



diritto & religioni

Semestrale
Anno V - n. 2-2010
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

10



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno V - n. 2-2010
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

La “mediazione familiare” nella dinamica dei “diritti sociali” e come tutela dei soggetti deboli

LUIGI NOTARO

1) “Mediazione” è un termine che evoca un processo mirato a far evolvere dinamicamente una situazione problematica, aprendo canali di comunicazione che si erano bloccati¹; sotto il profilo ontologico individua una attività, il più delle volte formalizzata, attraverso la quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere a queste ultime di confrontare i rispettivi punti di vista e di cercare con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che le oppone².

Gli elementi fondamentali che emergono da queste definizioni sono riconducibili alla presenza di un conflitto, presuppongono l'autonomia decisionale dei contendenti, la neutralità e l'imparzialità del mediatore. Anche se gli ambiti di applicazione sono diversi (settore civile, penale, amministrativo) vi è un comune denominatore sul piano metodologico che è dato dalla ricerca dell'accordo basato sugli interessi di due parti contrapposte il più delle volte anche teso all'interesse superiore del minore, nonché dall'intervento di un terzo estraneo alla controversia.

Certamente ci troviamo alla presenza di un modello di giustizia in cui alle parti viene restituita la potestà di governare la controversia evitando la delega nella soluzione del conflitto (giustizia informale – privatizzazione del conflitto)³.

Questo discorso ha una sua validità se pensiamo ad una definizione dei

¹ ADOLFO CERETTI, *Mediazione penale e giustizia in La mediazione penale in ambito minorile; applicazioni e prospettive*, AA.VV., Milano, Franco Angeli Edizioni, 1999, p. 69.

² JEAN PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, Syors Alternative, Paris, 1992.

³ VANIA PATANÈ, *Voce Mediazione penale*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali II, Tomo I*, Milano, 2008, p. 573. Si è anche parlato di “giustizia de formalizzata” configurando la mediazione come un procedimento alternativo di soluzione del conflitto. Sul punto, con critiche sul concetto di “giustizia alternativa” s.v. PAOLA RONFANI, *La mediazione familiare: vecchi e nuovi problemi*, in *Minori e giustizia*, 1999, p. 104.

rapporti tra società civile e Stato che rileva e si ripercuote su una diversa legittimazione del potere di regolamentare le situazioni conflittuali, tradizionalmente demandate all'autorità giudiziaria (giustizia tradizionale).

Il problema principale che si presenta in questo percorso alternativo è quello delle modalità di interazione con il sistema civile che regola i rapporti familiari, questo è rilevante in quanto la “mediazione”, se attivata, va ad incidere sulle forme di definizione dei procedimenti di natura personale (separazione – divorzio – procedimento minorile).

Ormai è costante in dottrina il richiamo al seguente principio: i rapporti di famiglia trovano essenzialmente nel costume, nelle regole presenti nella coscienza sociale e nell'ordine interno di ciascuna convivenza familiare i canoni della propria disciplina. In conseguenza il diritto dello Stato assume un ruolo di integrazione e correzione. Questo principio trova un sicuro riferimento nell'art. 29 cost., ove la Repubblica “riconosce” i diritti della famiglia come “società naturale”⁴.

La considerazione che precede richiama problemi di grande attualità quali la necessità di una presenza puntuale del legislatore nelle problematiche della famiglia, specificamente nell'approntare gli strumenti per dirimere le controversie insorte tra i soggetti, nel contempo fare ricorso ad altri sistemi di regolazione sociale meno invasivi e che sono rimessi anche all'autonomia dei singoli membri appartenenti alla comunità familiare.

Per impostare correttamente la problematica della “mediazione familiare” è sembrato opportuno indagare i fondamenti di ordine costituzionale dell'istituto tentando di inquadrarlo nella dinamica dei “diritti sociali” e considerarlo come strumento privilegiato per la tutela dei soggetti deboli.

2) Gli spazi normativi all'interno del procedimento legale – formale sono stati individuati dal legislatore, che con legge del 28 agosto 1997, n. 285 (“Disposizioni per la promozione di diritti ed opportunità per l'infanzia e l'adolescenza”), all'art. 4 prevede “servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali”; con legge del 4 aprile 2001, n. 154 (“Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”), trasfusa negli artt. 342 bis e 343 ter c.c., si riconosce alla “mediazione familiare” un servizio di sostegno e di superamento delle difficoltà relazionali, infine con legge dell'8 febbraio 2006, n. 54 il legislatore ha riformulato tutta la materia relativa ai rapporti tra figli e genitori nelle cause di separazione e di divorzio (bigenitorialità e affidato condiviso), dando forse un parziale rilievo a

⁴ ALDO MAZZINI SANDULLI, *Rapporti etico sociali - Art. 29 cost.* in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di GIORGIO CIAN-CLAUDIO OPPO-ALBERTO TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1992, p. 7 ss.

questo strumento della “mediazione” per avviare a soluzione problemi della coppia che si separa. Quest’ultima legge ha introdotto nuove disposizioni nella disciplina della separazione personale, tanto che nell’art. 155 sexies c.c. comma 2, vi è la previsione di un potere del giudice di proporre la procedura di mediazione, una volta ottenuto il consenso delle parti e susseguentemente sospendendo la procedura in atto.

Dai lavori preparatori del provvedimento legislativo in esame (legge 54/2006) rileviamo che la “Commissione giustizia” prevedeva un passaggio pregiudiziaro imposto alla coppia in crisi, il ricorso alla mediazione doveva intendersi come condizione di procedibilità della separazione stessa (“mediazione” pre-processuale obbligatoria). La “Commissione lavoro”, a cui veniva inviata la formulazione legislativa per un parere in sede consultiva, riteneva superflua l’istituzionalizzazione e la obbligatorietà della “mediazione” ponendo questo strumento in un momento successivo all’instaurarsi del procedimento e comunque la scelta di attivazione di questo strumento veniva rimessa al potere discrezionale del giudice.

Nella norma definitiva questo momento della “mediazione” diviene un passaggio possibile proprio del procedimento giudiziario, per cui il giudice, secondo una sua sensibilità e attenzione ai problemi della coppia e alle ricadute sui minori, può utilizzare la mediazione per regolare le situazioni conflittuali.

Questo istituto, allo stato è considerato un canale privilegiato perché l’autonomia privata possa riappropriarsi della gestione dei conflitti, per cui il giudice è chiamato a valutare l’accordo raggiunto dai coniugi in rapporto agli oggettivi interessi dei minori, l’intervento propositivo e modificativo di tali accordi può esserci nel momento stesso in cui il giudice verifica la mancanza di conformità tra accordo e interesse dei minori⁵

3) Se si pone attenzione a quanto avviene in paesi stranieri, merita un opportuno riferimento l’esperienza che si è consolidata in Inghilterra e la normativa che ha disciplinato il ricorso alla “mediazione”, considerando questo strumento non facoltativo ma obbligatorio nella composizione dei conflitti familiari. Il “Family law Act” prevede il potere del giudice di ordinare la partecipazione delle parti all’incontro di mediazione con la possibilità di predisporre dei rinvii al fine di consentire una composizione amichevole della controversia prestando particolare attenzione alla necessità di tutelare gli interessi dei minori nella famiglia anche se il rifiuto di tutte o di alcuna delle parti non comporta nessuna conseguenza processuale, in quanto nella

⁵ LILIANA ROSSI CARLEO-SALVATORE PATTI, *L'affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 46 ss.

relazione negativa del mediatore non viene indicato a chi sia da attribuire il fallimento⁶.

Meritano altresì un qualche approfondimento, per le ricadute di ordine giuridico che hanno avuto nelle scelte del legislatore italiano, gli interventi in ambito comunitario aventi ad oggetto la “mediazione familiare”. Con la “Raccomandazione R. (98) 1, adottata dal comitato dei Ministri e del Consiglio d’Europa il 21 gennaio 1998, si è posto il problema della risoluzione dei conflitti familiari in maniera consensuale al fine di assicurare la protezione dell’interesse superiore del fanciullo e del suo benessere” (Preambolo della Raccomandazione). Ovviamente si tratta di un documento che non ha valore giuridico vincolante per gli Stati membri, ma, prevedendo finalità specifiche e profili operativi della mediazione, è diventato un riferimento prezioso e opportuno per lo sviluppo di un istituto da utilizzare nei conflitti. Ha avuto, invece, un sicuro rilievo nella nostra legislazione, sia la “Raccomandazione R (2006) 19 del 2006 (“Politiche di sostegno alla genitorialità”) sia la Direttiva 2008/52/CE (“Aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”).

Nel primo documento viene privilegiata la protezione del bambino come persona con propri diritti e la formazione della genitorialità responsabile quale mezzo per tutelare adeguatamente i diritti del bambino. La “Direttiva” del 2008, per la sua natura vincolante, potrà avere un sicuro influsso sul nostro ordinamento e specificamente nei procedimenti di composizione stragiudiziale delle controversie, prevedendo il ricorso alla mediazione su invito dell’organo giurisdizionale investito della causa. Tale facoltà va esplicitata tenendo in gran conto la fattispecie concreta sottoposta all’attenzione del giudice e seguendo un metodo operativo che possa tutelare prevalentemente gli interessi e i bisogni delle parti in conflitto e specificamente i genitori e i figli.

Per il tema trattato e per le disposizioni legislative che lo Stato membro deve adottare per conformarsi alla “Direttiva” del 2008 (art. 12) appare rilevante quanto è previsto come eccezioni operative che interessano “superiori considerazioni di ordine pubblico” dello Stato e specificamente la necessità di “assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all’integrità fisica o psicologia di una persona”.

Anche da questa breve disamina delle fonti comunitarie⁷ appare chiaro

⁶ MARIO SERIO, *Osservazioni sul Family Law Act inglese del 1996*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 1999, p. 566 ss. Per un più ampio riferimento all’esperienza inglese s.v. ANNA LISA BITETTO, *La mediazione familiare in Inghilterra e Galles*, in *Famiglia e diritto*, 2006/1, p. 93 ss.. Sotto il profilo comparatistico s.v. GIUSEPPE GIAIMO, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2001, p. 1620 ss.

⁷ Per la disamina dei principi di diritto europeo in tema di famiglia s.v. SALVATORE PATTI, *I principi di diritto europeo nella famiglia e sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi* in *Familia*, 2005,

che viene privilegiata in un procedimento di mediazione, la figura del minore e la tutela dell'interesse dello stesso.

Questo clima di attenzione del nostro legislatore all'istituto della "mediazione familiare" certamente è stato favorito dalle esperienze maturate in altri paesi e dagli interventi legislativi in ambito comunitario, anche se la legislazione nazionale non prevede ancora una disciplina ed una regolamentazione specifica della "mediazione familiare". In materia si sono susseguiti diversi disegni e proposte di legge. Sin dal 1998 in sede di Commissione giustizia è stato posto il problema del "tentativo di mediazione"; nel 2001 vi è stata la proposta di legge n. 66 (Tarditi), nel 2002, con il progetto di legge n. 2594, è stato prospettato il "tentativo facoltativo di mediazione". Nel 2003 nel c.d. testo unificato Pamir si vorrebbe introdurre il "tentativo obbligatorio di mediazione"; da ultimo nel disegno di legge Belillo n. 2594 del 2007 esplicitamente si è parlato di "istituzione della figura del mediatore familiare"⁸

4) In un'ipotesi ricostruttiva dell'istituto è opportuno indagare su quali norme e principi dettati dalla nostra Carta costituzionale, si fonda l'attuale regolamentazione della materia.

Hanno avuto certamente un influsso particolare sulla strutturazione della "mediazione familiare", con riguardo alla definizione, alle modalità e limiti di questo strumento, alcuni principi costituzionali quali la centralità della persona, il rilievo che la famiglia ha tra le società intermedie, la tutela dei soggetti deboli all'interno della stessa ed infine il rapporto esistente tra la tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. e i procedimenti familiari.

In questa ottica di indagine si è soffermato il Presidente del Tribunale di Lametia Terme in una sua ordinanza del 26 maggio 2008⁹. Nel provvedimento detto il giudicante ritiene che nei "nuovi poteri" conferiti dalla legge vi sia quello di ricorrere all'assistenza di un ausiliario deputato a mediare tra i coniugi e che la "mediazione" sia applicabile anche al rito del divorzio.

Di particolare interesse nell'ordinanza citata, allorchè si ritiene applicabile la previsione dell'art. 155 sexies comma 2° c.c., in via analogica, al procedimento divorzile, è la considerazione che in questa procedura "permane l'in-

p. 337 ss.. Anche se è da notare che non viene fatto alcun riferimento all'istituto della "mediazione". Una puntuale disamina delle fonti comunitarie la troviamo in BRUNO DE FILIPPIS-ALBERTO MASCIA-NELLA AZZURRA MANZIONE-SARAH RAMPOLLA, *La mediazione familiare e la soluzione delle controversie insorte tra genitori separati*, Cedam, Padova, 2008, p. 58 ss.

⁸ Sul punto s.v. più ampiamente GIOVANNA CAPILLI-PAOLO LASELVA, *Mediazione familiare e progetti di riforma* in *Famiglia e diritto*, 2006/1, p. 85 ss.

⁹ La motivazione dell'ordinanza 26 maggio 2008 del Tribunale di Lametia Terme si legge in *Famiglia e diritto*, 2009/3, p. 292.

teresse preminente e primario della tutela della prole, in particolare dei figli minori, cosicchè laddove la mediazione sia deputata a realizzare siffatta tutela, escluderla in siffatti casi, creerebbe un <vulnus> agli artt. 3,30,31 Cost."

Dalla lettura del provvedimento presidenziale citato si traggono alcune ulteriori considerazioni: l'obiettivo primo della "mediazione" è la realizzazione di una opportuna tutela dei figli minori nell'ipotesi di disgregazione della famiglia nell'ambito del ricorso al giudice; il fondamento dell'istituto della "mediazione" va individuato nei principi costituzionali che scaturiscono dagli artt. 3-30-31 Cost.; che il ricorso "allo strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata o teleologica o sistematica, in guisa del richiamo al principio di ragionevolezza ex art. 3 cost.", permette di estendere la "mediazione" al rito del divorzio.

Il riferimento alle norme costituzionali effettuata dal Presidente del Tribunale di Lametia Terme apre uno scenario certamente più opportuno al fine di trovare un fondamento costituzionalmente orientato dello strumento della "mediazione".

La letteratura sul punto molto spesso si è limitata a descrivere il fenomeno, ad individuare i presupposti di operatività e a soffermarsi sulla qualificazione giudica del procedimento e della figura dei mediatori, in questa sede proveremo a individuare i presupposti costituzionali su cui si fonda la normativa al fine di orientare le future scelte legislative.

5) L'art. 155 sexies c.c., rubricato "poteri del giudice ed ascolto del minore", riconduce lo strumento della "mediazione" nell'ambito di un procedimento giudiziario e più specificamente nei "nuovi poteri" del giudicante. Immediatamente viene in rilievo l'annoso quanto non risolto problema della "ridefinizione dei confini" del sistema istituzionale allorchè la presenza di conflitti si pone all'interno della famiglia.

Il processo di famiglia e le tutele che questo procedimento offre un carattere strumentale in relazione alla tutela giurisdizionale rispetto alle esigenze postulate dal diritto sostanziale e dagli interessi che vanno protetti; di conseguenza, la consapevolezza degli interessi da tutelare e le regole di diritto sostanziale che le disciplinano fanno scaturire una tutela giurisdizionale differenziata.

L'intero sistema giuridico deve essere letto, quindi, in chiave di protezione dei diritti e degli interessi in gioco facendo specificamente ricorso ad alcuni strumenti costituzionali.

Tra questi strumenti rileva la tutela giurisdizionale prevista dall'art. 24 comma 1° Cost. che garantisce la più ampia possibilità di ricorrere ai giudici per ogni violazione dei propri diritti, avendo come riferimento precise regole che organizzano il processo e l'attività del giudice (diritto di accesso alla giustizia). Quindi, non solo lo strumento della difesa giudiziale presuppone la possibilità

di accesso agli organi giudicanti, ma impone che le attività processuali siano disciplinate da regole garantistiche come è considerata la previsione dell'art. 111 Cost. che afferma il principio del giusto processo¹⁰.

Queste regole giuridiche costituzionali non contrastano con la previsione effettuata dal legislatore allorchè, nell'art. 155 sexies c.c., viene attribuito un certo potere discrezionale al giudice investito della controversia familiare e conferisce dignità giuridica alla “mediazione familiare” quale strumento processuale per la risoluzione delle controversie e, specificamente, allorchè sorgono questioni sull'affidamento dei figli.

Il giudicante, pertanto, alla presenza di alcune condizioni può rinviare l'adozione dei provvedimenti di sua competenza e rendere operativa la “mediazione”. I presupposti per l'attivazione di questo strumento sono previsti esplicitamente dalla legge e possono ricondursi ad un giudizio di opportunità dopo aver ascoltato le parti e quando queste hanno prestato il proprio consenso.

Questo schema di intervento giudiziario voluto dal legislatore si pone in maniera alternativa o complementare ai caratteri propri della giurisdizione anche se non vengono risolte questioni connesse al collegamento tra processo e “mediazione”.

6) La garanzia costituzionale ex art. 24/1 comma Cost., non può considerarsi solo garanzia formale che potrebbe valere anche nelle altre controversie (sul punto è sintomatico il richiamo alla fonte comunitaria che avvicina la “mediazione familiare” alla “mediazione commerciale”), in quanto nell'ipotesi che ci occupa la “mediazione” si riferisce alle relazioni familiari e alle problematiche che sono ad esse inerenti, questo riferimento impone una lettura più attenta e più accorta del fenomeno.

Un problema che si pone e che va evidenziato è dato dal ricorso ad altri “sistemi di regolazione sociale”¹¹ che potrebbe contrastare con lo strumento

¹⁰ Per un'analisi puntuale dell'istituto sotto il profilo costituzionale s.v. MARCELLO CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. aggiorn. V, Milano, 2001, p. 595 ss. L'autore pone in evidenza una problematica funzionale all'argomento trattato e si chiede se l'affermazione che il giusto processo debba essere regolato dalla legge possa implicare il divieto di configurare modelli processuali in cui sia lasciato ampio spazio ai poteri discrezionali del giudice nella conformazione del procedimento e ciò vale nelle ipotesi di tutela giurisprudenziale di diritti o “status”.

È sempre l'autore che conclude che il processo è effettivamente regolato dal legislatore e non dal giudice, ma non è opportuno che la legge disciplini in modo eccessivamente analitico il processo riconoscendo comunque al legislatore il potere di effettuare il più congruo e ragionevole tra le esigenze di una puntuale disciplina processuale e le esigenze di flessibilità indispensabili per la realizzazione effettiva della migliore tutela giurisprudenziale (p. 613)

¹¹ L'espressione si legge in STEFANO RODOTÀ, *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 13 che

della difesa giurisdizionale prevista dall’art. 24 Cost., per cui la “mediazione” potrebbe apparire esterna al contesto giudiziario entro il quale il legislatore ha posto l’istituto, anche se a prima vista questo appare uno strumento non giuridico e che risponde ad una logica completamente opposta alla logica che vede le parti contrapposte nel processo familiare.

Opportunamente, quindi, si può ritenere il rapporto tra “mediazione” e processo funzionale al raggiungimento di un accordo tra le parti in causa, anche e specialmente in rapporto all’interesse primario dei figli. Il diritto alla difesa giudiziale (Art. 24/1 comma Cost.), come diritto inviolabile, con il ricorso alla “mediazione” coinvolge anche i minori e questo strumento, che certamente si colloca nel processo (endo-processuale), rende possibile la tutela degli interessi dei figli e si rivela uno strumento particolarmente efficace a garanzia degli stessi anche nei confronti delle parti (i genitori) in lite.

D’altra parte l’art. 24/3° comma Cost. prevede la difesa di categorie di soggetti che non dispongono di mezzi economici per agire e difendersi in giudizio (“non abbienti”) e tale individuazione è affidata al legislatore, per cui non sembra inopportuno collocare nella detta categoria i figli minori, dal momento che nella crisi della famiglia sussistono valide ragioni per assicurare una tutela immediata dei loro diritti, i minori stessi, quindi, diventano titolari di una situazione protetta ed i genitori titolari dei doveri corrispondenti.

Il perseguimento dell’interesse superiore della prole si inserisce nel più ampio discorso della tutela giudiziale ex art. 24 Cost., infatti la nozione di interesse, che la dottrina più avvertita¹² indica come fenomeno essenzialmente pratico, significa che la realizzazione dell’interesse dipende dal conseguimento dei fini del soggetto e comporta il riconoscimento da parte dell’ordinamento di uno specifico potere d’azione in vista di tali fini. Dunque, seguendo questa linea di pensiero, il fenomeno giuridico nella sua essenza viene interpretato sia in termini di “oggettività”, per cui interesse assume rilevanza giuridica in funzione di una situazione utile nella quale stia l’oggetto e lo scopo pratico dell’azione sia in termini di “causalità”, cioè l’azione del soggetto si rende necessaria in quanto è lo strumento potenziale per la realizzazione dell’interesse.

Se consideriamo la “mediazione” come metodo di risoluzione delle controversie, complementare al rapporto giudiziale che si instaura tra le parti

viene ripresa da BRUNO DE FILIPPIS-ALBERTO MASCIA-NELLA AZZURRA MANZIONE-SARAH RAMPOLLA, *op. cit.*, p. 4. Questi autori ritengono utile il ricorso ad altri “sistemi” quando si entra nel complesso universo delle relazioni familiari

¹² DAVIDE MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 358.

(coniugi o conviventi) ed ha come obiettivo primario la definizione opportuna del contenzioso giudiziario, l'interesse dei figli minori assume rilevanza giuridica anche se l'ordinamento non riconosce loro uno specifico potere di azione autonoma da quella delle parti in causa.

Il nostro legislatore ha previsto la necessità di un previo accordo tra le parti processuali perchè si possa ricorrere alla "mediazione", mentre al giudice spetta, quando ritiene la controversia mediabile, l'invio alla mediazione; pertanto, questa soluzione che non può essere imposta diventa obbligatoria da parte dell'autorità giudiziaria solo in seguito all'accordo delle parti. Da questo chiaro disposto legislativo e alla luce della rilevanza giuridicamente protetta dell'interesse dei figli minori si potrebbe ipotizzare anche una sanzione conseguente al rifiuto delle parti di iniziare e proseguire il rapporto di mediazione.

Nel caso in cui non è praticabile questa ipotesi della sanzione va certamente privilegiato un intervento del legislatore che prevede la "mediazione" come tentativo di conciliazione istituzionalizzata e obbligatoria, configurandola come "condizione di procedibilità della domanda giudiziale", (ipotesi che il legislatore già aveva previsto prima che l'iter parlamentare non si concludesse con l'attuale formulazione); verrebbe così superata la rigida previsione dell'art. 24 Cost. che, anche se rende difficile l'introduzione di filtri al ricorso giurisdizionale, potrebbe prevedere l'esistenza analogica della "mediazione" come condizione di procedibilità, istituto già contemplato nel procedimento relativo alle controversie di lavoro.

La lettura costituzionale del fenomeno impone il richiamo di altri principi e di norme che possono rendere significativo il ricorso alla garanzia prevista dall'art. 24 Cost. e permette di inserire la "mediazione" in una rinnovata nozione di giurisdizione; riferimenti necessari in questo sforzo ricostruttivo sono da considerarsi gli artt. 2-3-29-30-31 della nostra Carta Costituzionale, nonché il valore assoluto della persona e la sua tutela, la famiglia quale formazione sociale e luogo di crescita della persona e dei suoi interessi, dove la tutela delle situazioni soggettive dei suoi membri diviene l'obiettivo principale del legislatore. Così come sembra interessante riconsiderare l'istituto della "mediazione familiare" collegandola all'ampia dinamica dei "diritti sociali".

7) Ormai per comune acquisizione, i "diritti sociali"¹³ sono veri e propri

¹³ L'elaborazione compiuta dei "diritti sociali" la troviamo in ANTONIO BALDASSARRE, *voce: Diritti sociali* in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, 1989, p. 3 ss.. L'autore costruisce il concetto rilevando la profonda trasformazione del sistema politico.-costituzionale che si è avuto con l'avvento della democrazia pluralistica negli stati di origine liberale e nel mutamento del significato del termine di riferimento e cioè della nozione di libertà che comporta il rinnovamento dei principi su cui

diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti ed inviolabili non solo “principi programmatici”, per cui oltre ad avere efficacia come regole di interpretazione costituzionale, impongono al legislatore una loro attuazione, una loro concretizzazione e una loro graduazione.

Il presupposto per questa ricostruzione sotto il profilo costituzionale lo troviamo in alcune caratteristiche proprie del nostro sistema giuridico costituzionale. Nelle costituzioni moderne il carattere formale della “rigidità”, fa scaturire non solo un allargamento del catalogo delle libertà e dei diritti funzionali alle esigenze proprie dello “Stato sociale”, ma specialmente un potenziamento degli strumenti di garanzia dei diritti, su quest’ultimo punto è significativo il richiamo già effettuato all’art. 24 Cost..

Così come per comprendere la rilevanza dei diritti sociali occorre sottolineare modifiche intervenute nel passaggio dallo Stato di diritto al nuovo sistema democratico pluralistico. Il soggetto individuale non viene più in considerazione soltanto come portatore di una propria primigenia “legalità” che l’ordinamento deve solo “riconoscere” e al massimo limitare (diritti fondamentali come espressione di un originario “agere licere”) ma viene considerato come soggetto definito nelle e dalle proprie relazioni sociali, cioè come l’*homme situè*, ne consegue che i diritti fondamentali possono avere una struttura che oltre a rispecchiare la posizione originale (cioè l’individualità) dell’uomo come persona, ne rifletta anche le posizioni collegate a particolari relazioni, o “status” che determinano in via derivata la soggettività¹⁴.

Un’ulteriore modificazione è data dal rilievo che hanno i “gruppi” nel condizionamento delle decisioni e della volontà politica. Il ruolo dei diritti sociali e quello di regolare alcuni aspetti dei rapporti fra “gruppi” nel processo decisionale e specificamente attraverso l’individuazione di alcuni interessi collettivi da privilegiare in tale processo quali ad esempio i “diritti della famiglia”.¹⁵

Il fondamento di principio dei “diritti sociali” non si trova solo nell’art. 3

si articola lo “Stato di diritto”, definito anche “Stato sociale”. S.V. altresì l’ampia trattazione di DANIELA BIFULCO, *L’invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003 dove l’autrice affronta il delicato problema dell’invulnerabilità dei diritti dei diritti sociali e indaga specificamente sulla natura giuridica dei diritti sociali comunitari; p. 223 ss.; PAOLO CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 401 ss.; CARMELA SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino, p. 200; MASSIMO LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, I, Cedam, Padova, 1995; MANLIO MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali in Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano, 1964.

¹⁴ ANTONIO BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, p. 7.

¹⁵ ANTONIO BALDASSARRE, *ivi*, p. 9.

Il comma Cost. in quanto i costituenti lo hanno esteso anche al principio dei diritti inviolabili della persona umana, cioè al nucleo dei valori costituenti il contenuto normativo della dignità umana (art. 2 Cost) e al principio della uguaglianza formale davanti alla legge art. 3 I° comma Cost. (dignità che tutela l'uomo dalle privazioni materiali),

La Costituzione Italiana contiene nel suo stesso testo una classificazione dei “diritti sociali” sotto il profilo tematico che, in armonia con il significato assegnato a tali diritti, li ordina in dipendenza della loro inerenza alle particolari formazioni sociali a cui si riferiscono (famiglia)¹⁶.

Il tema dei diritti sociali va visto nell'ambito della “teoria dei valori” costituzionali dove la Costituzione è tavola dei valori ed è espressione di un universo culturale che si sovrappone alla Carta, per cui è da qualificarsi meta costituzionale perché radicato nella comunità¹⁷. La giurisprudenza (specialmente quella costituzionale) ha permesso l'uscita di questi diritti dal pregiudizio fino al punto che nello Stato democratico i “diritti sociali” al pari di quelli di libertà, giocano un ruolo importante, non solo nella ripartizione delle attribuzioni (riserva di legge) ma soprattutto nel riequilibrio delle posizioni dei soggetti coinvolti nel processo decisionale specificamente individuando alcuni interessi collettivi da privilegiare (es. diritti della famiglia).

Il costituente concepisce i “diritti sociali” come diritti assoluti e primigeni come il diritto di libertà in quanto necessariamente finalizzati e essenziali allo sviluppo fisico e spirituale della persona umana. Ancora più specificamente non sono elementi centrali degli stessi il contenuto del diritto né il rapporto nel quale la prestazione si inserisce in quanto realtà giuridica.

Le limitazioni riguardano unicamente l'esercizio dei diritti e non il contenuto essenziale, l'an e il quod della garanzia del diritto fa sì che essi non possano equipararsi a norme c.d. programmatiche, quindi i “diritti sociali” sono ricondotti ad uno statuto giuridico unitario, in capo al legislatore statale graverà l'obbligo di stabilire non solo i principi fondamentali del “quanto” ma anche del “come”, da qui la distinzione tra diritti sociali “condizionati e incondizionati”¹⁸ i primi necessitano di strutture erogatrici delle prestazioni, gli altri hanno bisogno di tali strutture. I “diritti sociali incondizionati” sono riconosciuti nella Costituzione e accedono automaticamente ai rapporti giuridici cui si riferiscono e possono farsi valere direttamente. Il giudice in caso di conflitto può solo determinare il “quantum” della prestazione dovuta.

¹⁶ ANTONIO BALDASSARRE *ivi*, p. 14.

¹⁷ Per una ampia disamina di tale teoria s.v. ANTONIO BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 4/1991, p. 656.

¹⁸ ANTONIO BALDASSARRE, *ivi*, p. 31.

La clausole generali non sono applicabili ai “diritti sociali” in quanto essi scaturiscono dai valori del personalismo e dell’eguaglianza, sono “condizionati” alla tutela della persona umana considerata come singolo e nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.).

Per quello che a noi interessa va evidenziata la doppia matrice dei “diritti sociali”: personalista che si traduce nel diritto dei singoli alla fruizione di determinate prestazioni dei pubblici poteri per lo sviluppo della persona; pluralista che rimanda alla produzione giuridica extrastatuale, ed è diritto che nasce e regola la vita delle organizzazioni sociali (famiglia).

8) Nella nostra Carta costituzionale la centralità della persona umana non considerata individualisticamente e le condizioni che ne favoriscono lo sviluppo (artt. 2-3 Cost.) sono al centro di una strategia più generale che fa riferimento alle formazioni sociali, di cui la famiglia è istituzione basilare e che diventa collegamento necessario tra lo Stato e il cittadino.

Detto principio per quanto ci riguarda comporta alcune conseguenze e tra queste: a) la capacità espansiva e l’applicazione nei confronti dei terzi dei diritti riconosciuti dalla Costituzione e di quelli che si ricavano dalla normativa vigente; b) l’esigenza prioritaria del libero sviluppo della persona, per cui anche la famiglia incontra il limite del rispetto della personalità del minore; c) la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana nello Stato sociale.

L’idea di persona quale essere individuale e essere sociale diventa concetto unificatore dei diritti di libertà con quelli “sociali”, il riferimento normativo dei “diritti sociali” lo troviamo nell’art. 3 comma 2 Cost. (“Compito della Repubblica è rimuovere gli ostacoli.....”), nell’art. 2 Cost. che individua i diritti inviolabili della persona umana e della sua dignità e nell’art. 3 comma 1 Cost. che detta un principio di uguaglianza formale davanti alla legge.

Più specificamente le norme richiamate non contengono ideali astratti di giustizia che potrebbero essere antitetici con il sistema costituzionale, ma l’art. 3, I comma Cost. pone il divieto di discriminazioni arbitrarie e garantisce una pari dignità sociale e l’art. 3 II comma Cost. impone ai poteri pubblici e specificamente al legislatore di operare interventi positivi diretti e creare condizioni effettive per una eguale libertà. Detta complementarità trova una sua giustificazione nel fatto che i due aspetti riconoscono il loro nucleo di valore essenziale nella “dignità umana” e nell’autorealizzazione personale.

In questo quadro che scaturisce dal nostro sistema costituzionale i “diritti sociali” indicano una tensione che può crearsi tra i singoli individui e le collettività particolari (formazioni sociali) dove si sviluppa liberamente la persona, ma propongono anche la composizione tra i vari interessi in gioco.

L’esigenza di uguaglianza sostanziale e l’attuazione del principio di so-

lidarietà espressi negli artt. 2 e 3 della Costituzione li troviamo specificati nell'art. 30/II comma Cost. allorché prevede che “nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti”; e nell'art. 31 Cost. quando dispone che “la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia”.

In questo percorso è necessario privilegiare il rapporto che lega l'art. 29 all'art. 30 Cost. traendone due principi fondamentali: innanzitutto il compito proprio della famiglia è da individuarsi nel mantenimento, nella corretta crescita e nell'educazione dei figli, da ciò ne discende, per il principio di sussidiarietà, l'intervento dello Stato nei casi di accertata incapacità della famiglia, e per essa dei genitori, allo svolgimento delle sue funzioni.

In quest'ultima ipotesi va dato preminente rilievo alla funzione dei genitori rivolta a garantire la crescita della personalità dei figli, solo nella prospettiva dell'interesse primario degli stessi.

L'art. 31 Cost., norma tipicamente programmatica, impone allo Stato un intervento volto a creare le condizioni normative, economiche, sociali, di servizi che rendono attuabili in modo compiuto le finalità proprie della famiglia (art. 31/I° comma Cost.); nel contempo la Repubblica è chiamata a “proteggere” l'infanzia e la gioventù favorendo gli istituti necessari a tale scopo (Art. 31/II° comma 2 Cost.)

Resta comunque chiaro che un principio chiave a cui il legislatore ha fatto riferimento è dato dalla concezione della famiglia come luogo privilegiato preposto alla realizzazione delle esigenze umane di ciascuno dei suoi membri e specificamente come formazione sociale in cui si realizza la personalità ed ogni norma deve soddisfare il preminente interesse delle singole persone che ne fanno parte con particolare attenzione ai più deboli.

9) Per qualificare e giustificare la consistenza dei “diritti sociali” è opportuno, definire gli ambienti di vita sociale o comunitaria necessari per il libero sviluppo della persona umana, in questo soccorre l'art. 29 Cost. che riconosce i “diritti della famiglia come società naturale”¹⁹.

Per la nostra Costituzione, il punto di riferimento per la formazione e il pieno sviluppo della persona umana non è dato dallo Stato ma è rappresentato dai luoghi e dai legami sociali, in special modo dalla famiglia, nella quale il singolo individuo si fa persona e si esprime come persona.

In ogni caso nella Costituzione e specificamente nell'art. 29 non vengono enumerati i diritti che appartengono ai membri della famiglia, l'unica eccezione riguarda i diritti spettanti ai figli che per la loro importanza vengono

¹⁹ ANTONIO BALDASSARRE, *voce: Diritti sociali... cit.*, p. 21.

riconosciuti e garantiti dall'art. 30 cost. Al fine di enucleare i diritti dei figli e correlativi doveri dei genitori va, prima degli altri, evidenziato il “diritto all'assistenza morale e materiale” implicito nella vita di una “comunità di affetti” quale è la famiglia, che presuppone dedizione e disponibilità di ciascun membro verso l'altro e che si traduce non solo nel dovere al mantenimento materiale ma anche alla cura affettiva dei componenti deboli della famiglia, diritto che va diversamente graduato e distribuito in dipendenza della diversa posizione di ciascuno.

Va preso altresì in considerazione il “diritto all'educazione familiare”²⁰ nettamente distinto dal “diritto all'istruzione”, in quanto si riferisce ai comportamenti dei genitori relativi alla formazione del figlio in relazione ai valori verso i quali orientare la vita. A questo diritto si collega strettamente il riconoscimento di un “diritto sociale” il cui contenuto è determinato da una particolare conformazione dell'ambiente di vita. Il riferimento concreto è dato dai rapporti giuridicamente rilevanti che intercorrono tra la persona (nel nostro caso il figlio) e lo spazio di vita nel quale si evolve la sua personalità e dal quale può essere condizionato o influenzato.

Rispetto alle condizioni di vita materiale, di cui vi è un diritto preciso (mantenimento-alimenti), il diritto ad una esistenza dignitosa presuppone un ambiente in cui sussistono condizioni esistenziali perché si possa vivere dignitosamente. Ovviamente non vi è riferimento solo al diritto di abitazione perché si mantenga intatto il sistema di vita pregresso, ma anche il “diritto di avere felicità e sicurezza di vita”. Si tratta di una situazione soggettiva di bisogno che gode di una separata e particolare tutela sia costituzionale, sia da parte del legislatore ordinario.

10) Una volta chiarito che i “diritti sociali” trovano un loro fondamento in norme costituzionali, va detto che tali diritti si traducono in una pretesa a una prestazione positiva rivolta essenzialmente al legislatore affinché vengano stabiliti obblighi di adempimento in capo ai poteri costituiti, perché vengano soddisfatte le richieste dei cittadini basate sulle predette garanzie costituzionali.

Si tratta di riconoscere al legislatore non solo la discrezionalità sul “come” e sul “quando” ma anche sul “contenuto” della garanzia del “diritto sociale”. In conseguenza, la non attuazione o l'attuazione parziale dei diritti detti permetterebbe alla Corte costituzionale di valutare la “ragionevolezza” delle inerzie o della parziale attuazione da parte del legislatore delle garanzie effettive dei diritti sociali.

²⁰ A. BALDASSARRE, *Voce: Diritti sociali... cit.*, p. 22.

Il già menzionato “diritto all’educazione familiare” situato all’interno dei più generali “diritti della famiglia” è da considerarsi diritto fondamentale sia sotto il profilo dell’efficacia che sotto quello del valore giuridico per cui gode di un rango primario che assurge a vera e propria inviolabilità.

Nella legge che ha previsto l’affido condiviso (legge 8 febbraio 2006 n. 54) e nell’art. 155 sexies c.c. si possono riscontrare delle chiare attuazioni, nella legge ordinaria, dei “diritti sociali”; questi dal rango di principi costituzionali si traducono in precise norme ordinarie. In termini più concreti il dettato costituzionale ha imposto alle istituzioni un preciso impegno nei confronti della famiglia perché essa sia riconosciuta e tutelata anche in funzione del benessere materiale e morale dei singoli componenti.

In particolare il legislatore ha tentato di non ignorare la varietà dei rapporti con cui le persone si assumono la responsabilità e la cura di altri componenti della famiglia tenendo conto della relazione che intercorre tra i diritti individuali nell’ambito del contesto familiare e i “diritti sociali” prima individuati.

Con la legge di riforma del diritto di famiglia (legge n. 151 del 19 maggio 1975) si è modificato profondamente l’impostazione pregressa contenuta nel codice civile in materia ed anche le leggi speciali direttamente attinenti alla famiglia hanno avuto uno sviluppo in tal senso²¹.

Per quanto si riferisce alla riforma del diritto di famiglia un punto saliente di tale innovazione, che riguarda direttamente l’argomento in oggetto, è dato dalla previsione dell’intervento del giudice nel caso di contrasto fra i coniugi, sia in ordine alla direzione della vita familiare, sia in ordine alla vita dei figli.

Si affermano quindi nuovi modelli e nuovi valori al fine di armonizzare la legislazione ordinaria con i principi e con le norme costituzionali. L’idea chiave di questo processo è dato dalla considerazione che la famiglia è luogo privilegiato preposto alla realizzazione delle esigenze umane di ciascuno dei suoi membri, dove si realizza la personalità dei membri e di conseguenza la disciplina deve piegarsi al soddisfacimento dei preminenti interessi dei singoli individui ancorché considerati i più deboli.

11) L’istituto della “mediazione”, seguendo questa linea di pensiero, si potrebbe collocare altresì nella tematica della tutela dei soggetti deboli e diventare strumento privilegiato di tutela dei figli; in questo contesto si spie-

²¹ Solo per menzionare leggi che seguivano questo indirizzo va detto che nel 1971 furono promulgate sia la legge che istituiva gli asili nido comunali, sia quella che regolava la materia delle lavoratrici madri. Nel 1975 (legge 405/1975) nascevano i consultori familiari e nel 1977 si procedeva al riordino delle competenze sui servizi di assistenza e beneficenza, nel 1978 nasceva il servizio sanitario nazionale e nel 1983 veniva regolata la disciplina dell’affido e dell’adozione.

gherebbe la differenziazione giuridica tra individuo e individuo e la necessità di predisporre strategie utili e concrete alla tutela dei soggetti deboli²².

In questa prospettiva concreta delle tecniche di tutela, ancora una volta, soccorre il richiamo agli artt. 2 e 3 Cost.: la prima norma evidenzia il tema delle libertà inviolabili spettanti a ciascun uomo, la seconda individua i presupposti perché possa inverarsi la condizione di debolezza e il significato del principio di eguaglianza sostanziale considerato fine ultimo della tutela da assicurare ai soggetti svantaggiati.

In una valutazione dei valori, l'art. 2 va privilegiato nel momento stesso in cui prevede l'armonica affermazione della persona umana e la realizzazione di uno stato di completo benessere fisico-psichico del minore e quindi il superamento della condizione di debolezza all'interno della famiglia. L'art. 3/I° comma Cost., da una parte indica nelle condizioni personali il criterio di identificazione delle fattispecie nelle quali si profila una esigenza di protezione, dall'altra, nel secondo comma, affida allo Stato il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona. In ogni caso detto articolo non precisa i termini di effettività della tutela.

Per rendere più concrete dette argomentazioni è utile collocare il tema della tutela dei soggetti deboli nell'ambito della famiglia. In questo passaggio è opportuno richiamare l'art. 31 Cost. che può considerarsi norma positiva costituzionale in materia di protezione dei minori.

Nel nostro sistema di doppia legalità (legalità costituzionale e legalità ordinaria)²³ la legge ordinaria appare lo strumento idoneo per assicurare la protezione con riguardo alla peculiare personalità dei destinatari quali possono essere i minori.

Sia il codice civile (artt. 143,144, 155 quater) sia la legislazione speciale (adozione, affidamento condiviso, procedimenti giurisdizionali) sul piano della tutela ricorre a strumenti dal contenuto elastico che si perfezionano secondo le esigenze della persona tutelata e per raggiungere un equilibrio delle libertà individuali²⁴.

²² Per questa impostazione s.v. PASQUALE STANZIONE, *Tutela dei soggetti deboli*, San Paolo Edizioni, Roma, 2004; PASQUALE STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Famiglia e diritto*, 3/2009, p. 305 ss. L'autore in quest'ultimo contributo evidenzia che l'effettiva tutela della debolezza oscilla tra un iperprotezionismo legislativo (il consumatore), ad una anomia voluta (i conviventi) passando attraverso forme di progressiva evoluzione del diritto, in cui il perfezionarsi della regola risente della peculiare personalità dei destinatari (i minori e in genere gli incapaci) o del quadro politico ed economico della società (i risparmiatori o i poveri) (p. 307).

²³ L'elaborazione di questi concetti si trova in ANTONIO BALDASSARRE, *Voce Libertà (probl. Generali)* in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1989.

²⁴ PASQUALE STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 312.

Anche in questo caso si passa dalla pura enunciazione dei “diritti individuali di libertà” ai “diritti sociali”, non esiste l’uomo generico ma il beneficiario diventa il minore che esige di vivere la sua esistenza “normale” nell’ambito della famiglia, al fine di acquisire dignità di persona e raggiungere la piena autonomia.

In definitiva se vengono richiamati i principi della dignità umana, del libero sviluppo della personalità e dell’uguaglianza per la tutela del minore debole, il legislatore non può che seguire la continua evoluzione della “persona” nelle fasi della vita, si passa dunque “dal diritto alla persona”²⁵.

Ritornando alla “mediazione familiare” quale strumento endoprocessuale per la risoluzione delle controversie, appare chiaro che l’istituto di cui all’art. 155 sexies c.c. si pone in questa ipotesi di sviluppo della normativa che attualizza i “diritti sociali”. Vengono coinvolti in questo processo la giurisdizione come azione dello Stato democratico al cui accesso ogni cittadino ha un diritto tutelato nonché la maggiore tutela del valore “persona”. A questo si aggiunge, in materia familiare, il recupero costante dei soggetti membri della famiglia sia in senso orizzontale quali i rapporti tra coniugi e la tutela del più debole, sia in senso verticale quali i rapporti tra genitori e figli considerando questi ultimi soggetti ancora più deboli.

In altre parole la famiglia come formazione sociale è considerata il luogo privilegiato dove cresce e si realizza la persona e i suoi interessi primari, per cui non è solo lo Stato chiamato alla tutela di un centro autonomo di interesse nella sua unità, ma rilevano le situazioni soggettive esistenti al suo interno.

In conseguenza la “mediazione familiare” si inserisce in questa rilevante posizione di cui godono gli interessi delle singole persone in caso di conflitto e della susseguente gestione e composizione dello stesso. L’interesse superiore del minore a non subire le asprezze della controversia familiare, nel bilanciamento degli opposti interessi, può essere considerato un diritto di primaria importanza e degno di prevalere sugli altri interessi anch’essi esistenti nell’ambito della famiglia. La discussione a questo punto si sposta sul problema relativo alla necessità di un previo accordo delle parti processuali, con riferimento al ricorso allo strumento della “mediazione”.

Certamente il legislatore statuale ha considerato la “mediazione” uno strumento endoprocessuale con tutte le peculiarità che richiede la materia familiare, dunque il giudice, pur entrando nei rapporti personali che molto spesso non sono gestibili dal diritto, quando si trova di fronte all’interesse dei figli deve prendere atto dell’accordo intervenuto tra i genitori, ma se l’in-

²⁵ PASQUALE STANZIONE, *ivi*, p. 314.

teresse dei figli lo richiede, a maggior ragione, dovrebbe necessariamente ed in modo unilaterale intervenire perché sia salvaguardato il supremo "diritto all'educazione familiare".

Specialmente nel processo familiare, dove spesso la regola è data da un altissima conflittualità ed il momento "emozionale" impone la salvaguardia esclusiva di discutibili posizioni personali, vi è necessità di un intervento di un soggetto terzo che possa impartire un ordine capace di condizionare i comportamenti degli interessati a salvaguardia del soggetto più debole.

Solo seguendo una giusta impostazione lo strumento della "mediazione" avrebbe una più concreta validità in rapporto all'affermazione dell'istituto della "bigenitorialità condivisa". Spesso non si riesce a comprendere come sia possibile disporre l'affido condiviso, anche se esso è considerato dalla normativa vigente istituto privilegiato nell'affidamento della prole, allorchè la tensione e la conflittualità assume punte particolarmente aspre; in questo caso è opportuno ribaltare i punti di osservazione del rapporto: l'interesse del figlio è quello privilegiato e il suo "diritto sociale" a vivere in un ambiente in cui sussistano tutte le condizioni essenziali perché si concretizzi il suo diritto di avere felicità e sicurezza di vita prevale sugli altri interessi in gioco.

In questa ipotesi ricostruttiva anche uno strumento che non può considerarsi strettamente giuridico, perchè la logica e le regole a cui è sottoposto, sono diverse da quelle del processo, acquista una funzione complementare e necessaria nell'economia del rapporto processuale familiare.

Il potere del giudice non dovrebbe fermarsi ad un controllo di legalità successiva sugli accordi raggiunti dai coniugi, ma anche di fronte alla negazione delle parti in conflitto il giudice, qualora l'interesse del minore lo richieda, dovrebbe rimettere le parti ad un percorso di mediazione familiare.

Si potrebbe obiettare che questo intervento necessario del giudice confligge con l'autonomia privata dei coniugi nella gestione e composizione del conflitto, ma tale contrasto non si evidenzia se si considera l'interesse dei minori, allorchè si concretizza nel "diritto all'educazione familiare", come un diritto superiore e certamente privilegiato nella logica dei "diritti della famiglia" riconosciuti e garantiti genericamente nell'art. 29 e specificamente nell'art. 30 della nostra Costituzione.

L'art. 155 sexies c.c. può considerarsi una ulteriore specificazione della "costituzionalizzazione dei diritti di famiglia" iniziata con la riforma del diritto di famiglia (legge del 19 maggio 1975, n. 151) ancora di più la "Mediazione familiare" appare come un necessario corollario alle modifiche intervenute. Questa considerazione trova un ulteriore fondamento nell'opera di interpretazione fornita da giudici chiamati ad applicare una fattispecie astratta al caso concreto posto alla propria attenzione.