.
- Il conflitto d'interesse fa riferimento al modo in cui sono stati distribuiti i mezzi di raggiungimento degli obiettivi, come il tempo, il denaro, lo spazio e il personale. Essi possono riferirsi anche ai fattori ivi correlati, come l'importanza relativa o le conoscenze e la perizia.

Esistono cinque strategie di risoluzione dei conflitti (*Thomas-Kilmann, Conflict Mode Instrument (TKI)*):

1) La competizione o la lotta – la situazione classica di successo/insuccesso (win/lose) in cui il potere e la forza di una sola persona prevalgono e vincono. Ha il suo ruolo, ma chiunque la utilizzi, deve essere consapevole che porterà all'esistenza di uno sconfitto e la persona sconfitta non può esprimere le sue paure, avendo sentimenti negativi.

2) La collaborazione – è il risultato ideale: situazione di successo/successo (di win/win). Tuttavia, richiede ogni tanto la risoluzione delle difficoltà da parte delle persone che vi

sono implicate e l'identificazione di una modalità consensualmente accettata da tutti per risolvere il problema.

3) Il compromesso o la negoziazione – Porterà molto più probabilmente a una migliore situazione della situazione di successo/insuccesso (win/lose), ma non sempre a win/win (successo/successo). Entrambi parti rinunciano a qualcosa a favore di un compromesso e il processo dura meno della collaborazione, e porterà probabilmente a meno impegno verso il risultato.

4) La negazione o l'elusione – Qua, tutto il mondo fa finta di avere alcun problema. È utile se le parti in conflitto hanno del tempo sufficiente per calmarsi prima di qualsiasi forma di discussione o che il conflitto sia insignificante, ma non aiuta se scompare pur semplicemente. Creerà una situazione d'insuccesso/insuccesso (lose/lose) perché vi saranno dei sentimenti negativi, e l'atmosfera sarà così tesa che sarà impossibile ad arrivare a un risultato.

5) La nascosta del problema sotto "tappeto" o una sorta di accomodazione con il caso – L'armonia si mantiene in superficie, ma sotto c'è il conflitto. È analoga alla situazione precedente, con l'eccezione del fatto che una delle parti acconsente alla nascosta del problema, mentre l'altra parte rimane nella zona del conflitto, creando una situazione di successo/insuccesso (win/lose). Esso può funzionare quando è più importante mantenere il rapporto, ma non è utile quando gli altri sentono la necessità di risolvere la situazione.

Nella gestione dei conflitti, tanto come partecipante, quanto come potenziale mediatore, è importante conoscere i limiti. Se si raggiunge un punto di vista in cui non si ha più la fiducia che l'intervento sia d'aiuto, è normale ritirarsi e chiedere aiuto. Questo aiuterà al compimento del ruolo di mediatore come terzo neutro e multi parziale e ad avere cura di non perdere da vista quello che può essere importante a lungo. È importante a non fare ricorso a soluzioni rapide e ad essere sicuri che niente e nessuno sono esclusi.

Capitolo 5: Risoluzione delle cause familiari mediante la mediazione e i procedimenti giudiziari

5.1. Premesse

5.1.1. Definizione del divorzio

Il divorzio è diventato un evento usuale nella società dei nostri tempi. Definito come **la cessazione di un matrimonio**, il divorzio è dichiarato, nella maggioranza degli Stati, a base di una decisione di un'autorità giudiziaria o un organismo giurisdizionale a seguito di un procedimento giudiziario (Divorzio, n.d.). Oltre alla cessazione del matrimonio, il divorzio può coinvolgere inoltre la custodia e la genitorialità dei minori, un assegno di mantenimento dovuto all'altro coniuge o al minore, nonché la divisione dei beni comuni (Legal, n.d.).

Anche se gli ordinamenti legali sul divorzio possono variare da Paese a Paese, ci sono due tipologie fondamentali di divorzio: il divorzio basato sulla colpa e il divorzio mancato dalla colpa. Il primo tipo di divorzio è "la cessazione effettiva di un matrimonio ai sensi della legge, causato da un comportamento inidoneo durante il matrimonio o da un altro motivo statutario che deve essere comprovato in Tribunale dal coniuge attore, a base di prove atte a dimostrare che il coniuge convenuto ha commesso una oppure più azioni che sono sufficienti per l'autorità giudiziaria per ordinare il divorzio" (Bullock, n.d.). Un divorzio mancato dalla colpa è "il tipo di divorzio in cui nessuna delle parti deve tentare a dimostrare la colpa, ma una delle parti deve sostenere e testimoniare che esiste una rottura irrimediabile del matrimonio o che tra i coniugi ci sono delle differenze che non danno luogo alla conciliazione e che non consentono la prosecuzione del matrimonio" ("Lancaster Attorney Family Law-Custody, Adoption, Criminal," n.d.).

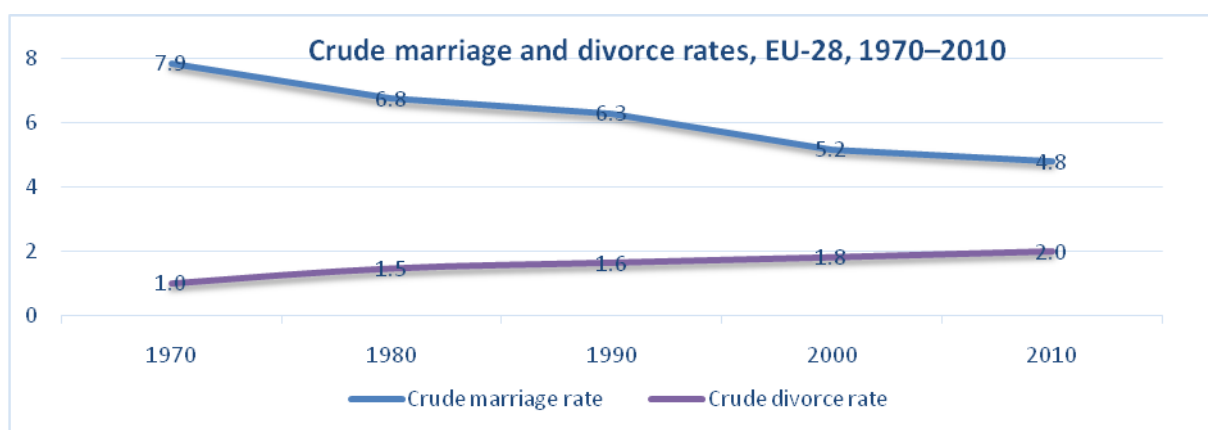
La maggioranza degli scienziati considera che il divorzio non sia soltanto un semplice evento giuridico che accade per ottenere una sentenza, ma che "sia un fenomeno sociale complesso e un'esperienza personale complessa" (Roberts, 2008, p. 30). A tal senso, Bohannan descrive le "sei forme di divorzio" come esperienze sovrapposte, che variano come ordine e proporzione dell'intensità (Bohannan, 1971, p. 33):

1. *Il divorzio emozionale* è caratterizzato da sentimenti di dolore, rabbia, perdita di attrazione e fiducia;
2. *Il divorzio giuridico* ricrea la qualità di una persona atta a risposarsi;
3. *Il divorzio economico* è quello che delimita la ristrutturazione finanziaria e delle proprietà;
4. *Il divorzio e la custodia comune* è quello che coinvolge questioni di domicilio e di contatto con il/i figlio/i e genera, nella sua opinione, il divorzio il più doloroso; ad esempio, il modo in cui i genitori devono accettare che nelle famiglie con minori, non si può parlare di una semplice separazione e che il rapporto tra l'uno dei genitori e il minore non è più il problema dell'altro genitore;
5. *Il divorzio con impatto sulla comunità* fa riferimento all'impatto che il divorzio ha e produce sulla vita sociale delle parti coinvolte in divorzio, ad esempio il modo in cui le coppie sposate, amiche con i divorziati, trattano questi ultimi e gli enti sono disponibili a rispondere ai bisogni d'informazioni e amicizia delle persone che si sono divorziate;

6. *Il divorzio “intellettuale”* è quello che descrive il modo in cui le persone divorziate riacquisiscono l'autonomia individuale. Questo è considerato il più difficile, ma anche quello più costruttivo.

5.1.2. Evoluzione del tasso dei divorzi

Da 50 anni fa, vi è stato un forte aumento del numero dei divorzi in tutti i paesi europei. In sostanza, il tasso dei divorzi è raddoppiato in Europa, mentre il tasso dei matrimoni è diminuito alla metà. Tra i Paesi, ci sono delle differenze e ci sono anche delle variazioni a breve tempo in merito alle tendenze nazionali, ma la tendenza generale è di aumento. Tra gli Stati membri dell'Unione Europea, il tasso più alto dei divorzi del 2012 è stato notato in Lettonia (3,6 divorzi a 1000 abitanti), Lituania (3,5) e Danimarca (2,8), mentre il tasso più basso dei divorzi è stato notato in Irlanda (0,6). Italia (0,9), Malta (1,1), Grecia (1,2), Slovenia (1,2) e Croazia (1,3) hanno registrato anche loro dei tassi bassi di divorzi. Quando si fa un'analisi di dati, si dovrebbe considerare che il divorzio non era giuridicamente possibile in Italia fino al 1970, in Irlanda fino al 1995 e in Malta fino al 2011 (Eurostat, n.d.).



Fonte: Eurostat

L'aumento del tasso dei divorzi dovrebbe essere esaminato in contesto dei molteplici cambiamenti che colpiscono la vita della famiglia nei nostri tempi. Inoltre, si osserva un aumento del numero delle coppie che vivono insieme senza contrattare un matrimonio. Di conseguenza, la società europea è sempre più laica, pluralistica, multi culturale e diversa dal punto di vista etnico. In più, le relazioni omosessuali possono avere una sorta di riconoscimento legale, e l'età media delle persone che diventano genitori per la prima volta è aumentata a causa dei progressi tecnologici nel campo della scienza di riproduzione umana (Munby, 2005).

In conseguenza della pressione crescente sulle spalle dei sistemi giudiziarie a causa di tale tendenza ascendente del tasso dei divorzi, nei Paesi europei c'è un interesse di più in più acuto per l'utilizzo della mediazione come alternativa ai o parte dei procedimenti giudiziari. È stato necessario il concorso di sforzi sostenuti per gestire quest aumento del numero delle cause giudiziarie e, conseguentemente, i costi alti, in modo che sia le persone sia i governi sono diventati sempre più consapevoli dei limiti imposti dalla legge come meccanismo di risoluzione dei problemi familiari che spesso, sono complessi e coinvolgono forti emozioni (James & Haugen, 2010).

5.2. Diritto della famiglia nell'Unione Europea

L'Unione Europea ha un impatto ridotto in materia del diritto familiare. Ciascuno Stato membro può stabilire le sue norme in merito al divorzio, alla separazione, alla genitorialità dei minori, all'assegno di mantenimento dovuto al coniuge e ad altri aspetti in materia matrimoniale. In genere, il ruolo dell'UE è di assicurarsi che le decisioni di un Paese possono trovare esecuzione in un altro Paese e di tentare a identificazione una competenza giurisdizionale corretta per la specificità di certe cause del diritto familiare.

Attualmente, non esistono disposizioni riferiti alla legge applicazione in caso di divorzio al livello di tutta l'Unione Europea, perché il Trattato non prevede una base legale reale per lo sviluppo di un diritto materiale della famiglia. "Esso significa che l'Unione Europea non ha la competenza di unificare il diritto materiale della famiglia e non è nemmeno autorizzata a regolamentare questo settore con regolamenti o direttive, perché il diritto della famiglia è una parte del diritto civile che è stato incluso esclusivamente e neanche marginalmente nella competenza giurisdizionale degli istituti comunitari, a norma degli articoli 3 e 5 del Trattato" (Ardeleanu, 2013, p. 53).

5.2.1. Armonizzazione della legislazione concernente il diritto della famiglia

Lo sviluppo del Diritto europeo della Famiglia si è manifestato al momento del numero crescente degli Stati membri. Tutte le volte, quando una questione di diritto familiare attraversava le frontiere nazionali, era importante stabilire la legge nazionale specifica applicazione. E questo rappresentava una sfida notevole per i praticanti e gli operatori del settore giuridico che offrivano consulenza legale nelle controversie di carattere e natura transfrontalieri nel diritto della famiglia. La situazione era la stessa anche in caso delle autorità giurisdizionale che dovevano decidere in tali cause e degli istituti e uffici amministrativi che dovevano applicare la legge. Oggi, il giudice deve scegliere e deve indicare il principio di applicazione della legge attinente a una certa causa (Cimpoeru, 2007).

Fino ai nostri tempi, sono state fatte poche diligenze per armonizzare il diritto familiare. Infatti, "il Consiglio d'Europa tenta d'incoraggiare gli Stati membri a cooperare senza imporre una legislazione uniforme, ciò che possa determinare una resistenza politica e sociale interna" (Ardeleanu, 2013). Con il Regolamento del Consiglio 1347/2000 (noto anche come il Regolamento Bruxelles II), l'UE prevede la competenza giurisdizionale e il riconoscimento del divorzio, della separazione o dell'annullamento del matrimonio e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale (in particolar modo, in merito alla custodia e all'accesso). Dal 1 marzo 2005, è entrato in vigore un nuovo regolamento in materia matrimoniale e in materia della responsabilità genitoriale (il Regolamento del Consiglio 2201/2003 (il nuovo Bruxelles II)). Questo non ha comportato alcun notevole cambiamento o mutazione, mantenendo le norme inalterate in materia matrimoniale. Ha comportato minori variazioni dell'ordinamento in materia di responsabilità genitoriale.

La pressione giacente sull'unificazione delle norme in materia del diritto di famiglia, e soprattutto in materia del conflitto di leggi, è crescente. A questo senso, un progresso è dato dalla costituzione della Commissione sul diritto di famiglia europeo (noto come CEFL) nel 2001, il cui compito era di elaborare dei principi comuni non imperativi nella materia del diritto di famiglia europeo. Nel 2004, CEFL ha pubblicato i primi Principi sul Diritto di Famiglia in materia di Divorzio e mantenimento tra gli ex coniugi:

“I principi riguardanti il divorzio hanno il ruolo di abbattere i drammi manifestati a causa del divorzio, senza trascurare però gli interessi dei minori e del coniuge il più vulnerabile. I principi favoriscono in maniera chiara il divorzio consensuale dei coniugi, anziché il divorzio unilaterale. In caso di un divorzio senza il consenso dell'altro coniuge, i principi prevedono una prova oggettiva e semplice – un periodo di un anno in cui i coniugi siano effettivamente separati – e così si evita l' indesiderata inchiesta in merito al matrimonio. Il principio della rottura irrimediabile del matrimonio è stato respinto. Per quanto riguarda l'impatto del divorzio e le sue conseguenze, i Principi incoraggiano i coniugi a raggiungere un accordo. Tuttavia, un tale accordo non rappresenta una condizione necessaria per il divorzio” (Ardeleanu, 2013, p. 55).

5.2.2. Ordinamenti nazionali concernenti il divorzio e la separazione personale

Si sviluppa una sorta di atteggiamento comune per l'armonizzazione del diritto di famiglia ma non dovrebbero esistere delle aspettative in merito al raggiungimento di spettacolari risultati. Alcuni esempi del settore giuridico nazionale in merito alla materia del diritto di famiglia illustrano la difficoltà della missione di conciliare le percezioni differenti, e in particolar modo il risultato delle costrizioni culturali:

Austria

“Il divorzio consensuale dei coniugi prevede che la “partnership matrimoniale” (il detto eheliche Lebensgemeinschaft) deve aver cessato da almeno sei mesi (sezione 55 della Legge austriaca sul Matrimonio); in caso di una rottura irrimediabile del matrimonio, una richiesta di divorzio consensuale e un accordo scritto sulle conseguenze del divorzio in caso di un divorzio mancato da consenso, i procedimenti litigiosi inizieranno in base alla richiesta di una parte. La sezione 177(1) del Codice civile austriaco prevede che le responsabilità genitoriali di entrambi i genitori continuano dopo il divorzio, tranne il caso in cui i genitori decidano altrimenti, e particolarmente quando la genitorialità di uno dei genitori sia restrittiva o completamente revocata. Infatti, se i genitori vogliono tuttavia continuare a essere titolari di una genitorialità condivisa, loro devono presentare a tal senso un accordo all'autorità giudiziaria, designando il genitore con il quale abiterà in maniera principale il minore. Questa disposizione assicurerà il mantenimento in una qualche misura maggiore della continuità nell'educazione del minore. Il genitore presso il cui domicilio abita il minore, deve aver sempre ricevuto la titolarità completa di tutte le responsabilità genitoriali (sez. 177(2) del codice civile austriaco). L'autorità giudiziaria approverà l'accordo raggiunto tra i genitori se questo serve per l'interesse superiore del minore (sez. 177(3) del codice civile austriaco). Se i genitori non riescono a giungere a un accordo (ammesso) sul domicilio principale del minore oppure sull'affidamento delle responsabilità genitoriali entro un ragionevole termine, l'autorità giudiziaria affiderà a uno dei genitori l'esercizio esclusivo della genitorialità, considerati gli interessi superiori del bambino, dopo un tentativo fallito d'identificazione di una risoluzione amichevole con i genitori (sezione 177a(1) del codice civile austriaco). La stessa disposizione si applica se l'esercizio condiviso della genitorialità soffre un ulteriore insuccesso: qualsiasi dei genitori può sollecitare ogni momento all'autorità giudiziaria di ordinare la cessazione dell'esercizio condiviso della genitorialità senza giustificazione. In questa situazione, l'autorità giudiziaria affiderà a uno dei genitori l'autorità genitoriale per il suo esclusivo esercizio, considerato l'interesse superiore del minore se la riconciliazione tra i genitori non è possibile (Sezione 177a(2) del codice civile austriaco)” (Base Dati del Consiglio d'Europa in merito alla famiglia. Politica Sociale e Diritto della Famiglia: matrimonio, divorzio e genitorialità, 2009).

Danimarca

“I motivi di divorzio sono la separazione personale, la vita separata per un periodo di due anni per motivi d’incompatibilità, l’adulterio, la violenza, la bigamia e la sottrazione del minore. Se i coniugi chiedono insieme il divorzio, loro possono ottenere un divorzio consensuale mediante un procedimento amministrativo percorso all’amministrazione regionale dello Stato. Se solo uno dei coniugi chiede il divorzio, questo può ottenere il divorzio esclusivo mediante un procedimento giudiziario. Se una parte chiede il divorzio per separazione personale, i coniugi devono dimostrare di essere stati separati per almeno un anno. I doveri di mantenimento tra i coniugi arrivano a fine una volta con la separazione personale o con il divorzio, con l’eccezione del caso in cui i coniugi sono d’accordo di continuare il pagamento degli obblighi di mantenimento o quando l’autorità giurisdizionale decide che uno dei coniugi deve pagare un assegno di mantenimento all’altro coniuge per un certo periodo. L’importo dell’assegno di mantenimento viene deciso dall’amministrazione regionale di Stato nella mancanza di accordo tra le parti. La bi-genitorialità continua dopo il divorzio, ma uno dei coniugi può chiedere l’esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale” (Ibid).

Grecia

“Il divorzio può essere deliberato a seguito della rottura irrimediabile dei rapporti e dei legami matrimoniali (articolo 1439 §§ 1 e 2 del codice civile greco), della separazione personale (il divorzio consensuale) e in caso dell’assenza ufficialmente accertata. L’art. 1510, comma 1 del Codice civile greco prevede che i genitori eserciteranno in comune la responsabilità genitoriale senza riferirsi ai rapporti tra i genitori (ad esempio, se loro devono abitare insieme, se sono in separazione personale, se il loro matrimonio è stato annullato, se si sono divorziati). Di conseguenza, i genitori continuano a esercitare una bi-genitorialità condivisa anche dopo il divorzio, con l’eccezione del caso in cui sia richiesta all’autorità giurisdizionale la regolamentazione della genitorialità. In tale ultimo caso, l’autorità giurisdizionale ha un’ampia varietà di soluzioni: può ordinare l’esercizio della genitorialità a uno dei genitori o a entrambi a forma condivisa o la può dividere tra i genitori o la può anzi affidare a un terzo (art. 1513 del codice civile greco). Nonostante la decisione dell’autorità giurisdizionale in materia di responsabilità genitoriale, entrambi i genitori continueranno a coinvolgersi nella crescita ed educazione dei minori” (Ibid).

Slovenia

“Non c’è una legge sul divorzio. La legge, relativa al Matrimonio e ai Rapporti Familiari (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Slovena, n. 14-98 – con testo chiarito) alla luce di un divorzio (separazione personale) o dell’annullamento del matrimonio, prevede che il genitore titolare della responsabilità di educare e curare il minore è quello che mette in applicazione e usufruisce dei diritti genitoriali. Se uno dei genitori è deceduto o ignoto o se è stato decaduto dai diritti o gli è stato ordinato un divieto di svolgimento di attività professionali, i diritti genitoriali sono custodi dall’altro genitore. Nei casi menzionati in precedenza, quando una sola persona esercita la genitorialità, si utilizza il termine di “famiglia monogenitoriale” (Ibid).

Spagna

“La possibilità della separazione personale a base di una decisione (articoli 81-84 del Codice civile di Spagna) – motivi specifici per il divorzio non esistono (art. 86 del Codice civile di Spagna). Il divorzio si delibera a base di una richiesta unilaterale o consensuale dei coniugi se compiono i requisiti dell’art. 81 del Codice civile di Spagna - si è arrivato a un accordo in merito alle conseguenze del divorzio (art. 90 del Codice civile di Spagna)

– il divorzio non ha alcun impatto sulla determinazione della responsabilità genitoriale, ma il suo esercizio deve essere convenuto (l'educazione dei minori in un esercizio di bi-genitorialità, il regime di comunicazione e la domiciliazione dei minori ai genitori)" (Ibid).

5.2.3. Causa-procedimento di divorzio

Le disposizioni in materia matrimoniale variano all'interno degli Stati membri, ma si può parlare di alcuni passi comuni che una coppia deve seguire se intende divorzio. Per quanto riguarda la durata, l'intero procedimento può durare da qualche settimana fino a qualche anno, tanto in funzione della volontà delle parti di cooperare quanto in base alle disposizioni nazionali esistenti in materia del divorzio.

In linea generale, il divorzio inizia quando i coniugi assumono un avvocato che redige una domanda di chiamata in giudizio (chiamata anche denuncia), un documento legale che stabilisce le base della separazione personale. Un documento del genere potrebbe contenere più esigenze delle parti (Obringer, n.d.), tali come:

- La delegazione temporanea della genitorialità dei minori e il conferimento temporaneo dell'assegno di mantenimento al minore;
- L'utilizzo esclusivo del domicilio coniugale;
- Il divieto di assicurazione che alcuna parte può avere accesso al conto bancario comune fino a quando l'autorità giurisdizionale non preveda altrimenti;
- Il compenso dell'onorario degli avvocati, in senso che uno dei coniugi paga gli onorario al posto dell'altro;
- L'obbligo di mantenimento o l'assegno del genere.

L'avvocato presenta la richiesta (la denuncia) in tribunale e, poi, l'avvocato o l'autorità giurisdizionale si assicurano se il documento è stato comunicato all'altro coniuge e se gli è stata richiesta una risposta (chiamata anche replica).

Nel corso del termine per la replica, l'altro coniuge può esprimere il suo consenso per la richiesta oppure può indicare il modo in cui preferirebbe risolvere tutte le questioni che riguardano il divorzio. Come regola generale, se la risposta non è comunicazione, allora l'autorità giudiziaria ritiene che il detto coniuge avvertito ha acconsentito con i termini proposti.

Di seguito, l'avvocato raccoglierà informazioni dal suo cliente e dal coniuge convenuto (fase d'investigazione). La coppia in divorzio può uno scambio d'informazioni e documenti in merito agli aspetti che riguardano i redditi e le proprietà. Dopo la valutazione di tali dati e informazioni, l'autorità giudiziaria e la coppia possono decidere come ripartire le proprietà e i debiti e come risolvere le questioni attinenti all'assegno di mantenimento del minore e del coniuge ("A Divorce Timeline," n.d.).

In alcuni casi, la coppia può mettersi volontariamente d'accordo in merito a tutti i loro problemi mediante una procedura di mediazione o un altro tipo di accordo. La legge di determinati Stati impone anzi alle coppie in divorzio di tentare una procedura del genere prima di avviare un procedimento giudiziario. Se la coppia raggiunge un accordo, esso può essere presentato a un giudice nel corso di udienza informale e il giudice farà delle domande elementari, basate sui fatti, per valutare e accertare se ciascuna delle parti ha compreso ed è disposta a firmare l'accordo. Se il giudice autorizza l'accordo finale, egli

pronuncia la decisione di divorzio. Se il giudice non autorizza l'accordo o nel caso in cui la coppia non raggiunga un accordo, la causa sarà avviata per il suo giudizio.

Durante la causa, gli avvocati presentano gli argomenti e le prove per ciascuna parte, e il giudice decide in merito alle questioni irrisolte. Siccome molti aspetti da approcciare nel corso di questo tipo di procedimento sono correlati, a volte esiste un ordine specifico in cui tali questioni si affrontano (Obringer, n.d.):

- La determinazione del diritto a divorzio.
- La determinazione della responsabilità genitoriale e dei diritti di visita.
- La decisione sulla divisione delle proprietà e sulle questioni finanziarie.
- La determinazione dell'assegno di mantenimento dovuto al minore.
- La determinazione dell'assegno di mantenimento dovuto al coniuge.

Dopo il raggiungimento di una decisione, il giudice ordina il divorzio. Se le parti sono insoddisfatte in merito al risultato, una delle parti, o entrambi, ha il diritto di attaccare la decisione del giudice, avviando un appello al livello di organo giurisdizionale superiore.

5.3. Mediazione familiare nell'Unione Europea

C'è stata sempre una crescente accettazione del fatto che il sistema contraddittorio e tradizionale di giudizio, di avversarialità, non soddisfa i bisogni delle famiglie in conflitto, soprattutto quando vi sono coinvolto anche dei minori. Dall'inizio degli anni 1980, sono stati sviluppati degli approcci alternativi per gestire i rapporti durante la separazione e il divorzio, definiti genericamente procedure alternative di risoluzione delle controversie. Tali procedure fanno ricorso a un continuum di semplici negoziazioni tra i coniugi che attraversano da un lato la mediazione e l'arbitraggio, e dall'altro lato il sistema classico giudiziario.

5.3.1. Definizione della mediazione nelle controversie di famiglia

È noto che "la mediazione nelle controversie di famiglia" è una procedura di risoluzione delle controversie, alternativa al procedimento giudiziario o amministrativo di presa delle decisioni, in cui i coniugi sono assistiti da uno specialista neutro e imparziale (mediatore). La procedura di mediazione implica l'analisi della situazione a partire dal desiderio dei coniugi di divorzio e intende il raggiungimento di un accordo basato sugli interessi e sui bisogni della coppia in merito a tutti gli aspetti rientranti nella controversia.

A differenza del "divorzio per la mediazione", "la mediazione delle controversie familiari" gestisce tutta la varietà delle vertenze "che possono manifestarsi nel nucleo familiare tra i suoi componenti, tali come il pagamento di un assegno dovuto di mantenimento tra i parenti, la determinazione dei rapporti con i genitori biologici, il diritto dei nonni di poter mantenere i contatti con i nipoti, l'adozione dal coniuge padre naturale o qualsiasi altro conflitto tra i membri della famiglia" (Casals, 2005). In contrasto, "il divorzio mediante la mediazione" non è sufficientemente definito come la procedura ADR, perché s'incentra prevalentemente sulla crisi attraversata dalla coppia sposata quando il loro matrimonio è in fase di dissoluzione, lasciando a parte la prospettiva del minore.

5.3.2. Evoluzione della mediazione familiare in Europa

“Anche se la mediazione è in corso di diversi fasi di sviluppo in Europa, in linee generali la mediazione delle controversie familiari ha seguito passi simili in tutti gli Stati europei” (Pali & Voet, 2012). “In termini generali, la mediazione delle controversie familiari segue passi simili in tutti gli Stati europei: 1) in primo luogo, essa è scoperta con entusiasmo dagli specialisti nella gestione delle vertenze familiari; 2), poi, questi specialisti tendono di organizzarsi in enti e associazioni atte a promuovere e applicare la mediazione; 3) un altro passo è dato dal fatto che il legislatore nazionale fa riferimenti occasionali per la mediazione, definendola una meccanismo utile nella risoluzione delle controversie che si sono manifestate a seguito della separazione o del divorzio, un processo preferito al posto di una decisione giudiziaria di avversarialità; e 4) infine, la mediazione dei conflitti familiari trova una regolamentazione giuridica più dettagliata tanto come tale quanto in un quadro più ampio di norme concernenti la mediazione in materia civile e in materia commerciale” (Casals, 2005).

In genere, nell’Unione Europea, la mediazione in materia civile è stata divisa in tre rami distinti: (a) le controversie di carattere civile e commerciale; (b) i diritti dei consumatori, (c) le controversie familiari, soprattutto le controversie con coinvolgono anche minori. Il quadro di base per la determinazione e l’ordinamento delle procedure alternative per la risoluzione delle controversie familiari (soprattutto, in materia di divorzio e di specificità dell’esercizio delle genitorialità dei minori) è compreso nelle Linee Guide n. R(98)1 del 1998. Tale strumento è stato il primo che stabilì le principali direzioni e i principi di base che riguardavano la mediazione familiare e coprì una varietà di aspetti critici (compreso l’obiettivo della mediazione, l’organizzazione, la promozione, il rapporto tra mediazione e procedimenti giudiziari o di altro genere e la mediazione familiare internazionale, lo statuto degli accordi risultanti dalla mediazione). L’intento di tali Linee Guide non mirava solo l’abbattimento del carico di lavoro degli organi giurisdizionali, ma anche di creare una migliore soluzione per entrambi parti e di tutelare più efficientemente il benessere dei minori.

Per i Governi, le Linee Guide significavano due azioni: “in primo luogo, prevedere la mediazione o, se caso, consolidare la mediazione familiare già esistente; e in secondo luogo, adottare o consolidare tutte le misure ritenute necessitare per la messa di atto di un numero sufficiente di principi per promuovere e utilizzare la mediazione familiare come un idoneo metodo nella risoluzione delle controversie familiari” (Pali & Voet, 2012, p. 66) (Pali & Voet, 2012). Tutti questi principi si riferiscono agli aspetti che influenzano il comportamento e gli standard professionali. Senza indugio, è previsto che in genere, la mediazione non dovrebbe essere obbligatoria. Le disposizioni riferite agli standard includono delle raccomandazioni dettagliate in merito alla qualifica, all’esperienza, alla formazione (compresa l’insegnamento di conoscenze essenziali teoriche e di specialità) e alla pratica sotto la sorveglianza di un esperto.

“Il Consiglio Europeo ha emanato direttive e linee guide contenenti sempre delle linee guide indirizzate ai governi nazionali oppure convenzioni che evidenziano gli impegni di carattere obbligatorio per gli Stati contrattanti. Ad esempio, nel 1999, l’incontro del Consiglio Europeo di Tampere ha imposto la creazione da parte degli Stati membri di determinate procedure extragiudiziarie alternative. Nel 2000, il Consiglio Europeo ha suggerito che la risoluzione alternativa delle controversie (RAC) in materia civile e materia commerciale potrebbe semplificare e migliorare l’accesso alla giustizia. In più, nel corso degli ultimi tre decenni, i ministri europei della giustizia hanno esaminato un numero di leggi riguardanti il diritto della famiglia e le questioni connesse ai diritti del minore in occasione a maggiori conferenze, tra cui anche quella di Strasburgo del 1998 dedicata alla “mediazione familiare in Europa”. Poi, è stato adottato un tipo

di Contratto-convenzione in merito all'accesso transfrontaliero ai minori e alle garanzie di restituzione del minore dopo l'accesso. Inoltre, il trattato incoraggia gli Stati membri ad adottare delle disposizioni simili nei diritti nazionali per standardizzare questo processo a livello nazionale e agevolare la cooperazione giudiziaria" (Ibid., p. 68).

Nel 2002, la Commissione Europeo ha presentato il Libro Verde, riferito alla Risoluzione Alternativa delle Controversie in Materia Civile e Commerciale, diventando la base del Codice Europeo di Comportamento dei Mediatori. In tale documento, la Commissione Europea fa una significativa distinzione tra ADR realizzata dall'autorità giurisdizionale e ADR affidata dall'autorità stessa a un terzo e fa notare il ruolo delle ADR "come modo di fare armonia sociale e priorità politica" (Ibid, p. 69). Questa è stata una considerazione preliminare della Direttiva che fa riferimento a determinati aspetti legati alla mediazione in materia civile e commerciale, adottata nel 21 maggio 2008.

La Direttiva UE sulla Mediazione (2008) si applica quando due parti coinvolte in una controversia transfrontaliera raggiungono un accordo in merito alla risoluzione della loro controversia con l'assistenza del mediatore. Gli Stati membri dell'Unione Europea sono tenuti ad assicurare che gli accordi risultati dalla mediazione possono essere esecutivi. In più, la Direttiva 2008/52/EC, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, stabilisce un insieme di norme minime per la mediazione di natura transfrontaliera in materia civile e commerciale ed è entrata in vigore in 20 Stati membri nel mese di maggio 2011. Questa Direttiva, relativa alla mediazione transfrontaliera, al suo articolo 4, 2 prevede che gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la formazione dei mediatori professionisti per garantire lo svolgimento della procedura di mediazione in maniera efficiente e competente.

"L'opinione generale all'interno della Commissione è che le controversie giuridiche transfrontaliere tra i 28 Stati membri dell'UE si risolvono nel miglior modo mediante la procedura della mediazione, anziché con l'intervento delle autorità giurisdizionali. Alla fine del mese di agosto 2010, la Commissione Europea ha reiterato la potenzialità delle norme UE, in vigore in materia di mediazione delle controversie di carattere transfrontaliero; la Commissione ha ricordato agli Stati membri che tali misure possono rilevarsi efficienti solo se sono messe in atto da parte di tutti gli Stati membri a livello nazionale. Se la mediazione fallisce, le controversie possono essere trasferite ogni momento al sistema tradizione di risoluzione, dunque ai Tribunali" (Ibid, p. 70).

5.3.3. Varianti di mediazione familiare secondo i diritti nazionali

"L'immagine della mediazione in Europa assomiglierebbe a un mosaico in una costante e continua evoluzione. I pezzi che compongono questo mosaico hanno sono di modelli e colori ricorrenti, ma non son uniformi e non s'intrecciano in un unico progetto. Mancano molti pezzi e il mosaico presenta degli spazi vuoti. Un mosaico variegato che riconosce le differenze culturali è preferibile all'uniformità" (Parkinson, 1997).

Austria

"Non ci sono requisiti in merito ai tentativi di conciliazione o mediazione e nemmeno in merito agli incontri informativi. Tuttavia, la sezione 223 della Legge dei Procedimenti non contenziosi prevede per i procedimenti una durata massima di sei mesi se l'organo giurisdizionale considera che ci siano opportunità di riconciliazione tra i coniugi. In tal caso, l'organo giurisdizionale deve rinviare d'ufficio il procedimento. Dopo la scadenza di questo periodo, il procedimento può essere ripreso esclusivamente alla richiesta delle parti. Questo tipo di rinvio si utilizza comunque raramente dai tribunali austriaci. In più, il giudice deve informare le parti sulla mediazione e sui servizi di conciliazione se è del caso. La decisione di utilizzare le procedure alternative appartiene tuttavia alle parti. Se intendono avviare queste procedure, l'organo giurisdizionale deve sospendere la causa

di divorzio alla richiesta di entrambi coniugi, a norma delle sezioni 460(7a) del Codice di procedura civile e 222(1) della Legge dei Procedimenti non contenziosi. Per facilitare l'accesso alla mediazione, in caso di una separazione o un divorzio, il governo federale finanzia la mediazione familiare. Le coppie devono pagare solo un onorario ridotto in base ai redditi realizzati. La differenza dell'onorario è sostenuto da sovvenzioni (Base dati delle Conclusioni del Consiglio d'Europa sulle Politiche di Famiglia. Politica Sociale e diritto della famiglia: matrimonio, divorzio e genitorialità, 2009).

Danimarca

“In Danimarca, la mediazione familiare è stata sempre un atto volontario. Già dal 2001, l'amministrazione regionale dello Stato offriva mediazione nei casi della genitorialità e in materia del diritto di accesso. Dal gennaio 2007, l'amministrazione regionale dello Stato offre mediazioni anche nei casi di separazione e divorzio. Inoltre, dall'aprile 2008, la mediazione familiare è offerta anche nelle cause avviate in tribunale” (Ibid).

Germania

“La causa tratta in tribunale è spesso preceduta da una sessione di mediazione proprio al tribunale, dove si valuta la probabilità di raggiungimento di un accordo tra le parti. In più, l'organo giurisdizionale può sospendere la causa di divorzio se conclude che la prosecuzione della vita matrimoniale è ancora possibile. Una sospensione del genere non sarà ordinata a dispetto delle parti se il periodo di separazione dei medesimi ebbe una durata superiore a tre anni” (Ibid).

Ungheria

“La conciliazione è – senza indugio ed eccezioni – una fase obbligatoria della causa di divorzio; essa costituisce un dovere legale del giudice. Nella maggior parte delle cause di divorzio, il ruolo principale della prima udienza è di rivestire la forma di tentativo di conciliazione, ma in ottemperanza delle norme di procedura civile, il giudice ha il potere di ordinare la conciliazione in qualsiasi altro momento dei procedimenti. In Ungheria, la mediazione è prevista in caso di divorzi, ma non è disponibile su tutto il suo territorio. Le parti possono usufruire volontariamente di questa procedura, sia prima di avviare una causa di divorzio, sia nel corso della causa stessa” (Ibid).

Norvegia

“I coniugi con bambini di età inferiore a 16 anni devono partecipare alle procedure di mediazione prima dei procedimenti giudiziari di separazione o divorzio. Dal 1 gennaio 2007, i genitori conviventi devono partecipare anche loro al processo di mediazione nel caso in cui abbiano deciso di separarsi. Il motivo di questo emendamento è che i figli devono essere trattati ugualmente, nonostante la volontà dei genitori di contrarre un matrimonio o di scegliere la convivenza. Inoltre, la mediazione deve avvenire prima che l'autorità giudiziaria sia stata investita con una causa per la genitorialità, il domicilio o il diritto di accesso. Lo scopo della mediazione è fornire ai genitori l'opportunità di poter concordare un accordo in materia di responsabilità genitoriale, di diritto di accesso e di domicilio permanente del minore.

La procedura della mediazione è stata modificata dal 1 gennaio 2007. I genitori hanno l'obbligo di partecipare alla mediazione per un'ora (prima, vi si partecipava per tre ore). Allo stesso tempo, l'offerta riguardante la mediazione di carattere volontario è stata estesa perché i genitori usufruiscano fino a sette ore di mediazione se la mediazione poteva concludersi con un accordo raggiunto. Il motivo dell'aumento del numero di ore

sta nell'incremento della flessibilità della procedura di mediazione e il suo aggiustamenti ai casi individuali, in modo da perdere meno tempo dai genitori per cui avrebbe portato a benefici, ma in modo da offrire più tempo ai genitori in un conflitto maggiore" (Ibid).

Svezia

"Le municipalità di Svezia sono tenute a mettere i servizi di consulenza a disposizione dei coniugi e dei conviventi, persone che pensano ad esempio al divorzio oppure alla separazione. Un ruolo più importante è attribuito anche a un'altra procedura di carattere volontario (la Legge dei Servizi Sociali, Capitolo 5, Sezione 3), chiamata "discussioni di cooperazione" correlate alla genitorialità, al domicilio e al diritto di mantenere rapporti personali, aspetti connessi alla separazione. Queste discussioni sono disponibili presso i servizi sociali municipali e hanno un carattere volontario. Permettono la designazione e il raggiungimento di accordi obbligatori dal punto di vista giuridico. In più, questi tipi di discussioni di cooperazione possono essere avviati dall'autorità giurisdizionale, caso in cui diventano obbligatori per i genitori, perché fanno parte del procedimento giudiziario" (Ibid).

Nell'Unione Europea, la mediazione presenta una portata diversa al livello degli Stati membri. Ad esempio, nel Regno Unito della Gran Bretagna oppure nei Paesi Bassi, la mediazione è diventata una parte fondamentale del sistema di risoluzione dei conflitti e delle controversie. "*De stand van Mediation in Nederland*", uno studio fatto nel 2011, da parte dell'Istituto di Mediazione dei Paesi Bassi (NMI), presumeva che nel 2001, siano state condotte 51.690 mediazione dai mediatori aderenti a NMI. Nel corso dello stesso anno, i rapporti emessi da Bulgaria fanno riferimento solo a 100 mediazioni (Steffek, 2012). Ciò che può spiegare queste differenze è il contesto giuridico e culturale in cui si sviluppa la mediazione. Ad esempio, i dati provenienti dai tribunali di primo grado nelle cause in materia civile e commerciale illustrano una durata media delle cause da 129 giorni in Austria fino a 533 giorni in Italia (*Sistemi giuridici europei, Edizione 2010 (dati del 2008): Efficienza e qualità della giustizia, 2010*). Di conseguenza, è possibile che le parti coinvolte in una controversia in Italia siano più disposte a tentare un'alternativa ai procedimenti giudiziari tradizionali di risoluzione delle vertenze, a differenza delle parti di Austria (Steffek, 2012).

5.3.4. Organi giurisdizionale e mediazione familiare

La mediazione rappresenta un'alternativa ai procedimenti giudiziari e rappresenta, allo stesso tempo, uno strumento giuridico che promuove un miglior accesso alla giustizia. Un corretto funzionamento della procedura di mediazione dovrebbe condurre al calo del numero delle controversie con cui un organo giurisdizionale è investito e, pertanto, a un calo della durata dei procedimenti giudiziari (Marzocco & Nino, 2012).

L'articolo cinque della Direttiva sulla Mediazione descrive la relazione tra la controversia giudiziaria e la mediazione. L'organo giurisdizionale può invitare le parti a partecipare pertanto a un incontro informativo in merito all'utilità della mediazione oppure all'utilizzo la mediazione al fine di una composizione amichevole della controversia. La Direttiva non rende obbligatoria la mediazione nell'UE, ma permette agli Stati membri di vedere e valutare se il ricorso alla mediazione è obbligatoria o se farà l'oggetto d'incentivi oppure di sanzioni. Tuttavia, tali misure non possono vietare il diritto delle parti di accedere al sistema giuridico e giudiziario. In più, questo è l'unico divieto generale della Direttiva

sulla Mediazione, previsto in merito alla procedura di mediazione (oltre ai limiti generali che riguardano i diritti indisponibili).

Il rapporto tra mediazione, come strumento extragiudiziario di risoluzione dei conflitti, e gli organi giurisdizionali non è stato chiaramente definito e disciplinato nella Direttiva sulla Mediazione. Tutti gli Stati membri sono liberi a stabilire l'importanza del processo di mediazione all'interno dei loro procedimenti giudiziari; ad esempio, la mediazione come premessa per la procedibilità di una causa in tribunale oppure come un requisito necessario per la prosecuzione della controversia in tribunale. Certi Paesi hanno scelto diversi metodi per venire all'incontro della mediazione: decisione giudiziaria di carattere obbligatori per tentare la mediazione (Norvegia), sostegno finanziario per adoperare la mediazione in cause familiari (Austria) o l'eventuale applicazione di sanzioni in caso di rifiuto della procedura di mediazione in mancanza di una buona fondatezza dei ragioni (Gran Bretagna) (Steffek, 2012).

Ai sensi della stessa Direttiva sulla Mediazione, il giudice può avere il seguente ruolo nelle procedure di mediazione (*DIRETTIVA 2008/52/EC, 2008*):

- *Articolo 3 (a) Definizione.* La mediazione può essere “suggerito o ordinato da un organo giurisdizionale”. La mediazione può essere “condotta da un giudice che non è responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. Essa esclude 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”.
- *Articolo 5. Ricorso alla mediazione.* L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.
- *Considerazione 13.* In virtù del diritto nazionale, l'organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione. Inoltre, l'organo giurisdizionale dovrebbe, se del caso, poter richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione.
- *Articolo 6(2).* Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione. Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.

Il ruolo dei giudici in merito al ricorso alla mediazione può conoscere un incremento nei sistemi giuridici in cui la mediazione fa parte degli schemi di mediazione giudiziaria (Trossen, Komitova, & Aleksandrova, 2012, pp. 82–83):

- *Decide se la mediazione è conveniente* in ogni singola causa;
- *Menzione l'opzione della mediazione* – i giudici possono invitare le parti a uno specifico programma di mediazione giudiziaria oppure alla mediazione in genere;
- *Informa le parti in merito ai vantaggi della mediazione* – con l'esperienza, è stato dimostrato che nominando semplicemente i vantaggi della mediazione, i giudici possono motivare con maggiore leggerezza le parti al ricorso alla mediazione. Le parti hanno la tendenza di seguire le raccomandazioni fatte dal giudice in merito al ricorso alla mediazione, soprattutto se notano che il giudice ha fiducia nell'atto

di mediazione e che la consiglia come un'opportunità per le parti per giungere a risultati positivi;

- *Discute con gli avvocati in merito alle opportunità fornite dalla mediazione* – è di notevole importanza che il giudice parli con gli avvocati e gli incoraggi al ricorso alla mediazione, perché in termini generali, sono loro a decidere se il ricorso alla mediazione diventa effettiva – in molti casi, le parti seguono i consigli dei legali;
- *Fissa un incontro informativo in merito alla mediazione* – sarebbe possibile se il diritto nazionale applicabile prevedesse una tale opportunità;
- *Fissa un incontro di mediazione, obbligando le parti a provare almeno un tale genere d'incontro* – se una tale possibilità è prevista nel diritto applicabile o se è prevista mediante una decisione giudiziaria;
- *Dimostra i risultati della mediazione, rendendoli esecutivi con una sentenza o una decisione giudiziaria* – quando le parti raggiungono un accordo, il giudice lo omologa nel caso in cui sono stati adempiti i requisiti legali per un'omologazione del genere.

La Direttiva sulla Mediazione prevede la possibilità che il giudice sia al sostegno del raggiungimento di un accordo negoziato in mediazione dalle parti, ma esclusivamente a norma ed entro i limiti di ciascun sistema giudiziario nazionale e nelle cause in cui il giudice non è coinvolto in alcun procedimento giudiziario correlato alla controversia in oggetto.

Anche negli Stati membri, dove i giudici non hanno una competenza del genere, si può consentire l'invito o l'incoraggiamento da parte loro alla mediazione o alla conciliazione, se del caso, per il raggiungimento dalle parti di un accordo negoziato. Di conseguenza, molti giudici europei hanno l'esperienza necessaria per gestire le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie e possono avere un atteggiamento proattivo per aiutare le parti a risolvere la causa, moderando una discussione costruttiva tra le parti.

5.3.5. Processo di mediazione familiare

Il processo di mediazione familiare varia in tutta l'Unione Europea, come anche le varie norme nazionali riguardanti il diritto della famiglia. La mediazione è un atto volontario a scelta di uno dei coniugi per raggiungere un accordo o l'autorità giudiziaria può inviare la causa in mediazione. Il mediatore può avere un ufficio privato, può essere aderente a un'organizzazione professionale oppure può essere mediatore giudiziario. In ogni caso, le linee guida della procedura di mediazione sono più o meno le stesse, e non solo nei sistemi giudiziari dei ventotto Stati membri dell'UE, ma anche a livello globale.

Per iniziare la procedura, almeno uno dei coniugi deve manifestare il suo interesse ai fini della mediazione. La mediazione può essere iniziata in qualsiasi fase processuale di una controversia, ma anche dopo l'inizio del procedimento giudiziario. Le parti devono acconsentire tutte in merito al mediatore e agli aspetti procedurali. Se è necessario, è possibile coinvolgere anche gli avvocati, come consulenti legali o come rappresentanti delle parti. In linee generali, la mediazione inizia con una sessione comune per stabilire un piano e le regole di base. Inoltre, la sessione comune serve per definire i problemi e per accertare i punti di vista delle parti. In alcuni momenti nel corso della mediazione, le parti possono essere invitate a incontri aperti. In più, la maggioranza dei mediatori non permette l'accesso dei minori alla tavola della mediazione.

La maggioranza delle mediazioni formali è un processo composto da sei fasi (Stepp, 2003): 1) le note introduttive; 2) le parti presentano il problema; 3) il tempo necessario per la raccolta delle informazioni; 4) l'identificazione dei problemi; 5) la negoziazione e la generazione delle opzioni; e 6) il raggiungimento dell'accordo dalle parti. Nel corso di queste fasi, il mediatore tenterà di creare un ambiente tranquillo e confortevole, proverà a incoraggiare la comunicazione diretta tra i coniugi, aiuterà la coppia a gestire le loro reazioni emozionali e aiuterà le parti a strutturare e condividere le informazioni e i dati disponibili. La mediazione può avere luogo in una o più sessioni e può essere estesa da qualche ora a qualche giorno, e solo in casi eccezionali, la durata dell'intero processo può arrivare a settimane.

Quando si raggiunge un accordo, il mediatore aiuterà le parti a dare una forma scritta all'accordo negoziato. Mentre la mediazione non ha carattere obbligatorio, l'accordo scritto di risoluzione della controversia è finale e ha titolo esecutivo (in certi Stati membri dell'UE, l'accordo deve essere presentato a un notaio oppure un'autorità giudiziaria per essere reso esecutivo). Di solito, nelle cause familiari, l'accordo raggiunto in mediazione deve essere presentato a un giudice per essere approvato, soprattutto nelle cause che coinvolgono anche minori.

Come la mediazione non è un procedimento obbligatorio, ci sono situazioni in cui i due coniugi non giungono a un accordo. In questi casi, le parti possono seguire la strada del procedimento giudiziario tradizionale o possono avviarne uno.

5.4. Mediazione e procedimenti giudiziari nel diritto della famiglia

Il mediatore e l'avvocato sono entrambi capace a guidare verso la designazione di un accordo, ma fanno uso di procedure differenti. Il mediatore aiuta le parti a negoziare l'accordo, mentre in un procedimento giudiziario tradizionale, gli avvocati sono quelli che consigliano e negoziano un accordo in nome dei loro clienti. Le negoziazioni realizzate dagli avvocati sono basate su un approccio di tipo avversario e competitivo del conflitto, consentono agli avvocati di perorare per i loro clienti e concorre per ottenere il miglior risultato. Gli avvocati definiscono gli aspetti i più comuni del divorzio, in una maniera che rispecchia le considerazioni di base, inerenti all'azione in tribunale, secondo i risultati competitivi di guadagno o sconfitta. Al contrario, i mediatori sono quelli che definiscono gli aspetti in merito al divorzio in un ambiente di reciprocità e di piena cooperazione (Folberg & Milne, 1988, pp. 106–107).

Nella maggioranza dei casi, la mediazione e il sistema avversario condividono in modo esatto gli stessi obiettivi: presentare all'autorità giudiziaria un accordo di risoluzione del conflitto e della vertenza. Vuol dire che entrambi sistemi incoraggino il raggiungimento di un accordo. Un'altra somiglianza tra mediazione e procedimenti giudiziari sta nel fatto che entrambi richiedono la completa confessione dei problemi nella fase di ricerca degli accordi, utilizzano esperti (consulenti legali, contabili, valutatori) e si assicurano che tutti gli aspetti essenziali sono stati discussi e inclusi nell'accordo (Shaw, 2010).

Le procedure sono invece quelle che fanno una distinzione tra i due sistemi, tra l'atto di mediazione e la controversia tratta in tribunali. In più, le procedure stesse conducono a tipologie differenti di accordi raggiunti. In caso di una controversia contenziosa tratta in tribunali, l'avvocato agisce come un traduttore-interprete per il clienti e gli spiega quello che è giusto nell'opinione dell'autorità giudiziaria investita, mentre in caso di mediazione sono invitate le parti a darsi spiegazioni e a stabilire le norme di giustizia. Vuol dire che la mediazione porti spesso ad accordi unici differenti dalle norme, perché tali accordi sono personalizzati dalla coppia per essere conformi ai loro interessi e desideri. Invece,

l'autorità giudiziaria utilizza un insieme standard di norme che produce risultati molto simili, perché l'autorità non ha il tempo e nemmeno le conoscenze necessarie a rendere personalizzati gli accordi per ogni singola coppia in corso di divorzio. Queste differenze fanno la distinzione tra la mediazione e il giudizio di una controversia e contribuiscono all'aumento dell'accettabilità di questo processo.

La mediazione è una variante utile e può aiutare le coppie in divorzio in maniere in cui il procedimento di carattere avversario non lo può fare. Molte ricerche fanno notare che la mediazione ha avuto un effetto più benefico sui rapporti matrimoniale e che questo incrementa la capacità dei genitori di comprendere i bisogni dei figli (Shaw, 2010). E sembra che l'adattamento del minore sia influenzato positivamente da un rapporto di cooperazione e sostegno tra i genitori nel corso del loro divorzio (Everett, 1985). Mentre un procedimento di carattere avversario porta ad adattamento, la mediazione sostiene il processo stesso dell'adattamento durante il divorzio, aumentando a lungo il rapporto e il benessere della coppia in corso di divorzio.

5.4.1. Vantaggi della mediazione nei conflitti familiari

C'è un consenso in senso generale in merito al fatto che la mediazione offre un numero maggiore di vantaggi rispetto agli approcci giudiziari avversari, in senso di risoluzione dei conflitti familiari, soprattutto quando vi sono coinvolti dei minori. Il sistema usuale tradizionale di carattere avversario incoraggia gli atteggiamenti piuttosto competitivi a dispetto di quelli cooperanti. La comunicazione facilitata dai terzi (avvocato, giudice), la trasformazione degli interessi e dei desideri del cliente in prodotti giuridici, la traduzione del linguaggio quotidiano in un'argomentata relazione giuridica, il carattere di vincitore / di sconfitto a seguito di una decisione o una sentenza sono processi che impediscono sia libera espressione sia una risoluzione durevole (Pali & Voet, 2012).

Il processo di mediazione si prefigge l'obiettivo di **evitare le ostilità e le complicazioni future** tra le parti, facilitando la comunicazione diretta e lo scambio d'informazione allo scopo di ridurre il conflitto e incoraggiare la cooperazione a lungo termine. Ad esempio, i ricercatori dimostrano l'efficacia della mediazione in merito agli assegni dovuti per il mantenimento dei minori. Emery (1994) ha scontato la probabilità che il numero dei padri, che accettavano la mediazione, rispettando gli accordi negoziati sull'assegno di mantenimento dovuto ai minori, sia in crescita. In più, è più probabile che le coppie che sono state identificate idonee per il processo di mediazione e quelle che hanno preso parte alla mediazione, paghino l'assegno di mantenimento dovuto al minore (Tishler, Meyers, & Bartholomae, 2003).

Le ricerche fanno vedere che un accordo negoziato raggiunto per la mediazione è un elemento fondamentale e vitale nel creare e nel mantenere i rapporti positivi tra le parti in divorzio (McCarthy & Walker, 1996). Nel corso della mediazione, i coniugi imparano a come **negoziare efficientemente**, e conseguentemente a gestire i disaccordi e le loro eventuali future vertenze o imparano a come raggiungere nuovi accordi nel rispetto dei cambiamenti della loro vita.

Il processo di mediazione è **orientato verso il futuro**. Mentre in Tribunale, le parti sono incentivate a guardare il loro passato e gli eventi del passato e a prendere decisioni in base alle norme giuridiche correlate ad essi, il mediatore incoraggia le parti a guardare in prospettiva, alle azioni future, e a valutare le loro conseguenze. Per questo, l'atto di

mediazione è idoneo a risolvere i conflitti familiari in cui sono coinvolti anche i minori, dove bisogna decidere l'assegno di mantenimento dovuto a favore del minore per un periodo di qualche anno e dove gli accordi richiedono una costante cooperazione tra e da parte i genitori.

Un vantaggio maggiore per i conflitti familiari è che le **decisioni prese in mediazione sono adottate direttamente dai protagonisti che devono assumere e vivere con tali decisioni**. Come i coniugi mantengono il controllo sui propri problemi, è possibile fare la testimonianza di un maggiore sostegno per la loro riabilitazione e per la loro autostima e dignità. In genere, la famiglia intatta dal punto di vista psicologico prende le decisioni in mancanza dei terzi. La dissoluzione della famiglia non dovrebbe essere una scusa per permettere agli agenti esterni di coinvolgersi e di prendere il controllo sui problemi intimi della famiglia. Nel processo di mediazione, le parti fanno tutte le diligenze per trovare un punto comune e per riuscire a sviluppare soluzioni reciprocamente accettate senza obblighi, impegni o influenze esterne. È molto più probabile che le parti siano d'accordo con un accordo raggiunto per mediazione proprio per il suo carattere volontario (Emery, 1994).

La mediazione consente ai genitori separati di decidere i migliori **accordi, adatti agli interessi e ai bisogni della famiglia**. Inoltre, è meglio prendere in considerazione gli **aspetti multidimensionali delle controversie familiari** – giuridico, emotivo e pratico. I sentimenti dei genitori e gli interessi del minore si esprimono direttamente in sede della mediazione e sono meglio rispecchiati nell'accordo finale. Il processo di mediazione tenta di generare un accordo realistico, basato sulle capacità delle parti e su qualsiasi altra circostanza rilevante. La mediazione consente alle parti di stabilire le loro priorità e definire le proprie condizioni, includendo quello potrebbe essere importante per loro dal punto di vista etico o emozionale, nonostante quanto tali aspetti fossero irrilevanti per la legge. A differenza, il procedimento giudiziario riconosce esclusivamente le norme e le regole giuridiche e, di conseguenza, non può garantire la completa soddisfazione dei bisogni psicologici o etici dei genitori e dei loro figli (Pali & Voet, 2012). I risultati positivi della ricerca associata alla mediazione includono le persone che dopo aver tentato l'atto di mediazione, hanno riferito meno rabbia nei confronti dell'ex coniuge e una migliore cooperazione genitoriale. Inoltre, il processo di mediazione è stato associato a una maggiore probabilità di consultazione e comunicazione tra le parti in merito agli aspetti importanti attinenti al minore e al miglioramento del legame tra il minore e il genitore che non è il titolare della custodia genitoriale. In più, i genitori che hanno raggiunto un accordo riferito a un piano di responsabilità genitoriale con la mediazione, sono stati più soddisfatti della qualità e della sua utilità in comparazione con l'accordo stabilito per la cura di un'autorità giudiziaria. Oltretutto, le famiglie che hanno vissuto l'esperienza del processo di mediazione, hanno avuto bisogno di meno udienze oppure di sessioni in merito all'affidamento del minore (Tishler et al., 2003).

Un altro vantaggio riguarda **le spese e l'efficienza dal punto di vista della tempistica** necessaria per la risoluzione delle controversie. Molte ricerche, riguardanti la custodia del minore e la mediazione privata ad approccio multidimensionale, hanno rilevato che i genitori partecipanti alla mediazione hanno risolto più rapidamente le loro controversie in comparazione con i genitori che ne hanno investita l'autorità giudiziaria, avendo, la mediazione, una minore durata, la metà del tempo necessario in Tribunale, a un minore costo. I costi della mediazione possono variare secondo l'onorario del mediatore e la durata del processo di mediazione e, si solito, sono condivisi dalle parti in percentuali

uguali. Infine, i processi di mediazione sono sempre meno costosi dei procedimenti giudiziari abituali. Anche se i genitori non hanno raggiunto un accordo, la probabilità che lo faranno prima del processo è superiore rispetto ai genitori che ricorrono agli organi giurisdizionali (Emery, 1994). Sebbene la raccolta e l'analisi dei dati sia un processo difficile e costoso, sembrerebbe che la mediazione riguardante la genitorialità e quella di tipo multidimensionale nel settore pubblico risparmia il denaro del bilancio governativo (Hahn & Kleist, 2000).

Se si prende in considerazione l'aspetto correlato al rispetto e al rigiudizio, la maggior parte degli studi realizzati espone **elevate percentuali di ottemperanza degli accordi negoziati e raggiunti in sede di una mediazione, in comparazione con gli accordi raggiunti in sede di un processo di tipo avversario** (Emery, 1994). Vi sono inclusi il diritto di visita, l'assegno di mantenimento al bambino, quello dovuto all'ex coniuge, la divisione dei beni. È stato notato che i fattori che si ritrovano esclusivamente nell'atto di mediazione, come la partecipazione attiva, il sentimento di un processo di mediazione corretto e giusto che il cliente sperimenta, la soddisfazione riguardante il processo di mediazione, sono tutti atti a contribuire all'alto livello di conformità e ottemperanza e alle situazioni rarefatte di rigiudizio a seguito della mediazione (Ibid).

C'è un'ampia varietà di tecniche di mediazione, adatte a tutte le tipologie di vertenze e conflitti familiari. La mediazione è un **processo più flessibile** della controversia tratta in tribunale e si può facilmente adattare alle esigenze delle parti. Una caratteristica unica della mediazione è il suo carattere volontario; le parti possono dunque decidere l'arresto della mediazione ogni momento se considerano che la mediazione non porti ai risultati auspicati. Tutti gli studi riguardanti la mediazione del divorzio di tutti i Paesi e ambienti hanno rilevato che la soddisfazione del cliente, connessa al processo di mediazione, è arrivata a un livello sufficientemente elevato, tra il 60% e l'80%, quando il risultato è stato quello anticipato (Richardson, 1988).

Il processo di mediazione è severamente riservato. La riservatezza è fondamentale per l'efficacia del processo di mediazione, perché crea un'atmosfera in cui tutte le parti si sentono comode e al loro agio per discutere il conflitto senza avere paura di un giudizio. La riservatezza facilita e stimola la comunicazione aperta in merito agli aspetti sensibili ed è particolarmente importante in materie di controversie familiari (Pali & Voet, 2012). Di recente, il potenziale del processo della mediazione è stato riconosciuto anche nei casi di **sottrazione dei minori da uno dei genitori**. In questo contesto, "l'obiettivo della mediazione è quello di garantire il raggiungimento di un accordo negoziato tra i genitori nell'interesse esclusivo del/i minore/o coinvolto/i. In questi casi, il compito principale del Mediatore è di assicurare, attraverso un metodo stragiudiziale, l'interesse superiore del minore sottratto, risparmiando ai bambini e ai genitori la tensione emotiva e psicologica derivante da un procedimento giudiziario, talvolta lungo ed oneroso" (*VADEMECUM PER I CASI DI SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI*, 2011, p. 13). Ci sono importanti incentivi per il raggiungimento dei risultati comuni che potrebbero limitare gli effetti negativi sui rapporti e sui minori: evitare i ritardi al momento di restituzione del minore e risolvere i conflitti familiari; evitare le spese e i costi per tutti che sono coinvolti, inclusi i fondi pubblici; evitare lo scambio di domicilio che è un fattore perturbatore; e ridurre i conflitti e i traumi continui, soprattutto nei confronti del minore (Rapporto del 2006 dell'organizzazione Riunita). In più, un accordo negoziato dai genitori mediante la mediazione potrebbe impegnare e incentivare i genitori a risolvere in maniera attiva e ai

fini ben definiti i problemi che riguardano il futuro della propria famiglia (Pali & Voet, 2012).

5.4.2. Limitazioni della mediazione familiare

5.4.2.1. Lo squilibrio dei poteri

Il potere è un fenomeno complesso che penetra tutti i rapporti interumani, ivi compresi i rapporti intimi tra gli uomini e le donne. In mediazione, il potere può essere definito in una “maniera semplice come la capacità di raggiungere i risultati voluti” (Semple, 2012, p. 212). In una tipica controversia in materia del diritto familiare, alcuni dei risultati voluti sono di natura finanziaria – pagare di meno o ricevere più solidi. Tuttavia, la maggior parte delle controversie in materia del diritto familiare incorpora anche gli aspetti riferiti ai bambini, e ciascuna parte tenta di ottenere più tempo per trascorrerlo con il suo figlio, essendo questo il fattore decisionale più potente nella presa delle decisioni in questioni di genitorialità. Il potere relativo delle parti può variare e oscillare nel corso dell’atto di mediazione secondo l’argomento tratto in discussione e l’interazione riscontrata (Ibid).

Gli studi suggeriscono che in termini generali, l’uomo avrebbe un potere più evidente della donna dopo la cessazione dei rapporti matrimoniali usuali (Bryan, 1992). In media, gli uomini possiedono più proprietà e hanno redditi maggiori delle donne, e per questo la loro situazione è più benestante al momento del divorzio. La fortuna posseduta è un potere in sede di mediazione, perché il coniuge più povero può auspicare un accordo meno vantaggioso a causa delle paure attinenti alle spese giudiziarie o a causa di un bisogno immediato di raggiungere un accordo finanziario. Le ricerche empiriche riferite alle parti in divorzio hanno fatto vedere che i coniugi i più impazienti a giungere a un accordo in sede di mediazione sacrificano avvolte i diritti finanziari per un tale accordo. Molte donne che hanno il diritto di ricevere l’assegno di mantenimento per il loro figlio o lei stessa, si trovano in questa situazione (Semple, 2012).

Le vittime degli abusi potrebbero essere interessate a un accordo meno soddisfacente, ciò che consentirebbe a loro d’iniziare a dimenticare il rapporto quanto prima possibile. Gli uomini sono più predisposti a mettere sulla tavola della mediazione familiari “risorse” come la dominazione, lo statuto, l’autostima e ad aspettare le ricompense. In contrasto, è possibile che le donne si confrontino con maggiori impedimenti psicologici, tali come il sentimento di colpevolezza, la paura del successo e, anche, la depressione.

5.4.2.2. La violenza domestica

Un aspetto enormemente importante è di vedere se la mediazione è idonea ed efficiente in cause in cui il conflitto tra i genitori include anche la violenza domestica, dato che gli effetti negativi del conflitto tra i genitori sono più evidenti quando la violenza domestica è presente. La violenza domestica è diventata una delle problematiche le più pressanti a livello globale. Le Nazioni Unite presumono che tra il 20% e il 50%, tutte le donne del mondo hanno subito una forma di violenza fisica da parte di un membro del proprio nucleo familiare (il Fondo delle Nazioni Unite per la Popolazione: la Situazione sulla popolazione. Abitano insieme ma in mondi separati: uomini e donne in un momento di cambiamento”, n.d.).

Con la violenza domestica, “i partner intimi provano a controllare o manipolare un dato comportamento attraverso l’abuso fisico, emozionale, sessuale oppure economico” (la

Commissione dell'Associazione degli Ordini Americani di Avvocati, 2000). Altri studi hanno fatto una distinzione tra più modelli di violenza domestica (Cleak, Schofield, & Bickerdike, 2014):

- *La violenza reciproca della coppia* che accade a causa di uno specifico incidente e non è probabile che s'intensifichi nel corso del tempo;
- *La resistenza violenta* si riferisce alla donna che replica di fronte all'aggressore;
- *Il controllo violento comune*, caso in cui entrambi partner sono violenti;
- *Il terrorismo intimo*, caso in cui la violenza fa parte di un modello generale di controllo e la sua intensificazione nel corso del tempo è probabile, invece è meno probabile che sia reciproca ed è più probabile di portare a una seria sofferenza.

Gli argomenti contro l'utilizzo della mediazione alla presenza della violenza domestica includono aspetti connessi alla sicurezza, alla correttezza, all'efficacia, allo squilibrio di potere, alla decriminalizzazione e alla privatizzazione della violenza domestica. Molti uomini di scienza hanno sostenuto che i mediatori non sono nemmeno capaci a notare e identificare la violenza domestica, per non parlare più della compensazione di questi squilibri di potere (Hart, 1990).

In analogia con altri processi di risoluzione delle controversie, nella mancanza di un legislatore competente, anche la mediazione potrebbe lasciare scappare la violenza criminale da punizione. La realtà riguardante l'abuso potrebbe diventare un semplice fatto o un'esigenza utilizzata come moneta di scambio per qualcos'altro nel corso della mediazione. Infine, se la mediazione ha luogo in un ambito che è meno sicuro di un organo giurisdizionale, lo stesso ambito potrebbe esporre le vittime a un maggiore rischio di lesione corporea da parte dell'aggressore (Semple, 2012).

5.4.2.3. La soggettività del mediatore

Secondo la letteratura della psicologia sperimentale, risulta che gli stereotipi di genere, definiti, come "aspettative correlative al comportamento distintivo tra uomini e donne nei contesti di negoziazione", sono più forti della differenze comportamentali reali (Semple, 2012, p. 13). Anche se solo alcuni studi hanno preso in esame il contesto specifico della mediazione familiare, il fatto che i mediatori potrebbero pensare secondo gli stereotipi del genere è plausibile. Ad esempio, N. Zoe Hilton ha suggerito che "un mediatore di famiglia potrebbe aspettarsi che una donna sia più conciliante e, di conseguenza che potrebbe concentrare i suoi sforzi a ottenere delle concessioni da parte sua, allo scopo di massimizzare le probabilità di un accordo" (Hilton, 2004). Un mediatore soggettivo potrebbe aspettarsi che una donna dia più attenzione e priorità agli aspetti attinenti al figlio, il che porterebbe all'abbattimento delle opportunità della stessa donna di ottenere i risultati finanziari desiderati. In contrasto, gli stessi stereotipi del mediatore potrebbero favorire la donna nonostante l'uomo in una controversia riguardante la genitorialità. A differenza di un giudice, il mediatore stabilisce un rapporto informale e apparentemente intimo con le parti, ciò che può stimolare certi favoritismi nel processo di presa delle decisioni (Grillo, 1998). In più, anche un giudice può manifestare alcuni favoritismi e può pensare secondo gli stereotipi del genere. Tuttavia, la decisione prevede delle garanzie procedurali contro il favoritismo giudiziario, tali come l'interrogatorio contraddittorio e l'appello.

5.5. Conclusioni

Siccome il tasso dei divorzi è sempre più crescente all'interno degli Stati europei, vi è sempre la necessità di nuovi approcci riguardanti la risoluzione dei conflitti familiari. Negli ultimi anni, la mediazione familiare si è rapidamente sviluppata, dimostrandosi un'alternativa efficiente al procedimento giudiziario tradizionale.

Al livello dei 28 Stati membri dell'Unione Europea ci sono approcci differenti in merito al fare ricorso alla mediazione familiare; pertanto, vi è la necessità di un'armonizzazione della legislazione in materia del diritto familiare. La Direttiva sulla Mediazione designa soltanto alcune linee guida generali per gli sviluppi futuri della mediazione, consentendo agli Stati membri di decidere lo statuto della mediazione all'interno dei sistemi giudiziari nazionali.

Nell'attuale quadro legislativo di riferimento al livello europeo, la relazione esistente tra la mediazione familiare e i procedimenti giudiziari non è chiaramente definitiva. Al fine di avere una procedura congruente nell'ambito delle controversie familiari sia nazionali sia transfrontaliere, alla mediazione familiare bisogna dare il posto e l'importanza giusta nel sistema giudiziario. A tale scopo, gli attori decisionali dovrebbero concentrarsi più sui modelli delle buone prassi esistenti in Europa.

Capitolo 6. Impatto dei procedimenti giudiziari sulla famiglia in termini generali e sui minori in sensi particolari

6.1. Regolamento attuale in merito al diritto della famiglia e ai procedimenti giudiziari nell'Unione Europea

L'Unione Europea ha messo a punto delle **regole chiare che regolano il divorzio e la responsabilità genitoriale**, allo scopo di aiutare le parti di una controversia a navigare tra diversi sistemi di diritto in materia familiare, adottando il Regolamento Bruxelles IIa (*Regolamento (EC) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003, relativa alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Regolamento (EC) n. 1347/2004 (da vedere gli anni di modifica), chiamata "Regolamento Bruxelles IIa"*). (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33194_en.htm).

Una delle più importanti realizzazioni del Regolamento è che stabiliva il riconoscimento automatico delle decisioni riguardanti il diritto di accesso tra gli Stati membri, aiutando a determinare **quale autorità giurisdizionale è responsabile di una causa nell'ambito di una controversia transfrontaliera in materia familiare** e ha previsto delle **norme in merito alla sottrazione dei minori**.

Un rapporto di applicazione, emesso dalla Commissione Europea nel 2014, ha fatto notare che il Regolamento Bruxelles IIa ha funzionamento adeguatamente fin'ora. Tuttavia, il rapporto precisa anche delle lacune (*la tutela dei minori nelle controversie transfrontaliere familiari, Conferenza sulla Sottrazione Internazionale dei Minori nello Spazio Giudiziario Europeo, Martine Reicherts, Commissario UE per la giustizia* http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-711_en.htm):

1. "In primo luogo, considerando che in alcuni settori del diritto di famiglia, come i diritti di accesso, già esistono delle procedure semplificate, **rimangono tuttavia gli ostacoli al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale**. Questo provoca inutili complicazioni e ritardi per i genitori che aspettano legittimamente una decisione con effetti immediati.
2. In secondo luogo, **le differenze tra le norme nazionali in merito al diritto del minore di essere ascoltato creano gravi problemi. In materia del diritto di responsabilità genitoriale ad esempio, il riconoscimento di una decisione è frequentemente contestato, dicendo che la decisione è stata dettata senza la possibilità di ascolto del minore**. In analogia, un ordine di restituzione del minore sottratto sarà automaticamente eseguito se l'autorità giudiziaria accerta il conferimento delle necessarie garanzie. In realtà, questo significa che **l'autorità giudiziaria deve confermare l'ascolto del minore prima che la restituzione dello stesso minore sia messa in moto**.

Altre contraddizioni nel funzionamento Regolamento negli Stati membri dell'UE sono date da un mancato chiarimento nel Regolamento e da un'applicazione inadeguata. Un esempio di contraddizione è stato menzionato ripetutamente durante la conferenza:

1. In primo luogo, i genitori e i consulenti legali hanno fatto notare le difficoltà legate alla disposizione che stabilisce che **le decisioni devono essere pronunciate al**

più tardi a sei settimane dall'avvio della richiesta di restituzione del minore. Questa disposizione è interpretata diversamente negli Stati membri, il che a suo turno, genera insicurezza per i giudici e gli operatori legali, mentre le speranze dei genitori di ricevere una decisione entro un periodo massimo di sei settimane diventano spesso delle delusioni.

2. In secondo luogo, molti giudici sostengono la necessità di specializzazione dei tribunali e delle autorità giudiziarie come succede già in Germania, ad esempio, dove solo un numero limitato di autorità giudiziarie esaminano le cause relative alla sottrazione dei minori. In questo tipo di sistema, le autorità giudiziarie sono in grado di dare più rapidamente decisioni e contenti risultati coerenti una maggiore probabilità.

Inoltre, questa consultazione pubblica ha confermato un problema già segnalato nella relazione della Commissione: **l'esecuzione dell'ordine di restituzione non è un atto così semplice come dovrebbe essere**. Ci sono ancora casi in cui i genitori si trovano bloccati in procedure di lunga durata, anche dopo aver ottenuto un ordine giudiziario esecutivo di restituzione”.

Nonostante le mancanze e le lacune, l'attuale regolamento giuridico riguardante il diritto familiare nell'Unione Europea fornisce alle parti coinvolte in una controversia maggiori garanzie in merito all'ottemperanza dei loro diritti.

Oltre al quadro legislativo, il presente materiale esplorerà anche i **concetti** che stanno alla base del diritto familiare e le procedure e **il cambiamento contemporaneamente del loro impatto sulle famiglie e sui minori** – cambiamento che permette una transizione delle parti coinvolte nel conflitto; le parti non sono più trattate “clienti” o “consumatori” della giustizia, ma diventano dei veri protagonisti che partecipano in maniera attiva al processo d'istituzione della “giustizia”, a gradimento e soddisfazione di entrambi parti.

6.2. Giustizia come scopo dei procedimenti giudiziari

Secondo la dottrina riguardante la separazione dei poteri, il sistema giudiziario è quello formato da autorità giurisdizionali, competenti nell'interpretare e nell'applicare la legge in nome dello Stato. Inoltre, il sistema giudiziario fornisce un meccanismo di risoluzione delle controversie ed è incaricato ad assicurare una giustizia equa in conformità con la legislazione. I procedimenti giuridici sono dei meccanismi stabiliti per l'adempimento di questi doveri e di tali competenze del sistema giudiziario. Pertanto, **il ruolo rivestito dai procedimenti giudiziari è di garantire** l'applicazione della legge, la risoluzione delle controversie e, in fine, l'accesso a una **giustizia equa**.

(<http://en.wikipedia.org/wiki/Judiciary>)

Che cosa è la giustizia? La giustizia è definita da molti filosofi come “l'ordine corretto degli uomini e delle cose”. L'origine della parola si riferisce sempre a “giustizia, equità”. Inoltre, la giustizia è definita come un giudizio corretto; giustizia; validità. Ovviamente, questa include anche la nozione di ottemperanza della legge. E in ogni caso, alla base del concetto di giustizia sta la nozione dell'equilibrio perché gli uomini capiscano quello che è giusto, corretto e adeguato (*l'origine della parola “giustizia dall'inglese medio – justice, dal francese vecchio – justisce, justisce nel francese moderno, dal latino iustitia;*

“giusto, equità” dal latino iustus che significa giusto, dal latino vecchio ious che voleva forse dire letteralmente “formula segreta”, <http://www.yourdictionary.com/justice>).

Com'è possibile ottenere la giustizia, la correttezza e l'equità nel diritto familiare?

Per quanto riguarda il diritto della famiglia, il ruolo dei procedimenti giudiziari, allo scopo di assicurazione della giustizia per le parti coinvolte e le persone colpite di procedure, supera fortemente l'assegnazione corretta delle risorse materiali. Questa decide quello che è corretto e giusto in modo da avere *un forte impatto su tutta la vita* di quelli che sono coinvolti – il modo in cui la persona vivrà, con chi, dove, in che condizioni, ad esempio in amore e sostegno o in mezzo a un campo di battaglia. E nella maggior parte dei casi quella persona è proprio un *bambino* che non può proteggersi da solo, ma è un essere umano che necessita una cura e un'attenzione particolare. E questa cura deve essere concepita e fornita adeguatamente, perché produce forti effetti sul modo in cui quel bambino crescerà e sulla personalità che svilupperà più tardi. Questo significa che i procedimenti giudiziari riguardanti il diritto della famiglia decidono maggiormente se il bambino colpito dai procedimenti giudiziari diventerà in futuro una persona confidente, con una buona evoluzione nella società (grazie al sostegno ricevuto da sua infanzia nonostante la separazione della sua famiglia), o diventerà un individuo marginalizzato, mancato dalla capacità d'interagire con la società in maniera positiva (a causa della mancanza del sostegno e a causa dello sviluppo in un contesto conflittuale).

Conseguentemente, se l'obiettivo dei procedimenti giudiziari in materia del diritto familiare sembra mirare l'assicurazione della giustizia e dell'adeguata attenzione e cura per un minore colpito da tali procedimenti e per i suoi genitori, allora come si può raggiungere questo scopo?

6.3. Chi possiede il controllo legato al conflitto e alla sua risoluzione?

La prima domanda importante a tal senso sarebbe **“Chi”** potrebbe decidere quello che è giusto per le parti coinvolte nei procedimenti giudiziari in materia del diritto familiare e che tipo di cura o attenzione è necessario per i loro figli?

Per definire tale aspetto, è importante analizzare la strada percorsa dalle parti che ha guidato i loro passi in tribunale. Come sono arrivate in questa situazione? Due persone si sono incontrate e si sono piaciute tanto in modo che hanno deciso di abitare insieme, di fondare una famiglia e forse di avere anche figli. E l'hanno fatto. Poi, hanno iniziato ad avere opinioni differenti che col passar del tempo, si sono trasformate in litigate; una delle parti, o entrambi partner, cominciava a soffrire, essendo colpite tutte le aree della loro vita – con sofferenza al livello psicologico, materiale e sociale. Alla fine, una di loro, o entrambi partner, ha deciso di non poter più continuare questo stile distruttivo e che s'imponeva la separazione e/o il divorzio.

E per tradizione, è il momento d'intervento dei procedimenti giudiziari, in maniera quasi automaticamente. **Le persone che si trovano in conflitto, spesso automaticamente** o spinte dall'inerzia della tradizione oppure in assenza di altre varianti, **si rivolgono a un consulente professionista** – un avvocato che le aiuta a “sfuggire” dal problema. E **l'avvocato le porta in tribunale** perché è quello che un avvocato ha imparato a fare. E in questo tipo di circolarità del processo, **il conflitto e il controllo, nonché la capacità di gestirlo, si perdono**. Si produce una “violenza” del diritto e della necessità umana di

partecipazione al processo di presa delle decisioni che colpisce notevolmente la vita di una persona. **Le persone che hanno creato il conflitto della loro vita, sono state in qualche modo impedito oppure bloccate dall'opportunità di superare o risolvere il conflitto tra loro.**

Il concetto rivoluzionario del conflitto "rubato" è stato sviluppato da Nils Christie, il primo a rappresentare il **conflitto come un "valore", una "proprietà" che non deve essere perso**. Egli considerava il **conflitto "come un elemento potenziale per l'attività, per la partecipazione"**. E ha spiegato così che il modo in cui gli avvocati si concentrano su un accordo in merito a quello che è rilevante per una causa, non permette alle parti di decidere quello che per *loro* è rilevante.

"I conflitti non sono necessariamente «qualcosa di male». I conflitti possono essere visti e trattati come oggetti di valore da non perdere o sprecare. C'è il pericolo di perderli o di essere spesso rubati. Tale perdita è innanzitutto una delle opportunità di apportare dei chiarimenti. È una perdita delle probabilità di portare una discussione continua inerente a quello che sono e rappresentano le legislazioni del Paese. Come si dice, gli avvocati sono educati nello spirito di manifestare il loro accordo per quello che è rilevante in una causa. Ma questo coinvolge un'incapacità istruita di lasciare le parti a decidere quello che loro considerano rilevante" (*Conflict as Property, Nils Christie, the British Journal of Criminology, January 1977, <http://publiccommons.ca/public/uploads/literature/Conflicts-as-Property-by-Nils-Christie.full.pdf>*).

Inoltre, Nils ha fatto notare che questi conflitti non sono soltanto "rubati" dalle parti che li hanno creati. Come risultato della "misura minore in cui le persone della nostra società contemporanea sono legate tra loro in reti sociali *ristrette*, le stesse persone conoscono meno cose su altre persone e hanno possibilità ridotte di capire e di partecipare al loro comportamento. Se si genera un conflitto, le persone sono pertanto meno capaci a far fronte alla situazione. **Non solo i consulenti legali sono preparati, capaci e disposti ad assumere il conflitto, ma anche noi siamo disposti a sfuggirne"**.

Il concetto di conflitto "appartenente" alle parti che hanno prodotto il conflitto stesso nell'ambito del loro rapporto (con le sue inevitabili salite e discese), **collocherebbe la risoluzione del conflitto proprio nelle mani di chi l'ha creato**. È vero che il divorzio e la separazione comportano effetti sociali che superano il cerchio della famiglia, e perciò la legge tratta il suo oggetto e definisce le norme di regolamentazione del rapporto delle parti che sembrano incapaci nel raggiungere un accordo tra loro. Tuttavia, la legge e i procedimenti giudiziari che permettono la sua applicazione corretta, forniscono soltanto un'opportunità, uno strumento a servizio delle parti in conflitto, in una situazione di crisi in cui qualcosa non ha funzionato, per disciplinare il rapporto deteriorato tra i partner e le conseguenze della cessazione del matrimonio o della convivenza. E i procedimenti giudiziari non dovrebbero essere considerati, in alcuna forma, un primo passo per la risoluzione della controversia, ma dovrebbero essere utilizzati come ultima risorsa.

Il concetto e la tradizione di "trasferire" a un altro i problemi ai fini della loro risoluzione (ufficiale, l'altro è lo Stato, essendogli conferita l'autorità di creare ordinamenti e norme legali in una società) hanno una lunga storia nella società. Come menzionato anche in precedenza, citando Nils Christie, **l'incapacità di far fronte ai conflitti è ancora viva e presente nella società moderna** a causa del basso livello dei rapporti interumani e delle possibilità limitate di capire e prevedere il comportamento di altrui.

D'altro canto, nel corso degli ultimi decenni del sec. XX, e ancor più evidente nel corso del primo decennio del sec. XXI, **è risalita una nuova tendenza** – “l’emancipazione” dei cittadini che si sentivano sempre più consapevoli del potere che avevano al fine di controllare la loro vita. Tale tendenza non ha portato solo al rimbalzo dei sistemi politici e sociali che gestivano grande folle dipendenti (ad esempio, quelli dell’Europa centrale e orientale e dell’ex Unione Sovietica), ma ha portato inoltre a una continua crescita del **“movimento” delle persone al fine di recuperare il potere decisionale sulla loro vita** – anche se ha presupposto un confronto con le autorità che tentavano a “ignorarle” o “rubare” questo potere. Questo fenomeno è accaduto sia al livello dell’individuo che voleva prendere le sue decisioni, sia al livello della società (caso in cui, nel corso degli ultimi anni, sono stati evidenti, a livello mondiale, ampi protesti contro i politici statali che i cittadini ritenevano inadeguati in merito ai principi e agli interessi sociali).

In quest’ambito sociale, **i procedimenti giudiziari funzionano in un nuovo contesto**, che gli conferisce un nuovo significato e **la necessità di un approccio differente** nel processo di risoluzione delle controversie – **e non solo per “offrire” alle persone una giustizia** basata sull’interpretazione e sull’applicazione delle norme e delle leggi, ma piuttosto per **consentire alle persone di partecipare al processo di elaborazione di un “modello di giustizia”** adattato alla loro vita.

6.4. Procedimenti giudiziari che consentono “il modello di giustizia” alle parti

6.4.1. Come si connettono i valori e i bisogni alla percezione della giustizia?

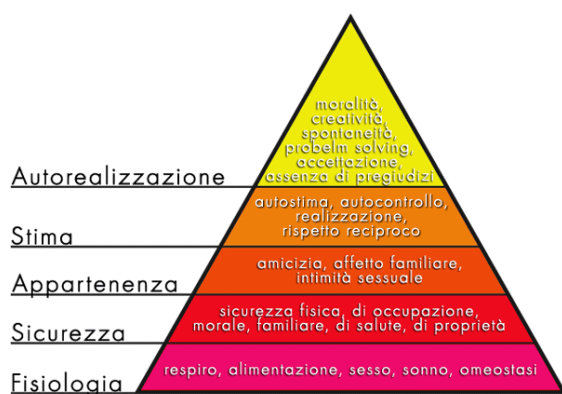
Siccome la presente Guida esamina l’impatto dei procedimenti giudiziari sulla famiglia e sui minori, le strategie generali presenteranno e affronteranno esattamente **il modo in cui i procedimenti giudiziari possono conferire potere e sostegno in cause attinenti alla famiglia per consentire loro di elaborare il loro “modello di giustizia”** che si adatta ai loro bisogni e, soprattutto, ai bisogni dei loro figli.

Un “modello di giustizia” creato dalle parti appoggiate in un procedimento giudiziario **può comportare solo giustizia, se può garantire la visione di quello che è adatto e onesto, è anche applicato** nel mondo reale. **Ciò che è adatto e onesto per le parti, è definito dai loro valori.** Come dice Johan Galtung, “il padre fondatore” della ricerca di portare pace in Europa, “i valori sono parte della nostra identità, e la scelta dei nostri valori è parte della nostra libertà. Ma **è impossibile che i nostri valori esistano, se i nostri bisogni di base** – di sopravvivenza, benessere, identità – **non sono soddisfatti.** Se i bisogni umani non sono soddisfatti, la vita e la dignità umana sono impossibili. La soddisfazione di questi bisogni ci rende capaci. Se rifiutiamo la soddisfazione dei nostri bisogni di base o di altre persone, commettiamo degli atti di violenza. E **anche se gli obiettivi e i valori possono essere negoziati, le necessità di base non possono essere negoziati”** (*Transcend and Transform: An Introduction to Conflict Work*).

Di conseguenza, perché gli esseri umani possono vivere qualcosa come adatto e onesto, è importante soddisfare i loro bisogni umani. Lo è particolarmente valido in materia di controversie familiari.

6.4.2. Quali sono i bisogni umani fondamentali?

Esiste una gerarchia accettata a grande scala (ma criticata da uni) dei bisogni umani, elaborata da Abraham Maslow (http://en.wikipedia.org/wiki/Maslow%27s_hierarchy_of_needs), che offre un'ottima idea sui bisogni umani di base. Nonostante le critiche che sono state attaccate al suo concetto, affermando che una persona può passare al livello successivo soltanto se è stato soddisfatto il livello inferiore dei bisogni, si dimostra che la classifica generale di questi bisogni è valida per tutti gli esseri umani. Maslow ha rappresentato la gerarchia dei bisogni a forma di una piramide.



La piramide dei bisogni di Maslow (1954)

- I Bisogni fisiologici (aria, acqua, cibo, sonno, sesso, abiti, riparo);
- I bisogni di sicurezza, includendo: la sicurezza personale, finanziaria, della salute e del benessere, la sicurezza contro gli incidenti, le malattie e i loro effetti avversi;
- Amore e appartenenza (legami sociali con i membri della famiglia, i partner intimi, i mentori, i colleghi e i gruppi sociali più larghi, tali come i club, con i colleghi di lavoro, i gruppi religiosi, le organizzazioni professionali, con i gruppi sportivi);
- Stima (il bisogno di avere autostima e rispetto reciproco).
- Autorealizzazione (“il bisogno di realizzare tutto quello che si può, di diventare il massimo da quello che un essere umano può diventare”).

In qualsiasi conflitto, è compreso almeno uno dei bisogni sopra elencati, e per la risoluzione del conflitto, il bisogno deve essere soddisfatto.

6.4.3. Quali sono i bisogni dei partner di un conflitto di divorzio e dei loro figli?

In sostanza, gli stessi bisogni umani come quelli sopra sarebbero lesi da un divorzio e dovrebbero essere “riparati” almeno in una certa misura, al fine di risolvere il conflitto e di aiutare le parti a vivere di nuovo in una situazione che loro ritengono come “onesta e adatta” – essendo questo lo scopo dei procedimenti giudiziari.

I bisogni dei partner di un divorzio sarebbero simili a quelli sopra. Più precisamente, **le parti in divorzio sono preoccupate seriamente** ad aspetti come il luogo di abitazione, dove abiteranno dopo il divorzio, come il pagamento delle fatture (essendone d’ora in poi individualmente responsabili), come troveranno un nuovo partner e come vivranno un nuovo rapporto in soddisfazione, come ricupereranno l’autostima colpito solitamente dal sentimento d’insuccesso nel mantenere il rapporto distrutto e come continueranno in futuro la loro vita, ecc.

Nell’ambito di un divorzio o di una separazione, i bisogni dei figli sarebbero:

- Fisici – avere un luogo adeguato e sicuro dove vivere e fondi sufficienti (assegno di mantenimento del minore);

- Sicurezza – vivere in un ambito sicuro, ad esempio senza che sia implicato nella “battaglia” tra i genitori come una sorta di agente, di persona di collegamento, mediatore, “consulente” del genitore più debole che ha bisogno di qualcuno che lo calmi, una persona implicata in ricatti o solo una vittima di uno scambio di ogni genere (di risorse materiali o altro) tra i genitori;
- Amore e appartenenza – vivere accanto a gente disposta e capace a rispondere ai bisogni del bambino di essere amato e di sentirsi accettato e apprezzato;
- Autostima – essere rispettato come persona e sostenuto per superare il conflitto genitoriale, trattandola come una persona buona e meritevole, avendo parte in genere dell’apprezzamento e dell’amore di entrambi genitori; e
- Autorealizzazione – essere incoraggiati a sviluppare i suoi punti forti unici.

I bisogni dei bambini quando si trovano in un contesto conflittuale legato a un divorzio, sono espressi in maniera molto emotiva nella **“Promessa dei genitori”**, **scritta dai bambini che hanno vissuto l’esperienza del divorzio per i bambini che vivono tale esperienza del divorzio**, che richiedono dai loro genitori azioni molto specifiche al fine di accontentare i bisogni che i bambini sentono come i più importanti.

“Per il bene superiore di mio figlio _____, dichiaro con la presente che:

- Non parlerò a mio figlio negativamente del suo altro genitore.
- Non dirò a mio figlio che (precisare il comportamento o la caratteristica negativa) è esattamente come suo padre / sua madre.
- Prometto di non mettere mio figlio nel centro dei problemi con l’altro genitore (in particolare quando si tratta dell’assegno di mantenimento del bambino).
- Prometto di non utilizzare mio figlio come garante allo scopo di riconquistare il suo altro genitore.
- Prometto che, se l’altro genitore di mio figlio, ha un altro rapporto, di non parlare negativamente a mio figlio dell’altra persona.
- Non avrò l’esigenza che mio figlio mi sostenga dal punto di vista della mia salute emozionale.
- Domanderò sempre mio figlio come sta.
- Farò tutto il possibile per sostenere pienamente mio figlio durante tale processo.
- Permetterò a mio figlio di essere bambino in questo periodo.
- Cercherò consulenza professionale all’esterno se sento la necessità di parlare con qualcuno di questa situazione o se è difficile di mantenere tale promessa.
- Premetto che, se non rispetto le promesse sopra dichiarate, vuol dire che io non agisco nell’interesse superiore della salute fisica ed emozionale di mio figlio.
- Parlerò con il consulente di mio figlio una volta al mese per sapere i dettagli e le nuove informazioni.

Impegnandomi a rispettare la “Promessa dei genitori”, accetto la mia responsabilità di genitore di assicurare a mio figlio il miglior ambiente possibile durante tale transizione. In modo onesto e con molto amore, m’impegno a rispettare queste promesse per mio figlio (Firma __)” (*Parenting, Mediation, and Divorce: Meeting the Needs of Our Children by Shannon Rios Paulsen <http://www.mediate.com/articles/RiosPS5.cfm#biog>*).

Ci sono molti studi che dimostrano continuamente che **uno dei più importanti bisogni dei bambini** in caso di un divorzio è di vivere in un ambito ricettivo, tranquillo e di pace, investendo il più pregiato valore nel **rapporto** tra il bambino e i genitori e tra entrambi genitori. Da questo punto di vista, “l’elemento principale che ha un effetto negativo sui bambini in caso di un divorzio, è dato dal **volume conflittuale** tra i genitori prima, nel

corso e dopo la chiusura del divorzio” (*Parenting, Mediation, and Divorce: Meeting the Needs of Our Children* by Shannon Rios Paulsen). **Il conflitto esistente tra i genitori si è dimostrato ad avere l'effetto più forte** sul modo in cui i bambini si adattano a un divorzio, molto più potente dell'assenza del genitore e degli svantaggi economici come altre conseguenze del divorzio.

“In una meta-analisi di recente, Amato e Keith (1991) hanno fatto una comparazione tra l'efficienza relativa di tre variabili (l'assenza di un genitore, le insufficienze economiche e il conflitto tra i genitori), per rilevare gli effetti di un divorzio sulla capacità di adattamento dei bambini. Anche se sono stati rilevati impatti moderati dati dall'assenza di un genitore e dalle insufficienze economiche, il conflitto tra di genitori ha rappresentato la parte la più notevole delle conseguenze negative sul divorzio” (*Children of Divorce*, Daniel S. Shaw & Erin M. Ingoldsby http://www.pitt.edu/ppcl/publications/chapters/children_of_divorce.htm).

“Gli studi incentrati sui confronti tra le famiglie sostengono la nozione secondo cui la separazione per se stessa non è necessaria così importante per l'ulteriore sviluppo del bambino così com'è **la qualità del rapporto tra i genitori** (“*In primo luogo, i confronti tra famiglie con due genitori e famiglie con genitori divorziati, ma senza conflitti, hanno fatto notare in modo costante che i bambini della seconda categoria hanno meno difficoltà emozionali* (Gibson, 1969; Hetherington, Cox, & Cox, 1979; McCord, McCord, & Thurber, 1962; Rutter, 1979). *In secondo luogo, più ricercatori hanno indicato che i bambini risultanti da famiglie divorziati, hanno maggiori problemi comportamentali rispetto ai bambini delle famiglie, dove il padre è deceduto* (Douglas, Ross, Hammond, & Mulligan, 1966; Glueck & Glueck, 1950; Gregory, 1965”) (*I figli del divorzio*, Daniel S. Shaw & Erin M. Ingoldsby http://www.pitt.edu/ppcl/publications/chapters/children_of_divorce.htm). In più, c'è un chiaro consenso tra i ricercatori e gli scienziati secondo cui **“gli interessi superiori del bambino sono meglio assicurati se viene mantenuto un rapporto con entrambi genitori**, con l'eccezione dei casi matrimoniali conflittuali severi e degli abusi” (*Children's reactions to parental separation and divorce*, Catherine M Lee, PhD e Karen A Bax, BA, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2817796/#b1-pch05217>).

Le conclusioni suggeriscono che **il miglioramento del rapporto tra i genitori in corso di divorzio oppure di separazione e l'assicurazione del fatto che il bambino potrà mantenere un buon rapporto con entrambi genitori, sono i principali requisiti per garantire che “gli interessi superiori” e i bisogni del bambino che attraversa un divorzio sono soddisfatti.**

6.4.4. Come si possono migliorare i rapporti importanti nell'ambito di un divorzio?

Se in base alle ricerche e alle prove sopraccitate, premettiamo che il **conflitto** che ha portato a un divorzio, è stato **creato** dai partner e dovrebbe essere **risolto con la loro diretta partecipazione** e, allo stesso tempo, che il conflitto genitoriale è il principale elemento dannoso per un bambino coinvolto in un divorzio e che **il mantenimento dei rapporti tra gli ex membri della famiglia** è particolarmente importante per servire gli interessi e i bisogni superiori del bambino, **allora è chiaro che i bisogni e gli interessi del bambino richiedono la partecipazione attiva di entrambi genitori.**

In effetti, se i genitori hanno iniziato a educare insieme il loro figlio, per quale motivo dovrebbero ritirarsi da questo loro compito molto naturale di avere cura del loro figlio e di decidere come soddisfare i bisogni del bambino? È vero che, quando loro si trovano in conflitto, si sentono molto più sfidati a esercitare adeguatamente il dovere genitoriale e potrebbero anche non arrivare a un consenso su come continuare a educare il loro figlio e su come condividere tale responsabilità. **Tuttavia, il fatto che sono in conflitto e mettono punto al rapporto di marito e moglie, non significa che non saranno più o genitori** di quel figlio e non sono esenti o sollevati dal diritto di superare il conflitto (a loro modo) e di sviluppare una soluzione a servizio dei bisogni del bambino e dei propri bisogni.

In questo modo, quando due partner sono in conflitto, **loro hanno bisogno di aiuto per superare il conflitto e per stabilire un piano di futuro su come svolgere in futuro i ruoli e i doveri genitoriali per soddisfare i bisogni del loro figlio.**

Di conseguenza, loro potranno avere bisogno di un processo di risoluzione del conflitto che le aiuta a **trasformare la presente situazione di confronto tra i due coniugi in un rapporto di cooperazione tra i genitori** (come due partner di affari che hanno una priorità comune).

6.4.5. Quanto sono idonei i procedimenti giudiziari per trasformare il rapporto di confronto tra coniugi in un rapporto di cooperazione tra genitori?

Esaminiamo il caso di una coppia in cui uno di loro ha avviato una causa di divorzio. In via tradizionale, i coniugi dovrebbero attraverso un processo in cui diventano controparti (che può includere anche la valutazione della colpa tra i coniugi – ad esempio, se uno di loro lo chiederebbe), e l'autorità giudiziaria dovrebbe pronunciarsi in merito all'esercizio della genitorialità esclusiva che sarà affidata al genitore che presenta "capacità genitoriali più favorevoli" (tuttavia, bisogna menzionare che in molti Stati, tali come la Germania, l'Italia, gli Stati Uniti, l'Australia, la genitorialità esclusiva non è più la regola principale).

Anche se il bambino è un essere umano, legato psicologicamente a entrambi genitori, l'autorità giudiziaria deve "scegliere" un genitore "capace". In tale modo, i procedimenti giudiziari potrebbero diventare non solo un processo delle controparti, ma un campo di battaglia per il gran "premio" rappresentato "dall'affidamento del bambino" (e da altri benefici materiali accanto ai diritti genitoriali), e dunque un processo punitivo con cui il genitore individuato come "meno capace" è "condannato" ad avere accesso limitato al suo figlio, ma **mancando** allo stesso tempo **il bambino dall'opportunità di mantenere un contatto sufficiente e un rapporto pieno di senso con il genitore che non gode della genitorialità** .

Tutte le parti hanno da perdere in questi procedimenti giudiziari. Senza dubbio che la persona che ha più da soffrire e perdere, è il bambino che non può più mantenere un rapporto naturale di amore e carezza con entrambi i genitori, e in realtà deve vivere in qualche modo "catturato" nella gabbia conflittuale genitoriale continua. E molto spesso, **il conflitto genitoriale determina un conflitto interno profondo del bambino** – che sviluppa un'immagine di se stesso sofferente a causa della possibile identificazione con il genitore che "ha sbagliato" oppure a causa di un conflitto di cui è parte e in cui deve

fare una scelta tra i genitori in diverse situazioni e deve fare la prova della sua lealtà di fronte al genitore con cui vive.

Come suggeriscono gli studi menzionati in precedenza, uno dei più efficienti modi per **diminuire l'impatto avverso del conflitto genitoriale sul bambino è di abbattere la pressione sui genitori**, perché sono loro i principali protagonisti che possono fornire al loro figlio la stabilità e il sostegno di cui ha bisogno per superare il periodo difficile di adattamento alla vita con i genitori separati. E **il principale modo di abbattimento di tale pressione dei genitori e, implicitamente, del bambino è di aiutarli a risolvere il conflitto in una maniera basata su cooperazione**, permettendogli a essere, anche se non completamente soddisfatti, almeno in grado di comunicare gli aspetti importanti attinenti alla loro vita e di creare uno spazio di pace per il loro figlio (basato su rispetto reciproco, su priorità e su norme chiare).

6.4.6. Quali sono gli approcci i più efficienti di risoluzione di una controversia per trasformare il rapporto di confronto in uno di cooperazione?

Come descritto in precedenza, per se stessi, **i procedimenti giudiziari non sono atti a risolvere il conflitto tra i genitori** che continuano a “covare” nel corso degli anni. Ciò porta a **due conclusioni importanti**.

In primo luogo, **i procedimenti giudiziari riguardanti la famiglia devono subire delle mutazioni** per servire meglio l'interesse e i bisogni reali del bambino e dei genitori che stanno divorziando o separando.

In secondo luogo, **gli approcci riguardanti la risoluzione delle controversie tramite la facilitazione potrebbero rivelarsi la soluzione ricercata in sede di controversie genitoriali** e una reale opportunità per i genitori in divorzio per **disegnare un impegno** che sia al miglior servizio dei loro interessi e dei bisogni e degli interessi dei bambini. La mediazione e gli altri metodi di facilitazione di tipo ADR sono in grado di aiutare perché forniscono un ambito privato a tutela delle discussioni che riguardano i bisogni dei figli e il modo in cui i genitori continuare a prendersi cura del loro figlio dopo il divorzio o dopo la separazione.

Con riferimento alla prima conclusione, “il riassetto” dei procedimenti giudiziari legati alla famiglia sta accadendo come ricordato. Infatti, dalla fine degli anni '70 del sec. XX, **il paradigma basato sulla colpa, sull'orientamento verso il passato e sull'esercizio esclusivo della genitorialità ha conosciuto una continua evoluzione verso un paradigma che non è alla ricerca della colpa, ma è orientato verso il futuro e l'esercizio condiviso dei ruoli e dei doveri genitoriali** in caso di un divorzio, orientato particolarmente sull'interesse superiore del bambino (*Bargaining in the Shadow of the Best Interest Standard: The Close Connection between Substance and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes*, Jana B. Singer, p.178-180 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2325356). Questo cambiamento è presente in Germania, negli Stati Uniti, in Australia e in Canada, dove è diventata una tendenza comune seguita sia nella legislazione, sia nella giurisprudenza.

Inoltre, **“l'erosione della responsabilità genitoriale come concetto giuridico e la riconsiderazione delle controversie genitoriali di natura non giuridica”** (*Bargaining in the Shadow of the Best Interest Standard: The Close Connection between Substance*

and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes, Jana B. Singer, p.193), essendo indicata come un problema nella dottrina giuridica, ha riconosciuto, in effetti, la **“proprietà”** dei genitori, che divorziano, sul conflitto tra loro e, pertanto, sul **loro ruolo attivo nella determinazione degli aspetti** attinenti al loro figlio, elaborando il proprio “modello di giustizia”.

La dottrina giuridica ha riconosciuto inoltre che **“i regimi aggiudicativi interpretano i problemi di un conflitto** come eventi giuridici che richiedono il giudizio e l’affidamento dei diritti da parte di un terzo, nonché **l’approccio in sede di mediazione delle stesse questioni alla ricerca delle opportunità di pianificazione e risoluzione dei problemi – preferibilmente dalle parti stesse che sono in conflitto”**(*Bargaining in the Shadow of the Best Interest Standard: The Close Connection between Substance and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes, Jana B. Singer, p.193*). pertanto, il carattere adeguato ed efficiente del secondo approccio per la risoluzione dei conflitti attinenti a un divorzio, in una maniera che sia la più appropriata a soddisfare i bisogni delle parti in divorzio e dei loro figli, ha consentito la creazione di una **trasformazione diversa e notevole, “dal regime aggiudicativo a quello di mediazione per risolvere le controversie in materia di divorzio”**(*Bargaining in the Shadow of the Best Interest Standard: The Close Connection between Substance and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes, Jana B. Singer, p. 193*), svolta a livello globale nel corso degli ultimi due decenni.

Presenteremo di seguito **come dovrebbero cooperare i procedimenti giudiziari e i metodi di risoluzione di una controversia in sede di facilitazione**, al fine di aiutare le parti in corso di un divorzio o una separazione a risolvere i problemi e pianificare un modello di assicurazione del ruolo genitoriale che risponda più appropriatamente agli interessi e ai bisogni del loro figlio, tenuto conto del quadro legale esistente in materia di responsabilità genitoriale.

6.5. Quadro giuridico riguardante la responsabilità genitoriale nell’UE

6.5.1. Concetto e definizione della “responsabilità genitoriale” nell’UE

La responsabilità genitoriale è definita come “responsabilità di assicurare che il minore è alloggiato, nutrito e vestito, oltre a quella relativa alla sua educazione. Tra gli obiettivi vi è quello di amministrare gli eventuali beni di proprietà del minore e tra i diritti quello di rappresentarlo legalmente”.

(http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_gen_en.htm)

In tutti gli Stati membri dell’Unione Europea, una madre è automaticamente titolare della responsabilità genitoriale del suo figlio, come anche un *padre sposato (le norme riferite al padre non sposato variano nei diversi Stati membri dell’UE)*.

(http://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_en.htm)

Quando i genitori stanno divorziando oppure stanno separando, devono decidere come sarà esercitata, in futuro, tale responsabilità. I genitori possono decidere se il bambino abiterà con entrambi genitori o con uno di loro. In questo secondo caso, l’altro genitore ha di solito il diritto di visitare il bambino a certi intervalli di tempo. I genitori possono decidere tali aspetti a base di un accordo o facendo ricorso all’autorità giudiziaria.

Le norme che riguardano l'esercizio della responsabilità genitoriale e il diritto alla visita sono uniche per ogni Paese. Gli ordinamenti nazionali stabiliscono chi eserciterà tale responsabilità genitoriale, se si tratterà di un esercizio esclusivo di tale responsabilità genitoriale o di uno comune, chi deciderà in merito all'educazione del minore, chi sarà responsabile dell'amministrazione della proprietà del bambino e di altri aspetti analoghi. Tutti gli Stati membri dell'Unione Europea riconoscono che i minori hanno diritto a un **rapporto personale e un contatto diretto** con entrambi i genitori, anche se i genitori vivono in Paesi diversi.

Un'analisi complessiva della legislazione e della pratica della responsabilità genitoriale nei 22 Stati membri dell'Unione Europea è compresa nella Legge della famiglia europea in azione: Responsabilità genitoriali, pubblicata da Katharina Boele-Woelki, B. Braat, Ian Sumner. (http://books.google.bg/books?id=8goedbtjWnwC&pg=PR5&lpg=PR5&dq=European+Family+Law+in+Action+-+parental+responsibility&source=bl&ots=_XOeetVXu1&sig=tJBpGNYhcDnjqwgBwkHG5T5-JeM&hl=bg&sa=X&ei=wpGAVMXtIsvEygP1n4CQAQ&ved=0CDIQ6AEwAg#v=onepage&q=European%20Family%20Law%20in%20Action%20-%20parental%20responsibility&f=false)

6.5.2. Esempi di quadri giuridici nazionali in materia di responsabilità genitoriale

I Paesi partecipanti al progetto, per i quali si elabora la presente Guida pratica, hanno le seguenti norme legali in materia di responsabilità genitoriale:

ROMANIA

“L'autorità giudiziaria interviene soltanto per affidare **l'esercizio della genitorialità** in merito a un bambino, a uno dei genitori al momento della decisione del divorzio (in caso di un minore risultante dal matrimonio dei genitori) oppure al momento della decisione deliberata in caso di una domanda di affidamento della responsabilità genitoriale di un minore (in caso di un bambino nato fuori da un matrimonio). Il genitore che non riceve l'esercizio della responsabilità genitoriale, non è responsabile per la sorveglianza del bambino, conservandosi solo il diritto di monitorare la crescita, l'educazione, la scolarizzazione e la formazione professionale del minore. Questo genitore ha il diritto di mantenere dei rapporti personali con il minore, ma non ha il diritto di determinare dove abiterà il bambino e di chiedere la restituzione del minore ai sensi dell'articolo 130 del Codice della famiglia da una persona ingiustamente tenendo il bambino” (http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_rom_en.htm).

ITALIA

“L'autorità giudiziaria che ordina il divorzio, determinerà **un esercizio condiviso della genitorialità dei minori; l'esercizio esclusivo di tale genitorialità si affida a uno dei genitori soltanto in casi eccezionali**. L'autorità giudiziaria stabilisce anche le norme in merito al tempo trascorso dai minori con il genitore con cui non abitano. L'autorità giudiziaria stabilisce le regole anche per la gestione della proprietà dei bambini e **l'assegno di mantenimento dei minori** che sarà pagato ai genitori con cui i minori abitano”. (https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-it-en.do?member=1#toc_3_3).

CROAZIA

“L’**esercizio condiviso della responsabilità genitoriale** è una regola, ma le autorità giudiziarie **non mettono sempre accento** su questo principio come dovrebbero fare al momento delle loro decisioni” (la base dati del *Consiglio Europeo della politica in merito alla famiglia, la Legge della politica sociale e della famiglia: il matrimonio, il divorzio e la responsabilità genitoriale, il Divorzio e la responsabilità genitoriale, la Responsabilità genitoriale verso i bambini e l’assegno di mantenimento del minore*).

(http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4_2_ii%20Child%20custody%20and%20maintenance.pdf)

BULGARIA

“Se le parti di un divorzio non raggiungono un accordo sull’educazione e la formazione dei minori risultanti dal matrimonio, l’autorità giudiziaria si pronuncerà d’ufficio in merito ai seguenti aspetti: **con quale dei genitori abiteranno i minori, quale genitore avrà l’esercizio dei diritti genitoriali**, le misure per l’esercizio di questi diritti e il regime dei rapporti personali tra i minori e i genitori e il mantenimento dei minori.

L’autorità giudiziaria delibererà in merito agli aspetti sopraccitati dopo aver valutato tutte le circostanze nell’interesse superiore dei bambini, tali come: la capacità dei genitori di garantire l’educazione, l’attenzione e l’atteggiamento verso i minori, la volontà delle parti e la vicinanza dei minori ai genitori, il sesso e l’età dei minori, le opportunità di sostegno offerte dai terzi che sono in grado di parentela con i genitori, gli eventi sociale e i mezzi e le possibilità finanziarie.

La determinazione della tipologia dei rapporti personali tra i genitori e i loro minori deve includere l’indicazione di un periodo o un giorno in cui il genitore può vedere i figli e può portarli con sé, comprese le vacanze scolastiche, le festività nazionali e personali dei minori, nonché in altre occasioni” (art. 59, commi 2, 3, 4 del Codice della famiglia).

Come si può notare, gli Stati membri dell’Unione Europea **hanno un quadro diverso** in materia di responsabilità genitoriale **che varia dall’opportunità legale di un esercizio condiviso della genitorialità** (che non è sempre applicato) **all’esercizio esclusivo dei diritti e dei doveri genitoriali** come regola che può presentare o meno delle eccezioni.

6.5.3. Quali sono i concetti di base della trasformazione globale dall’esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale al suo esercizio condiviso?

Il passaggio da un regime di esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale a quello di condivisione della responsabilità genitoriale iniziò con “il movimento legale e sociale per la parità dei generi degli anni 1970, che **ha minato la dottrina dell’età precoce e il modello del genitore psicologico unico**. Allo stesso tempo, **la teoria psicologica di carattere predominante è passata** dall’accento di Goldstein, Freud e Solnit sul padre psicologico unico all’**opinione che anche i bambini di piccola età possono avere e sviluppare forti vicinanze emozionali, più per uno dei genitori**. Queste nuove teorie hanno coinciso con la ricerca aumentata in merito all’importanza dei padri nelle vite dei loro figli. La ricerca ha alimentato un consenso emergente riguardante la salute mentale secondo cui **i bambini se la cavano in linee generali meglio se possono mantenere rapporti costanti con entrambi i genitori** a seguito del divorzio o della separazione dei genitori – un risultato che l’esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale che ha prevalso, è riuscito a facilitare. **È stato pertanto stabilito un regime di decisione in**

materia di responsabilità genitoriale, per essere sicuri che gli interessi superiori del minore non faranno l'oggetto di una critica su grande scala perché la stessa non sarebbe a servizio dei bisogni dei minori" (*Bargaining in the Shadow of the Best Interest Standard: The Close Connection between Substance and Process in Resolving Divorce-Related Parenting Disputes*, Jana B. Singer, p.183-184 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2325356).

“Essendo già in una posizione inconveniente di deliberare in merito alla responsabilità genitoriale, **i giudici hanno fatto ricorso, sempre di più, ai professionisti del campo della salute mentale** per perizie e assistenza nella risoluzione di alto numero di cause di responsabilità genitoriale contestata (*per una visione generale su questi sviluppi, da consultare Fineman, il punto precedente 9. Per una critica ragionevole sulla fattibilità del sistema legale in merito agli specialisti del settore della salute mentale nelle cause che riguardano l'esercizio della responsabilità genitoriale, da consultare Elizabeth S. Scott & Robert E. Emery, Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard (77 Law & Contemp. Probs), n. 1, 2014 a 69*). La risposta di tipo dottrinario a questi sviluppi è stata accettazione a grande scala della condivisione della responsabilità comune”.

“Attualmente, **la responsabilità genitoriale fisica comune resta controversa**, e solo un numero limitato di accordi sul ruolo genitoriale post divorzio implica la condivisione paritaria (o in grande misura uguale) delle responsabilità di educazione giornaliera dei minori (*da vedere Scott & Emery, nota anteriore n. 30, a 80. Scott ed Emery descrivono solo alcuni presupposti statutari che favoriscono la responsabilità genitoriale condivisa dal punto di vista fisico, mentre gli altri favoriscono sempre la responsabilità condivisa ma con un tempo di domiciliazione inuguale Id. at 80 n. 62*). **La condivisione della responsabilità genitoriale dal punto di vista legale** oppure la genitorialità condivisa in merito alla presa delle decisioni è **molto più frequente** ed è diventata norma in tante giurisdizioni (*da vedere Singer, Dispute Resolution and the Post-Divorce Family, nota anteriore n. 4, a 365-66 (una presentazione generale interessante sugli effetti della responsabilità genitoriale condivisa può essere seguita in questo materiale video: <https://www.youtube.com/watch?v=36Hwn26KXoY&feature=youtu.be>*).

6.5.4. Quale dovrebbe essere il ruolo dei procedimenti giudiziari alla luce di tali ultime direzioni in materia di responsabilità genitoriale condivisa?

“**In un regime di esercizio condiviso della genitorialità a seguito di un divorzio, il ruolo del sistema di risoluzione delle controversie non è più quello di affidare una sola volta l'esercizio della responsabilità genitoriale, ma piuttosto di sorvegliare il riassetto continuo di una famiglia.** Come scriveva il Professor Andrew Schepard, un organo giurisdizionale che delibera in materia di responsabilità genitoriale in un regime di esercizio condiviso della genitorialità, può essere assomigliato a un'autorità che deve deliberare in un procedimento di fallimento, sorvegliando la ristrutturazione dell'affare potenziale ancora esistente in una situazione attuale di difficoltà finanziarie. L'affare è dato dall'educazione dei figli, e i genitori – i manager del business – sono in conflitto in merito a come compiere questo carico. Lo scopo dell'autorità giudiziaria è di rendere i manager disposti a convenire di buona fede un piano di esercizio della genitorialità al posto d'imporre uno (Schepard, *Evolving Role, nota anteriore n. 26, a 396*).

Né l'aggiudicazione né il processo di avversarialità sono i migliori modi per compiere questi incarichi imprenditoriali comuni. Per gestire la transizione dallo statuto di mariti a quello di partner nell'educazione del minore, **i genitori che divorziano hanno bisogno**

soprattutto di cause orientate verso il futuro, la collaborazione e lo sviluppo della capacità. Il processo della mediazione aiuta i genitori in divorzio a sviluppare e mettere in moto un piano individuale di adempimento delle responsabilità genitoriali continue. Il concetto di un **“piano personalizzato di esercizio della genitorialità”** è stato inserito e previsto dall'Istituto Americano di Diritto, definendolo come un kit “personalizzato” e adattato in base agli accordi convenuti sull'esercizio della responsabilità genitoriale e la presa delle decisioni per un minore i cui genitori non abitano insieme” (*Principles of the law of family dissolution: analysis and recommendations 7 (2002)*). Negli Stati Uniti, i genitori che stanno divorziando o separando e richiedono l'intervento giudiziario (anche per la cessazione dello statuto maritale), devono presentare, insieme o separatamente, un piano di esercizio della genitorialità, atto a designare il genitore con il quale il minore abiterà in determinati giorni dell'anno e a indicare la responsabilità delle decisioni dal punto di vista delle decisioni rilevanti che riguardano il minore. Il piano di esercizio della genitorialità deve contenere anche una disposizione di patto commissorio sul modo in cui i genitori risolveranno i futuri conflitti e le controversie risultanti dal piano stesso; un obiettivo essenziale di una tale disposizione è di minimizzare la necessità d'intervento dei futuri procedimenti giudiziari”.

6.6. Cooperazione tra procedimenti giudiziari e metodi di risoluzione dei conflitti mediante la facilitazione

6.6.1. Necessità di familiarizzare le parti con la mediazione e il ruolo significato dell'autorità giudiziaria

Considerato il ruolo di aggiudicazione dei procedimenti giudiziari, le parti che investono un'autorità giudiziaria con una loro causa, hanno l'esigenza di “ricevere” la giustizia a forma di una sentenza. Di conseguenza, non possono essere semplicemente inoltrate ad altre procedure, spiegando che questa risponderebbe meglio ai loro interessi e che le aiuterebbe a oltrepassare gli effetti del divorzio in un modo molto più soddisfacente. Le parti potrebbero non solo “inoltrate” con l'assicurazione che riceveranno non solo la desiderata giustizia, ma saranno in grado di designare il proprio modello di giustizia che risponderà agli interessi di entrambi partner e del loro figlio – come sopra descritto. Per questo, **le parti devono essere ben assuefatte con l'opportunità che la mediazione può fornire per l'elaborazione di un piano di esercizio della genitorialità oppure di un accordo simile che rispecchi i bisogni del minore e dei suoi interessi e che sia in grado di abbattere il conflitto** al fine di ridurre la pressione del divorzio sulle parti stesse e sul loro figlio.

Come e quando dovrebbero essere assuefatti i partner che stanno divorziando o separando, è una questione attinente alla legislazione nazionale. Come emerge dalla trasposizione della Direttiva 2008/52 del Parlamento e del Consiglio Europeo, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia del diritto civile e commerciale (“Direttiva 2008/52”) (*“Direttiva 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia del diritto civile e commerciale <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>*), quasi tutti gli Stati membri dell'UE hanno adottato una legislazione per la mediazione, prevedendo che **l'autorità giurisdizionale dovrebbe informare o invitare le parti** al ricorso alla mediazione in una maniera che in termini generali, fornisca all'autorità giudiziaria invitante la flessibilità di decidere quali cause dovrebbero essere inviate, quando e a base di che tipo d'intervento (ad esempio,

il giudice che menziona la mediazione o spiega alle parti i suoi benefici oppure invita fortemente al ricorso alla mediazione, ecc.).

Le opportunità indiscutibili, che la mediazione può fornire ai due partner in divorzio, e il basso livello di consapevolezza della mediazione nella società conferiscono all'organo giurisdizionale **un ruolo sociale aggiuntivo molto importante – quello d'informare e d'invitare le parti litiganti** al processo di mediazione quando lo è anche idoneo. **Tale aspetto allarga il ruolo “tradizionale” degli organi giudiziari da semplici autorità giudiziarie aggiudicative ad autorità giudiziarie che offrono alle parti uno spettro più ampio di opportunità per la risoluzione della controversia tra loro** e per avere parte di giustizia, compresa anche la designazione del loro “modello di giustizia” così come lo intendono le parti stesse.

Come la mediazione è la più diffusa nei Paesi in cui le autorità giudiziarie invitano alla mediazione in maniera usuale od offrono delle opportunità pratiche alle parti di utilizzare la mediazione durante le fasi processuali di una causa pendente (SUA, Gran Bretagna, Olanda, Norvegia, Svezia, ecc.), dimostra che l'autorità giudiziaria è in grado di essere a servizio della società con successo, implementando **sia il suo ruolo aggiudicatario, sia quello di consulente**, consentendo alle parti di stabilire il proprio impegno.

6.6.2. Quali potrebbero essere i principali ruoli di un'autorità giudiziaria che vuole fornire alle parti uno spettro completo dei metodi di risoluzione dei conflitti?

6.6.2.1. La fornitura delle informazioni

Molte autorità giudiziarie stabiliscono dei programmi per la risoluzione delle controversie con cui sono investite o che sono correlate alle loro giurisdizioni, che in termini generali, offrono informazioni alle parti in conflitto – sia prima dell'avvio di una causa, sia subito dopo tale momento. Le informazioni possono essere di più tipi – sessioni informali o telefoniche da parte degli operatori delle medesime autorità, da parte dei mediatori o dei giudici nelle aule di udienza.

6.6.2.2. L'invito

L'invito è diverso dalla semplice informazione, perché incorpora il processo di stimolare o incoraggiare le parti a tentare di utilizzare la mediazione, spiegando loro come questo metodo potrebbe aiutarle nel loro caso specifico. L'invito contiene **la raccomandazione del giudice verso le parti per agire nella direzione della mediazione**. L'invito include spesso domande che il giudice pone alle parti, tali come: “Voi avete preso in visione la mediazione?”, “Se noi, che cosa vi ha impedito di farlo?”, “Che cosa volete ottenere a seguito del divorzio come risultato?”, “Quali sono le vostre priorità legate ai bambini?”, “Quali sono le vostre aspettative attenti ai minori ma dal punto di vista dell'applicazione dei procedimenti giudiziari?”, “Se riusciste a ridurre la pressione del divorzio nei vostri confronti e di quelli dei minori, fareste uno sforzo a tal senso?”, “Se aveste l'occasione d'imparare maggiormente qualcosa sul modo in cui pensa l'ex marito / l'ex moglie e di discutere in condizioni di sicurezza con questo / questa sui vostri pensieri, assistiti da un mediatore, come vi sentireste?”, ecc. Tutte queste domande hanno il ruolo di aiutare il giudice a capire quali sono gli interessi e gli intenti delle parti nel caso dato e se la mediazione è adatta per loro, offrendo allo stesso tempo alle parti un'altra prospettiva sulla controversia – consentendo loro di considerare un altro strumento di risoluzione

della loro controversia se è importante per loro. (Sarebbe giusto menzionare che alcune parti hanno bisogno solo della sentenza del giudice perché non intendono la risoluzione della controversia, ma vogliono vedere la controparte punita o costretta a fare quello che loro pensano di essere corretto. Tali casi sono di seguiti trattati.)

L'invito comprenderà anche un elemento molto importante – **la valutazione da parte del giudice dell'idoneità della causa per la sua mediazione** (di seguiti, sono riportati alcuni esempi di cause idonee e inidonee). La valutazione dell'idoneità includerebbe la determinazione della capacità delle parti in divorzio di prendere autonomamente delle decisioni in merito al proprio futuro e del loro figlio. Se l'esercizio del libero arbitrio di uno dei genitori non è costretto da minacce o da violenze e quando lo scopo principale dei genitori non mira l'ottenimento di una sentenza giudiziaria che limiti la partecipazione dell'altro genitore nella vita dei minori per motivi fondati (tali come la trascuratezza del minore dal genitore o la messa del minore in pericolo, ecc.), la mediazione è idonea.

Il significato del ruolo del giudice che invita le parti in mediazione e l'effetto di un invito del genere possono essere illustrati con numerosi esempi e casi.

In un caso inviato di recente in mediazione, i genitori di un minore sollecitavano tutti e due l'affidamento della genitorialità. In mediazione, è diventato chiaro che il padre non era in grado di esercitare la genitorialità a causa dei suoi impegni professionali, ma lui voleva essere trattato come un genitore che ha diritti uguali di partecipazione alla vita di suo figlio. I genitori sono stati incoraggiati a discutere come vedevano loro i bisogni giornalieri del bambino e alcune delle priorità legate al suo futuro, tali come le scuole desiderate, la frequenza di viaggio del minore all'estero, la tipologia delle attività extrascolastiche artistiche, sportive e scientifiche da praticare dal minore, e così via.

Concentrandosi sul futuro, le parti hanno designato le attività prioritarie legate alla crescita e all'educazione del loro figlio e hanno cominciato a distribuire tra loro gli impegni in merito. Loro hanno deciso chi porterà il minore alle lezioni di pianoforte, calcio, lingue straniere, ecc; poi, hanno stabilito un insieme di criteri da utilizzare per la selezione della scuola adatta per il minore; e hanno definito anche un impegno dettagliato in merito ai viaggi – quanto spesso dovrebbe viaggiare tale minore e in che condizioni, i genitori darebbero consenso uno all'altro per il viaggio del figlio all'estero.

In più, i genitori hanno parlato del modo in cui ciascuno parteciperà alla routine di ogni giorno del loro figlio – ad esempio, in quali giorni sarà il padre a portare il figlio a scuola e portarlo a casa sua, in quali giorni sarà il padre a prendere cura del loro figlio (comprese le notti) e quali vacanze o parte delle vacanze passerà il figlio con ciascuno di loro. In questo modo, i genitori hanno stabilito un piano d'impegni che permetterà a entrambi di partecipare in modo attivo nella vita del loro figlio, essendo trattati genitori altrettanto importanti, permettendo al bambino di sviluppare uno stile di vita in cui entrambi genitori sono presenti.

I genitori hanno parlato anche in merito alle decisioni da prendere insieme (tali come quelle attinenti all'educazione e al trattamento medico) e separatamente e il modo in cui comunicheranno tra loro per evitare gli disaccordi e i malintesi (ad esempio, uno di loro ha preferito la comunicazione elettronica, mentre l'altro quella telefonica, in

modo che hanno dovuto decidere per quali decisioni quale mezzo utilizzare in base all'importanza delle decisioni da prendere).

I genitori hanno parlato anche delle spese usuali del bambino e le hanno divise tra loro.

In questo modo, hanno elaborato un piano condiviso di esercizio della genitorialità che comprendeva impegni di grande importanza per loro e per il loro figlio che non si potevano stabilire mediante una decisione o una sentenza giudiziaria, ad esempio, perché l'autorità giudiziaria non avrebbe dettagliato in linee di massimo i programmi giornalieri dei genitori e del minore e non avrebbe potuto decidere al posto delle parti quali decisioni prendere insieme e quali decisioni prendere separatamente.

Data la pratica dell'autorità giudiziaria di decidere l'affidamento della genitorialità in esercizio esclusivo, pratica ampiamente diffusa ancora negli Stati dell'UE, nel caso di sopra, l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto stabilire nel corso delle udienze quale dei genitori ha "la capacità genitoriale maggiore" e può esercitare la genitorialità in via esclusiva (in alcuni Stati membri dell'UE, come l'Italia, la genitorialità comune pare essere una regola, mentre in molti altri Stati prevale ancora l'esercizio genitorialità a via esclusiva. Ad esempio, in Bulgaria, i genitori potrebbero decidere un esercizio comune della genitorialità nell'accordo raggiunto, ma l'autorità giudiziaria ha il diritto di decidere se approvarlo o no (la pratica dell'organo giurisdizionale non è uniforme), e quando si pronuncia sulla genitorialità, la legge la obbliga all'esercizio esclusivo della genitorialità).

L'invito alla mediazione è una delle azioni le più importanti che i giudici possono intraprendere per sostenere i partner in divorzio o separazione a raggiungere un accordo deciso da loro stessi che risposta in gran parte ai bisogni e agli interessi del loro figlio.

Un'illustrazione del ruolo positivo e molto efficiente d'invito alla mediazione, realizzato adeguatamente, è il caso in cui **in un solo processo di mediazione sono state risolte tre cause pendenti ed è stata prevenuta una futura controversia in Tribunale.**

Si trattava di una coppia in cui entrambi avevano avviato delle denunce per violenze domestiche e una richiesta di divorzio. Durante l'udienza di una di queste cause di violenza domestica, il giudice ha invitato le parti al ricorso alla mediazione dopo aver valutato l'idoneità della causa per la mediazione (le parti di una causa di violenza domestica possono essere vulnerabili e possono avere bisogno di tutela giudiziaria speciale, e l'invio alla mediazione si pratica soltanto se le parti si sentono libere nel poter esprimere la propria volontà o nei casi di "falsa" violenza domestica. I casi di questa seconda categoria sono avviati in tribunale per conferire un vantaggio alla parte che ha presentato la denuncia per la violenza domestica, valorizzato poi in una futura causa di divorzio in cui l'altro genitore sarà presentato come un "delinquente" che non è in grado di esercitare la sua genitorialità, anche se non è stato trovato colpevole nel caso di violenza domestica (che può durare molto, periodo in cui i contatti tra il "delinquente" e l'altro genitore e il bambino possono essere ristretti o anche interdetti).

Nella mediazione presa in esame, le parti hanno parlato sugli aspetti della violenza domestica in cui uno dei partner ha diffuso messaggi d'insulto che conteneva dati e informazioni di diffamazione verso i colleghi e i parenti dell'altro partner e sono state fatte diverse minacce basate sull'intrapresa di specifiche azioni se il partner offeso tentava lo scioglimento del matrimonio. Durante la mediazione è emerso che prima della presentazione di tutte le denunce, entrambi parti avevano già discusso su un possibile divorzio, ma non erano riusciti a mettersi d'accordo in tutte le questioni, e così hanno fatto ricorso agli avvocati che hanno consigliato le parti di scegliere e seguire la strategia delle denunce per la violenza domestica (in mediazione, le parti sono venute con avvocati nuovi. È altrettanto importante da precisare che in pratica, gli avvocati si sono mostrati le persone le più influenti in merito al risultato raggiunto in mediazione. In molti casi, gli avvocati cooperano nel processo della mediazione e contribuiscono notevolmente alla designazione di un accordo; se gli avvocati non sono cooperanti, le parti raggiungono raramente un accordo). Le parti avevano una certa storia dietro le spalle di alcuni insulti e forse alcuni elementi di violenza di tipo psicologico, ma in sede della mediazione, hanno dichiarato di aver abbandonato tali stereotipi comportamentali e si sono impegnate ad astenersi da azioni abusive nei confronti dell'altro e hanno stabilito che entrambi continueranno con il divorzio prima possibile. Al secondo incontro di mediazione, le parti hanno stabilito due impegni in relazione alle conseguenze del divorzio, uno in merito ai loro figli e un altro in merito alla divisione della proprietà comune (che altrimenti, doveva fare l'oggetto di un'altra causa di divisione della proprietà comune). In questo modo, nella loro mediazione, sono stati risolti quattro aspetti in una maniera che le parti ritenevano appropriato alle loro esigenze. Il giudice che ha invitato le parti in mediazione, ha avuto un ruolo fondamentale, stabilendo le priorità delle parti e raccomandandole la mediazione come un approccio più idoneo per la risoluzione di tali priorità specifiche.

Il ruolo dell'autorità giudiziaria d'inviare le cause in mediazione è stato dimostrato ad avere un effetto preventivo sociale aggiuntivo. Nei cinque anni di esperienza del Centro di Risoluzione delle Controversie in Tribunale (Court Settlement Center) presso il Tribunale Regionale di Sofia (<http://srs.justice.bg/>) è diventato chiaro che sempre più parti intendevano il ricorso alla mediazione anche prima di avviare una causa giudiziaria o prima della prima udienza in Tribunale. Nel corso degli ultimi due anni, 1/3 dei cittadini che hanno partecipato alla mediazione del Centro di Risoluzione delle Controversie in Tribunale, hanno fatto ricorso ai servizi del centro dalla propria iniziativa dopo aver letto le raccomandazioni legate alla mediazione nelle citazione ricevuta oppure nel rapporto giudiziario iniziale (emesso prima della prima udienza in Tribunale). Ci sono anche delle informazioni sui casi in cui le parti hanno ricorso alla mediazione della controversia di divorzio all'invito del loro avvocato che le ha motivate a tal proposito, menzionando altresì che l'autorità giudiziaria ha stabilito una pratica d'inviare tali cause in mediazione e di ricorrere molto presto alla mediazione grazie ai benefici aggiunti del processo stesso.

6.6.2.3. La sorveglianza giuridica e la tutela dei diritti e degli interessi dei minori

Dopo l'invio alla mediazione di una causa, il giudice eserciterà in continuare un ruolo molto importante; come autorità giurisdizionale dovrà sorvegliare i diritti e gli interessi dei minori per essere protetti e l'ottemperanza della legge dalle parti. Dato che l'invito al ricorso alla mediazione accadrebbe in cause in corso di risoluzione, **l'accordo che si raggiunge in mediazione, dovrebbe essere portato alla conoscenza del giudice.** È possibile che i diritti nazionali abbiano disposizioni differenti, ma in ogni caso, le parti

dovrebbero informare il giudice se hanno raggiunto oppure no un accordo, nonché se il giudice dovrebbe prendere atto del medesimo accordo, respingendo o continuando il giudizio di tutta la causa o di una parte della causa iniziale.

In genere, nei diritti nazionali e nella giurisprudenza delle autorità giudiziarie, sono stati previsti molto chiaramente i requisiti riguardanti il contenuto dell'accordo di esercizio e condivisione della genitorialità, raggiunto dai genitori in corso di divorzio o separazione, nonché i criteri che permettono di valutare l'ottemperanza degli interessi del minore. In molti casi, l'accordo elaborato dai genitori sarebbe omologato e consacrato dagli organi giurisdizionali senza la variazione del contenuto se sono stati adempiti i requisiti legali concernenti il contenuto dell'accordo. In linee generali, i genitori avrebbero la libertà di scegliere con chi abiterà il minore e come condividere la genitorialità tra loro, inclusa l'educazione giornaliera e le decisioni riguardanti il minore. Tuttavia, è molto probabile che ai genitori non sarà permesso di decidere a non lasciare al bambino la possibilità di mantenere il contatto con uno di loro o a non pagare l'assegno di mantenimento dovuto (è possibile che nei diritti nazionali, siano previste eccezioni limitate da queste norme generali).

Il ruolo importante di supervisione e possibile tutela esercitato da un giudice in merito ai diritti e agli interessi dei minori in un accordo raggiunto in sede di mediazione è illustrato nel seguente esempio:

Una coppia giovane in divorzio, invitato alla mediazione da una Corte di appello, ha tentato di negoziare un accordo in merito all'esercizio della genitorialità. Una delle parti era di altra nazionalità e intendeva fare un trasloco nel suo Paese di origine, ciò che ha generato dei problemi specifici nella risoluzione del caso sulla genitorialità. La causa si è complicata perché il genitore di cittadinanza estranea proveniva da un Paese con "stereotipi di comportamento inidonei" (in conformità con la Convenzione di Aja, l'inidoneità è basata sulla lista con i Paesi "non conformi" e con i Paesi con "stereotipi comportamentali inidonei", pubblicata nei rapporti annuali ufficiali dell'Ufficio per i Problemi dei Minorenni all'interno del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti (<http://www.hcmmlaw.com/blog/2014/05/17/international-divorce-hague-convention-abduction-report-issued/>) come risulta dalle disposizioni della Convenzione di Aia del 1980, relative ad aspetti civili in materia delle sottrazioni internazionali dei minori. Dopo più incontri di mediazione, le parti hanno stabilito che il genitore proveniente dal Paese con "gli stereotipi comportamenti inidonei" secondo la Convenzione di Aia debba esercitare la genitorialità e hanno convenuto inoltre un programma di visita adeguato sia per il minore sia per i genitori, nonché l'importo dell'assegno dovuto di mantenimento. Tuttavia, non potevano mettersi d'accordo sul luogo di domiciliazione del minore che secondo le normative di Bulgaria, potrebbero indicare che il minore abiterà con il genitore X, potendo omettere l'indicazione della città e del paese. Una tale formulazione permetterebbe al genitore che esercita la genitorialità di trasferirsi insieme al minore nel territorio del suo Paese di origine, lasciando all'altro poche o nulle probabilità per mantenere un rapporto costante con il minore. In questo caso, era chiara la necessità d'intervento dell'autorità giudiziaria, allo scopo di prevenire una possibile sottrazione del minore. Nonostante gli accordi raggiunti circa a tutti gli aspetti conflittuali, era tuttavia ragionevole lasciare a giudizio dell'autorità giudiziaria la decisione sulla questione concernente il luogo di domiciliazione, permettendo in questo modo all'autorità giudiziaria di assicurarsi dell'ottemperanza degli interessi del minore e minimizzare il rischio di sottrazione.

6.6.2.4. Un quadro di negoziazione (tornare con i piedi per terra)

Oltre al ruolo fondamentale del giudice nell'invitare alla mediazione, nel supervisionare la legalità e nel tutelare gli interessi dei minori, uno dei più notevoli ruoli nei procedimenti giudiziari e, particolarmente, in giurisprudenza, è di garantire alle controparti anche un **ambito che consenta la negoziazione**. La tesi a base di cui "le regole e i procedimenti utilizzati dalle autorità giurisdizionali per il giudizio delle controversie hanno impatto sul processo di negoziazione che accade tra le parti *a via amichevole*" è stata esplorata in dettaglio e dimostrato dal Professor Mnookin, docente all'Università Harvard e da Lewis Kornhauser, co-autore dell'analisi riguardante il processo di negoziazione nella cause di divorzio (*Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 YALE L.J. 950, 951 (1979) (enfasi in originale)*). Questa cosa significherebbe che **le parti che negoziano un accordo di divorzio, si metterebbero d'accordo in merito a una questione se conoscessero (di grande precisione) qual è l'altra alternativa**, in particolare **che cosa possono ricevere realmente dall'autorità giudiziaria al momento** della decisione deliberata in materia. La parti giungerebbero inoltre a un accordo se loro potesse negoziare un miglior accordo rispetto a quello che riceverebbero ragionevolmente da parte dell'autorità giudiziaria.

Ad esempio, se un padre che è disposto, nella stessa misura come anche la madre, di condividere la responsabilità genitoriale e di prendere cura del suo figlio, conoscesse che nella giurisprudenza di Bulgaria, ci sono poche probabilità che l'autorità giudiziaria ammetta la condivisione della responsabilità genitoriale, sarebbe motivato a firmare un accordo a base di cui la maggioranza delle decisioni riguardanti il bambino (ivi indicate dettagliatamente) saranno prese di comune accordo, con un programma di visita che gli permetta di prendere cura di suo figlio al miglior modo possibile (ad esempio, 10 su 30 giorni a mese e all'incirca la metà della totalità delle vacanze come accaduto in uno dei nostri casi di recente).

In analogia, una madre che conosce l'ammontare medio dell'assegno di mantenimento, stabilito dall'autorità giudiziaria nelle cause dove il padre ha un reddito simile, ma il loro figlio ha bisogni di maggiori entità, accetterebbe molto più facilmente un accordo a base di cui lei riceverebbe un assegno di mantenimento di un importo 2-3 volte più grande, anche se l'accordo significherebbe un maggiore tempo trascorso dal minore con suo padre (in comparazione con la giurisprudenza, dove il genitore che non condivide la responsabilità genitoriale, ha diritto a 4-6 visite a mese (in Bulgaria)).

6.6.2.5. Il carattere esecutivo degli accordi risultanti dalla mediazione e la messa in atto degli accordi omologati mediante una decisione giudiziaria emessa in una giurisdizione estranea

Un'altra funzione importante dell'autorità giudiziaria è di dare, su richiesta delle parti, un carattere esecutivo all'accordo raggiunto dalle parti. Anche se gli accordi risultanti da una mediazione sono spesso messi volontariamente in atto, dato il fatto che riflettono gli interessi e gli accordi convenuti dalle parti in merito al risultato della controversia tra loro, l'opportunità di garantire il carattere esecutivo dell'accordo di conciliazione fornisce maggiori e fondamentali garanzie agli interessi delle parti nel processo di mediazione in molti casi, in cui le parti richiedono tali garanzie (ad esempio, nei casi in cui il grado di fiducia reciproca è abbastanza bassa).

La Direttiva 2008/52 dell'Unione Europea, relativa alla Mediazione, impegna in maniera esplicita gli Stati membri a garantire alle parti di un accordo scritto risultante dall'atto di mediazione la possibilità di richiedere l'esecutività del suo contenuto.

Per conferire un carattere esecutivo a un accordo, si applicano le seguenti norme dell'Unione Europea:

A norma dell'articolo 6(1) della Direttiva per la Mediazione, gli Stati membri dovrebbero garantire "alle parti, o a une di esse con l'esplicito consenso delle altre, la possibilità di chiedere che il contenuto di accordo scritto risultante da un processo di mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di quest accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta oppure se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività". Ai sensi del punto 19 della parte introduttiva della Direttiva, un tale caso potrebbe essere quello in cui "l'obbligo contemplato nell'accordo non possa per sua natura essere reso esecutivo". Riassumendo, **il contenuto dell'accordo dovrebbe essere in conformità con le disposizioni della legislazione dello Stato membro in cui si chiederebbe il titolo esecutivo dell'accordo.**

"Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo attraverso una sentenza, una decisione oppure un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente, **in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta**" (articolo 6 (2)).

"Gli Stati membri indicano alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste" di resa esecutivi degli accordi (articolo 6 (3)).

Il riconoscimento degli accordi resi esecutivi in un Stato membro, negli altri Stati membri è regolamentato dalle seguenti norme:

Il contenuto dell'accordo risultante da mediazione, reso esecutivo in uno Stato membro, dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutori negli altri Stati membri, in base al diritto comunitario o nazionale applicabile. Nelle cause familiari, questo si può realizzare in conformità con il Regolamento (CE) del Consiglio n. 2001/2003, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (*GU L 338, 23.12.2003, p.1. Regolamenti modificati dal Regolamento (CE) n. 2116/2004 (GU L367, 14.12.2004, p.1)* (punto 20 della Direttiva UE, relativa alla mediazione).

Il regolamento (CE) n. 2201/2003 prevede espressamente che, per renderli esecutori in un altro Stato membro, gli accordi *devono essere esecutori nello Stato membro in cui sono stati raggiunti e stipulati*. A tal senso, nel caso in cui il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione, che riguarda aspetti in materia del diritto familiare, non è esecutorio nello Stato membro in cui è stato raggiunto e in cui è stata richiesta la sua esecutività, la presente Direttiva non dovrebbe incoraggiare le parti a eludere le leggi di quello Stato membro rendendo esecutivo l'accordo in un altro Stato membro (punto 21 della Direttiva UE, relativa alla mediazione).

.6.2.6. Il coinvolgimento diretto dei giudici nella risoluzione dei conflitti

Il coinvolgimento o la misura in cui ai giudici si dovrebbe permettere la facilitazione della risoluzione di una controversia tra le parti, non solo la pronuncia di una decisione nella relativa causa, costituisce un argomento ben discusso. In molte legislazioni, è prevista in una misura o altra la possibilità che un giudice incoraggi le parti in divorzio ad arrivare a un accordo oppure gli è comunque consentita qualche flessibilità di facilitazione della risoluzione della controversia nell'aula di giudizio. Anche la Direttiva 2008/52 prevede la probabilità che la mediazione sia condotta da un giudice a condizione che lo stesso giudice "non sia responsabile di alcun procedimento giudiziario concernente la controversia in questione. La mediazione esclude i tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale oppure dal giudice aditi al fine di giungere ad una composizione della controversia nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della medesima" (articolo 3 (a)).

Tuttavia, la maggioranza delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione Europea in cui è stata trasposta la Direttiva 2008/52, ha previsto l'elusione del coinvolgimento diretto di un giudice in mediazione (*Per maggiori dettagli sulle varie soluzioni legislative, vedere EU Mediation Law and Practice, realizzato da Giuseppe De Palo e da Mary B. Trevor, Oxford Press, ottobre 2012*)

Di conseguenza, il giudice sarebbe libero a facilitare il processo di risoluzione dei conflitti tra le parti, entro i limiti stabiliti per legge. In ogni caso, molti giudici sono di parere e dichiarano che possono facilitare il processo di risoluzione delle controversie tra le parti e che pronunciano una decisione basata sugli interessi dichiarati dai partner in corso di divorzio / separazione o dal minore. Spesso, la chiave di risoluzione di una controversia sta nell'arte di fare domande neutre, con l'intento di sapere le priorità delle parti. È possibile che il giudice chieda alle parti che cosa vogliono garantire al loro figlio e come potrebbe contribuire ciascuno alle priorità dichiarate. In caso di un teso conflitto genitoriale, il giudice può decidere di chiedere ai genitori se hanno notato il modo in cui il loro figlio è stato colpito dal conflitto scatenato tra loro, di che cosa avrebbero bisogno per diminuire il conflitto e ridurre lo stress del minore (che soffre maggiormente in caso di un conflitto genitoriale come menzionato), ecc. Molti giudici formati nell'ambito delle tecniche di mediazione dichiarano che è aumentato il numero degli accordi tra le parti nelle aule di giudizio.

6.6.3. Partecipazione dei minori ai procedimenti giudiziari

Parlando di un ambito giurisdizionale o (molto più raramente) un ambito di facilitazione, è possibile prendere in calcolo il problema di partecipazione del minore. In genere, nei diritti nazionali, è previsto il compimento dell'età che permette a un minore di essere ascoltato da un'autorità giudiziaria in un procedimento di divorzio o di determinazione della responsabilità genitoriale, al fine di sapere la preferenza per il genitore con cui vorrebbe abitare e il tipo di rapporto preferito con il genitore che non esercita e non è titolare della genitorialità.

Le opinioni sulla possibilità o le condizioni in cui un minore potrebbe essere ascoltato ai procedimenti giudiziari (entro i limiti delle norme legali in materia) sono molto differenti. Da un alto, l'ascolto di un minore durante un'udienza significherebbe il rispetto del suo diritto di partecipare al processo decisionale e, conseguentemente, contribuirebbe al suo

benessere, perché si pronuncerebbe una decisione in ottemperanza dei bisogni e delle preferenze del minore ascoltato. Tuttavia, è probabile che il minore non sia sempre in grado di manifestare liberamente la sua vera volontà, nel tentativo di non offendere o di non ferire uno o i due genitori o per evitare qualsiasi punizione psicologica ulteriore.

Senz'alcun dubbio, l'ascolto del minore nel corso della causa può essere una tecnica utilizzata per accertare l'interesse del minore. È possibile arrivare a questo risultato a seguito di un ascolto a condizione dell'assicurazione di misure complementari, essendo i genitori incoraggiati oppure aiutati a fare tutte le diligenze per superare il loro conflitto interpersonale, con l'aiuto degli psicologi, dei mediatori o di altri specialisti esperti (in caso contrario, l'autorità giudiziaria ascolterà l'opinione del minore, ma il minore dovrà vivere continuamente in un ambiente enormemente teso).

6.6.4. Come la mediazione e i procedimenti giudiziari rinforzano reciprocamente il loro impatto

Come si evince dall'analisi anteriore, il procedimento giudiziario e la mediazione s'integrano reciprocamente, aiutando le parti a risolvere le divergenze attinenti al divorzio.

La mediazione fornisce delle controparti l'ambito e gli strumenti necessari al fine di raggiungere a un accordo che sia nel loro interesse e di loro figlio e riduce il livello del conflitto interpersonale, **mentre i procedimenti giudiziari incoraggiano** le parti a fare ricorso alla mediazione, sorvegliano il risultato della mediazione e **danno il carattere esecutivo all'accordo raggiunto in mediazione.**

In genere, l'intreccio dei procedimenti giudiziari con la mediazione offre alle parti delle migliori probabilità per fare giustizia, come si considera (formulando l'accordo con l'aiuto dei mediatori, dei giudici e degli avvocati). Tuttavia, è importante stabilire chiaramente i casi in cui la mediazione non porterebbe al risultato desiderato e sarebbero preferibili i procedimenti giudiziari a ruolo strettamente giurisdizionale.

6.6.5. Cause in cui la mediazione non è adatta

Normalmente, la mediazione non sarà probabilmente la più idonea nei casi in cui una delle parti si trovi nell'impossibilità di esprimere liberamente la sua volontà e di prendere una sua decisione in merito al risultato della controversia. La mediazione non sarebbe particolarmente adatta nei seguenti casi (senza l'eshaustività del seguente elenco), e il giudice dovrebbe fare una valutazione e un'analisi preliminare ragionevole in merito alla presenza dei seguenti fattori:

- Nei casi in cui ci siano antecedenti di violenza o un ragionevole dubbio in merito alla loro esistenza o nei casi di minaccia oppure quando è un pregiudicato in tutti i modi il libero arbitrio di una delle parti (anche tramite forti squilibri di potere o la semplice paura rispetto all'altra parte).
- Quando c'è bisogno di protezione (ad esempio, quando si deve mettere fine alla violazione dei diritti di uno dei partner o del bambino).
- Se una delle parti non ha la capacità di assumersi della responsabilità per una decisione perché è mancata dalla capacità personale di prendere decisioni o di rispettarle.

- Quando esiste un terzo che influenza le decisioni della coppia (si tratta spesso dei genitori della coppia. La nostra esperienza ha dimostrato che ai ben oltre alla metà delle coppie in corso di separazione o di divorzio, i genitori esercitano un effetto negativo che continua durante la mediazione o il procedimento giudiziario. Dato che questi terzi non presenti alla mediazione, sono esclusi dalle discussioni che riguardano la cooperazione, e anche quando la coppia può raggiungere un accordo questione, rientrando nell'ambito d'influenza dei terzi, si compromette l'accordo vulnerabile.).
- Quando una delle parti utilizza la mediazione a mala fede, ad esempio soltanto per illustrare un'immagine positiva di se stessa negli occhi dell'autorità giudiziaria – ad esempio, per raffigurare la sua disponibilità di cooperare per arrivare a un accordo nell'interesse dei bambini o per far vedere che è una vittima che fa tanti compromessi e, alla fine, è meritevole della buona volontà dell'autorità giudiziaria.
- Quando una delle parti agisce contrariamente allo scopo di trovare una soluzione e per punire l'altra parte; ad esempio, nel caso in cui il desiderio della vendetta prevalga su qualsiasi altra priorità correlata alla risoluzione della controversia.
- Quando una delle parti soffre di gravi traumi psicologici a seguito del divorzio o della separazione, né la mediazione né la procedura giudiziaria sarebbero dei motivi idonei per la risoluzione della controversia. La parte che si confronta con difficoltà di natura psicologica avrà anzitutto bisogno di un aiuto psicologico per superare lo stato di vulnerabilità in cui si trova e per essere capace di decidere in modo libero, concentrandosi sulle future soluzioni e meno sugli aspetti negativi del passato.

È molto importante menzionare che spesso, mediante la mediazione si raggiungono i migliori risultati quando si fornisce anche consulenza psicologica alle parti attraversanti un divorzio e ai loro figli. Il consulente offre sostegno al livello di qualsiasi persona che è coinvolta e/o la aiuta a far meglio fronte al conflitto e scegliere la cooperazione e agire a via amichevole in relazione con l'altro, tutelando allo stesso tempo i suoi limiti e i suoi bisogni. Quando la legge permette, il giudice può raccomandare anche la consulenza psicologica assieme allo svolgimento del procedimento giudiziario o della mediazione, al fine di aiutare le parti a superare lo stato di conflitto.

6.6.6. Vero impatto – punto di vista di una parte riguardante la mediazione e il procedimento giudiziario

Questo è il riassunto della testimonianza di una parte a seguito della sua esperienza legata al procedimento giudiziario e alla mediazione. La parte è riuscita a raggiungere un accordo con l'ex partner alla corte di appello, dopo una lunga e bellicosa causa di divorzio.

“Hai l'impressione che il procedimento giudiziario è qualcosa di molto incerto – combatti per tuo figlio e provi a dimostrare che sei un miglior padre o una migliore madre, hai la paura di non essere separato/a da tuo figlio, ti senti impotente perché non capisce le regole del gioco, le norme del procedimento in cui sei coinvolto/a. Non sai come aiutare tuo figlio a far fronte alle valutazioni psicologiche e agli ascolti dall'autorità giudiziaria – tuo figlio ha incubi dopo tutte queste valutazioni e questi incontri con gli specialisti e ti senti colpevole per averlo trascinato nella battaglia tra i genitori. Tale conflitto con l'altro genitore acquisisce ampiezza, e il rapporto con il figlio si complica a causa delle norme

giudiziarie del procedimento: devi aiutare tuo figlio, ma la pressione che cade sulle tue spalle è così grande che non puoi essere tanto ricettivo, e non puoi offrire la carezza, il calmo e l'aiuto di cui tuo figlio ha esasperatamente bisogno.

Nella mediazione ti senti in sicurezza. Ti senti liberato perché tuo figlio non soffrirà a causa delle valutazioni degli esperti e delle udienze in Tribunale. Le regole sono chiare. Senti la fiducia che le cose si risolveranno – perché vedi presente anche l'altra parte, quello che potrebbe significare anche per lui/lei di mettere fine al conflitto e di trovare una ragionevole soluzione. Senti che puoi dire le cose veramente importanti per te e sei ascoltato. Puoi capire meglio quello che vuole l'altra parte e quello che puoi offrire tu per arrivare a un accordo. Ti senti sostenuto dal tuo avvocato, che ti aiuta nelle questioni di natura giuridica”.

6.7. Conclusioni

Come risulta dalla dottrina giudiziaria contemporanea, dalle nozioni che riguardano “la responsabilità” per il conflitto e le tendenze di emancipazione dei cittadini nella società, **i procedimenti giudiziari si svolgono in un nuovo contesto sociale che richiede un approccio differente** del processo di risoluzione delle controversie – **non si tratta più di “fare” solo giustizia tra le persone**, interpretando e applicando la norme legali ai casi dati, ma si tratta piuttosto di **consentire alla gente di prendere parte al processo di elaborazione di un “modello di giustizia”** che sia ritenuto a gradimento della loro vita.

Perché le persone sentano che è una cosa “onesta e corretta”, è fondamentale il rispetto dei bisogni umani.

Se ammettiamo che il **conflitto** generatore del divorzio è stato **creato** dai due partner e che conseguentemente, **dovrebbe essere risolto con la loro partecipazione attiva** e, allo stesso tempo, che in un divorzio, il conflittuale genitoriale è il primo fattore dannoso per il bambino, e che **il mantenere del rapporto** tra i vecchi membri del nucleo della famiglia è enormemente importante per il rispetto dei bisogni dei bambini, **è chiaro che vi è la necessità della partecipazione attiva dei genitori per il rispetto dei bisogni e degli interessi dei figli.**

Per se stesso, il procedimento giudiziario non mira la risoluzione dei conflitto tra i genitore e la formulazione di una decisione concepita per le esigenze delle parti.

Di conseguenza, **i procedimenti giudiziari familiari devono essere ripensati** al fine di servire meglio gli interessi e i reali bisogni del bambino e dei genitori nel corso di un divorzio / una separazione. Tale riassetto sta già accadendo. Già dalla fine degli anni '70 del secolo XX, **il paradigma dell'esercizio unico della responsabilità genitoriale, basato su accuse e orientato al passato, utilizzato nei procedimenti giudiziari di divorzio, ha conosciuto una continua trasformazione, divenendo un paradigma mancato da accuse e orientato verso l'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale**, centrato prevalentemente sui reali interessi del minore.

Per gestire la transizione dai coniugi avversari ai partner che cooperano per la crescita del loro figlio, costruendo un proprio “modello di giustizia”, **i genitori in divorzio hanno bisogno di procedure orientate verso il futuro che incoraggiamo la cooperazione**

e che sviluppano tali capacità. Il regime di mediazione aiuta i genitori nel corso di divorzio a sviluppare e a mettere in atto un piano personalizzato di adempimento dei doveri genitoriali correnti.

Al fine di trarre i benefici del processo di mediazione, le parti devono conoscerlo meglio. La necessità di rendere informati i coniugi in divorzio in merito alla mediazione e il grado ridotto di consapevolezza della mediazione al livello di una società conferiscono alle autorità giudiziarie un ruolo sociale aggiuntivo molto importante – quello d’informare e invitare, se del caso, controparti a fare ricorso alla mediazione.

Così come risulta dall’analisi svolta in precedenza, **il procedimento giudiziario e la mediazione riescono a integrarsi reciprocamente**, aiutando le parti a risolvere le controversie legate al divorzio. La mediazione mette alla disposizione delle controparti **l’ambito e gli strumenti necessari** per stabilire un accordo che sia nel loro interesse e del loro figlio e riduce il livello del conflitto interpersonale, mentre **i procedimenti giudiziari incoraggiano** le parti a ricorrere alla mediazione, **sorvegliando** il risultato della mediazione al fine di tutelare gli interessi del minore e **offrendo un carattere esecutivo all’accordo raggiunto in mediazione.**

Capitolo 7: Raccomandazione e invito alla mediazione da parte dei giudici, attuazione dell'articolo 5, Direttiva 2008/52/EC

*“L'equità governa a un livello dove la giustizia non ha sempre accesso”
– autore sconosciuto*

7.1. Premesse

Il Parlamento Europeo e il Consiglio dell'Unione Europea hanno adottato, il 21 maggio 2008, la Direttiva 2008/52/EC, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile commerciale. L'obiettivo degli Stati membri e del Consiglio è stato di migliorare la cooperazione giudiziaria e l'accesso al sistema giudiziario nelle materie civili, aspetti fondamentali per il buon funzionamento del mercato interno. Il legislatore europeo è di parere che la mediazione fornisce numerosi benefici, essendo una via extragiudiziale, veloce e conveniente per la risoluzione delle controversie, essendo allo stesso tempo un processo che si adatta ai bisogni delle parti. In più, le parti mantengono un rapporto amichevole e durevole. Come previsto dall'art. 1 della Direttiva, si prefigge l'obiettivo di *“facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole della medesima, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”*.

Nei nostri tempi, la mediazione è stata inserita nella legislazione di molti Stati membri dell'UE grazie alla Direttiva UE riguardante la Mediazione adottata di recente, la quale stabilisce le norme standard riferite alla pratica e alla trasposizioni della mediazione. I giudici si confrontano sempre più spesso con la difficoltà del come possono assicurare alle parti comparenti davanti loro il diritto di accesso al sistema giudiziario, in particolar modo ricorrendo alla mediazione. I giudici rivestono un ruolo fondamentale nel garantire che si fa veramente ricorso alla mediazione, invitando le parti a parteciparvi (articolo 5 della Direttiva). Man mano che i giudici si sentiranno confortevoli a invitare le parti in conflitto a ricorrere alla mediazione, le stesse parti avranno da guadagnare. Un'autorità giudiziaria può invitare le parti a ricorrere alla mediazione dopo aver preso atto di tutte le circostanze di quel caso e non solo se vi è del caso.

S'indica inoltre che il giudice ha la possibilità d'invitare le parti a un incontro informativo riguardante la mediazione se tali incontri si organizzano e sono facilmente accessibili. Di conseguenza, si riducono i costi, si risparmia del tempo anche a favori delle autorità giudiziarie e, in linee generali, si migliora la qualità del procedimento di risoluzione delle controversie.

Tenendo conto anche delle ambiguità sopra delimitate, la Direttiva indica che il ricorso alla mediazione può essere non solo suggerito, ma anche imposto alle parti da parte delle autorità giudiziarie. Facendo un'analisi dei diritti nazionale, si potrà in effetti vedere che il ricorso alla mediazione è condizionato dal consenso delle parti (il caso d'Italia, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Grecia e Romania). La definizione del concetto di mediazione, come previsto dalla Direttiva, ha eliminato l'assistenza alla risoluzione delle controversie dei giudice che giudicavano la causa stessa, ma ha compreso l'assistenza di quei giudici che non erano coinvolti nel procedimento. Di conseguenza, essa include non solo le conciliazioni effettuate in Italia dal tradizionale giudice di pace, ma anche la nuova figura del cosiddetto giudice-mediatore, presente in pratica e nella legislazione

degli Stati europei. L'apparizione delle mediazione moderna alla fine del secolo scorso ha determinato alcune autorità giurisdizionali di prevedere l'invio delle cause a mediatori privati, estranei dal procedimento, oltre alle composizioni amichevoli emesse e assistite dal giudice della causa.

La Direttiva riconosce che molte autorità giurisdizionali incoraggiano le controparti di tentare la risoluzione delle controversia ricorrendo alla mediazione, ai sensi dell'art. 5.1, nelle seguenti condizioni:

L'organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Può altresì invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla mediazione se tali sessioni hanno luogo e sono facilmente accessibili.

L'articolo 5.2 include la seguente disposizione importante:

La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

Tenuto conto di questo quadro generale di riferimento riguardante il ruolo del giudice e le funzioni pratiche esercitate dai giudici nei sistemi giuridici in cui la mediazione viene applicata nell'ambito degli schemi alternativi, le operazioni più comuni dei giudici svolte a sostegno della mediazione (in ordine all'estensione dell'attività svolta dal giudice nel processo d'invito o invio alla mediazione) sono:

- **decidere sull'idoneità** della mediazione per ogni singola causa – al momento della revisione della causa o ulteriormente, nell'aula di giudizio, dove è possibile tenere conto anche dell'atteggiamento delle parti e degli avvocati;
- **precisare la possibilità della mediazione** – i giudici possono fare riferimento a un certo programma di mediazione giudiziaria nel caso in cui ci sia un tale tipo di programma oppure alla mediazione in genere. Di solito, i giudici ne fanno una precisazione nella comunicazione iniziale verso le parti, in conformità con il diritto procedurale nazionale, nonché nell'aula di giudizio – alla prima udienza oppure ad altre udienze successive;
- **informare le parti in merito ai vantaggi della mediazione** – è stato dimostrato che in pratica, i giudici possono motivare meglio alle parti il ricorso al processo di mediazione, precisando i suoi benefici. Le parti hanno la tendenza di seguire la raccomandazione del giudice di ricorrere alla mediazione, soprattutto quando vedono che il giudice ha fiducia nella mediazione e la consiglia come opportunità di raggiungimento di un risultato positivo per le parti;
- **discutere con gli avvocati** in merito alle opportunità offerte dalla mediazione – è molto importante discutere con gli avvocati e incoraggiare il ricorso al processo di mediazione, dato che questi sono quelli che decideranno l'effettivo ricorso alla mediazione – nella maggior parte dei casi, le parti seguiranno il loro consiglio;

- **pianificare una sessione informativa** sulla mediazione – con un mediatore o un cancelliere – potrebbe realizzarsi nei casi in cui, nel regolamento speciale delle autorità giudiziarie in materia d’invio alla mediazione o nel diritto applicabile, sia previsto una tale opportunità;
- **fissare un giorno** per la mediazione, obbligando le parti a partecipare a almeno un incontro di mediazione – solo se il diritto procedurale o il regolamento delle autorità giudiziarie prevedono una tale possibilità;
- **trasporre il risultato** della mediazione in una decisione o sentenza – ai sensi del diritto processuale applicabile. Se le parti raggiungono un accordo, i giudici dovrebbero prenderne atto a condizione di adempimento dei requisiti legali per l’ammissione e l’omologazione di un tale accordo. Nel caso in cui le parti abbiano raggiunto un accordo con riguardo ad aspetti aggiuntivi che non fanno l’oggetto di una causa pendente, nella maggioranza dei sistemi giudiziari, i giudici non ammetteranno un tale accordo. Nel caso in cui le parti non raggiungano alcun accordo o raggiungano un accordo parziale, il giudice continuerà a giudicare tutti le questioni irrisolte. Qualora le parti non abbiano bisogno dell’approvazione del giudice per l’esecuzione dell’accordo oppure non lo portino alla conoscenza del giudice, la causa sarà respinta.

L’autorità giudiziaria ha notato che in un ambiente informale, alle parti è consentito di esprimere più facilmente le loro preoccupazioni, le paure, i dubbi, ecc., essendo molto più probabile la risoluzione dei problemi in condizioni ottime e di equità in comparazione con la situazione in cui le parti si trovano sotto la pressione del sistema giudiziario.

E va tenuto presente che grazie al rispetto ispirato dalle autorità giudiziarie, l’invito di un giudice di fare ricorso alla mediazione acquisisce più peso e senso rispetto all’invito che è fatto da un avvocato, un consulente o un altro istituto.

È importante precisare che il sostegno manifestato da un giudice verso le parti, a favore della mediazione – nell’aula di giudizio e nei documenti giudiziari –, si è dimostrato di essere uno dei migliori incentivi perché le parti ricorrano alla mediazione perché sono più confidenti nel processo.

I giudici possono assistere le parti durante la mediazione per raggiungere un accordo, ma solo nei Paesi in cui una tale prerogativa è stata prevista per i giudici.

Nella Direttiva 2008/52 riguardante la Mediazione è previsto che un giudice può agire come mediatore ai sensi della legislazione nazionale, purché non sia coinvolto o non sia responsabile di alcun procedimento giudiziario relativo alla questione o alle questioni oggetto della controversia. Di conseguenza, si prevede un aumento dei Paesi in cui ai Giudici è permesso di fare mediazione, e questo in un prossimo futuro.

Anche nei Paesi in cui i giudici non possono fare mediazioni, loro usufruiscono di altre prerogative che gli consentono di sostenere le parti nel ricorso alla mediazione. Ai sensi delle legislazioni di molti Stati europei (con un sistema giudiziario continentale), i giudici hanno generalmente l’autorità d’invitare oppure d’incoraggiare le parti a raggiungere un accordo ed, eventualmente, a conciliarsi. I metodi e le tecniche che i giudici possono

utilizzare a tal senso sono raramente previsti. Pertanto, molti giudici di tutta l'Europa hanno un atteggiamento proattivo, ponendo le domande giuste, moderando un dialogo costruttivo tra le parti, ecc., per aiutare le parti a raggiungere un accordo.

Un altro metodo per aiutare le parti a raggiungere un accordo è dato dagli incontri di conciliazione, procedura che può essere avviata da qualsiasi parte (di solito, attraverso una convocazione alla conciliazione diretta) oppure ordinata da un'autorità giudiziaria come fase che precede la presentazione della causa in tribunale. Di solito, gli incontri sono gestiti dai giudici che facilitano le comunicazioni tra le parti, organizzano incontri separati, ma anche comuni con le parti, e dopo l'ascolto di tutti i fatti, interessi e opzioni, possono proporre un accordo (http://en.wikipedia.org/wiki/Settlement_offer).

7.2. Regolamento riguardante l'invio e l'invito a mediazione da parte delle autorità giudiziarie negli Stati membri dell'Unione Europea

7.2.1. Austria

L'autorità giudiziaria può (e deve in materia del diritto familiare e patrimoniale) assistere le parti in tutte le fasi processuali per la risoluzione della controversia e, se necessario, possono informare le parti in merito agli istituti competenti per ADR. Al momento della trasposizione della Direttiva, non è approfittato dell'occasione per prevedere l'obbligo generale del ricorso alla mediazione. Tuttavia, il quadro legale di Austria incoraggia in genere la composizione amichevole delle controversie in tutte le fasi processuali. Sotto la riserva delle eccezioni presentate in precedenza, secondo l'approccio personale del giudice della causa, questo collaborerà con le parti per raggiungere un accordo oppure per fornire informazioni riguardanti gli istituti che forniscono i servizi di mediazione.

7.2.1. Belgio

La Direttiva lascia impregiudicata la facoltà degli Stati membri di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione. In linee generali, in Belgio, la mediazione resta una procedura volontaria anche se è proposta da un giudice. I Tribunali possono inviare in mediazione una causa in qualsiasi fase procedurale fino alla presentazione delle conclusioni. L'invio in mediazione può essere fatto all'iniziativa del giudice, con il consenso delle parti; le parti possono richiedere loro stesse la mediazione.

Come già detto, nelle causa di divorzio, il Giudice è tenuto a informare le parti in merito alla possibilità di ricorrere alla mediazione e ha il diritto, a sua iniziativa, di sospendere la causa per consentire alle parti il ricorso alla mediazione.

Se nel contenuto di un contratto è previsto il ricorso alla mediazione, allora in caso di un eventuale conflitto, se una parte chiama in giudizio l'altra parte, il Giudice può ordinare la sospensione della causa solo se la parte interessata solleva questa eccezione (*art. 1725*) (*in questi casi, il giudice non può sospendere la procedura da propria iniziativa*).

7.2.3. Bulgaria

In genere, a sua discrezione, l'autorità giudiziaria dispone della prerogativa di proporre alle parti il ricorso alla mediazione. Nelle cause di divorzio, l'autorità giudiziaria è tenuta a proporre la mediazione (le parti non sono tenute ad accettarla).

Prima della trasposizione della Direttiva riguardante la Mediazione in Bulgaria, l'invio in mediazione dall'autorità giudiziaria era regolamentato per la Legge della mediazione del 2004. L'invio in mediazione è stato consolidato attraverso le misure procedurali riferite alla mediazione, previste nel Codice di procedura civile del 2008, nonché attraverso una serie di misure educative mirate ad aumentare il livello di consapevolezza della gente per quanto riguardava la mediazione.

Le regolamentazioni attuali riguardanti l'invio alla mediazione dalle autorità giudiziarie, nonché la loro implementazione dai giudici, sono pienamente allineate alle disposizioni della Direttiva che riguarda la mediazione: un organo giurisdizionale investito di una causa può, se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso stesso, invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia. Ci sono, tuttavia, determinati aspetti della Direttiva, relativa alla Mediazione, che mirano l'invio in mediazione dalle autorità giudiziarie, che non stati implementati al momento in cui nel corso della primavera del 2011, l'Assemblea Nazionale faceva le revisioni della legislazione per trasporre la Direttiva (ad esempio, gli incontri preliminari informativi).

La legislazione non è stata soggetta di variazioni in merito all'invito alla mediazione da parte delle autorità giudiziarie, dopo la trasposizioni della Direttiva. L'autorità giudiziaria ha in genere la prerogativa, lasciata a sua discrezione, di "proporre alle parti il ricorso alla mediazione per la risoluzione delle controversie tra loro" (*articolo 11 della Legge della Mediazione*). Il Codice di procedura civile prevede la programmazione in tempo e i metodi riguardanti l'invio alla mediazione, nonché le relative conseguenze.

Nelle cause in materia civile e commerciale, l'autorità giudiziaria ha in linee generali la prerogativa "d'inviare le controparti in mediazione al momento della prima udienza in sessione pubblica" (*articolo 140, par. 3 e articolo 374, par. 2 del Codice di procedura civile*). Le parti possono essere invitate alla mediazione a quel momento o possono decidere loro stesse di fare ricorso alla mediazione in qualsiasi fase processuale. Se le parti consentono di ricorrere alla mediazione, la causa può essere rinviata o sospesa secondo la loro scelta (*articolo 229, par. 1(1) del Codice di procedura civile*). Di solito e in pratica, le parti possono partecipare agli incontri di mediazione tra due udienze.

Nelle cause di divorzio, durante la prima udienza, l'autorità giudiziaria avrà l'obbligo di raccomandare alle parti il ricorso alla mediazione o un'altra procedura di composizione amichevole della controversia. Se le parti consentono di ricorrere alla mediazione, la causa di divorzio sarà (testo mancante).

7.2.4. Croazia

Ai sensi della Legge di procedura civile del 2008, tutte le autorità giudiziarie di Croazia possono organizzare programmi di mediazione, e i giudici possono inviare le cause a mediazione all'interno dei loro Tribunali o ai centri esterni di mediazione. La mediazione ha carattere volontario.

Di conseguenza, i giudici non possono obbligare le parti a fare ricorso alla mediazione, e le parti che rifiutano il ricorso alla mediazione, non subiranno alcuna conseguenza.

7.2.5. Cipro

Ai sensi della Legge del 2012, è consentito solo il ricorso volontario alla mediazione. Le autorità giudiziarie non possono obbligare le parti al ricorso alla mediazione. La forza coercitiva delle autorità giudiziarie è limitata alla convocazione delle parti a un'udienza "di orientamento" per essere informate sulla possibilità del ricorso alla mediazione. A differenza dalle disposizioni dell'art. 5(1) della Direttiva, la sezione 21(1) della Legge (*la Legge della Mediazione di Cipro*) non fa alcun riferimento espresso alle sessioni di tipo informativo sul ricorso alla mediazione. Gli obblighi previsti dalla legge per gli organi giurisdizionali d'informare le parti in merito ai fini della mediazione, come definiti nella sezione 3(1), non sono così restrittive.

7.2.6. Repubblica Ceca

Ai sensi del Codice di Procedura Civile, l'autorità giudiziaria investita con la risoluzione di una controversia, nel corso del procedimento giudiziario, quando si rende pratico e utile, può consigliare alle parti un incontro introduttivo di tre ore assieme a un mediatore accreditato.

Secondo le disposizioni attuali del Codice di procedura civile, l'autorità giudiziaria può ordinare alle parti la partecipazione a negoziazioni o mediazione per la risoluzione della controversia a via amichevole oppure a sessioni di terapia familiare se nella causa sono coinvolti anche dei minori. Nel caso in cui le parti accettino la partecipazione all'accordo preso amichevolmente, l'autorità giudiziaria rinverrà il procedimento fino a quando non lo è contrario all'oggetto della questione in causa. L'autorità giudiziaria può prevedere delle condizioni per prorogare il termine di rinvio; ad esempio, l'autorità giudiziaria può ordinare alle parti la fornitura d'informazioni sullo svolgimento e sul risultato dell'accordo risultante dalle negoziazioni oppure dalla mediazione. Le parti non sono tenute a fornire le informazioni comunicate durante la mediazione o le negoziazioni che si riflettono nel risultato della procedura (nell'accordo negoziato o mediato).

Secondo la versione aggiornata della Legge della Mediazione, l'autorità giudiziaria può disporre la partecipazione a un primo incontro di tre ore con un mediatore, ordinando la sospensione temporanea del procedimento ma non oltre a tre mesi.

A questo primo incontro di tre ore, il mediatore informerà le parti in merito alla possibilità del ricorso alla mediazione. Le spese con l'incontro obbligatorio sono considerate spese di giudizio e saranno corrisposte dalle parti. L'ammontare delle spese e la durata di tale incontro (tre ore) sono limitati. La vera e propria procedura di mediazione è di carattere completamente volontario, e le parti possono stipulare con il mediatore un contratto e stabilire la tariffa per i suoi servizi.

7.2.7. Danimarca

Le parti sono invitate dal giudice a prendere atto della sua opinione, all'interno di una procedura opzionale di conciliazione, dopo l'udienza o il giudizio della causa, quando l'autorità giudiziaria formula la possibile decisione.

Mediazione giudiziaria: Dopo l'avvio della risoluzione di una controversia dalle parti, l'autorità giudiziaria le presenterà un memorandum d'informazione in merito alle regole della mediazione giudiziaria. L'inizio del processo di mediazione è a carico delle parti. In

certi casi, il giudice può rifiutare la richiesta delle parti di ricorrere alla mediazione, ma la decisione può essere contestata.

7.2.8. Estonia

Secondo il diritto nazionale di Estonia, il ricorso alla mediazione ha in termini generali un carattere volontario. All'articolo 1 della Legge della conciliazione, è previsto che la mediazione può costituire un prerequisito obbligatorio del procedimento giudiziario se la legge stabilisce espressamente un tale prerequisito.

Non esiste alcun ordinamento che obblighi le parti a partecipare alla mediazione prima del procedimento giudiziario, ma l'autorità giudiziaria e i rappresentanti legali delle parti incoraggiano le parti stesse a ricorrere alla mediazione.

7.2.9. Finlandia

Già dal 2006, i giudici hanno agito come mediatori nella mediazione giudiziaria. Il loro ruolo non consiste solo nell'invio le parti in mediazione, a un mediatore oppure un'altra organizzazione. La mediazione giudiziaria può essere iniziata attraverso due metodi: quando una delle parti presenta all'autorità giudiziaria una richiesta di mediazione, sia prima sia durante il procedimento giudiziario, oppure se il procedimento è già pendente e l'autorità giudiziaria raccomanda la mediazione da propria iniziativa.

Il giudice ha il compito di valutare l'opportunità di una composizione amichevole della controversia da parte delle parti. La mediazione è compiuta dal giudice che è investito con la risoluzione della causa. A questo punto, le parti hanno diritto di chiedere un certo giudice.

7.2.10. Francia

Il giudice può inviare la controversia in mediazione in qualsiasi momento nel corso dei procedimenti giudiziari fino alla decisione deliberata dell'autorità giudiziaria. In alcune materie, come per esempio il diritto del lavoro oppure il diritto della famiglia, dove vi è la necessità di una fase preliminare di conciliazione, il giudice può ordinare alle parti di partecipare a un incontro con un mediatore per essere informati in merito alla procedura di mediazione. Ulteriormente, le parti non sono tenute a ricorrere alla mediazione.

L'invio alla mediazione dall'autorità giudiziaria è previsto nel Decreto del 2011, correlato ad altri ordinamenti. Nell'art. 22 del Decreto del 2011 e nel Codice di procedura civile, sono stabilite le condizioni in cui le autorità giudiziarie di diritto civile possono inviare le cause a un mediatore, la durata della missione del mediatore e la chiusura del processo di mediazione. A norma dell'articolo 22 della Legge del 1995, un giudice investito con la risoluzione di una causa civile o commerciale può, con il consenso delle parti, nominare un mediatore giudiziario. La Corte di Cassazione è l'unica autorità che non può inviare le cause in mediazione, dato che il ruolo di questa autorità non mira la risoluzione delle controversie, ma la revisione dell'applicazione della legge dalle autorità giurisdizionali inferiori.

7.2.11. Germania

Le autorità giudiziarie possono mandare una causa in mediazione solo con il consenso delle parti. Ai sensi dell'art. 278, par. 2 del Codice di procedura civile (ZPO), le autorità giudiziarie di diritto civile devono iniziare le udienze con un incontro di conciliazione nel corso del quale il giudice è tenuto a discutere con le parti tutti gli aspetti di fatto e diritto, nonché a fare domande se caso. Ai sensi dell'art. 278, par. 1 del Codice di procedura civile (ZPO), in ogni fase processuale della controversia, il giudice deve fare le diligenze per la composizione amichevole della controversia.

Ai sensi dell'art. 15 della Legge Introduttiva al Codice di procedura civile, il legislatore regionale previsto che le controversie delle cause di minore entità / valutate a oppure fino all'importo pari a EURO 750,00 / le controversie contro i vicini di casa e i processi civili di calunnia sono ammissibili in maniera esclusiva dopo il tentativo di conciliazione amichevole. Di più, una disposizione del Codice di procedura civile in Germania (ZPO) è stata modificata, in senso che l'invito delle cause in mediazione o ADR dalle autorità giudiziarie deve recare il consenso delle parti (*art. 278, par. 6 di ZPO*).

Ai sensi dell'art. 135 del Codice di procedura in materia familiare, l'autorità giudiziaria può obbligare le parti di partecipare a un incontro informativo sulla mediazione. In certi casi, l'autorità giudiziaria proporrà la composizione amichevole della controversia. Ai sensi dell'art. 156, nelle cause che coinvolgono minori, l'autorità giudiziaria consiglierà la mediazione, se del caso, o altre forme di risoluzione amichevole delle controversie.

Ai sensi dell'emendamento all'art. 253 (3) del Codice di procedura civile, la richiesta di chiamata in giudizio (*Klageschrift*) deve informare il giudice in merito alle diligenze delle parti per la risoluzione della controversia in mediazione, prima della presentazione della causa in tribunale, nonché ai motivi che escludono la mediazione.

Ai sensi dell'emendamento all'art. 278 (5) ZPO, è prevista la possibilità di trasferire le parti a un altro giudice che agisce in qualità di conciliatore (*Güterichter*) nel corso in un incontro di conciliazione. Questo incontro di conciliazione non deve essere confusa con la mediazione giudiziaria. La remissione della causa a un "giudice-conciliatore" rimane alla discrezione assoluta dell'autorità giudiziaria e non può essere rifiutata dalle parti. Il "giudice-conciliatore" ha la prerogativa di fissare un giorno di udienza obbligatoria, ciò che non è possibile nel caso della mediazione giudiziaria. Di più, il "giudice-conciliatore" ha il diritto di leggere il fascicolo della causa senza il consenso preliminare delle parti.

Inoltre, ai sensi dell'emendamento all'art. 278a di ZPO, è prevista la possibilità d'invitare alla mediazione giudiziaria. Il procedimento giudiziario sarà sospeso per la durata della procedura di mediazione. In sede della mediazione giudiziaria, le parti hanno il diritto di scegliere un mediatore. Se il mediatore è un giudice, egli deve prendere atto di tutti i requisiti statuari, come per esempio l'obbligo alla riservatezza, l'obbligo riguardante la divulgazione, le sessioni di formazione ed educazione. In più, attraverso differenti tipi di contratti, le parti possono assumersi l'obbligo di non arrivare in Tribunale se prima non hanno tentato la composizione amichevole della controversia. Le autorità giudiziarie sono tenute a prendere atto di tali contratti, e se non sono invocate delle eccezioni per la nullità del contratto, l'autorità giudiziaria deve dichiarare l'improcedibilità della causa. La Corte Costituzionale Federale ha deciso che non rappresenta motivo di violazione del diritto a un processo giusto nel caso in cui le autorità giudiziarie ritengono le

clausole contrattuali sulla mediazione di carattere obbligatorio che devono essere ottemperate prima dell'avvio del procedimento giudiziario.

7.2.12. Grecia

Le autorità giudiziarie possono sollecitare alle parti di partecipare alla mediazione in ogni fase processuale del procedimento giudiziario. L'invio della causa in mediazione da parte dell'autorità giudiziaria può essere iniziato da un'autorità giudiziaria estranea. La Legge della Mediazione apre alcune strade verso la mediazione. In primo luogo, ai sensi dell'art. 3(1), la mediazione può essere predisposizione all'iniziativa delle parti, prima o dopo la presentazione della domanda di chiamata in giudizio (*lispendens*). In secondo luogo, a norma del secondo punto del medesimo articolo, la mediazione può essere iniziata se le autorità giudiziarie richiedono alle parti il ricorso alla mediazione. La richiesta dell'autorità giudiziaria può intervenire in qualsiasi fase processuale, secondo la causa giudicata e con la considerazione delle particolarità dell'oggetto della causa.

7.2.13. Ungheria

Se l'autorità giudiziaria considera che la controversia possa essere risolta con successo in sede di mediazione, il giudice può suggerire alle parti il ricorso alla mediazione nel corso delle fasi del procedimento giudiziario. In più, in sede della prima udienza in una controversia in materia del diritto del lavoro, l'autorità giudiziaria inviterà le parti a tenere in visione la composizione amichevole del conflitto. Nelle cause di divorzio, l'autorità giudiziaria è tenuta a tentare il raggiungimento di un accordo in sede di prima udienza (per salvaguardare il matrimonio).

7.2.14. Irlanda

La disposizione 3(1) del Regolamento riguardante la Mediazione riflette interamente le disposizioni dell'articolo 5(1) della Direttiva. Tenuto conto della richiesta delle parti o da propria iniziativa, l'autorità giudiziaria può invitare le parti a ricorrere alla mediazione per la risoluzione della controversia o può ordinare alle parti di partecipare a una sessione informativa riguardante l'applicazione e l'azione della mediazione. L'autorità giudiziaria dovrebbe valutare e analizzare se ci sono ragionevoli probabilità che la mediazione sia di successo e se assisterà le parti nella risoluzione della controversia.

È stato emesso un numero sempre maggiore di decisioni e disposizioni legislative che prevedeva la competenza dell'autorità giudiziaria di sospendere il procedimento da sua iniziativa o in base alla richiesta di una delle parti, per consentire alle parti di prendere in considerazione il ricorso alla mediazione o alla conciliazione.

7.2.15. Italia

Il 21 giugno 2013, il governo italiano ha approvato il Decreto legislativo n. 69. Le nuove norme sulla mediazione sono diventate legge, adottata dal Parlamento il 9 agosto 2013. Il 20 settembre 2013, sono entrate in vigore delle nuove norme.

Le norme riguardanti la mediazione obbligatoria sono state reinserite all'articolo 5, 1bis del Decreto legislativo n. 28. L'articolo 5, 1 bis è vigente per un periodo di quattro anni

fino al settembre 2014. Inoltre, dopo due anni dall'adozione delle norme, nel settembre 2015, il Ministero della Giustizia farà una loro valutazione intermediaia.

I seguenti casi fanno l'oggetto della mediazione obbligatoria: locazioni, diritti immobiliari, divisione, successioni, noleggi, prestiti, società di noleggio, malpraxis in settore medico e sanitario, diffamazione mediante la stampa oppure altri mezzi di pubblicità, contratti, assicurazioni e servizi bancari e finanziari. Inoltre, con la nuova legislazione, sono state inserite delle nuove norme riguardante la mediazione, nonché una procedura senza carattere obbligatorio, applicabile a qualsiasi controversia civile o commerciale in merito a questioni diverse da quelle sopra elencate.

Secondo queste nuove norme, i giudici hanno ora la prerogativa di ordinare alle parti il ricorso alla mediazione in ogni fase della controversia. Valutando la natura della causa, il giudice può invitare le parti a continuare la mediazione anche durante il procedimento d'impugnazione. Gli avvocati hanno l'obbligo d'informare i clienti in merito all'alternativa della mediazione, nonché di menzionare i vantaggi fiscali della procedura. Nel caso in cui l'avvocato non informi il clienti in merito alla mediazione, il cliente può invocare la nullità del contratto di assistenza giuridica. L'informazione deve essere fatta per scritto e controfirmata dal cliente. Se il documento non è allegato alla richiesta di chiamata in giudizio, il giudice informerà le parti sulla mediazione.

Il processo di mediazione non deve durare più di quattro mesi. Nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo, tenuto conto della richiesta delle parti, il mediatore deve fare una proposta, lasciando impregiudicata la libertà delle parti di accettarla per risolvere la controversia. La proposta in questione deve essere comunicata alle parti per scritto, e nel caso in cui le parti non rispondano, la mancanza della risposta dovrà essere ritenuta come rifiuto (*art. 11*), ciò che coinvolgerà effetti negativi sulla distribuzione delle spese di giudizio (*art. 13*). È possibile ordinare che la parte vincente della causa, ma la quale non ha accettato la proposta del mediatore, paghi le spese alla controparte.

7.2.16. Lettonia

Attualmente, ai sensi del Codice di procedura civile, l'autorità giudiziaria è competente in linee generali a proporre alle parti il ricorso alla mediazione. All'entrata in vigore della Legge della Mediazione, le autorità giudiziarie avranno la prerogativa d'inviare le cause in mediazione, suggerendo la designazione di un mediatore da un albo oppure elenco di mediatori accreditati.

7.2.17. Lituania

Ai sensi dei principi dell'art. 5 della Direttiva, l'articolo 3(3) della Legge della mediazione permette a un'autorità giudiziaria investita con il giudizio di una causa civile d'invitare le parti alla composizione amichevole della loro controversia, attraverso una mediazione di conciliazione. Le parti possono scegliere tra la mediazione giudiziaria o extragiudiziaria. L'invio alla mediazione giudiziaria può essere fatto all'invito dell'autorità giudiziaria o in base alla richiesta delle parti. Non è stato chiaramente previsto se il giudice è tenuto a rispettare la richiesta di una parte riguardante la mediazione.

7.2.18. Lussemburgo

In qualsiasi momento del procedimento giudiziario, il giudice può invitare le parti a fare un ricorso alla mediazione, dall'iniziativa del giudice (con il consenso delle parti) o alla richiesta comune delle parti. La legge prevede la mediazione giudiziaria speciale nelle materie del diritto familiare: divorzio, divisione di beni e altri aspetti rilevanti.

7.2.19. Malta

L'organo giurisdizionale ha l'autorità d'invitare le parti alla mediazione. L'invito al ricorso alla mediazione può avere luogo in base alla richiesta comune delle parti oppure dalla propria iniziativa dell'autorità giudiziaria, nel caso in cui il giudice rilevi che il conflitto si può risolvere attraverso la mediazione.

Ai sensi dell'art. 18(1) e (2) della Legge della Mediazione, l'invito alla mediazione può avere luogo in base alla richiesta comunemente formulata dalle parti o in base all'invio della causa in mediazione dall'autorità giudiziaria, se il giudice considera che il conflitto possa essere risolto adeguatamente attraverso la mediazione.

7.2.20. Polonia

L'autorità giudiziaria può emettere una decisione d'invito alla mediazione, da propria iniziativa o alla richiesta delle parti. Se, nel corso del procedimento giudiziario, le parti intendono ricorrere alla mediazione, possono presentare all'autorità stessa una richiesta comune a tal proposito.

Ai sensi dell'art. 10 del Codice di procedura civile, tutte le cause civili in cui l'accordo amichevole è consentito, possono essere inviate in mediazione. In conseguenza di tale disposizione, sono inviate in mediazione quasi tutte le cause civili, comprese quelle in materia del diritto della famiglia, del lavoro e le cause commerciali. Il diritto nazionale di Polonia non prevede alcun criterio specifico riguardante la selezione delle cause da inviare in mediazione.

Tuttavia, ci sono alcune limitazioni merito a quanto spesso e quando può un'autorità giudiziaria fare l'invio della causa in mediazione. Ad esempio, un'autorità giudiziaria può inviare una causa in mediazione una sola volta nel corso del procedimento giudiziario, e l'autorità giudiziaria può disporre l'invio della causa in mediazione solo alla fine della prima udienza. Ulteriormente, l'autorità giudiziaria può inviare la causa in mediazione solo in base alla richiesta comune delle parti.

7.2.21. Portogallo

È lasciato, alla discrezione del giudice investito con la risoluzione della controversia in materia civile, l'invito delle parti alla mediazione, nel caso in cui una oppure più parti non siano espressamente contrarie. Nella fase di pre-mediazione, il giudice agisce come mediatore, informando le parti in merito ai benefici e agli svantaggi della mediazione. La legge non prevede la capacità delle parti d'iniziare volontariamente la mediazione dopo la presentazione della causa in tribunale.

7.2.22. Romania

Ai sensi dell'articolo 6 della Legge del 16 maggio 2006 n. 192, relativa alla mediazione e all'organizzazione della professione di mediatore, gli organi giurisdizionali e arbitrali, nonché le autorità con poteri giurisdizionali, informano le parti sulla probabilità e sui benefici della procedura di mediazione e invitano le parti a ricorrere a questa alternativa per la risoluzione dei conflitti tra loro.

L'autorità giudiziaria può inviare in mediazione una causa atta ai tali fini. Il giudice, a sua discrezione e tenuto conto delle circostanze, può invitare le parti a ricorrere alla mediazione in ogni fase processuale. A questo fine, il giudice può invitare le parti agli incontri informativi sulla mediazione.

7.2.23. Slovacchia

L'autorità giudiziaria può raccomandare alle parti l'utilizzo della risoluzione del conflitto attraverso la mediazione e può invitare le parti a partecipazione a sessioni informative riguardanti la mediazione. L'autorità giudiziaria può farne le proposta prima o durante il procedimento.

7.2.24. Slovenia

Secondo la Legge ADR in via Giudiziaria, l'autorità giudiziaria deve fornire alle parti in maniera diretta, in ogni singola causa, l'opzione della composizione amichevole della controversia, con l'eccezione del caso in cui il giudice considera che tale procedura non sia adatta a una certa causa. La legge impone a tutti i tribunali di primo grado e a tutte le corti di appello l'obbligo di offrire alle parti in conflitto l'alternativa della mediazione, in materia di diritto civile, commerciale, familiare e del lavoro. Di più, le autorità giudiziarie possono presentare alle parti più tipi di metodi di risoluzione alternativa dei loro conflitti. Il giudice può inviare la causa in un programma di mediazione giudiziaria o in ogni altro programma di mediazione secondo le preferenze delle parti.

7.2.25. Spagna

L'autorità giudiziaria è tenuta a informare le parti in merito alla possibilità di risoluzione delle controversie mediante ADR, compresa la mediazione. Se le parti non vogliono un ricorso ad ADR, il giudice può comunque invitare le parti a mediazione, incoraggiandole di partecipare all'incontro informativo.

7.2.26. Svezia

L'autorità giudiziaria deve informare le parti con riferimento ad ADR al fine di facilitare la composizione della controversia. Le autorità giudiziarie rivestono un ruolo attivo nella promozione dell'accordo negoziato amichevole nella fase preliminare alla controversia.

Essendo data la tradizione della mediazione in Svezia, la trasposizione della Direttiva non ha scatenato tante discussioni in Svezia. Svezia era già nota come un avamposto dei progressi registrati in questo settore.

7.2.27. Gran Bretagna

Anche se le autorità giudiziarie devono incoraggiare le parti al ricorso ad ADR, se del caso, in genere, le autorità hanno un certo timore nell'invitare e nell'obbligare una parte non cooperante di fare ricorso alla mediazione, perché hanno paura che una tale azione violi il diritto della medesima parte di avere accesso al sistema giudiziario ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il motivo sembra tuttavia infondato. In primo luogo, anche se un giudice obbligherebbe una parte al ricorso alla mediazione, questo non significherebbe che la parte in causa sarà obbligata a giungere a un accordo in sede di mediazione. In secondo luogo, dato il carattere volontario della mediazione e il fatto che si svolge "senza pregiudicare altri diritti", le parti hanno il "privilegio" di analizzare e valutare la probabilità di un eventuale accordo negoziato senza che le informazioni che hanno comunicato, siano rese pubbliche per l'autorità giudiziaria se non arrivano a un accordo o se una delle parti rifiuta l'accordo. In questo caso, la causa torna al tribunale senza altre conseguenze. Imporre la mediazione non significa la sostituzione del diritto del litigante a una causa, ma significa la fornitura di una variante supplementare.

L'intento d'istituire al livello delle autorità giudiziarie regionali un sistema obbligatorio per le controversie in ammontare pari fino a 100.000 GBP ha scatenato nel 2011 una serie di protesti tra gli operatori legali che consideravano che "l'essenza della mediazione sia il suo carattere volontario". Anche se il Ministero della Giustizia ha riconosciuto che in un prossimo futuro, non ci sono probabilità per istituire forme obbligatorie per i conflitti in ammontare pari fino a 100.000 GBP, spera comunque che i giudici inviino da propria iniziativa le cause di minore importo in mediazione.

7.2.28. Paesi Bassi

Secondo il sistema giudiziario dei Paesi Bassi, tutti i tribunali di primo grado e le corti di appello sono competenti a inviare le cause in mediazione. Questo significa che esiste un sistema che garantisce l'invio in mediazione delle cause che ne sono adatte.

Lo sviluppo di questo sistema iniziò nel 1999. Quell'anno, il Ministero della Giustizia ha pubblicato una lettera indirizzata al Parlamento – Più vie alla giustizia – in cui si faceva notare la visione riguardante la nuova politica di mediazione nei Paesi Bassi per gli anni 2000-2002. Correlata con le riforme maggiori del sistema giudiziario (il programma: il Sistema giudiziario del sec. XX), la lettera sulla politica di mediazione permise una serie di sperimentazioni con la mediazione giudiziaria, svolte a livello nazionale. Il risultato di queste sperimentazioni permise di trarre la conclusione che le negoziazioni possono accadere sia prima sia dopo il procedimento giudiziario. Nel 2014, è stata promulgata la legge di trasposizione dell'invio delle cause in mediazione. Allo stesso tempo, il vecchio Ministro della Giustizia ha manifestato il suo sostegno per l'istituzione della mediazione a livello nazionale. In base alle conclusioni e grazie al sostegno del Ministro, il dovere d'invitare al ricorso alla mediazione cominciava ad essere implementata dal 2005, e dal 2007, tutte le autorità giudiziarie erano competenti a inviare le cause in mediazione. Dal 2007, tutte le autorità giudiziarie possono inviare in mediazione le cause che ritengono adatte ai fini della mediazione, anche se la mediazione non ha un carattere obbligatorio.

7.3. Sistema d'invito al ricorso alla mediazione da parte delle autorità giudiziarie nelle cause in materia familiare

L'esperienza ha dimostrato che la maggior parte delle controversie risolte in mediazione è rappresentata dal divorzio. L'impatto di queste controversie sulla vita personale dei coniugi e, in particolar modo, sui loro figli tende a prevalere. Nelle cause di divorzio, è importante tenere conto di numerosi aspetti, tali come il grado di emotività, la flessibilità degli accordi in merito ai figli, l'abitazione della famiglia e altri aspetti finanziari tali come l'assegno di mantenimento. Se in passato, lo scopo della mediazione familiare mirava la salvaguardia del matrimonio, se era possibile, l'obiettivo fondamentale della mediazione familiare moderna è dato dalle conseguenze divorzio. La visione non è più paternalista. Lo scopo è di assistere le parti a mettere fine al loro rapporto in una maniera accettabile, senza amarezza o danni inutili, facilitando pertanto la negoziazione degli accordi futuri, necessari.

Il giudice può consigliare le parti implicate in divorzio di prendere in considerazione la variante della mediazione. La mediazione porta a risultati in caso di quasi tutte le coppie e, di conseguenza, presenta una serie di benefici:

- La mediazione è un processo molto meno costoso di una controversia con cui è investita un'autorità giudiziaria o con una serie di udienza.
- La maggior parte delle mediazioni porta a un accordo negoziato in merito a tutti gli aspetti che riguardano il divorzio in causa.
- La mediazione è riservata, e le informazioni apprese o comunicate durante gli incontri di mediazione non sono pubbliche.
- La mediazione consentirà di prendere una decisione sulle proprie convinzioni, il che è giusto per il vostro caso, e quindi non esisterà una soluzione imposta, basata su norme giuridiche rigide e impersonali.
- Se si vuole, è possibile usufruire continuamente della consulenza legale da parte di un accordo.
- Lei e suo marito / sua moglie – non l'autorità giudiziaria – potete controllare il processo.
- Il processo di mediazione può migliorare il grado di comunicazione tra Lei e suo marito / sua moglie, aiutandovi a evitare, in futuro, successivi conflitti.

Nel 2014, il governo britannico ha invitato all'accettazione delle raccomandazioni fatte dal Gruppo Operativo per la Mediazione, pubblicate da National Family Mediation. Questa relazione del Gruppo Operativo per la Mediazione Familiare prevedeva i seguenti:

Molti paesi hanno segnalato una bassa percentuale di adozione della mediazione nel corso degli anni e hanno espresso una loro delusione per le difficoltà incontrate nel loro tentativo d'incoraggiare le coppie a risolvere le controversie in modo consensuale e in via extragiudiziale. Tuttavia, alcuni obiettivi da compiere cominciavano a essere visibili.

Nel 1990, quando il governo norvegese rese la mediazione obbligatoria per le coppie con figli minori, notò che all'incirca un terzo di queste aveva qualcosa da guadagnare a seguito della mediazione; il resto delle coppie ha già risolto la controversia a suo modo, o il conflitto tra le parti era così intenso o c'erano anche altri problemi che richiedevano il ricorso all'aiuto dell'autorità giudiziaria. In Australia, nella Nuova Zelanda e in Canada, sono stati riscontrati dei successi in merito alla mediazione, e la loro esperienza viene al sostegno dell'ipotesi secondo cui circa il 30% delle coppie in divorzio o separazione è in grado di risolvere la controversia in via extragiudiziale. Raggiunto questo livello, il tasso delle coppie che ricorreva ai Tribunale, conobbe un abbattimento in Canada dal 10% al 5%; in Australia, il numero delle udienze finali nelle cause con minori conobbe un calo del 32%; nella Nuova Zelanda, venne riscontrato una diminuzione sempre più maggiore delle cause in materia del diritto familiare che richiedeva decisioni giudiziarie. Si ritiene che ora, in Norvegia, meno del 10% delle cause arrivi in Tribunale.

Il governo e il sistema giudiziario britannico hanno sostenuto da molti anni i benefici della mediazione e hanno avuto anche una serie d'iniziative per incoraggiare la popolazione al ricorso ai servizi di un mediatore:

- **La mediazione giudiziaria:**

Il termine si riferisce al ricorso ai mediatori all'interno di un'autorità giudiziaria. In Gran Bretagna, in tutto il suo territorio, ci sono più programmi permettenti l'invito dei mediatori in Tribunale, nei giorni di udienza delle cause familiari, per assistere le parti a giungere a un accordo benefico per i loro figli, invece di avere una decisione giudiziaria resa a loro nome.

Il giudice valuterà attentamente la causa che la ritiene adatta per la Mediazione di tipo giudiziario e inviterà le parti a prendere parte a un incontro con un mediatore. Le parti trascorrano all'incirca due ore in Tribunale, con un mediatore, per discutere gli aspetti della causa. Se il raggiungimento di un accordo è possibile, il mediatore può preparare un riassunto dell'accordo raggiunto, in modo che il giudice può decidere se la pronuncia di un ordine giudiziario è necessaria.

La mediazione giudiziaria è un procedimento rapido che fornisce un modo efficiente di risoluzione del conflitto nel giorno dell'udienza, senza essere necessaria la decisione di un giudice in merito ai figli.

- **L'invio di una causa in mediazione dall'autorità giudiziaria:**

La procedura d'invio di una causa in mediazione da parte dell'autorità giudiziaria si può utilizzare per assistere le parti nella risoluzione degli aspetti attinenti alla crescita dei figli, alla divisione dei beni e agli aspetti finanziari emergenti dalla causa di divorzio. Se nel corso di una causa di divorzio, all'autorità giudiziaria si presenta una richiesta che riguarda la proprietà e gli aspetti finanziari oppure una richiesta riguardante i minori, il giudice può valutare e decidere se il ricorso alla mediazione è utile. In tali casi, il giudice chiederà alle parti di partecipare alla mediazione prima della successiva udienza. Anche se non ha un carattere obbligatorio, quest'invito rappresenta un messaggio chiaro per le parti, incoraggiandole a risolvere comunemente il conflitto, avendo potere di decisione sull'accordo finale, gestendo il futuro nelle proprie mani.

La procedibilità di una richiesta d'invito alla mediazione di una causa da un'autorità giudiziaria seguirebbe la stessa strada di qualsiasi altro invito alla mediazione, avendo luogo gli incontri di mediazione presso il Servizio di Mediazione (Mediation Service). Le parti incontrerebbero all'inizio il mediatore per venire a conoscenza della mediazione, decidendo ulteriormente se vogliono seguire questa strada, se vogliono la fissazione di una serie di incontri per discutere gli aspetti della causa, per valutare le opzioni e per arrivare eventualmente a una soluzione. Si lascia alla discrezione delle parti se vogliono comunicare all'organo giurisdizionale l'accordo raggiunto in mediazione o se intendono la pronuncia di un atto di omologazione dell'accordo raggiunto (Consent Order), un atto che rifletta l'accordo e solleva le parti dalla necessità di ritornare in Tribunale per una nuova udienza.

La mediazione e il ruolo del giudice nella raccomandazione della mediazione sono dei fattori importanti in tutte le cause familiari di sottrazione dei minori dai genitori.

Come menzionato anche in una serie di documenti del Parlamento Europeo, la famiglia rappresenta il fondamento di una società negli Stati membri dell'Unione Europea che gli istituti dovrebbero tutelare con misure *ad hoc*, particolarmente quando i rapporti iniziano a rompersi. Si tratta soprattutto della tutela degli interessi dei figli minori che devono costituire una priorità per gli istituti.

Secondo le ultime statistiche di Eurostat, ogni anno, nell'Unione Europea si contrattano all'incirca due milioni di matrimoni, di cui 300.000 tra coppie con partner di nazionalità diverse. In aggiunta, ogni anno, c'è numero di circa un milione di divorzi, di cui 140.000 rappresentano i divorzi di coppie con partner di nazionalità diverse.

In risposta alla crescita costante di tali cifre, il Parlamento Europeo ha istituito nel 1987 la figura professionale del Mediatore del Parlamento Europeo in materia di sottrazione internazionale di minori. Il ruolo del Mediatore è di aiutare le parti a cercare e trovare una soluzione accettabile per entrambi di loro che mira esclusivamente l'interesse del bambino, nei casi in cui, a seguito della separazione dei coniugi di nazionalità diverse o che vivono in Paesi diversi, il figlio sia portato via da uno dei genitori.

Dovrebbe esistere un quadro giuridico di specifico riferimento nella mediazione familiare internazionale che prenda in considerazione le caratteristiche e i requisiti di una tale mediazione.

Al punto dieci della premessa della Direttiva, è previsto che la Direttiva non dovrebbe applicarsi "ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Questi diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia del diritto di famiglia e del lavoro".

A tal senso, il ruolo del Mediatore è particolarmente importante. È pertanto auspicabile lo sviluppo e il rinforzo continuo del suo ruolo.

In linea con tale approccio, nella comunicazione del mese di febbraio 2011, chiamata "Agenda UE per i Diritti del Bambino", la Commissione ha sottolineato la necessità della cooperazione con gli Stati membri per redigere e aggiornare delle schede riguardanti i diritti nazionali in merito ai doveri di mantenimento, alla mediazione e al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale. Con riferimento

alla sottrazione dei figli minori dai genitori, la Commissione ha dichiarato che farà una particolare attenzione alle informazioni fornite dal Mediatore del Parlamento Europeo in materia delle sottrazioni internazionali dei bambini dai loro genitori.

Anche il Parlamento ha espresso un'opinione simile. Nella sua risoluzione del mese di settembre 2011 in merito all'applicazione della "Direttiva, relativa alla mediazione negli Stati membri, l'impatto della medesima sulla mediazione e l'accettazione dai Tribunali", ha fatto notare che:

– “è più appropriato che siano disposte a contribuire alla risoluzione delle loro cause, a lavorare insieme, e meno una a dispetto dell'altra; considera pertanto che le medesime parti siano spesso più aperte a considerare la posizione dell'altra parte e a lavorare ai problemi di fondo del conflitto; considera che questo approccio rappresenta spesso il beneficio aggiunto nel mantenere il rapporto che le parti avevano prima del conflitto, ciò che è di una particolare importanza nelle materie familiari che coinvolgono i figli”.

Nella sua risoluzione dell'ottobre 2011 sulla “risoluzione alternativa delle controversie in materia civile, commerciale e familiare”, il Parlamento ha richiamato l'attenzione sul “ruolo del Mediatore del Parlamento Europeo in materia di sottrazione internazionale dei figli minori” e ha fatto notare “il ruolo essenziale di certi tipi ADR nella risoluzione delle controversie familiari che possono contribuire all'abbattimento dei danni psicologici, alla ripresa della comunicazione tra le parti e, soprattutto, all'assicurazione della tutela dei figli”. La mediazione è un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, orientato verso la gestione dei conflitti in una maniera positiva. Il suo scopo è di fornire ai genitori il sostegno necessario per trovare una soluzione accettabile e soddisfacente per tutti e due, con l'aiuto di un terzo: il Mediatore.

Nei casi di sottrazione genitoriale internazionale dei figli, lo scopo della mediazione è di garantire la negoziazione di un accordo tra genitori che mira esclusivamente l'interesse del/i figlio/i coinvolto/i. In questi casi, il dovere principale del mediatore è di assicurarsi, attraverso procedimenti extragiudiziari, che gli interessi del figlio minore sono tutelati e rispettati e, allo stesso tempo, di proteggere i figli e i loro genitori da tensioni emozionali e psicologiche che potrebbero affrontare in caso di un procedimento giudiziario che è spesso più lungo e più costoso.

7.4. Come può un giudice fare un invito di successo alla mediazione?

I giudici rivestono un ruolo essenziale nella perpetuazione della pratica di risoluzione amichevole delle controversie. Di conseguenza, è fondamentale che loro conoscano e comprendano nella sua interezza il processo e i benefici della mediazione. Questo si può ottenere attraverso sessioni informative e sessioni formative all'inizio e durante lo svolgimento dell'attività, includendo gli aspetti specifici della mediazione, utili durante l'attività giornaliera dei Tribunali in determinate giurisdizioni.

Anche se le parti non hanno la tendenza di acconsentire alla mediazione, il giudice che invia la causa in mediazione, può tentare di sapere il motivo della loro reticenza al fine di convincere le parti stesse e motivarle nel ricorso alla mediazione.

Il giudice che invia una causa in mediazione dovrebbe spiegare il concetto e il processo della mediazione, i vantaggi e il modo in cui il ricorso alla mediazione possa soddisfare

gli interessi delle parti. Anche se una causa non è completamente adatta per il processo di mediazione, il giudice che la invia, può valutare se ci sono elementi della causa che possono essere inviati in mediazioni.

Secondo un'inchiesta fatta dal Ministero della Giustizia del Paese Bassi, riassunto da R. Jagtenberg e A. de Roo, ci sono quattro tipi di mediazione esterna: le parti propongono la mediazione (1), il giudice fa una semplice proposta (2a) o una proposta motivata (2b), il giudice invita le parti in mediazione ma le parti rifiutano senza che ne siano delle conseguenze (3a) o con l'applicazione di sanzioni finanziarie (3b) e la mediazione che è obbligatoria che respinge l'accesso al Tribunale se il ricorso alla mediazione è rifiutato (4). I metodi i più efficienti sono stati 2b e 3a quando molte cause inviate in mediazione vi hanno trovato una risoluzione. Nella loro pubblicazione, gli autori del riassunto hanno concluso che conferendo un carattere obbligatorio alla mediazione, si eliminare il più enorme vantaggio della mediazione: l'autonomia delle parti in merito alla controversia esistente tra loro.

Perché un giudice faccia un invito di successo alla mediazione, egli deve avere a mano delle conoscenze necessarie e un'adeguata preparazione. In primo luogo, un giudice deve essere molto assuefatto con il processo di mediazione. Le sessioni formative in campo della mediazione per i giudici rappresentano un prerequisito fondamentale per un invito di successo al ricorso alla mediazione in una causa.

Il giudice deve conoscere esattamente i motivi che stanno alla base della controversia tra le parti.

Solo quando conosce veramente la procedura, i principi e i vantaggi della mediazione, il giudice può avere un maggiore potere di convinzione e raccomandare la mediazione con più convinzione.

Sappiamo molto bene che è molto difficile, se non impossibile, di sostenere una causa che non è nota.

E davvero, il giudice non sceglierebbe la raccomandazione della mediazione se non è sufficientemente assuefatto con la procedura.

Il giudice deve conoscere la procedura della mediazione e i suoi vantaggi per le parti e i motivi per cui è un buon metodo per la risoluzione delle controversie.

Non tutte le cause con cui l'autorità giudiziaria è investita, possono essere certamente risolte attraverso la mediazione. Il giudice deve tenere conto delle seguenti circostanze:

- Il rapporto tra le parti è di lunga durata / sono genitori, coniugi, parenti, vicini di casa, sono partner da molto tempo, sono associati, ecc.;
- Ci sono più richieste da dover risolvere per la composizione della controversia tra le parti;
- È importante per le parti di mantenere in futuro un rapporto;
- Le norme giuridiche non possono soddisfare i veri requisiti della giustizia umana.

Se le risposte a queste domande sono affermative, è utile e idoneo che il giudice inviti le parti a una risoluzione mutuamente vantaggiosa del conflitto a via extragiudiziale.

Quando si tratta di un possibile conflitto tra parti coinvolte in un rapporto di durata, la via migliore della risoluzione della controversia è extragiudiziale e amichevole.

L'autorità giudiziaria ha notato che in un ambiente informale, alle parti è consentito di esprimere più facilmente le loro preoccupazioni, le paure, i dubbi, ecc., essendo molto più probabile la risoluzione dei problemi in condizioni ottime e di equità in comparazione con la situazione in cui le parti si trovano sotto la pressione del sistema giudiziario.

E va tenuto presente che grazie al rispetto ispirato dalle autorità giudiziarie, l'invito di un giudice di fare ricorso alla mediazione acquisisce più peso e senso rispetto all'invito che è fatto da un avvocato, un consulente o un altro istituto.

Il giudice deve conoscere i seguenti aspetti riguardanti la mediazione come un metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

- i principi della mediazione,
- la struttura della mediazione,
- la formazione professionale e l'esperienza che un mediatore deve possedere,
- gli aspetti che possono essere decisi dalle parti in mediazione.

Se il giudice è convinto dei benefici e dei vantaggi di una composizione del conflitto in via extragiudiziale, non esisterebbe alcun impedimento per invitare e inviare le cause in mediazione.

Al contrario, se il giudice non ritiene la mediazione come un metodo utile di risoluzione della controversia, sarebbe meglio di non tentare l'invito della causa in mediazione.

Negli Stati membri dell'UE, dove secondo la normativa, il giudice può ordinare alle parti di tentare la risoluzione della controversia in mediazione, il giudice potrebbe valutare meglio ogni singola causa se egli partecipasse a sessioni di formazione professionale in materia di mediazione.

Il ruolo delle autorità giudiziarie di promuovere la mediazione e altre forme di risoluzione delle controversie in via extragiudiziale, in ogni fase processuale, è importante non solo dal punto di vista del trasferimento delle cause dal giudice a un mediatore, ma anche perché il sistema stesso ricordi alle persone e ai consulenti legali che i tribunali non rappresentano sempre, in senso generale, la migliore opzione.

Di conseguenza, è necessario che i giudici apprendano le tecniche d'invito delle cause in mediazione e che svolgano programmi specifici di consapevolezza.

Perché un giudice faccia un invito di successo di una causa in mediazione, è molto utile di utilizzare certe tecniche di persuasione che sono note, molto facili ed enormemente utili. Ecco quello che si può fare quando vogliamo convincere qualcuno:

1. **Mettere in rilievo quello che hanno da guadagnare** – Nel 99% dei casi, per le persone è importante sapere quello che hanno da guadagnare, e meno quello che la controparte ha da guadagnare. Di conseguenza, concentrate gli sforzi di comunicazione su di loro e sui loro bisogni.

2. **Offrire un esempio di come ha funzionato la stessa idea in caso di un'altra persona che era nella stessa situazione** – Le persone si lasciano convinte più facilmente della raccomandazione, quando sanno che la raccomandazione ha funzionato e ha avuto successo a un'altra persona in condizioni analoghe. Una volta scoperta la sua utilità in condizioni analoghe alle loro, le persone avranno la “prova sociale” necessaria per considerare che funzionerà anche per loro.
3. **Mettere accento sugli aspetti con cui saranno d'accordo e fare la proposta solo dopo** – Quando s'intende avere il consenso di qualcuno per accettare una proposta con sufficienti idee minime e sicure, la persona avrà fiducia nelle idee più grandi e ambiziose. Una volta indicata l'idea di cui si vuole veramente parlare alle persone, loro saranno più inclinate a dare il loro consenso perché saranno già in una buona disposizione.
4. **Parlare prima delle cose di cui le persone sono interessate** – Uno dei migliori metodi di convincere le persone è di parlare delle cose importanti per loro. Fate domande intelligenti sulle cose di cui sono interessate, dite perché siete anche voi interessati e così la persona sarà più ricettiva a quello che volete comunicare.
5. **Presentare prima i benefici e i vantaggi, prima di fare la proposta** – Se fate direttamente la proposta, le persone saranno reticenti alle cose che voi gli state dicendo, perché parlate di qualcosa che non è noto. Parlate piuttosto dei benefici e dei vantaggi.

Il ruolo delle autorità giudiziarie di promuovere la mediazione e altre forme di risoluzione delle controversie in via extragiudiziale, in ogni fase processuale, è importante non solo dal punto di vista del trasferimento delle cause dal giudice a un mediatore, ma anche perché il sistema stesso ricordi alle persone e ai consulenti legali che i tribunali non rappresentano sempre, in senso generale, la migliore opzione.

La mediazione può diventare una pratica usuale nella risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale al livello dell'Unione Europea, ma soltanto se si aumenta il livello di consapevolezza e se i consulenti legali di tutte le parti apprendono delle nuove tecniche.

L'esperienza ha dimostrato che grazie all'autorità che esercita, l'organo giurisdizionale è la fonte la più potente e affidabile quando si tratta di raccomandazione la mediazione come metodo di composizione amichevole delle controversie.

Conclusioni

Contesto della Guida

La presente Guida pratica riflette l'esperienza acquisita a seguito di diverse attività che sono state svolte nell'ambito del progetto JUST/2013/JCIV/AG/4628 "Comunicazione Interculturale Giudiziaria in Mediazione Familiare" il cui obiettivo mira il miglioramento della cooperazione in materia civile tra giudici a livello nazionale, nonché il superamento delle difficoltà e delle barriere identificate nella pratica della mediazione familiare nelle controversie transfrontaliere, attraverso una serie di seminari dedicati ai giudici e ad altri operatori professionali del settore giuridico, che hanno consentito l'individuazione delle principali difficoltà comuni che gli operatori professionisti del settore legale incontrano nella loro pratica e l'identificazione delle soluzioni affidabili per una migliore attuazione degli strumenti giuridici adottati al livello europeo.

Un obiettivo principale del progetto è stato l'individuazione dei problemi specifici che si manifestano a seguito delle differenze culturali e psicologiche e delle diverse tradizioni e mentalità al livello dei cittadini europei. Conseguentemente, il progetto risponde alla necessità dei magistrati e di altri operatori del settore giuridico di determinare e risolvere i principali aspetti e altri problemi incontrati della mediazione familiare transfrontaliera.

Il partenariato è formato dalla Corte di Appello di Craiova, Romania (Coordinatore), la Corte di Appello di Cluj, Romania (Co-beneficiario 1), la Corte di Appello di Timișoara, Romania (Co-beneficiario 2), il Tribunale Regionale di Rijeka, Croazia (Co-beneficiario 3), l'associazione Differenza Donna, Italia (Co-beneficiario 4) e il Tribunale Regionale di Sofia, Bulgaria (Partner associato), in qualità di partner.

La durata d'implementazione del progetto è stato di 12 (dodici) mesi e ha consistito in:

- L'organizzazione di quattro seminari, uno in Romania, uno in Bulgaria, uno in Croazia e uno in Italia, dove i giudici hanno appreso informazioni sulla mediazione prevista dalla Direttiva 2008/52/EC, nonché sulla mediazione familiare prevista nel Regolamento (CE) n. 2201/2003, relativo a certi aspetti in materia di divorzio e in materia di esercizio della responsabilità genitoriale "Regolamento Bruxelles II bis";
- La redazione della presente Guida pratica per magistrati e un depliant per promuovere la mediazione tra i cittadini europei.

Ciascun seminario ha durato quattro giorni, è stata presidiato da esperti internazionali (un moderatori e due relatori) ed è stato diviso in due moduli: uno teorico e uno pratico intensivo. Il primo è stato incentrato sugli aspetti teorici della Direttiva 2008/52/EC, del Regolamento (CE) n. 2201/2003 e la loro trasposizione e attuazione nei diritti nazionali, nonché sulle barriere, sui metodi, sulle soluzioni e sulle proposte di miglioramento in materia. Le relazioni presentate sono state accompagnate da statistiche, in genere, sulla mediazione e, in particolare, sulla mediazione familiare, analizzate da specialisti: sociologi, giudici, avvocati, mediatori. Il modulo pratico si è concentrato sui seguenti: lo scambio di esperienze, lo scambio di buone pratiche in merito alla qualità dei servizi di mediazione, l'assicurazione di procedure eque, il riconoscimento e l'esecuzione degli accordi raggiunti in sede di mediazione, firmati in un altro Stato e, in particolare, delle decisioni giudiziarie su cui si basano; le presentazioni e le analisi di situazioni concrete e di pratiche riguardanti l'attuazione e la promozione della mediazione transfrontaliera; le presentazioni dei casi specifici basati sulle conoscenze dei sociologi, dei mediatori,

degli avvocati; la simulazione dei casi di mediazione transfrontaliera, la simulazione di audizioni d'invito delle parti a fare ricorso a mediazione o partecipare a una sessione informativa; gli studi di caso; le presentazioni video in materia.

Il gruppo target è stato formato da circa 100 (cento) giudici e altri operatori del settore giuridico (25 persone/seminario). In realtà, il gruppo target è stato ampliato, come molti partecipanti hanno espresso l'interesse di prenderne parte e imparare dal progetto.

Gli argomenti trattati durante i seminari e i risultati (outcome) raggiunti nell'ambito delle sessioni di formazione, con una particolare attenzione rivolta alla partecipazione attiva dei beneficiari, sono riassunti nella presente "Guida pratica", redatta in cinque lingue: romeno, italiano, bulgaro, croato e inglese e distribuita ai partner del progetto e ad altre autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione Europea. La presente Guida sarà pubblicata sul sito del coordinatore del progetto (<http://www.curteadeapelcraiova.eu/>) e potrà essere scaricato dagli specialisti o da altre persone interessate.

Conclusioni del progetto

La procedura della mediazione familiare transfrontaliera è un processo di mediazione specializzata che riceve una crescente attenzione da parte dei legislatori europei, dei fornitori di servizi e degli utenti.

La mediazione è parte dell'ambito di Risoluzione Alternativa delle Controversie, accanto a molti altri processi che possono essere utilizzati per la risoluzione delle controversie, come la facilitazione, la mediazione, la conciliazione, la valutazione preliminare neutra (EPN), l'arbitraggio, il mini trial, il giorno (la settimana) degli accordi, la med-arb, l'arb-med o la controversia tratta in tribunali.

I benefici generali dei processi di Risoluzione Alternativa delle Controversie sono dati da: semplicità, economicità dal punto di vista dei costi, riservatezza, coinvolgimento di un terzo neutro, autonomia delle parti ed efficienza temporale.

Nell'ambito di applicazione della Risoluzione Alternativa delle Controversie, in base alle analisi effettuate, una controversia può essere risolta mediante una sequenza strategica di processi ADR. Esso può essere realizzato, elencando tutti i processi, da quelli meno formali che richiedono risorse minime, offrendo un controllo massimo sul processo e sul risultato, fino a quelle più formali che richiedono maggiori risorse da investire, offrendo un controllo limitato del risultato.

Tutti questi processi ADR possono essere riuniti nel sintagma "*continuum delle opzioni di risoluzione delle controversie*". Ulteriormente, le parti possono fare uso di determinati processi ADR per raggiungere i migliori risultati con minimo investimento nelle risorse e per avere un risultato efficiente. Questo approccio strategico è necessario in contesto della procedura di mediazione familiare transfrontaliera.

A norma dell'articolo 3, lettera a) della Direttiva UE 2008/52/EC, *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 di un mediatore. Tale*

procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito oppure ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro

I principi della mediazione sono la partecipazione volontaria, la neutralità (il conflitto d'interessi), l'imparzialità, la riservatezza, l'autodeterminazione, il consenso informato e il benessere dei figli (la mediazione familiare).

Il mediatore non è un giudice o un fattore decisionale. Il mediatore non può imporre alle parti una decisione. Inoltre, in molti casi, il mediatore non è un esperto del settore che fa l'oggetto della causa; pertanto, egli non può nemmeno suggerire alle parti le soluzioni.

Inoltre, il mediatore non è neanche l'esperto legale delle parti. Anche se il mediatore ha una formazione giuridica o è un avvocato praticante, egli deve astenersi dal fornire consulenza legale alle parti. Ciò richiederebbe un altro tipo di rapporto contrattuale tra il mediatore e le parti. Il mediatore non è nemmeno lo psicoterapeuta delle parti, un loro investigatore o un pubblico ministero. Il suo ruolo non è di scoprire o svelare la verità, indipendentemente dalle sue opinioni o convinzioni personali sul fondo della causa. Il suo ruolo è di aiutare le parti a prendere decisioni informate, in piena consapevolezza, anche se hanno una visione diverse sui fatti.

La mediazione transfrontaliera è il processo in cui un mediatore (o più) assistono due o più parti a gestire ed, eventualmente, a risolvere una controversia multi-giurisdizionale al livello dell'Unione Europea.

È possibile fare ricorso alla mediazione transfrontaliera nelle cause in cui le parti hanno volontariamente accettato di provare la risoluzione della controversia amichevolmente e reciprocamente, nelle cause in cui l'autorità giudiziaria ha invitato le parti a mediazione o nei Paesi in cui le parti sono tenute per legge a ricorrere a mediazione.

La mediazione transfrontaliera è stata inserita dal Parlamento Europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea nella Direttiva 2008/52/EC, che riguarda determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale e che è entrata in vigore negli Stati membri dell'UE il 20 maggio 2011.

Le mediazioni transfrontaliere sono estremamente benefiche, in senso che consentono risparmi di denaro e tempo, se si prende in considerazione il fatto che la controversia transfrontaliera significherebbe costi elevati e potrebbe durare moltissimo, soprattutto nelle cause complicate in cui vi è la necessità di prendere in esame più aspetti giuridici controversi da differenti giurisdizioni.

Un aspetto fondamentale per la gestione efficiente delle controversie transfrontaliere, di natura sociale, commerciale o economica, è la comprensione dei fenomeni culturali. Il giudice o il mediatore deve rendersi conto dei problemi che risalgono dalle culture che sono presenti in una controversia.

Le controversie transculturali saranno sempre difficili da mediare, perché quello che in una cultura è considerato un comportamento accettabile, può essere completamente inaccettabile in un'altra. Un buon mediatore cercherà di essere sempre consapevole di ciò che succede, provando a capire qualsiasi scopo nascosto o qualunque barriera che impedisce la risoluzione efficiente del conflitto dato. Ci sono molte ragioni per cui le

comunicazioni interpersonali possono fallire. In molti casi di comunicazione è possibile che il messaggio non sia compreso come l'oratore voleva. È pertanto importante che il comunicatore verifichi se il suo messaggio è stato chiaramente compreso. Ciò ha una particolare importanza nella mediazione transculturale. Le competenze di ascolto attivo, chiarimento e riflessione possono aiutare nella mediazione transculturale. Il mediatore deve essere un buon ascoltatore. L'ascolto è uno dei più importanti elementi di una comunicazione efficiente. L'ascolto attivo di successo non significa solo comprendere le parole oppure l'informazione comunicata, ma capire anche i sentimenti dell'oratore in merito a quello che sta comunicando. Un mediatore esperto deve essere consapevole anche delle barriere che impediscono la comunicazione efficiente in un ambito di tipo transculturale, tenendo conto delle differenze culturali. Le norme d'interazione sociale variano molto da una cultura all'altra, come il modo in cui le emozioni sono espresse.

Il Regolamento (CE) del Consiglio n. 2201/2003, del 27 settembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale fornisce un metodo semplificato per stabilire la competenza giurisdizionale in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, allo scopo di rendere uniforme la sua attuazione al livello di tutta l'Unione Europea. Inoltre, regola il meccanismo riguardante il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale, stabilendo e adottando, come regola generale, il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa in uno Stato membro, in un qualunque altro Stato membro parte nella controversia, con alcune eccezioni per certi casi.

I procedimenti giudiziari familiari devono essere riorganizzati in un modo migliore per essere a servizio degli interessi e dei reali bisogni dei minori e dei genitori in corso di divorzio/separazione. Tale riassetto sta già accadendo. Già dalla fine degli anni '70 del secolo XX, il paradigma dell'esercizio unico della responsabilità genitoriale, basato su accuse e orientato verso il passato, utilizzato nei procedimenti di divorzio, conobbe una continua trasformazione, divenendo un paradigma mancato da accuse e orientato verso l'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale, centrato prevalentemente sui reali interessi del minore.

Per gestire la transizione dai coniugi avversari ai partner che cooperano per la crescita del loro figlio, costruendo un proprio "modello di giustizia", i genitori in divorzio hanno bisogno di procedure orientate verso il futuro che incoraggiano la cooperazione e che sviluppano tali capacità. Il regime di mediazione aiuta i genitori in divorzio a sviluppare e mettere in atto un piano personalizzato di adempimento dei doveri genitoriali correnti.

Al fine di usufruire del processo di mediazione, le parti devono conoscerlo meglio. La necessità di rendere informati i coniugi in divorzio in merito alla mediazione e il grado ridotto di consapevolezza della mediazione al livello di una società conferiscono alle autorità giudiziarie un ruolo sociale aggiuntivo molto importante – quello d'informare e invitare, se del caso, controparti a fare ricorso alla mediazione.

Come risulta dall'analisi anteriore, il procedimento giudiziario e la mediazione riescono a integrarsi reciprocamente, aiutando le parti a risolvere i conflitti legati al divorzio. La mediazione mette alla disposizione delle controparti l'ambito e gli strumenti necessari per giungere a un accordo che sia nel loro interesse e del loro figlio e riduce il livello del conflitto interpersonale, mentre i procedimenti giudiziari incoraggiano le parti a ricorrere

alla mediazione, sorvegliando il risultato della mediazione al fine di tutelare gli interessi del minore e offrendo un carattere esecutivo all'accordo raggiunto in mediazione.

Siccome il tasso dei divorzi è sempre più crescente all'interno degli Stati europei, vi è sempre la necessità di nuovi approcci riguardanti la risoluzione dei conflitti familiari. Negli ultimi anni, la mediazione familiare si è rapidamente sviluppata, dimostrandosi un'alternativa efficiente al procedimento giudiziario tradizionale.

Al livello dei 28 Stati membri dell'Unione Europea ci sono approcci differenti in merito al fare ricorso alla mediazione familiare; pertanto, vi è la necessità di un'armonizzazione della legislazione in materia del diritto familiare. La Direttiva sulla Mediazione designa soltanto alcune linee guida generali per gli sviluppi futuri della mediazione, consentendo agli Stati membri di decidere lo statuto della mediazione all'interno dei sistemi giudiziari nazionali.

Nell'attuale quadro legislativo di riferimento al livello europeo, la relazione esistente tra la mediazione familiare e i procedimenti giudiziari non è chiaramente definitiva. Al fine di avere una procedura congruente nell'ambito delle controversie familiari sia nazionali sia transfrontaliere, alla mediazione familiare bisogna dare il posto e l'importanza giusta nel sistema giudiziario. A tale scopo, gli attori decisionali dovrebbero concentrarsi più sui modelli delle buone prassi esistenti in Europa.

L'autorità giudiziaria è l'istituto competente a fare giustizia. Nella storia dell'umanità, ci sono tuttavia molti casi famosi in cui la giustizia e l'equità non hanno trovato sempre il punto comune per coincidere.

Tutti i consulenti e i professionisti legali sanno che l'accordo peggiore è sempre meglio della sentenza la più favorevole. Nel mondo moderno, i cittadini sono alla ricerca di vari incentivi per la risoluzione delle controversie in via extragiudiziale. La nostra cultura ci ha insegnato di credere che una controversia deve essere giudicata e risolta in tribunali. Nei tempi di oggi, il nostro obiettivo è di cambiare questo atteggiamento – le persone dovrebbero essere incoraggiare a cercare prima una risoluzione delle loro controversie in via extragiudiziale. Per creare questa nuova cultura, i giudici rivestono un ruolo di particolare importanza. In virtù dei loro poteri e del rispetto che ispirano, i giudici sono il meccanismo più influente, in grado di motivare le parti a ricorrere ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie esistenti tra loro.

Infine, ecco quello che una volta un giudice ha detto a una coppia di genitori che erano desiderosi che sia lui a risolvere la loro controversia dell'esercizio della responsabilità genitoriale: *“Non mi potete chiedere di decidere come dovranno vivere i vostri figli, per una ragione molto semplice - Io non amo i vostri figli. Siete voi stessi ad amarli e, di una naturale conseguenza, siete voi a sapere che cosa è meglio per loro”*.

Bibliografia

1. A DIALOGUE BETWEEN PROFESSORS FRANK SANDER AND MARIANA HERNANDEZ CRESPO EXPLORING THE EVOLUTION OF THE MULTI-DOOR COURTHOUSE (PART ONE), Hernandez-Crespo, Mariana D., 2008;
2. A DIVORCE TIMELINE. (n.d.). Retrieved December 03, 2014, from <http://family.findlaw.com/divorce/a-divorce-timeline.html>
3. A HISTORY OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: THE STORY OF A POLITICAL, SOCIAL, AND CULTURAL MOVEMENT, Jerome T. Barrett, Joseph P. Barrett, Wiley, 2004;
4. ACTUL JURISDICTIONAL-DELIMITARI CONCEPTUALE, JURISDICTIONAL ACT - CONCEPTUAL LIMITATIONS. Cimpoeru, D. (2007). Revista de Drept Public/Public Law Review, (1).
5. ADR DEFINITIONS, Australian Commercial Disputes Centre (ACDC), www.acdcltd.com.au;
6. ADR THROUGH A CULTURAL LENS: HOW CULTURAL VALUES SHAPE OUR DISPUTING PROCESSES, Julia Ann Gold, J. Disp. Resol., 2005;
7. ADVANTAGES OF MULTI-PARTY MEDIATIONS, Avv. Alessandro Bruni, Lecture given at the 2010 UIA World Forum of Mediation Centers, Ljubljana, Slovenia, in www.concilia.it;
8. BARGAINING IN THE SHADOW OF THE LAW: THE CASE OF DIVORCE, Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser;
9. BARGAINING IN THE SHADOW OF THE BEST INTEREST STANDARD: THE CLOSE CONNECTION BETWEEN SUBSTANCE AND PROCESS IN RESOLVING DIVORCE-RELATED PARENTING DISPUTES, Jana B. Singer;
10. CHILD-FRIENDLY JUSTICE, European Commission, <http://ec.europa.eu/>;
11. CHILDREN OF DIVORCE, Daniel S. Shaw & Erin M. Ingoldsby;
12. CHILDREN'S REACTIONS TO PARENTAL SEPARATION AND DIVORCE, Catherine M Lee, PhD and Karen A Bax, BA;
13. COURT REFERRAL TO MEDIATION IN POLISH CIVIL CASES IN COMPARISON TO WESTERN LEGAL SYSTEMS. PRINCIPLE OF VOLUNTARINESS, /Katarzyna Górecka/;
14. CODICE PRATICO DELLA MEDIAZIONE IN ITALIA E ALL'ESTERO (Practical Code of Mediation in Italy and Abroad), Avv. Alessandro Bruni, Second Edition, Maggioli Editor, Italy, 2011
15. CONFLICT AS PROPERTY, Nils Christie, the British Journal of Criminology, January 1977;
16. COUNCIL OF EUROPE FAMILY POLICY DATABASE, Social policy and family law: marriage, divorce and parenthood, Divorce and parenthood, Custody of children and child support/maintenance;
17. CROSS-BORDER MEDIATION, Mediation in Cross-border conflicts, International and Intercultural Mediation Manual, /Arthur Trossen, Albena Komitova, Sevdalina Aleksandrova/;

18. CROSS-BORDER MEDIATION (pp. 1–101). Trossen, A., Komitova, A., & Aleksandrova, S. (2012). Retrieved from <http://www.in-mediation.eu/en/handbuch-cross-border-mediation>;
19. CULTURAL ISSUES IN MEDIATION: A PRACTICAL GUIDE TO INDIVIDUALISTIC AND COLLECTIVIST PARADIGMS, Walter A. Wright, 9 Alternative Resolutions, 18, section (F), 1998;
20. CUSTODY, ADOPTION, CRIMINAL. Lancaster Attorney Family Law-(n.d.). Retrieved December 07, 2014, from <http://www.meglaw4u.com/>
21. DEFINING MEDIATION, Chereji, Gavrilă, <http://kluwermediationblog.com/>;
22. DIRECTIVE 2008/52/EC (2008). THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>
23. DIVORCE. (n.d.). No Title. Retrieved from http://en.wikipedia.org/wiki/Divorce#Contested_divorce
24. DIVORCE AND AFTER, Bohannon, P. (Ed.). (1971), (New York.). Doubleday.
25. DIVORCE LAW & LEGAL DEFINITION. Legal, U. (n.d.). Retrieved from <http://definitions.uslegal.com/d/divorce/>
26. DIVORCE MEDIATION OUTCOME RESEARCH: A META-ANALYSIS. Shaw, L. A. (2010). Conflict Resolution Quarterly, 27(4), 447–467. doi:10.1002/crq;
27. DIVORCE MEDIATION: PERSPECTIVES ON THE FIELD. Everett, C. (Ed.). (1985). New York: Hawthorn Press.
28. DIVORCE MEDIATION: RESEARCH AND IMPLICATIONS FOR FAMILY AND COUPLES COUNSELING. Hahn, R. a., & Kleist, D. M. (2000). The Family Journal, 8(2), 165–171. doi:10.1177/1066480700082009
29. DIVORCE MEDIATION THEORY AND PRACTICE. Folberg, J., & Milne, A. (Eds.). (1988). Guilford Press.
30. DIVORCE MEDIATION IN EUROPE: AN INTRODUCTORY OUTLINE. Casals, M. (2005). Electronic Journal of Comparative Law, 9(2). Retrieved from <http://www.ejcl.org/>
31. EFFICACY OF FAMILY MEDIATION AND THE ROLE OF FAMILY VIOLENCE: STUDY PROTOCOL. Cleak, H., Schofield, M., & Bickerdike, A. (2014). BMC Public Health, 14, 57. doi:10.1186/1471-2458-14-57
32. EFFICIENCY AND QUALITY OF JUSTICE. European judicial systems Edition 2010 (data 2008) (2010) (Vol. 2010).
33. EU MEDIATION LAW AND PRACTICE, edited by Giuseppe De Palo and Mary B. Trevor, Oxford Press, October 2012;
34. EUROPEAN DIRECTIVE 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters;
35. EUROPEAN COUNCIL REGULATION (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of

judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000;

36. EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION: PARENTAL RESPONSIBILITIES, edited by Katharina Boele-Woelki, B. Braat, Ian Sumner;

37. EUROPEAN MEDIATION TRAINING FOR PRACTITIONER OF JUSTICE. A GUIDE TO EUROPEAN MEDIATION, Avv. Alessandro Bruni et al., Maklu & AIA Editor, Belgium, 2012;

38. EVALUATING THE LONGER TERM IMPACT OF FAMILY MEDIATION. McCarthy, P., & Walker, J. (1996). Newcastle upon Tyne: Relate Center of Family Studies, Newcastle University.

39. EVOLVING ROLE, Andrew Schepard;

40. FAMILY MEDIATION. Parkinson, L. (1997). Retrieved from http://books.google.ro/books/about/Family_Mediation.html?id=N6RHAQAAlAAJ&pgis=1

41. FAMILY MEDIATION IN FRANCE: a new profession has been established, but where are the clients?/ Benoit Bastard/Journal of Social Welfare & Family Law, Vol. 32, No. 2, June 2010, 135–142;

42. FAMILY MEDIATION IN INTERNATIONAL FAMILY CONFLICTS: THE EUROPEAN CONTEXT (pp. 1–130). Pali, B., & Voet, S. (2012). Retrieved from http://crossbordermediator.eu/sites/default/files/research_report_21_april_2012.pdf;

43. FAMILIES OLD AND NEW – THE FAMILY AND ARTICLE 8. Munby, M. J. (2005). Child and Family Law Quarterly, 17(4), 487–509;

44. FOUNDATION OF MEDIATION IN ISLAMIC LAW AND ITS CONTEMPORARY APPLICATION, Dr Said Bouheraoua, International Islamic University Malaysia (IIUM);

45. GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN, Fisher, R. and Ury, W., 1981, Penguin Books. New York, USA;

46. GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN, Fisher, R., Ury, W. and Patton, B., 1991, Revised 2nd edition. Penguin Books, New York, USA;

47. HANDBOOK OF DISPUTE RESOLUTION, Michael L. Moffitt and Robert C. Bordone, eds., Program on Negotiation / Jossey-Bass, 2005;

48. HOW DIVORCE WORKS. Obringer, L. A. (n.d.). Retrieved December 03, 2014, from <http://people.howstuffworks.com/divorce4.htm>;

49. HOW DOES THE MEDIATION PROCESS WORK? , Stepp, J. A. (2003). Retrieved December 01, 2014, from <http://www.mediate.com/articles/steppj.cfm>;

50. IL LEGISLATORE COMUNITARIO CREDE NELLA MEDIAZIONE E NELLE ALTRE ADR (The Legislator of the European Union Believes in Mediation and Other ADR), Avv. Alessandro Bruni, in Magazine "Mediation", Quarterly of Culture of Prevention and Conflict Resolution, Italy, Year I, n. 3, Oct-Dec. 2013;

51. IMPLEMENTATION OF THE EU DIRECTIVE N. 52/ 2008: A COMPARATIVE SURVEY, /Chiara Besso/;

52. INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION HANDBOOK. (2011) (pp. 1–32).

53. KILLING US SOFTLY: DIVORCE MEDIATION AND THE POLITICS OF POWER. Bryan, P. E. (1992). Buffalo Law Review, 441–456
54. LA NUOVA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE, ISTRUZIONI PER L'USO (The New Civil and Commercial Mediation, Instruction for Use), Avv. Alessandro Bruni, Dr. Michela Sitzia, UNI Service Editor, Italy, 2011;
55. LA MEDIATION ADVOCACY, COME L'AVVOCATO DOVREBBE ASSISTERE IL PROPRIO CLIENTE IN MEDIAZIONE (Mediation Advocacy), Avv. Alessandro Bruni, in Magazine "Mediation", Quarterly of Culture of Prevention and Conflict Resolution, Italy, Year II, n. 4, Jan-Mar. 2014;
56. LA MEDIAZIONE CONVIENE (To Mediate is Worthwhile), Avv. Alessandro Bruni, Second Edition, Maggioli Editor, Italy, 2011;
57. LAW ON MEDIATION AND ORGANISATION OF THE PROFESSION OF MEDIATOR No 192 of 16 May 2006, Romania;
58. MANDATORY FAMILY MEDIATION AND THE SETTLEMENT MISSION: A FEMINIST CRITIQUE. Semple, N. (2012). Canadian Journal of Women and the Law/Revue Femmes et Droit, 24(1), 207–239. doi:10.3138/cjwl.24.1.207;
59. MARRIAGE AND DIVORCE STATISTICS - STATISTICS EXPLAINED. Eurostat. (n.d.). Retrieved December 07, 2014, from http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics
60. MEDIATION ACROSS CULTURES: A HANDBOOK ABOUT CONFLICT AND CULTURE, Selma Myers, Barbara Filner, San Diego, 1994
61. MEDIATION AND CHILD SUPPORT: AN EFFECTIVE PARTNERSHIP. Tishler, C. L., Meyers, L. L., & Bartholomae, S. (2003). Journal of Divorce and Remarriage, 38, 129–145.;
62. MEDIAZIONI CIVILI E COMMERCIALI, 30 CASI DI SUCCESSO (Civil and Commercial Mediations, 30 Successful Cases), Avv. Alessandro Bruni, Dr. Michela Sitzia, Maggioli Editor, Italy, 2011
63. MEDIATION IN FAMILY DISPUTES: PRINCIPLES OF PRACTICE. Roberts, M. (2008). (3rd edition). Ashgate. Retrieved from <http://www.ashgate.com/default.aspx?page=0;>
64. MEDIATION IN THE EUROPEAN UNION : AN INTRODUCTION. Steffek, F. (2012). Retrieved from [http://www.diamesolavisi.net/kiosk/documentation/Steffek_Mediation_in_the_European_Union.pdf;](http://www.diamesolavisi.net/kiosk/documentation/Steffek_Mediation_in_the_European_Union.pdf)
65. NO TITLE. Bullock, G. M. (n.d.). Retrieved from http://garybullock.com/?Page=3_br
66. NON-VERBAL COMMUNICATION AND MEDIATION, / Joel Lee, assoc Prof Faculty of Law, National University of Singapore, Feb, 2011, 2nd AMA Conference, Kuala Lumpur;
67. NUCLEAR WEAPONS AND FOREIGN POLICY, Kissinger, H.A., 1969, W.W. Norton, New York, USA;
68. PARENTING, MEDIATION, AND DIVORCE: MEETING THE NEEDS OF OUR CHILDREN, Shannon Rios Paulsen;

69. PRE-MEDIATION FOR MEDIATORS ,/ Helen Shurven/ADR Bulletin, Volume 12 , Number 6, 2011;
70. PRINCIPLES OF EUROPEAN FAMILY LAW REGARDING DIVORCE-SPECIAL VIEW OVER THE ROMANIAN CIVIL CODE, Ardeleanu, A. (2013), Acta U. Danubius Jur., 9(2), 51–61. Retrieved from http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/actdaj2013§ion=19
71. PROTECTING CHILDREN IN CROSS-BORDER FAMILY CONFLICTS, REPORT, presented at the International Child Abduction in the European Judicial Space Conference, Martine Reicherts, Justice Commissioner;
72. QUALITA' DELLA MEDIAZIONE E ASSISTENZA PROFESSIONALE (Mediation Quality and Professional Assistance), Avv. Alessandro Bruni, in Magazine "Mediation", Quarterly of Culture of Prevention and Conflict Resolution, Italy, Year I, n. 1, Apr-Jun. 2013;
73. 'REBOOTING' THE MEDIATION DIRECTIVE: ASSESSING THE LIMITED IMPACT OF ITS IMPLEMENTATION AND PROPOSING MEASURES TO INCREASE THE NUMBER OF MEDIATIONS IN THE EU, /Prof Giuseppe De Palo, Mr Leonardo D'Urso, Prof Mary Trevor, Mr Bryan Branon, Ms Romina Canessa, Ms Beverly Cawyer, Ms L. Reagan Florence/;
74. RENEGOTIATING FAMILY RELATIONSHIPS: DIVORCE, CHILD CUSTODY, AND MEDIATION. Emery, R. (1994). New York: Guilford Press.
75. REPORT OF THE FAMILY MEDIATION TASK FORCE, / David Norgrove and a group of lawyers, mediators, academics, officials in Ministry of Justice and others/;
76. REPORT on the implementation of the directive on mediation in the Member States, its impact on mediation and its take-up by the courts (2011/2026(INI)), Committee on Legal Affairs, Rapporteur: Arlene McCarthy;
77. ROSCOE POUND, WIKIPEDIA The Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/>
78. SELF-DETERMINATION: THE ESSENCE OF MEDIATION, Robert D. Bordett, CFP, CDFA;
79. SOCIAL POLICY AND FAMILY LAW: MARRIAGE, DIVORCE AND PARENTHOOD. Council of Europe Family Policy Database. (2009) (pp. 1–40). Retrieved from http://www.coe.int/t/dg3/familypolicy/Source/4_2_iii_Family_mediation.pdf
80. TEACHING MEDIATION THEORY AND SKILLS IN AN INTERDISCIPLINARY CLASSROOM, Severson, Margaret, Journal of Social Work Education; Spring/Summer98, Vol. 34 Issue 2, p185-194, 10;
81. THE BOOK OF MINISTERS, Al-Jahshiyar;
82. THE ENGLISH STANDARD VERSION BIBLE: CONTAINING THE OLD AND NEW TESTAMENTS WITH APOCRYPHA, Oxford UP, 2009
83. THE EU DIRECTIVE ON MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION, Marzocco, A. M., & Nino, M. (2012). 2(Xix), 105–127.
84. THE EUROPEAN PARLIAMENT MEDIATOR FOR INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION. HANDBOOK;

85. THE LIMITS OF THE MEDIATOR'S NEUTRALITY, / Orna Cohen, Naomi Dattner, Ahron Luxenburg/MEDIATION QUARTERLY, vol. 16, no. 4, Summer 1999 © Jossey-Bass Publishers
86. THE STATE OF WORLD POPULATION. LIVES TOGETHER, WORLDS APART: MEN AND WOMEN IN A TIME OF CHANGE. (n.d.). United Nations Population Fund: Retrieved from <http://www.unfpa.org/swp/2000/english/index.html>;
87. THE STATUS QUO OF MEDIATION IN EUROPE AND OVERSEAS, Avv. Alessandro Bruni et alt., Franc Diedric Editor, Germany, 2014;
88. THE VOICE OF THE CHILD IN FAMILY MEDIATION: NORWAY AND ENGLAND. James, A., & Haugen, G. (2010). ... Journal of Children's ..., 18(3), 313–333. doi:10.1163/157181810X494173;
89. TRANSCEND AND TRANSFORM: AN INTRODUCTION TO CONFLICT WORK, Johan Galtung, June 2004;
90. VARIETIES OF DISPUTE PROCESSING, Sander, Levin and Wheeler, The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, 1979;

Autori



Sevdalina Aleksandrova

Vice-Presidente

Centro per la Risoluzione delle Controversie, Bulgaria

Sevdalina Aleksandrova è mediatore, formatore e specialista nello sviluppo dei centri di mediazione. Ha partecipato alla costituzione dei primi centri di mediazione in materia commerciale di Bulgaria e del più grande Centro per gli Accordi Giudiziari presso la Corte Regionale di Sofia.

snalexandrova@gmail.com

T. + 359 2 4719957

F. +000 000 0000 000

M. +359 885 79 25 25

Ha oltre a dieci anni di esperienza nella formazione autorizzata dei mediatori, dei seminari per i giudici in materia della mediazione e dell'invito alla mediazione, dei seminari riferiti alla risoluzione dei conflitti e alle tecniche di negoziazione rivolti ai legali, ai politici, ecc. È stata nominata come Formatore ADR ai premi CEDR 2012 per l'eccellenza in ADR.

In qualità di mediatore, è specializzata prevalentemente nel diritto della famiglia, dei contratti, dei beni immobiliari e delle controversie commerciali.

Negli ultimi dieci anni, si è coinvolta attivamente, come manager e specialista, in maggiori progetti di mediazione, finanziati dall'Unione Europea, da USAID e dalla Fondazione America for Bulgaria. È co-autore del libro "EU Mediation Law and Practice", curato dal Prof. De Palo e M.B. Trevor, Università di Oxford, 2012.

Alessandro Bruni



Fondatore, CONCILIA, Italia; Presidente, Mediatori oltre alle frontiere, Capitolo su Italia

alessandro.bruni@conciia.it

T. +390 642 0168 45

F. +390 693 3875 83

M. +393 384 6626 16

Alessandro Bruni è un avvocato specializzato in materia di diritto civile e commerciale ed è mediatore e arbitro professionista.

È anche docente universitario nel settore della Mediazione, della Conciliazione e della Comunicazione Strategica presso l'Accademia Internazionale per le Scienze e per la Pace, Roma, I. È formatore autorizzato dal Ministero della Giustizia in materia di mediazione e ADR.

È uno dei primi mediatori professionisti premiato d'Italia, titolare del certificato di "Mediator Certificat IMI".

In qualità di mediatore internazionale, è autorizzato in Belgio, Gran Bretagna, Francia e India.

È formatore internazionale di ADR in Germania (Accademia ERA), Belgio (Programma Europeo di Formazione dei Consulenti Legali nel settore della Mediazione).

Ha mediato ben oltre 2.500 cause in materia civile, commerciale e familiare, comprese le mediazioni pluripartite e complesse. È anche specialista nelle mediazioni del settore sociale ed ecologico, con partecipazione ai progetti finanziati dall'Unione Europea (nominato specialista internazionale principale e formatore internazionale grazie alla partecipazione a migliaia di ore di progetti e seminari di formazione).

È il Presidente per la Mediazione del Gruppo di Azioni per Pace Rotary e Membro Fondatore di Gemme (Gruppo Europeo dei Magistrati per la Mediazione), Capitolo Italia e CIMJ (Conferenza Internazionale riguardante la Mediazione Giudiziaria), Francia.



Christian-Radu Chereji

Direttore, Centro per lo Studio dei Conflitti, Università Babeş-Bolyai, Romania

Christian-Radu Chereji è uno dei membri fondatori dell'Istituto di Transilvania per la Mediazione di Cluj-Napoca. Dall'anno 2008, è mediatore autorizzato dal Consiglio Romeno per la Mediazione. È pro decano della Facoltà di Scienze Politiche, Amministrative e Comunicazione presso l'Università Babeş-Bolyai di Cluj-Napoca, Romania.

È anche membro fondatore e direttore del Centro per lo Studio dei Conflitti, Università Babeş-Bolyai (2005) e fondatore e coordinatore del programma internazionale di specializzazione post-laurea in Analisi e Gestione dei Conflitti (2005). Ha pubblicato una serie di studi e articoli riferiti allo studio dei conflitti, ha pubblicato in riviste e periodici nazionali e quotati ISI. Bursier Fulbright nel 2013-2014.

Christian-Radu Chereji ha approfondito gradualmente il settore della mediazione, grazie alle borse di studio e alla pratica ADR presso le Università di Belgio (1993, 1996, 1996-1997), Gran Bretagna (1998) e SUA (1999), nonché al lavoro per le Forze Armate Romene. Dal 2008, è formatore principale e valutatore nazionale dei mediatori.

chereji@fspac.ro

T. +004 0264 431 505

F. +004 0264 406 054



Constantin-Adi Gavrilă

Manager Generale, Centro per la Mediazione di Craiova, Romania

Constantin-Adi Gavrilă è mediatore, formatore di mediatori e manager generale dell'Associazione del Centro di Mediazione di Craiova, il primo Presidente dell'Unione dei Centri di Mediazione di Romania e il primo Vice-Presidente del Consiglio per la Mediazione di Romania.

mediator@adigavrila.com

T. +004 035 1413 310

F. +004 025 1419 980

M. +004 072 7700 159

Con un'esperienza di quindici anni nel settore, fa mediazione di più tipi di cause, ivi incluse le cause complesse in materia commerciale, familiare e immobiliare, con un approccio pratico e orientato verso affari nell'ambito della risoluzione delle controversie. Il Sig. Gavrilă ha coordinato programmi complessi nel settore della mediazione, partecipando anche al processo normativo, fornendo management e formazione ai mediatori, sviluppando i sistemi e la comunicazione con il pubblico.

È Vice-Presidente della Commissione per le Standardizzazioni delle Normative Internazionali presso l'Istituto Internazionale per la Mediazione (IMI). Ha pubblicato numerosi lavori nel settore della mediazione e della risoluzione alternativa delle controversie (ADR), insegna all'università e partecipa frequentemente come relatore a conferenze e seminari.

Nel 2009, il sig. Gavrilă ha ricevuto il premio per leadership notevole (*IDC Outstanding International Leadership*) conferito dall'Associazione per la Risoluzione delle Controversie (*Association for Conflict Resolution - ACR*) per i suoi contributi notevoli nell'ambito della risoluzione delle controversie internazionali.

Albena Komitova



Manager, Centro per la Risoluzione delle Controversie - Sofia, Bulgaria

Albena Komitova è avvocato, membro dell'Ordine degli Avvocati di Sofia, specializzato in diritto commerciale e civile. Mediatore e formatore di mediatori. Co-fondatore ed ex Presidente dell'Associazione dei Mediatori di Bulgaria.

Ha otto anni di esperienza come mediatore in numerose cause.

albena@bgmediation.com

T. 0035 92 72 68 83

M. 0035 9898 48 03 77

Ha partecipato come specialista all'interno di più progetti riferiti alla promozione e allo sviluppo della mediazione.

Manager di progetto nel progetto di costituzione del Programma d'Invito alla Mediazione delle Cause da parte dei Giudici presso il più importante Tribunale di Bulgaria – “Preparati ad arrivare a un accordo – Programma ADR della Corte Regionale di Sofia”; come specialista, nel 2010, ha assistito alla costituzione del Centro per gli Accordi Giudiziari presso la Corte Regionale di Sofia; manager di progetto nell'ambito del progetto “Mediazione e sistema giudiziario – un accoppiamento di successo per migliorare l'accesso alla giustizia e ai servizi dei Tribunali”; organizza corsi e seminari di mediazione per avvocati e giudici, ecc.; realizzazione di un manuale e dei corsi di formazione in materia di risoluzione delle controversie di carattere transfrontaliere, rivolti ai consulenti legali e ai mediatori all'interno del progetto “Rete europea dei mediatori per la risoluzione delle controversie transfrontaliere”, finanziato dalla Commissione Europea.

Negli ultimi anni, sostiene attivamente corsi di formazione specifici e specializzati nell'ambito della risoluzione delle controversie – corsi di autorizzazione per mediatori, giudici e avvocati.

È laureata della Scuola di Scienze Politiche di Bulgaria, 2012.

Inka Miškulin



inka@capta.hr

T. +0038551322955

F. +0038551322955

M. +00385981647823

Psicologo, psicoterapeuta e consulente a Capta, Rijeka, Croazia

Svolge la sua attività presso la clinica privata Capta (www.capta.hr), Rijeka, Croazia. È titolare del Certificato Europeo per la Psicoterapia ed è membro EAP.

Negli ultimi ventidue anni, ha insegnato e ha supervisionato dei corsi di psicoterapia, mediazione e tecniche di mediazione presso la Scuola di Cibernetica e Terapia dei Sistemi (www.ukpo.hr).

Dal 2005, è membro della Coalizione Internazionale di Cibernetica. Nel 2008, è stata premiata dall'Associazione per il miglioramento dei diritti dei pazienti di Croazia.

Attualmente, è coinvolta nel progetto di ricerca finanziato da parte dell'Università di Rijeka (2014-2017) "Risposte etiche, politiche ed epistemiche alle deviazioni sociali" (<http://mpeodd.uniri.hr/>).

Adrian Pop



adrian.pop@ultrasilvam.ro

T. +004 0264 548 054

F. +004 0264 548 054

M. +004 0740 182 369

Mediatore, Istituto di Transilvania per la Mediazione, Romania

Adrian Pop è il Presidente dell'Istituto di Transilvania per la Mediazione, formatore autorizzato nel settore della mediazione e partecipante al programma IMI Qualifying Assessment. È mediatore professionista dal 2008, valutatore nazionale dei mediatori, autorizzato dal Consiglio per la Mediazione di Romania, e formatore principale dal 2009. Adrian Pop è anche il Presidente dell'Associazione dei Mediatori Ultrasilvam, un'associazione professionale di mediatori con ben oltre 400 membri.

Il Sig. Pop è conferenziere alla Facoltà di Scienze Politiche, Amministrative e Comunicazione presso l'Università Babeş-Bolyai di Cluj-Napoca, Romania. È specializzato nella Gestione dei Conflitti e insegna corsi di gestione dei conflitti all'interno del programma internazionale di specializzazione post-laurea in Management delle Crisi e dei Conflitti. È ricercatore al Centro per lo Studio dei Conflitti presso l'Università Babeş-Bolyai di Cluj-Napoca. Il Sig. Pop è autore di più articoli accademici e capitoli di libri nel settore ADR e della Gestione dei Conflitti.

La presente guida è stata elaborata da un gruppo specialistico di periti internazionali all'interno di un progetto finanziato dalla Commissione Europea - JUST/2013/JCIV/AG/4628.

1. **Capitolo 1** - Mediazione e risoluzione alternativa delle controversie nell'Unione Europea
Constantin-Adi Gavrilă, Romania, Coordinatore delle Linee guide
2. **Capitolo 2** - Ambito legale di riferimento: la Direttiva 2008/52/CE, il Regolamento (CE) 2201/2003 e la loro attuazione nel diritto nazionale.
Christian-Radu Chereji, Romania
3. **Capitolo 3** - Carattere interculturale della mediazione transfrontaliera
Alessandro Bruni, Italia
4. **Capitolo 4** - Competenze e abilità di comunicazione, necessarie ai magistrati e ad altre figure professionali del settore giuridico, al fine di superare le barriere del processo d'invito alla mediazione
Inka Miškulin, Croazia
5. **Capitolo 5** - Risoluzione delle cause familiari mediante la mediazione e i procedimenti giudiziari
Adrian Pop, Romania
6. **Capitolo 6** - Impatto dei procedimenti giudiziari sulla famiglia in termini generali e sui minori in sensi particolari
Sevdalina Aleksandrova, Bulgaria
7. **Capitolo 7** - Raccomandazione e invito alla mediazione da parte dei giudizi, attuazione dell'articolo 5, Direttiva 2008/52/CE.
Albena Komitova, Bulgaria