



Modello di buona prassi

Mediators-in-Court-Model

Mediazione familiare specializzata per i casi di sottrazione internazionale di minori, con particolare riguardo al procedimento per il ritorno del minore ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1980



Uniwersytet
Wrocławski



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



This project was funded by the European Union's Justice Program (2014-2020)

Modello di buona prassi italiano: Mediazione familiare specializzata per i casi di sottrazione internazionale di minori, con particolare riguardo al procedimento per il ritorno del minore ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1980

Parte generale UE: Juliane Hirsch, LL.M.,
Consultant on Private International Law and
International Family Law

Parte Nazionale Italiana:
Prof. Federico Ferraris,
Università degli Studi di Milano-Bicocca

I. Edition 2021
Berlin

(c) J. Hirsch & F. Ferraris, all rights reserved

Il Progetto AMICABLE è un progetto co-finanziato dalla UE, ideato dal coordinatore del progetto MiKK - Centro Internazionale di Mediazione per i Conflitti Familiari e le sottrazioni di minori. Il progetto è condotto da un consorzio di partner di quattro diversi paesi della UE: l'Università di Milano-Bicocca (Italia), l'Università di Breslavia (Polonia), l'Università di Alicante (Spagna) e MiKK (Germania). I Partner del Consorzio hanno sviluppato quattro Best Practice Tools specifici per i rispettivi paesi. Per ulteriori dettagli sul progetto AMICABLE si rimanda al sito web del progetto: <https://www.amicable-eu.org/>



Consorzio di progetto:



1. Un tema portante dell'indagine condotta nell'ambito del progetto Amicable è la possibilità di avviare un procedimento di mediazione familiare specializzato per i casi di sottrazione internazionale di minori nelle more del procedimento sul ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.
2. Attualmente, in Germania, nei Paesi Bassi e nel Regno Unito, pur con alcune differenze, è in vigore, quale "modello di buona prassi", il c.d. "*Mediators in Court Model*" (modello "MiC"). Il Progetto Amicable intende divulgare i risultati positivi ottenuti con l'applicazione di tale modello ed esplorare la possibilità (e, nel caso, le modalità) con cui, mentre si svolge il procedimento per il ritorno ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1980 sulla sottrazione di minori, in altri Stati membri dell'UE possa essere avviato un procedimento di mediazione per i casi di sottrazione internazionale di minori.
3. In molti Paesi sono state condotte varie ricerche sulle modalità con cui poter affiancare, ai procedimenti sul ritorno ai sensi della Convenzione de L'Aja, un procedimento di mediazione familiare *ad hoc*. E in questo senso, nell'ambito dei seminari nazionali, si intende esplorare la concreta attuabilità di tale soluzione alla luce dei diversi contesti nazionali nei quali vengono incardinati i procedimenti ai sensi della Convenzione de L'Aja.
4. L'obiettivo principale di questo documento è di sensibilizzare i legislatori nazionali, nonché tutte le parti a vario titolo coinvolte in questo settore, e promuovere l'istituzione di una mediazione specializzata per i casi di sottrazione internazionale di minori che possa svolgersi durante il procedimento per il ritorno del minore ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1980 sulla sottrazione di minori.

Mediazione specializzata per i casi di sottrazione internazionale di minori

5. Prima di illustrare in cosa consiste il Modello di buone prassi, in via del tutto preliminare, occorre spendere qualche parola circa le particolari caratteristiche che la mediazione familiare assume quando devono essere trattati casi di illecita sottrazione internazionale o di mancato ritorno di un minore. È infatti di fondamentale importanza comprendere sin d'ora che la mediazione relativa a casi di sottrazione internazionale di minori è una procedura che si dif-

ferenza profondamente dalla ordinaria mediazione familiare. E proprio per le specificità che caratterizzano questo procedimento è imprescindibile che il suo svolgimento sia affidato a mediatori specializzati, dotati di una formazione specifica per questo tipo di situazioni. In questi casi, infatti, il mediatore deve dimostrare non solamente di avere una specifica competenza giuridica nelle questioni che vengono trattate, ma anche di avere ben chiaro che un ritardo nella risoluzione del conflitto rischia di avvantaggiare il genitore che ha sottratto il minore e di consolidare una situazione illegittima. Inoltre, quando utilizzata nei casi di sottrazione internazionale del minore, la mediazione va necessariamente incontro ad alcuni adattamenti anche di carattere procedurale perché lo strumento possa attagliarsi alle particolari esigenze di questi casi. Per ulteriori dettagli sugli specifici requisiti della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, si rinvia alla Guida alla buona prassi della Conferenza de L'Aja, redatta in conformità alla Convenzione de L'Aja del 1980 sulla sottrazione di minori¹.

6. Il presente Modello di buone prassi vuole proporre un percorso di mediazione che possa concludersi entro le sei settimane previste per lo svolgimento dei procedimenti ai sensi della Convenzione de L'Aja del 1980. Esso presuppone che il giudice del procedimento ai sensi della Convenzione de L'Aia fissi due udienze anziché una sola, le quali devono svolgersi a circa 10 giorni di distanza l'una dall'altra. La prima udienza consiste in un breve incontro (della durata di circa 1 ora), al quale prende parte un mediatore per chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e rispondere alle eventuali domande da lui formulate (nella lingua madre delle parti). Può essere prevista eventualmente la presenza di un co-mediatore. Se le parti decidono di comune accordo di ricorrere alla mediazione, nel periodo intercorrente tra le due udienze si svolge un processo di negoziazione (il vero e proprio processo di mediazione), che dura 2-3 giorni, durante il quale gli avvocati devono essere disponibili per rispondere alle domande delle parti (anche per telefono e via e-mail). È compito degli avvocati che assistono le parti verificare il contenuto dell'accordo di mediazione (*Memorandum of Understanding*) prima che le parti (da loro assistite) lo sottoscrivano. Lo scenario ideale prevede che, al termine del procedimento di mediazione, sia già possibile presentare all'autorità competente una proposta di soluzione

¹ _Il testo è reperibile in tutte le lingue ufficiali della UE alla pagina web < <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6561> > (ultimo accesso 30.8.2019).

concordata della controversia, i cui termini vengano discussi nell'ambito della seconda udienza (udienza che verte, quindi, sul merito dell'accordo). Questo modello di mediazione richiede la collaborazione di tutte le parti coinvolte nel procedimento per il ritorno ai sensi della Convenzione de L'Aja: i giudici, gli enti che si occupano di mediazione internazionale e le ONG che operano nell'ambito della mediazione, le Autorità Centrali e gli avvocati delle parti. Alle ONG è affidato il compito sia di individuare e verificare la disponibilità dei mediatori con caratteristiche idonee per seguire il procedimento, sia di organizzare ogni aspetto logistico della mediazione.

Legge italiana

Mediators-in-Court-Model

L'organizzazione dei procedimenti giudiziari ai sensi della Convenzione de L'Aja in Italia

7. Nel caso in cui un minore sia stato sottratto dallo Stato della residenza abituale, trovano applicazione la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e l'art. 11 Reg. Bruxelles II *bis*. In Italia, il procedimento per il ritorno del minore è disciplinato dalla legge 64/1994 (legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja del 1980) che prevede una forma di procedimento camerale "volontario", in cui i termini processuali e l'attività istruttoria sono rigorosamente circoscritti per poter giungere ad una decisione definitiva sul ritorno del minore in un tempo quanto più rapido possibile. Più in dettaglio, l'art. 7 della citata legge stabilisce che tutte le richieste volte ad ottenere il ritorno del minore presso il genitore affidatario al quale è stato sottratto, o a ristabilire l'esercizio effettivo del diritto di visita, devono essere presentate per il tramite dell'Autorità Centrale italiana - ovvero il Dipartimento di Giustizia Minorile, un'articolazione del Ministero della Giustizia - che a sua volta trasmette senza indugio gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni [del luogo in cui si trova il minore]. Il Procuratore della Repubblica richiede con ricorso in via d'urgenza al Tribunale dei minorenni l'ordine di ritorno o il ripristino del diritto di visita. Giova rammentare, a questo proposito, che in Italia la competenza per i procedimenti sul ritorno ai sensi della Convenzione de L'Aja è concentrata in 24 tribunali per i minorenni, uno per ogni distretto di Corte d'Appello.
8. Parti necessarie del procedimento sono il Pubblico Ministero e il genitore che ha posto in essere la sottrazione illecita. Tuttavia, la giurisprudenza italiana richiede, a pena di nullità dell'intero procedimento, che anche il genitore al quale il minore è stato sottratto sia (quantomeno) invitato a partecipare al procedimento.
9. Una volta ricevuto il ricorso, (di norma) il Presidente del Tribunale per i minorenni fissa con decreto una (sola) udienza [in camera di consiglio], dandone comunicazione all'Autorità Centrale, al genitore che ha posto in essere la sottrazione e al genitore al



quale il minore è stato sottratto. Quest'ultimo può prendere parte all'udienza sopportandone le relative spese. Ancorché non sia obbligatorio che le parti siano assistite da un avvocato, considerata la delicata materia oggetto del procedimento, è piuttosto raro che i genitori siano disposti a difendere i propri interessi senza avvalersi dell'assistenza tecnica di un avvocato.

10. Formalmente la legge 64/1994 prevede che il Tribunale debba pronunciarsi sul ritorno del minore entro 30 giorni [dalla data di ricezione della richiesta sul ritorno]. Tuttavia, in genere i tempi sono più lunghi, motivo per cui il rispetto dell'obbligo previsto dalla Convenzione de L'Aja e dal Regolamento Bruxelles II *bis* - a norma dei quali la decisione sul ritorno del minore deve essere resa entro sei settimane - pone non poche difficoltà all'autorità giudiziaria italiana.
11. Per quanto riguarda l'ascolto del minore vittima della sottrazione, è opportuno menzionare che l'art. 315 *bis* c.c. qualifica espressamente l'ascolto del minore quale diritto generale di quest'ultimo. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha anche affermato che nel particolare caso della sottrazione internazionale del minore non è obbligatorio procedere con l'ascolto del minore, purché la mancata audizione sia giustificata dall'urgenza e tenuto conto del carattere limitato del *thema decidendum* del procedimento (ovvero, limitato al solo (non) ritorno del minore). Secondo la Corte, ad esempio, l'obbligo di ascolto del minore può essere derogato in considerazione dell'età del minore o delle sue condizioni psicologiche. Si tratta, in ogni caso, di una decisione discrezionale che spetta al giudice che presiede il procedimento per il ritorno del minore ai sensi della Convenzione de L'Aja.
12. La decisione sul ritorno del minore è resa con decreto immediatamente esecutivo che può essere impugnato davanti alla Corte di Cassazione, con la precisazione che il ricorso non ha effetto sospensivo sull'esecutività della decisione.

Mediators-in-Court Model - Legge italiana

La mediazione familiare in Italia

13. Il processo di diffusione del procedimento di mediazione familiare in Italia non è stato né semplice, né lineare. Nel 2010, il d.lgs. n. 28/2010 - che ha recepito nell'ordinamento italiano la Direttiva UE 2008/52/UE - ha introdotto una disciplina specifica per la mediazione relativa alle cause civili e commerciali, disciplina che prevede non solamente un procedimento di mediazione ordinario ma prevede, ciò che qui assume maggior rilievo, numerosi casi in cui il preventivo esperimento di una mediazione diviene condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (c.d. "mediazione obbligatoria"). Per questo motivo, nel corso degli anni, gli organismi di mediazione "accreditati" (ovvero gli enti pubblici o privati accreditati presso il Ministero della Giustizia, ed inseriti in un apposito registro, presso i quali può svolgersi il procedimento di mediazione) hanno acquisito una significativa competenza nell'ambito della mediazione in ambito civile e commerciale. L'esperienza italiana in questo specifico settore può essere considerata, dunque, una sorta di modello di buone prassi per tutti gli Stati dell'UE.
14. Altrettanto non può dirsi, tuttavia, per la mediazione nell'ambito del diritto di famiglia. Nonostante alcuni infruttuosi tentativi, infatti, la mediazione in materia di diritto di famiglia in Italia non è mai stata oggetto di uno specifico intervento normativo. Nel codice civile sono presenti solo due disposizioni che fanno genericamente riferimento alla possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione nell'ambito delle controversie familiari. La prima è quella dell'art. 342 *ter* c.c. (come modificato dalla legge 4 aprile 2001 n. 154, recante "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari") a mente del quale il giudice può disporre, ove occorra in seguito all'adozione di un decreto contro gli abusi familiari, l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare. Il secondo riferimento è quello previsto dall'art. 155 *sexies* c.c., introdotto dalla legge n. 54/2006, "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli" e poi abrogato dal D.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 e sostanzialmente trasfuso nell'art. 337-octies c.c. Questa disposizione prevede che «il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 337-ter per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».
15. Il fatto che in Italia la mediazione familiare non sia oggetto di una regolamentazione *ad hoc* non significa, naturalmente, che nell'ordinamento italiano non sia possibile ricorrere all'istituto della mediazione nell'ambito del diritto di famiglia. Piuttosto, l'assenza di una specifica disciplina determina la circostanza che l'espletamento della mediazione in questo settore sia affidata ad organismi di mediazione per lo più privati, che applicano ciascuno un proprio regolamento, seppur in genere ispirato ai principi elaborati dalle diverse associazioni rappresentative dei mediatori presenti sul territorio nazionali (quali, ad es., la "AIMEF - Associazione Italiana Mediatori Familiari" e la "SIMeF - Società Italiana di Mediatori Familiari").
16. Mette conto evidenziare che, nel corso degli ultimi anni, alcuni tribunali hanno svolto un importante ruolo nella promozione della mediazione familiare in Italia: è il caso, ad esempio, del Tribunale di Milano, che nel 2018 ha autorizzato l'istituzione all'interno dello stesso edificio del Tribunale di uno specifico spazio nel quale organismi di mediazione attivi a livello regionale incontrano le parti interessate all'attivazione del percorso (o anche solo ad assumere informazioni al riguardo), illustrando loro i vantaggi connessi alla mediazione familiare come strumento di gestione delle situazioni di crisi familiare (c.d. "Spazio informativo Mediazione Familiare").
17. Più nello specifico, in base al procedimento seguito, il giudice, quando fissa la (prima) udienza, a seconda delle circostanze può suggerire alle parti di intraprendere un percorso di mediazione familiare; se le parti non hanno ottenuto informazioni sufficienti sulla mediazione, lo stesso giudice può sospendere momentaneamente l'udienza per permettere alle parti di recarsi presso lo *Spazio Informativo Mediazione Familiare*, ove un consulente dell'ente di mediazione (di turno) illustra alle parti il funzionamento e i benefici della mediazione. Una volta che le parti decidono di ricorrere alla mediazione per la risoluzione della controversia, spetta loro scegliere lo specifico ente di mediazione a cui rivolgersi (tra quelli nell'elenco disponibile presso lo *Spazio Informativo Mediazione Familiare*). In questo caso il procedimento di mediazione avviene fuori dal Tribunale. Quanto ai costi del procedimento, una specifica convenzione stipulata con la Regione Lombardia prevede che la Regione prenda in carico i costi di 8-10 incontri che si svolgono nel corso del procedimento (a condizione che le parti abbiano scelto un organismo di mediazione accreditato dalla Regione).

Mediators-in-Court Model - Legge italiana

18. Un'iniziativa simile è stata realizzata anche nel sud Italia, grazie ad un accordo concluso tra il Tribunale di Napoli, il Tribunale per i minorenni di Napoli e il Comune di Napoli. All'interno del Tribunale di Napoli è stato infatti istituito uno specifico ufficio (il "Punto di Incontro per la Mediazione Familiare") gestito da un ente di mediazione pubblico (il "Centro per le famiglie"), con il compito di fornire le informazioni essenziali sulla mediazione familiare alle coppie in crisi; più recentemente (nel 2019), anche l'Ordine degli Avvocati di Roma ha istituito un punto informativo sulla mediazione familiare all'interno del Tribunale di Roma con la medesima funzione di promuovere tra le parti il ricorso alla mediazione.

La mediazione familiare e i procedimenti per il ritorno del minore ai sensi della Convenzione de L'Aja in Italia

19. Alla luce di quanto sopra, si potrebbe allora ritenere in prima battuta che la possibilità di inserire la proposta di mediazione specializzata nella cornice del procedimento ai sensi della Convenzione de L'Aja ponga solo questioni di carattere meramente pratico. In effetti, fintanto che l'autorità giurisdizionale fissa due separate udienze, non si rileva alcun ostacolo giuridico che impedisca alle parti di (essere indirizzate a) ricorrere a un procedimento di mediazione per concludere un "accordo pacchetto" fuori dal procedimento giudiziario incardinato dinanzi al Tribunale.

20. I benefici (anche non strettamente giuridici) che derivano da una simile gestione stragiudiziale della controversia sono molteplici: da un lato, quando la mediazione riguarda tutti gli aspetti della vita presente e futura della coppia, (e, quindi, non solamente la specifica questione relativa al ritorno del minore), i genitori possono evitare ai figli tutti i danni legati a un lungo procedimento giudiziario relativo al diritto di affidamento e di visita; da altro lato, in aggiunta al risultato pratico dell'accordo che può essere raggiunto in esito alla mediazione, questo istituto permette alle parti di ristabilire una forma di dialogo, così ponendo le basi per un futuro rapporto, basato sul valore condiviso della collaborazione.

21. A questo proposito, la giurisprudenza italiana riporta almeno una situazione in cui il Tribunale per i minorenni ha suggerito ai genitori di avvalersi di un

procedimento di mediazione. Il TM di Bologna, con ordinanza del 5 marzo 2015, ha infatti espressamente affermato che «La decisione definirebbe la lite ma non chiuderebbe il conflitto», mentre «la mediazione come strumento alternativo di risoluzione della presente controversia non rinuncia al conflitto, ma lo rivisita come risorsa» e che i mediatori hanno «il compito di accompagnare i genitori nella definizione di un accordo condiviso, [...] Il tutto con l'obiettivo di favorire il mantenimento della responsabilità genitoriale di entrambi i coniugi e di prevenire conflitti futuri che possano incidere negativamente sui minori».

22. Va infine ricordato che nel corso del national seminar tutti i partecipanti hanno accolto con molto favore l'idea di introdurre tale modello nell'ambito dei giudizi attivati per il ritorno del minore. A tale proposito è emersa la prassi, promossa da alcuni Tribunali per i minorenni, di delegare la mediazione ad un componente "laico" del collegio giudicante (componente che, naturalmente, in caso di fallimento delle trattative dovrà essere sostituito nel collegio).

Profili problematici ancora irrisolti

23. Fermo quanto sopra, nell'esaminare le modalità con cui combinare la procedura di mediazione familiare e il procedimento per il ritorno ai sensi della Convenzione de L'Aja, ci sono tuttavia alcuni aspetti legati alle specificità dell'ordinamento italiano che devono necessariamente essere presi in considerazione.

24. Il primo è legato alla figura dei mediatori, che, come detto, devono essere dotati di particolari competenze per poter essere in grado di condurre efficacemente il procedimento di mediazione: mentre ci sono alcuni professionisti che sono ben preparati per gestire le situazioni di crisi familiari anche con profili di transnazionalità, non tutti gli organismi di mediazione che operano nel settore del diritto di famiglia - organismi che, giova rammentarlo, sono enti per lo più privati - hanno le risorse e le competenze sufficienti per trattare un conflitto specifico come quello legato alla sottrazione internazionale del minore. Inoltre, la stessa distribuzione degli organismi di mediazione tra le regioni italiane è ben lungi dall'essere omogenea, e questo in qualche modo rende più difficile accedere ad un organismo effettivamente competente a trattare la questione.

Mediators-in-Court Model - Legge italiana

25. La seconda questione è legata alle tempistiche con cui si svolge il procedimento di mediazione in rapporto ai termini processuali (perentori) del procedimento ai sensi della Convenzione de L'Aja: il tempo, infatti, è un fattore essenziale nella mediazione, Da un lato, occorre del tempo perché le parti possano negoziare ogni aspetto del loro futuro accordo; da altro lato, è necessario del tempo per poter riflettere sulle alternative proposte che vengano avanzate dinanzi al mediatore. In altre parole, ogni accordo raggiunto nell'ambito di una mediazione è una combinazione di proposte, volontà e tempo. Appare dunque problematico immaginare un procedimento di mediazione - che verta su ogni aspetto del rapporto figli-genitori - in cui il (passare del) tempo non rappresenti una risorsa, bensì un ostacolo all'autonomia delle parti. Tuttavia, è anche vero che, come si è visto in precedenza, uno dei compiti della mediazione è quello di ristabilire la comunicazione tra le parti. Sicché - almeno in questo senso - l'istituto della mediazione svolgerebbe un ruolo importante nella futura relazione tra le parti.

26. Un altro aspetto da considerare è poi il rapporto tra il giudice, da un lato, e il mediatore, dall'altro. Se, infatti, la figura del mediatore non può essere assimilata a quella di un assistente o ausiliario del giudice, non è scontato riuscire garantire che i due procedimenti - *i.e.* quello giudiziario e la mediazione - procedano parallelamente, senza interferenze reciproche. I rappresentanti degli organismi di mediazione, nel corso del national seminar, hanno ribadito questo punto, non potendo esserci, a loro giudizio, alcuna connessione neppure "spaziale" con il giudice. In aggiunta, ciò è tanto più evidente solo se si considera che questa separazione spesso non è garantita nell'ambito della mediazione civile e commerciale, dove la giurisprudenza attribuisce al giudice la facoltà di valutare la condotta tenuta dalle parti in sede di mediazione quando si pronuncia sulle spese processuali. Nelle questioni familiari, tuttavia, il rischio di tali interferenze deve essere evitato quanto più possibile e si deve garantire la confidenzialità e la riservatezza di tutte le informazioni emerse durante il procedimento di mediazione, e ciò al fine di promuovere la fiducia e non disincentivare le parti al ricorso a tale istituto.

27. Infine, deve anche essere considerato che i costi della mediazione possono rappresentare un profilo problematico per i genitori. Invero, quando si tratta di strumenti di ADR - ad eccezione di alcuni casi isolati, quale l'iniziativa promossa in Lombardia e di cui si

è detto *supra*, ove la procedura è in parte finanziata dalla Regione - l'ordinamento italiano non consente alle parti di usufruire dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato, se non in quelle situazioni in cui la mediazione rappresenti un presupposto processuale per l'ammissibilità dell'azione; nonostante sia in corso un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza sulla possibilità di estendere in via interpretativa anche agli ADR la disciplina che prevede il patrocinio a spese dello Stato (cioè il D.P.R. 115/2002) - è di pochi giorni fa la notizia che la questione è stata rimessa alla Corte costituzionale - per il momento gli eventuali compensi relativi agli strumenti di ADR il cui ricorso è su base volontaria (e quindi, nel caso della mediazione, non solo gli onorari dei mediatori, ma anche quelli degli avvocati) gravano interamente sulle parti che a quel procedimento fanno ricorso.

