

TESTI DELLA RACCOMANDAZIONE N° R. 616 (98) 1**DEL COMITATO DEI MINISTRI****AGLI STATI MEMBRI****SULLA MEDIAZIONE FAMILIARE****E SUE MOTIVAZIONI****NOTA INTRODUTTIVA**

La terza Conferenza europea sul diritto di famiglia avente per oggetto "il diritto di famiglia nel futuro" (Cadice, Spagna, 20-22 aprile 1995) ha raccomandato al Consiglio d'Europa di esaminare la questione della mediazione familiare o di altri modi di composizione delle controversie familiari alla luce delle conclusioni della Conferenza stessa. Essa del pari ha raccomandato che il Consiglio d'Europa consideri l'eventuale preparazione di uno strumento internazionale contenente i principi relativi alla mediazione o ad altri modi di composizione delle controversie familiari.

In seguito a questa raccomandazione, il Comitato di esperti sul diritto di famiglia (CJ-FA), dipendente dal comitato Europeo per la cooperazione giuridica (CDCJ), si è visto affidare il mandato di esaminare i principi relativi alla mediazione ed agli altri modi di composizione delle ripetute controversie. Al fine di adempiere a questo mandato, il CJ-FA ha creato il Gruppo di Lavoro sulla mediazione ed altri modi di composizione delle controversie familiari (CJ-FA-GT2). Tale gruppo ha predisposto un progetto di Raccomandazione ed uno di illustrazione dei motivi della medesima in ordine alla mediazione familiare. Durante la sua trentesima riunione, il CJ-FA ha terminato i propri lavori sui presenti testi, che sono stati di seguito revisionati dai rappresentanti dei 40 Stati membri del Consiglio d'Europa in seno al CDCJ. Il 21 gennaio 1998, il Comitato dei Ministri ha adottato la raccomandazione N° R (98) 1 sulla mediazione familiare ed ha autorizzato la pubblicazione delle sue motivazioni.

RACCOMANDAZIONE N° R (98) 1

DEL COMITATO DEI MINISTRI DEGLI STATI MEMBRI
SULLA MEDIAZIONE FAMILIARE

(adottata dal Comitato dei Ministri il 21 gennaio 1998,

nel corso della 616^a riunione dei Delegati dei Ministri)

1. Il Comitato dei Ministri, visto l'articolo 15.b dello Statuto del Consiglio d'Europa
2. Prendendo atto del crescente numero delle controversie familiari, ed in particolare di quelle che conseguono ad una separazione o ad un divorzio, e ponendo attenzione alle conseguenze pregiudizievoli dei detti conflitti per le famiglie nonché dell'elevato costo sociale ed economico da esso derivanti per gli Stati,
3. Considerando la necessità di assicurare la protezione dei superiori interessi dei minori e del loro benessere, tale quale consacrato negli strumenti internazionali, nonché tenuto conto - in particolare - dei problemi che conseguono da una separazione o un divorzio in materia di affidamento e di diritto di visita.
4. Tenendo conto dello sviluppo delle procedure di composizione amichevole delle controversie, e del riconoscimento della necessità che la riduzione dei conflitti debba essere conseguita nell'interesse di tutti i membri della famiglia;
5. Riconoscendo le caratteristiche specifiche delle controversie familiari, con particolare riferimento al fatto che:
 - esse implicano persone che, per definizione, sono portate ad avere delle relazioni interdipendenti che vanno a protrarsi nel tempo;
 - le controversie familiari insorgono in un contesto emozionale doloroso, che tende ad esacerbarli;
 - la separazione o il divorzio hanno degli impatti su tutti i membri della famiglia, e specialmente sui figli;
6. Riferendosi alla Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori, ed in particolare all'articolo 13 della detta Convenzione, che tratta della messa a disposizione della mediazione o di altri metodi di risoluzione dei conflitti riguardanti i minori;
7. Tenuto conto dei risultati delle ricerche per quanto concerne il ricorso alla mediazione e delle esperienze maturate in questo campo in più paesi, le quali dimostrano che il ricorso alla mediazione familiare può, a seconda dei casi:
 - migliorare la comunicazione fra i membri della famiglia;
 - ;
 - ridurre i conflitti fra le parti in litigio;
 - dar luogo a componimenti amichevoli;
 - assicurare il mantenimento di relazioni personali tra i genitori ed i figli;
 - ridurre i costi economici e sociali della separazione e del divorzio per le parti e per gli Stati;

- ridurre i tempi altrimenti necessari per la composizione dei conflitti;
8. Sottolineando la crescente internazionalizzazione delle relazioni familiari, nonché i problemi estremamente specifici associati a questo fenomeno;
 9. Coscienti del fatto che un certo numero di Stati prevedono di attuare la mediazione familiare;
 10. Nella convinzione che vi è la necessità di ricorrere sempre di più alla mediazione familiare, processo nel quale un terzo, mediatore imparziale e neutro, assiste le parti nella negoziazione delle questioni che sono oggetto della controversia, in vista dell'ottenimento di comuni accordi;
 11. Raccomanda i governi degli Stati membri.
 - di istituire o promuovere la mediazione familiare, o, al caso, di rafforzare la mediazione familiare esistente;
 - di prendere o di rafforzare tutte le misure che essi giudichino necessarie in vista di assicurare la messa in opera dei principi che seguono per la promozione e l'utilizzazione della mediazione familiare come mezzo appropriato di risoluzione delle controversie familiari.

PRINCIPI DELLA MEDIAZIONE FAMILIARE

I. Campo di applicazione della mediazione

- a. La mediazione familiare considera l'insieme delle controversie che possono sorgere fra i membri di una stessa famiglia, siano essi legati per sangue o per matrimonio, nonché fra le persone che hanno o hanno avuto relazioni familiari, tali quali definite dalla legislazione nazionale.
- b. In ogni caso, gli Stati sono liberi di determinare quali sono le questioni ed i casi rientranti nella mediazione familiare.

II. Organizzazione della mediazione

- a. La mediazione per principio non dovrebbe essere obbligatoria.
- b. Gli Stati sono liberi di organizzare e di attuare la mediazione nel modo che stimano appropriato, per mezzo del settore pubblico o del settore privato.
- c. Senza pregiudizio per il modo nel quale la mediazione è organizzata ed attuata, gli Stati dovranno vigilare a che vi siano dei meccanismi appropriati che assicurino l'esistenza:
 - d. di procedure per la selezione, la formazione e la qualificazione dei mediatori;
 - e. di norme di "buona pratica" che dovranno essere elaborate e seguite dai mediatori.

III. Procedimento di mediazione

Gli Stati dovranno curare l'esistenza di meccanismi appropriati onde il processo di mediazione si svolga conformemente ai seguenti principi:

- a. il mediatore è imparziale nei suoi rapporti con le parti;
- b. il mediatore è neutro per quanto riguarda l'esito del procedimento di mediazione;
- c. il mediatore rispetta i punti di vista delle parti e tutela la loro uguaglianza nel corso della negoziazione;
- d. il mediatore non ha il potere di imporre una soluzione alle parti;
- e. le condizioni nelle quali si svolge la mediazione familiare dovrebbero garantire il rispetto della vita privata;
- f. le discussioni che hanno avuto luogo durante la mediazione sono confidenziali e non possono essere ulteriormente utilizzate senza il consenso delle parti o nei casi consentiti dalla legge nazionale;
- g. il mediatore dovrebbe, al caso, informare le parti della possibilità che essi hanno di ricorrere ai consulenti matrimoniali o ad altre forme di consulenza in quanto modi di composizione dei problemi coniugali o familiari;
- h. il mediatore dovrà mirare in maniera particolare al benessere e all'interesse superiore del minore, dovrà incoraggiare i genitori a concentrarsi sui suoi bisogni, e dovrà ricordare ai medesimi la loro fondamentale responsabilità concernente il benessere dei loro figli e la necessità che essi hanno di informarli e di consultarli;
- i. il mediatore dovrà porre una particolare attenzione alla necessità di sapere se fra le parti sono occorse delle violenze, ovvero se delle violenze sono suscettibili di prodursi nel futuro, nonché agli effetti che esse potrebbero produrre sulla situazione delle parti nel corso della negoziazione; egli dovrà altresì considerare se, in queste circostanze, il procedimento di mediazione è quello appropriato;
- l. il mediatore può fornire informazioni legali, ma non dovrà mai dispensare consigli di tale natura. Egli dovrà al caso informare le parti della possibilità che esse hanno di consultare un avvocato o un altro professionista competente.

IV. Lo statuto degli accordi di mediazione

Gli Stati dovrebbero facilitare l'approvazione degli accordi di mediazione da parte dell'autorità giudiziaria o di altra autorità competente in tutti i casi nei quali le parti la richiedono, nonché fornire meccanismi di esecuzione di detti accordi conformemente alla legislazione nazionale.

V. Relazione tra la mediazione e le procedure davanti all'autorità giudiziaria o ad un'altra autorità competente

- a. Gli Stati dovrebbero riconoscere l'autonomia della mediazione e la possibilità per essa di aver luogo prima, durante o dopo una procedura giudiziaria;
- b. Gli Stati dovranno stabilire dei meccanismi in vista:

- c. di permettere l'interruzione della procedura giudiziaria pendente al fine di instaurare la mediazione;
- d. di assicurare che in questi casi l'autorità giudiziaria o un'altra autorità competente conservi il potere di prendere le decisioni urgenti relative alla protezione delle parti, dei loro figli o del loro patrimonio;
- e. di informare l'autorità giudiziaria o un'altra autorità competente se le parti proseguono o meno nella mediazione, e se esse sono o meno pervenute ad un accordo.

VI. Promozione ed accesso alla mediazione

- a. Gli Stati dovrebbero promuovere lo sviluppo della mediazione familiare, particolarmente per mezzo di programmi d'informazione distribuiti al pubblico ed atti a permettere una migliore comprensione di tale metodo di composizione amichevole delle controversie familiari.
- b. Gli Stati sono liberi di stabilire dei metodi particolari per fornire informazioni in ordine alla mediazione come sistema alternativo di composizione delle controversie familiari (per esempio stabilendo l'obbligo per le parti di incontrare un mediatore) consentendo peraltro alle parti stesse di valutare se per esse è possibile ed appropriato instaurare una mediazione sulle questioni oggetto della lite.
- c. Al fine di contribuire allo sviluppo di questo modo di composizione amichevole delle liti familiari, gli Stati dovrebbero parimenti sforzarsi di prendere le misure necessarie per permettere alle parti l'accesso alla mediazione familiare nonché alla mediazione internazionale.

VII. Altri modi di composizione delle controversie

Gli Stati possono esaminare l'opportunità di applicare appropriatamente ad altri modi di composizione delle controversie i principi relativi alla mediazione quali consacrati nella presente Raccomandazione.

VIII Questioni internazionali

- a. Gli Stati, quando appropriato, dovrebbero prevedere l'opportunità di attuare dei meccanismi di mediazione nei casi presentanti un elemento d'estraneità, ed in particolare in tutte le questioni concernenti i figli, con particolare riferimento a quelle relative all'affidamento ed al diritto di visita quando i genitori vivono o contano di vivere in Stati diversi.
- b. La mediazione internazionale dovrà essere considerata un procedimento atto a permettere ai genitori di organizzare o di riorganizzare l'affidamento o il diritto di visita, ovvero di comporre le controversie conseguenti a decisioni riguardanti tali questioni. Di conseguenza, nel caso di un trasferimento illegittimo o di un trattenimento del minore, la mediazione internazionale non dovrebbe essere autorizzata se essa comportasse il rischio di ritardare la rapida restituzione del minore.
- c. Tutti i principi sopra enunciati sono applicabili alla mediazione internazionale.
- d. Gli Stati, nella misura del possibile, dovrebbero promuovere la cooperazione tra i servizi di mediazione familiare esistenti al fine di facilitare l'utilizzo della mediazione internazionale.

e. Tenuto conto della specificità della mediazione internazionale, i mediatori internazionali dovrebbero essere sottoposti ad una formazione complementare specifica.

ESPOSIZIONE DELLE MOTIVAZIONI

ALLA RACCOMANDAZIONE N° R (98) 1 DEL COMITATO DEI MINISTRI AGLI STATI MEMBRI IN TEMA DI MEDIAZIONE FAMILIARE

I. Considerazioni generali

1. La terza Conferenza europea sul diritto di famiglia avente per oggetto "il diritto di famiglia nel futuro" (Cadice, Spagna, 20-22 aprile 1995) ha raccomandato al Consiglio d'Europa di esaminare la questione della mediazione familiari o di altri metodi di composizione delle controversie familiari alla luce delle conclusioni della Conferenza stessa. Essa del pari ha raccomandato che il Consiglio d'Europa consideri l'eventuale preparazione di uno strumento internazionale contenente i principi relativi alla mediazione o ad altri modi di composizione delle controversie familiari.

2. In seguito a tale raccomandazione, il Comitato di esperti sul diritto di famiglia (CJ-FA) dipendente dal Comitato Europeo per la cooperazione giuridica (CDCJ), si è visto affidare il mandato di elaborare un rapporto enunciante i principi relativi alla mediazione ed agli altri modi di composizione delle ripetute controversie, e, al caso, di formulare al CDCJ delle proposte concernenti l'eventuale predisposizione di uno strumento internazionale in materia. Al fine di adempiere questo mandato, il CJ-FA ha creato il Gruppo di Lavoro sulla mediazione ed altri modi di composizione delle controversie familiari (CJ-FA-GT2).

3. Il gruppo di lavoro sulla mediazione ed altri metodi composizione delle controversie familiari, dipendente dal CJ-FA, ha tenuto tre riunioni nel corso delle quali ha proposto un progetto di Raccomandazione sulla mediazione familiare. Durante la sua trentesima riunione, il CJ-FA ha terminato i propri lavori sul detto progetto. Il testo è stato successivamente revisionato dal CDCJ e, il 21 gennaio 1998, è stato adottato dal Comitato dei Ministri come Raccomandazione N° R (98) 1.

II. Osservazioni sulla Raccomandazione

4. L'utilizzazione della mediazione familiare e degli altri modi di composizione delle controversie relative a questioni interessanti la famiglia come sistemi alternativi alle decisioni giudiziarie o amministrative, costituisce negli Stati membri del Consiglio d'Europa un processo relativamente nuovo, e non esiste alcun strumento giuridico internazionale che stabilisca gli orientamenti principali in ordine alla mediazione familiare nonché per quanto attiene ai principi di base applicabili a questo procedimento di regolazione delle controversie. Di conseguenza, l'obiettivo della Raccomandazione N° R (98) 1 è di colmare detta lacuna e, prima di tutto, di aiutare gli Stati nonché, nell'ambito di un

certo numero di principi direttivi, di fornir loro una base ed un quadro per l'istituzione e la regolamentazione di procedimenti alternativi di composizione delle controversie familiari.

5. La detta raccomandazione tratta dei sistemi relativi alla composizione delle controversie familiari, ed in particolare di quelle che insorgono durante il processo di separazione e di divorzio, al fine di:

- a. Promuovere le soluzioni di composizione amichevole e così ridurre i conflitti nell'interesse di tutti i membri della famiglia,
- b. tutelare gli interessi superiori ed il benessere dei figli, prevedendo in particolare dei meccanismi appropriati in materia di affidamento e di diritto di visita,
- c. ridurre al minimo le conseguenze pregiudizievoli della rottura delle relazioni familiari e della dissoluzione del vincolo coniugale,
- d. favorire il mantenimento di relazioni tra i membri della famiglia, con particolare riferimento a quelli intercorrenti tra i genitori ed i figli,
- e. ridurre, sia per le famiglie che per gli Stati, i costi economici e sociali della separazione e del divorzio.

6. Alcune ricerche universitarie effettuate sulla natura e le conseguenze delle controversie familiari dimostrano che un conflitto prolungato può attenuare le competenze parentali e comportare significative difficoltà per i figli. Nelle famiglie turbate da gravi conflitti e nelle quali i membri hanno difficoltà di comunicazione, si possono sviluppare dei danni permanenti. Di conseguenza, grave è la responsabilità che incombe sulle persone che tentano di dirimere delle controversie che altrimenti sarebbero suscettibili di aggravarsi nel sofferto contesto emozionale di una separazione o di un divorzio.

7. Ricerche condotte in Europa, America del Nord, Australia e Nuova Zelanda suggeriscono che la mediazione familiare è più adatta alla composizione dei problemi d'ordine emotivo che contornano le controversie familiari che dei meccanismi giuridici più rigidi. Si è osservato che la conclusione di accordi raggiunti per mezzo della mediazione contribuisce in maniera determinante alla creazione ed al mantenimento di relazioni di collaborazione tra i genitori che divorziano: la mediazione riduce nello stesso tempo i conflitti e favorisce la persistenza di contatti tra i figli ed entrambi i genitori. I genitori che riescono ad assumere decisioni in ordine agli accordi relativi alla residenza dei figli ed ai contatti tra i medesimi ed il genitore non residente sono più capaci di far funzionare questi accordi, e meno portati ad ignorarli od a romperli. Si sa che molti genitori incontrano delle difficoltà nel rispettare decisioni imposte dall'autorità giudiziaria o da altra autorità competente, il che provoca delle controversie supplementari ed una situazione insoddisfacente per i figli, mentre le decisioni raggiunte per accordo tra i genitori hanno una maggior probabilità di resistere alla prova del tempo, e di proteggere così gli interessi superiori dei figli stessi.

8. Inoltre se in sede di mediazione si perviene a degli accordi, è possibile che la complessità e la durata di qualsiasi ulteriore procedura giudiziaria siano abbreviate. Ciò può aver per effetto la riduzione dei costi finanziari associati al processo di divorzio con particolare riferimento a quelli connessi alle spese delle procedure giudiziarie. La riduzione dei costi non dovrà però essere considerata il principale motivo della promozione

Questi procedimenti possono avere un certo numero di caratteristiche in comune con la mediazione familiare: ad esempio, essi implicano di norma il fatto di riunire le parti onde parlino delle loro difficoltà e controversie; tali procedure richiedono normalmente un professionista sperimentato che faciliti le discussioni, ed il loro scopo è di aiutare le parti a raggiungere soluzioni amichevoli.

12. Per studiare i diversi aspetti e questioni concernenti il ricorso alla mediazione familiare come modo di composizione amichevole dei conflitti, sono state richieste delle informazioni agli Stati membri del consiglio d'Europa e successivamente è stato steso un rapporto diretto al CJ-FA.

-
- ❑ Nell'insieme la mediazione familiare come metodo alternativo alle composizioni dei conflitti in materia familiare è in numerosi Stati relativamente recente, mentre non esiste del tutto in certi altri.
- ❑ In alcuni stati, il ricorso alla mediazione familiare è previsto durante la separazione e il divorzio. In tutti i paesi la mediazione è finalizzata principalmente alla conclusione di accordi concernenti i figli (con particolare riferimento al loro affidamento ed al diritto di visita), ma quasi dappertutto essa può essere utilizzata anche per comporre controversie di altra natura, quali ad esempio quelle che riguardano questioni finanziarie o di proprietà.
- ❑ La mediazione è considerata un processo nel quale le parti si impegnano volontariamente. In Norvegia è obbligatorio incontrare un mediatore prima di iniziare procedure di separazione o di divorzio, o come condizione preliminare a procedure giudiziarie concernenti le responsabilità parentali, l'affidamento, il diritto di vista.
- ❑ In tutti i paesi le parti conservano il diritto di ricorrere a consulenti legali indipendenti, ma di norma gli avvocati non assistono alla mediazione.

13. Sembrerebbe che, dovunque la mediazione familiare è stata o è in corso d'instaurazione, essa evolva nello stesso modo. La mediazione può aver luogo nel quadro di una procedura giudiziaria o extra-giudiziariamente.

14. Negli Stati nei quali la mediazione è stata instaurata, i principi enunciati nella Raccomandazione sono già nella maggioranza dei casi rispettati. Tale Raccomandazione incoraggia gli Stati ad istituire e rinforzare i modi di composizione delle contese in via amichevole ed attraverso la mediazione, nonché a studiare l'opportunità di applicare loro i principi della Raccomandazione.

15. Le contese familiari hanno un certo numero di caratteristiche peculiari che devono essere prese in considerazione durante la mediazione:

- ❑ Esistono di norma delle relazioni interdipendenti e che vanno a proseguire nel tempo. Oltre al fatto di permettere la composizione delle contese in corso, il procedimento di composizione della contesa dovrà facilitare delle relazioni costruttive nel futuro;
- ❑ Le contese familiari implicano di norma delle relazioni emotive e personali nelle quali i sentimenti possono *esacerbare* le difficoltà o mascherare la vera natura dei conflitti e dei disaccordi. E¹ di norma considerato appropriato che tali sentimenti siano riconosciuti e compresi dalle parti e dal mediatore;
- ❑ Le controversie che sorgono nel procedimento di separazione e di divorzio hanno un impatto sugli altri membri della famiglia ed in particolare sui figli, che possono non essere inclusi direttamente nel procedimento di mediazione, ma i cui interessi devono essere considerati di estrema importanza e di conseguenza pertinenti al procedimento.

16. La Raccomandazione in parola considera la mediazione come un processo nel quale un terzo non direttamente interessato alle questioni oggetto della controversia facilita la discussione fra le parti in

maniera da aiutarle a risolvere le loro difficoltà ed a pervenire a degli accordi. La mediazione non è un procedimento nuovo - essa è utilizzata da gran tempo nelle società tradizionali per la composizione delle controversie in seno alla comunità ed ai sistemi basati sulle parentele, e più recentemente nelle società occidentali per il componimento delle controversie industriali. Si ritiene che la mediazione possieda un certo numero di caratteristiche peculiari: in particolare, il mediatore non ha il potere di imporre una soluzione alle parti ma dovrebbe rimanere nello stesso tempo neutro ed imparziale. Il ruolo del mediatore è di aiutare le parti a negoziare ed a pervenire a comuni accordi. Non ci si attende dal mediatore che egli dia consigli alle parti, con particolare riferimento a consigli legali, che rientrano nelle attribuzioni degli avvocati indipendenti che possono essere designati da ciascuna parte per rappresentare i propri interessi. Il ruolo del mediatore non è quello di influenzare il procedimento mediante il quale si perviene ad una decisione, né di esercitare una pressione su una qualunque delle parti al fine di ottenere un particolare accordo. Gli accordi ottenuti sotto pressione sono infatti più suscettibili di essere ignorati e rotti.

17. Nello stesso modo, proprio perché il fatto che le parti devono impegnarsi liberamente nella mediazione costituisce un principio importante, esse devono avere la volontà di comporre attraverso di essa le loro controversie. La ricerca ha dimostrato che il fatto di esercitare una pressione per dare avvio alla mediazione contro la volontà di una o di entrambe le parti non è efficace e può accrescere le ostilità. A questo principio è conforme il rendere obbligatorio per le parti l'incontro con un mediatore al fine di verificare l'opportunità ed i benefici della mediazione.

18. Al momento è comunemente accettato che i procedimenti legali più tradizionali non si adattano molto bene alla composizione dei problemi particolari ed emotivi che si verificano nelle controversie familiari, e che la mediazione offre un approccio più costruttivo.

19. Nonostante l'utilità di promuovere i regolamenti amichevoli, lo sviluppo della mediazione e di altri modi alternativi di composizione delle controversie non dovrà ledere il diritto di qualunque cittadino di avere accesso alla giustizia. In tutti i paesi, l'autorità giudiziaria o altra autorità competente è incaricata di proteggere i cittadini e di vegliare affinché i principi di equità, di giustizia e di regolarità delle procedure siano sempre applicati a tutti gli aspetti del diritto di famiglia.

20. Tenuto conto della crescente internazionalizzazione delle relazioni familiari, è importante creare un meccanismo di cooperazione fra gli Stati ed incoraggiare il ricorso alla mediazione e ad altri metodi di composizione delle controversie nei casi nei quali i genitori vivono o prevedono di vivere in paesi differenti, al fine di comporre tutte le questioni concernenti i figli ed in particolare di risolvere i conflitti che potrebbero sorgere in materia di affidamento e di diritto di visita da un paese all'altro.

21. La mediazione è stata utilizzata come metodo privilegiato di soluzione delle controversie in numerose vertenze internazionali, e ciò in particolare fra i governi. In via di principio, si hanno dunque tutte le ragioni di pensare che la mediazione si presti alla composizione delle contese familiari di dimensioni internazionali. La mediazione internazionale è abbastanza poco diffusa in Europa, sebbene un gruppo di mediatori francesi abbia una grande esperienza di essa negli affari concernenti la sottrazione dei figli verificatasi in molti paesi europei, e che altri mediatori in altri Stati abbiano una vasta esperienza in questo settore. In America del Nord, la mediazione viene normalmente utilizzata per comporre controversie sorte in occasione di divorzi interessanti due Stati Americani o gli Stati Uniti e il Canada, sebbene la legislazione e le procedure in materia di divorzio siano in tali stati molto differenti, e da questa esperienza l'Europa può avere molto da imparare.

III. Commenti sui principi

27. E' largamente ammesso che la mediazione è un metodo alternativo di composizione delle controversie che ciascuna parte deve scegliere liberamente. Gli studi effettuati dimostrano che se la mediazione viene imposta, essa può dar luogo ad accordi che non sono necessariamente il frutto di una decisione consensuale. Gli accordi di tale genere sono suscettibili di essere meno durevoli.

28. D'altra parte, si constata che molte persone non sanno ciò che significa il termine mediazione né ciò che il relativo procedimento comporta; esse di conseguenza non si domandano se il metodo si adatta al loro caso e ricercano altri strumenti di componimento della loro contesa. Al fine di promuovere l'utilizzazione della mediazione, gli Stati potranno scegliere di migliorare i programmi di informazione in generale e/o i metodi di comunicazione delle informazioni nei casi particolari. Del pari, potranno scegliere di prevedere un obbligo per le parti di incontrarsi con un mediatore che spieghi loro il procedimento di mediazione ed i suoi vantaggi. La ricerca dimostra che un incontro del genere può essere utile, e che le parti apprezzano l'opportunità loro offerta in tale occasione di risolvere le controversie in via amichevole. Ciò non di meno, l'essenza della mediazione riposa sul suo carattere di volontarietà e sul fatto che le stesse parti tentano di pervenire ad un accordo, di modo che se le parti rifiutano o si sentono incapaci di procedere alla mediazione, il tentare di obbligarveli è controproducente.

29. In virtù di questo principio, gli Stati sono liberi di organizzare la mediazione come essi la intendono, ma nella misura del possibile, essi dovranno vigilare affinché siano resi operativi dei meccanismi atti a mantenere le norme ad un livello accettabile.

30. In numerosi paesi, i servizi di mediazione sono assicurati sia dal settore privato che dal settore pubblico, che collaborano o che, al contrario, sono in concorrenza diretta. Al momento alcuni Stati quali l'Andorra, la Finlandia, la Norvegia, la Polonia, la Slovenia, la Svezia ed in certi casi la Germania hanno la responsabilità di fornire i servizi in parola. In alcuni di questi Stati questa responsabilità compete alle municipalità. In tutti questi Stati, il servizio di mediazione viene fornito gratuitamente.

31. In alcuni Stati, quali l'Austria, la Francia, la Germania ed il Regno Unito, la mediazione è organizzata in via principale da privati o da organismi indipendenti dallo Stato. Tali mediatori non dipendono dai tribunali ma possono essere collegati ai servizi di assistenza sociale ed a quelli per la gioventù. I corrispondenti onorari devono essere corrisposti dalle parti. Il caso dell'Inghilterra e del Galles è interessante, in quanto la legge sul diritto di famiglia (*Family Law Act 1996*) prevede che un sostegno legale finanziato dallo Stato sia concesso alle parti che si trovano in particolari condizioni reddituali, e che le agenzie di mediazione che desiderano offrire un servizio della specie a spese dello Stato debbano proporre la loro candidatura all'ufficio di assistenza legale al fine di essere ammesse a questo trattamento. In Francia, forme di patrocinio gratuito sono disponibili per finanziare la mediazione richiesta dal tribunale.

32. In qualunque modo la mediazione sia organizzata, essa deve essere accessibile a tutti senza alcuna discriminazione fondata sulla razza, il colore, la lingua, la religione o l'etnia. Ciò può richiedere la messa a disposizione della mediazione in una larga gamma di lingue o la disponibilità di interpreti. Anche le differenze culturali devono essere comprese e rispettate.

33. Il comitato di esperti sul diritto di famiglia (CJ-FA) ha d'altra parte studiato gli aspetti relativi alla selezione, alla formazione ed alle qualifiche richieste ai mediatori. Esso è convinto che i mediatori dovrebbero disporre di qualifiche e di un'esperienza precedente collegate alle questioni che essi saranno chiamati a trattare, nonché finire di una formazione specifica in materia di mediazione. Tuttavia si è sottolineato che sarebbe desiderabile che i criteri di qualificazione e di esperienza

antecedenti siano elastici, e che i mediatori siano preferibilmente prescelti tra operatori sodali, psicologi o giuristi.

34. Nella misura del possibile, gli Stati dovrebbero far sì che vengano predisposte delle procedure idonee di selezione, di formazione e di qualificazione dei mediatori nonché siano stabilite le norme che devono essere da questi seguite. Procedure del genere esistono già in alcuni Stati, ma, poiché gli aspetti della questione sono due - la selezione, la formazione ed i requisiti da una parte, e la statuizione di norme dall'altra - non tutti gli Stati dispongono di norme regolanti tali due aspetti.

35. Le caratteristiche della formazione variano a seconda dei paesi, ma sempre più si tende a prendere in considerazione la formazione che include un insegnamento di conoscenze teoriche e specializzate, così come l'opportunità di integrarla con una pratica effettiva sotto la supervisione di un esperto. In numerosi paesi, i sistemi di abilitazione e di registrazione professionale dei mediatori familiari sono in corso di istituzione. In certi paesi sono in corso sia nel settore pubblico che nel settore privato dei progetti concernenti la preparazione e la formazione.

36. Indubbiamente la mediazione non è ancora considerata in tutti i paesi come una professione a sé, ma numerosi Stati stanno elaborando delle norme di buona pratica e dei codici di condotta. E probabilmente prematuro proporre funzioni più precise in materia, in quanto la mediazione non è ancora largamente praticata a livello europeo. In ogni caso, nel quadro dell'azione degli Stati tendente ad assicurare un'organizzazione efficace e professionale della mediazione familiare, nulla impedisce agli Stati stessi che lo desiderassero di adottare dei dispositivi regolanti le attività e la condotta professionale dei mediatori.

Principio III: Procedimento di mediazione

37. E ormai largamente ammesso che la mediazione dovrebbe essere condotta conformemente a certi principi che la distinguono da altri interventi o modi di composizione delle controversie. Il principio III ne precisa in una certa misura le linee direttrici.

38. L' "imparzialità" del mediatore implica che egli non prenda parte e non favorisca l'una delle parti a danno dell'altra. Il punto di vista di ciascuna parte dovrebbe essere rispettato, benché il mediatore sia incaricato di vigilare a che l'una delle parti non sia svantaggiata perché teme delle rappresaglie o è minacciata di violenze. Il mediatore dovrebbe condurre il procedimento in maniera tale da eliminare finché possibile tutti gli squilibri di potere tra le parti, nonché cercare di prevenire ogni comportamento di una di esse tendente alla manipolazione, alla minaccia o all'intimidazione. A differenza di un avvocato, che agisce per una delle parti e ne rappresenta il punto di vista, il mediatore non agisce per alcuna delle parti; nessuna relazione professionale o personale deve esistere o essere esistita tra il mediatore e le parti.

39. La "neutralità" del mediatore implica che egli non imponga soluzioni alle parti né le spinga ad addivenire ad un particolare componimento. E' di competenza delle parti di accordarsi su decisioni comuni, ed il ruolo del mediatore è quello di facilitare questo procedimento. Le parti possono adottare le decisioni che esse considerano appropriate alla loro specifica situazione. Si riconosce altresì alle parti la capacità di pervenire a loro propri accordi sulle questioni che le riguardano nella maniera che loro meglio conviene. Tuttavia, dal paragrafo 49 si evince chiaramente che quando verrà richiesta ai tribunali l'approvazione o la ratifica di tale accordo privato, sarà necessario che i tribunali medesimi verifichino se l'accordo stesso è conforme alla legislazione in vigore e non violi gli interessi legittimi delle parti.

40. La mediazione dovrebbe essere condotta in privato e le discussioni dovrebbero essere considerate confidenziali. Il mediatore non dovrebbe rivelare ad alcuno nessuna delle informazioni ottenute nel processo di mediazione senza averne ottenuto il consenso a far ciò da entrambe le parti, o senza che sia consentito dal diritto nazionale. Il problema di sapere se il mediatore ha il diritto di rifiutarsi di testimoniare davanti ad un tribunale è lasciato all'apprezzamento del diritto nazionale. Il mediatore non dovrebbe essere tenuto a presentare dei rapporti ufficiali sull'oggetto e sul contenuto delle discussioni che hanno avuto luogo durante la mediazione, anche se l'autorità giudiziaria o un'altra autorità competente si attendano da lui la presentazione di un rapporto accettato dalle parti nel quale siano riportati gli accordi conclusi.

41. Di norma ci si attende che le parti si accordino perché nessun riferimento alle discussioni o negoziazioni sia fatto in una eventuale ulteriore procedura giudiziaria. A tale riservatezza si riferisce normalmente con il termine 'privilegio'. Il privilegio appartiene in comune alle parti, e non al mediatore o al procedimento. Esso può essere rimosso dalle parti ed il mediatore può essere obbligato a testimoniare durante un procedimento giudiziario. I mediatori hanno delle elevate probabilità di essere vincolati a dei codici di condotta professionale relativi alla riservatezza, ma è alle parti che appartiene il privilegio. Si tratta dunque di una questione che gli Stati potranno decidere di esaminare alla luce delle legislazioni nazionali e delle norme deontologiche.

42. Si accetta generalmente che se devono essere sormontati degli ostacoli alla composizione, la divulgazione libera e franca diviene necessaria nella mediazione, e ciò perché è importante che i limiti della riservatezza siano compresi fin dall'inizio. All'inizio della mediazione, le parti dovranno essere informate del fatto che la riservatezza non può essere assoluta. Le dichiarazioni formulate nel corso della mediazione che indichino che un minore ha subito o rischia di subire maltrattamenti possono essere divulgate dal mediatore, e le parti possono essere incoraggiate a richiedere l'aiuto dell'agenzia o dell'autorità appropriata. In casi della specie, l'interesse superiore del minore e della sua salvaguardia assumono la priorità sulle considerazioni relative alla riservatezza. Gli Stati membri possono desiderare di specificare altre circostanze o casi nei quali la riservatezza dovrà essere superata.

43. Durante la procedura di separazione e di divorzio, le parti possono beneficiare dei servizi di professionisti diversi dai mediatori e dagli avvocati. E' quindi importante che le coppie conoscano gli altri servizi che possano fornire loro un sostegno e forme particolari di aiuto, come, ad esempio, la consulenza coniugale. Avendo come fine lo sviluppo significativo di modi alternativi di composizione delle controversie, il mediatore dovrebbe conoscere le varie possibilità ed, al caso, informarne le parti.

44. Sembra che vi sia un consenso generalizzato a riconoscere che i mediatori dovrebbero essere sensibili alla questione delle violenze domestiche. Essi ricercano sempre di più dei meccanismi atti a verificare l'effettività di un'azione abusiva prima di dare il loro accordo alla mediazione. Se una parte vive nel timore dell'altra, le posizioni delle parti nelle negoziazioni saranno ineguali e il mediatore potrà decidere di porre fine al procedimento di mediazione. Ciò nondimeno, prove emerse dalla ricerca indicano che il fatto che la violenza sia stata una caratteristica della relazione familiare nel passato non esclude automaticamente che la mediazione sia un procedimento appropriato. Gli Stati potranno decidere di esaminare questo problema alla luce della legislazione relativa alla violenza domestica.

45. Posto che nella maggior parte dei casi la mediazione tende alla conclusione di appropriati accordi concernenti i minori, i mediatori, pur rispettando la loro imparzialità e neutralità, dovranno dedicare una attenzione particolare al benessere e all'interesse superiore dei minori stessi e dovranno ricordare

ai genitori che è necessario informare e consultare i minori in ordine ai mutamenti in corso, come pure che le controversie familiari ed i conflitti prolungati hanno su di essi delle conseguenze nefaste. In alcuni Paesi i mediatori associano i minori alle fasi del procedimento di mediazione, e ciò di norma perché essi siano informati degli accordi ai quali i loro genitori sono pervenuti. In alcuni Stati vigono delle disposizioni che prevedono che i minori partecipino alla mediazione se si ritiene che ciò sia nel loro interesse. Sempre più si insiste sulla necessità di acquisire l'opinione dei minori nelle procedure che li riguardano, ed alcune strutture di mediazione forniscono dei servizi di assistenza per aiutare i minori stessi o dei 'centri d'incontro'¹ dove essi possono avere dei contatti con i loro genitori se tali incontri sono problematici. Gli Stati dovrebbe essere liberi di incoraggiare la creazione di servizi di assistenza ai minori ed ai giovani quando i loro genitori si separano (vedere i seguenti paragrafi 55 e 59).

46. Durante le sue deliberazioni, il comitato d'Esperti sul diritto di famiglia (CJ-FA) ha esaminato i limiti del ruolo del mediatore con particolare riferimento a ciò che concerne la comunicazione d'informazioni e di pareri legali. Si è convenuto che una distinzione debba essere operata fra il consiglio e l'informazione, e che è opportuno che i mediatori forniscano un'informazione legale se essa viene richiesta o considerata opportuna nel corso del procedimento di mediazione. Il fatto di fornire un'informazione di tale natura implica il mantenimento di una relazione d'imparzialità con le parti. L'informazione viene fornita come una risorsa, senza che si tenti di raccomandare un modo di agire sulla base della medesima. Può essere utile ad esempio per le parti conoscere i passi legali che, possono essere presi per comporre le controversie se durante la mediazione non si perviene a degli accordi o, ancora,, quali fattori possono essere presi in considerazione dal giudice quando egli assume una decisione relativa all'affidamento, al diritto di visita o agli obblighi alimentari.

47. Per contro, il fatto di fornire dei consigli costituisce una contraddizione con uno dei principi della mediazione, e cioè a quello dell'imparzialità. I consigli comportano una valutazione di circostanze particolari così come la raccomandazione di un'azione specifica. Gli avvocati forniscono ai loro clienti nel contempo un'informazione ed un consiglio legale, ma i mediatori comprometterebbero la loro neutralità ed imparzialità se dessero dei consigli della specie. Gli avvocati ed i mediatori hanno un ruolo complementare, ed i mediatori, se necessario, suggeriscono alle parti di acquisire un parere legale dai loro avvocati che sono preposti a raccomandare le azioni che sono nel migliore interesse di ciascuna parte. Negli Stati nei quali la mediazione è ben sviluppata, i mediatori consigliano generalmente alle parti di acquisire un parere legale indipendente prima della stipulazione di qualunque accordo giuridicamente vincolante.

48. La Raccomandazione non contiene alcuna disposizione concernente la durata della mediazione, che dipenderà dal numero, dalla natura e dalla complessità dei punti oggetto della controversia. In ogni caso, la mediazione dovrebbe di norma essere abbastanza breve, e non assumere la forma di un accompagnamento continuo o a lungo termine da parte di un professionista. Di norma, il mediatore e le parti si accordano sulle questioni da esaminare e sul numero di incontri che potranno aver luogo. Spetta a ciascuno Stato di decidere se conviene regolamentare la durata del procedimento di mediazione o vigilare perché essa non possa essere utilizzata da una delle parti come un meccanismo dilatorio della procedura di divorzio.

Principio IV: Lo statuto degli accordi di mediazione

49. Nella maggior parte dei paesi, gli accordi conclusi al termine della mediazione vengono registrati, e degli esemplari di tale registrazione sono rimesse alle parti che possono comunicarli ai loro avvocati. Di norma tali accordi non sono giuridicamente vincolanti anche se tra i paesi esistono ancora delle grandi differenze su tale aspetto della questione. Anche nei paesi nei quali i detti accordi

sono giuridicamente vincolanti (come ad esempio in Germania e in Norvegia), essi non sono di norma esecutivi, a meno che non siano stati convalidati dall'autorità giudiziaria o da un'altra autorità competente. Uno dei metodi per conformarsi a questi principi potrebbe consistere nell'acquisizione dei risultati della mediazione nella decisione dell'autorità giudiziaria o di altra autorità competente. Prima di confermare e ratificare l'accordo, l'autorità giudiziaria o altra autorità competente deve verificare che esso rispetti la legislazione in vigore, che non rechi danno agli interessi legittimi di una delle parti, ed, in particolare, che sia tutelato l'interesse superiore dei minori.

50. Studi condotti nel Regno Unito ed in altri paesi indicano che alcuni di coloro che si avvalgono della mediazione rimangono delusi in quanto il loro accordo non ha il medesimo peso o la medesima autorità di una soluzione imposta dai tribunali. Si raccomanda quindi agli Stati, nel quadro del loro diritto di famiglia, di facilitare la possibilità di un'approvazione di tali accordi da parte da un'autorità giudiziaria o altra autorità competente. A tal riguardo, dovrebbe essere possibile al mediatore aiutare le parti a redigere una dichiarazione sul loro accordo in maniera tale che essa sia accettabile dall'autorità giudiziaria o altra autorità competente quale documento "legale" pertinente ai fini della ratifica e dell'approvazione.

51. Se le parti scelgono di non far convalidare il loro accordo da un'autorità giudiziaria o altra autorità competente, l'accordo medesimo avrà la stessa validità giuridica di qualunque altro contratto di diritto privato, e non perdurerà che fintante le parti lo applicheranno. Per contro, se su domanda delle parti l'accordo è stato approvato da un'autorità giudiziaria o da un'altra autorità competente, una delle parti, se l'altra non rispetta i termini dell'accordo stesso, può avviare un'azione davanti la detta autorità.

52. Raccomandando agli Stati di facilitare l'approvazione degli accordi di mediazione da parte dell'autorità competente e di fornire i meccanismi di esecuzione di tali accordi, si è rilevato che la creazione di tali meccanismi potrebbe contribuire in maniera significativa alla credibilità e al rispetto della mediazione.

53. I meccanismi destinati ad assicurare l'approvazione dell'accordo dall'autorità giudiziaria o altra autorità competente non dovrebbero portare a ritardi o spese eccessive.

Principio V: Relazione tra la mediazione ed i procedimenti davanti dall'autorità giudiziaria o un'altra autorità competente

54. Il termine "Altra autorità competente" è stato incluso nella Raccomandazione in aggiunta a quello "autorità giudiziarie" nella misura nella quale, in certi paesi, i poteri dei tribunali sono esercitati, per certi tipi di procedimenti familiari, anche dall'autorità amministrativa.

55. Trattandosi del diritto d'accesso ai tribunali, è possibile per le parti in mediazione di rinunciare all'esercizio di tale diritto, a condizione che tale rinuncia sia univoca e volontaria (vedere il paragrafo 1 dell'articolo 6 della convenzione Europea dei diritti dell'uomo e relativa giurisprudenza).

56. Tale principio riafferma il convincimento che la mediazione dovrebbe essere un processo interamente autonomo. In quanto tale, essa può dunque svolgersi prima, durante o successivamente alla procedura giudiziaria, ma è comunemente ammesso che essa è più efficace se ha luogo prima del procedimento o al suo inizio. Di norma, la mediazione delle controversie è più difficile se il conflitto

si è aggravato e se essa si protrae per molto tempo. Prima che i procedimenti giudiziari abbiano inizio, è meno probabile che le parti abbiano adottato delle posizioni rigide su controversie che si presentano loro di difficile soluzione o sulle quali è difficile raggiungere dei compromessi, e di conseguenza, esse possono essere più inclini a negoziare degli accordi.

57. Se la mediazione si svolge durante il procedimento giudiziario, questo deve essere interrotto, il che comporta un aggiornamento temporaneo o una sospensione del processo. Poiché la mediazione è un processo volontario, ciascuna parte dovrebbe di norma dare il suo consenso alla sospensione del procedimento giudiziario. Ciò evita che una delle parti usi la mediazione come mezzo dilatorio del procedimento giudiziario. Inutili ritardi nel processo di elaborazione di una decisione sono considerati dannosi in particolare per i figli. I ritardi possono nello stesso modo accrescere i costi finanziari per le parti e per lo Stato.

58. Ciò non di meno, quando la procedura è sospesa al fine di permettere alle parti di affidarsi ad una mediazione, l'autorità giudiziaria o un'altra autorità competente conservano il potere di prendere in qualunque momento delle decisioni urgenti a tutela delle parti, dei loro figli o dei loro beni.

59. Quando la procedura è interrotta, dovrebbero esistere dei meccanismi che garantiscono che l'autorità giudiziaria o l'altra autorità competente sia informata del risultato della mediazione, che il mediatore renda conto dell'esito del processo e degli accordi conclusi, e che la detta autorità controlli se i detti accordi tutelano gli interessi superiori dei figli.

60. I giudici ed i tribunali devono conservare il potere di decisione finale nei procedimenti giudiziari e possono essere richiesti di esaminare i fatti, di prendere delle decisioni e di imporre una soluzione che tuteli e faccia rispettare i diritti individuali dell'uomo, l'interesse superiore dei figli minori nonché garantisca l'accesso alla giurisdizione.

61. Dopo la conclusione del procedimento, sia che degli accordi siano stati conseguiti per mezzo della mediazione o che delle decisioni siano state imposte da un'autorità giudiziaria o altra autorità competente, possono sopravvenire delle nuove contese, delle precedenti contese possono riaccendersi o, ancora, una o tutte le parti possono cercare di modificare gli accordi esistenti in funzione di un cambiamento delle circostanze. In questo caso, può essere opportuno ritornare alla mediazione, o ricorrervi per la prima volta, in maniera di tentare di ottenere una composizione senza dover far ricorso ad un nuovo procedimento giudiziario. In ciascuno di detti casi, tuttavia, il ricorso alla mediazione dovrebbe essere volontario,

62. Nulla in questo Principio comporta che il tribunale abbia il diritto di nominare un mediatore.

Principio VI: Promozione della ed accesso alla mediazione

63. Nello stabilire questo principio, si è riconosciuto che, nella maggior parte dei paesi, la mediazione è stata mal compresa o male utilizzata. Alcune ricerche dimostrano che le persone intervistate giudicano il componimento in via amichevole delle contese preferibile ad un'azione giudiziaria, ma poche fra di esse hanno inteso parlare dei servizi di mediazione o dei mediatori.

64. Al fine di migliorare la conoscenza e la comprensione della mediazione, gli Stati dovrebbero promuovere dei meccanismi destinati ad informare il pubblico mediante programmi informativi, documenti scritti ed altri media. E particolarmente importante vigilare a che gli avvocati, le autorità giudiziarie o le altre autorità competenti comprendano (il procedimento di mediazione, e possano fornire alle parti che desiderano utilizzare questo metodo delle informazioni affidabili.

65. Informazioni sulle strutture della mediazione sono disponibili nella maggior parte dei paesi ma delle campagne nazionali d'informazione non sono state organizzate che ad Andorra ed in Norvegia. In Inghilterra e nel Galles, la legge sul diritto di famiglia del 1996, (The Family Law Act 1996) richiede la partecipazione della parte che desidera avviare un procedimento di divorzio ad una riunione informativa durante la quale le verranno fornite informazioni verbali, scritte e diverse su un certo numero di questioni, ivi compresa la mediazione. Se una parte invoca l'assistenza legale per essere rappresentata, sarà allo stesso modo possibile richiedere la sua presenza ad una riunione con un mediatore, in maniera da valutare se il caso si presta alla mediazione, e di illustrarle la relativa procedura ed i suoi potenziali vantaggi. La partecipazione a riunioni della specie potrebbe essere obbligatoria, e gli Stati sono liberi di esaminare i vantaggi presentati da tali procedure.

66. Se la mediazione viene introdotta in quanto metodo alternativo di composizione delle contese, un principio fondamentale vuole che essa sia disponibile per chiunque sia desideroso di ricorrervi. Gli Stati potrebbero promuovere l'accesso alla mediazione ad esempio finanziando direttamente le strutture di mediazione o fornendo l'assistenza legale alle parti sulla medesima base che si applica nei procedimenti giudiziari.

Principio VII: Altri modi di composizione delle contese

67. La Raccomandazione riconosce chiaramente che la mediazione non è il solo modo che permette di risolvere una contesa in via amichevole ed in maniera consensuale. Altre modalità includono:

- ❑ La conciliazione o la consulenza in conciliazione, termine impiegato di sovente come sinonimo di mediazione. La conciliazione è un procedimento consistente in una discussione metodica, diretta da un terzo neutro chiamato conciliatore.
- ❑ La consulenza familiare può aiutare i partner a intendersi sulle modalità della separazione, anche se il termine "consulenza familiare" designa più spesso un processo nel quale un terzo neutro aiuta le parti a comprendere e sormontare le loro difficoltà in vista di mantenere o ristabilire una relazione.

68. Poiché è opportuno incoraggiare i metodi di composizione delle contese che evitano il ricorso ai tribunali e ai contenziosi, la Raccomandazione indica che gli Stati possono esaminare l'opportunità di applicare i principi della mediazione, quali enunciati nella Raccomandazione stessa, a questi altri sistemi amichevoli di composizione delle controversie. In ogni caso, non è possibile seguire contemporaneamente due procedimenti di composizione delle vertenze, in quanto ciò potrebbe provocare delle interferenze, determinare uno stato d'incertezza nelle parti, e così minare i vantaggi dei procedimenti stessi.

Principio VIII. Problemi internazionali

69. Questo principio tiene conto della moltiplicazione delle contese familiari - ed in particolare di quelle concernenti l'affidamento ed il diritto di visita - che comportano un elemento di estraneità. Esso riconosce anche che in tali casi la mediazione internazionale dovrebbe essere considerata come un processo appropriato.

70. Durante i dibattiti, sono stati esaminati i seguenti aspetti:

- ❑ la definizione delle modalità di esercizio del diritto di visita,

- il diritto di visita ad un minore che è stato restituito dopo un trasferimento illegale,
- i casi connessi ad un rifiuto di restituire il minore conformemente alla decisione di un'autorità giudiziaria,
- i casi nei quali vi è un'opposizione del minore al diritto di visita o a quello di affidamento.

71. La mediazione internazionale dovrebbe essere considerata un procedimento appropriato per permettere ai genitori di organizzare o di riorganizzare l'affidamento e/o il diritto di visita, ovvero di comporre le liti consecutive a determinate decisioni, quando i genitori vivono in paesi differenti. Le contese di tale natura sono spesso le più difficili da risolvere in ragione della loro natura transnazionale e della partecipazione di più di un'autorità giudiziaria o altra autorità competente.

72. Quando i genitori vivono o contano di vivere in paesi diversi, prima che sia assunta alcuna decisione, la mediazione familiare potrebbe servire a definire le modalità d'esercizio del diritto di visita, ed in particolare a stabilire delle salvaguardie e garanzie che assicurino che, nel caso di diritto di visita internazionale, il minore sarà restituito alla fine del periodo della visita stessa.

73. La mediazione potrebbe inoltre essere utile nelle situazioni che seguono:

- quando il riconoscimento o l'esecuzione della decisione relativa all'affidamento è rifiutata dal tribunale dello Stato richiesto, ovvero dello Stato nel quale il minore è stato trasferito per uno dei motivi enunciati in uno strumento internazionale (per esempio, per uno dei motivi previsti dall'articolo 10 della *Convenzione europea sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ripristino dell'affidamento dei medesimi del 1980*), e che il genitore richiedente ha sollecitato l'avvio di una nuova azione in merito (Articolo 5, paragrafo 4 della Convenzione relativa all'affidamento dei minori);
- quando il richiedente (il genitore che ha l'affidamento del minore) accetta il rifiuto del tribunale dello Stato richiesto di riconoscere e dare esecuzione alla decisione relativa al detto affidamento, ma chiede all'autorità centrale del detto Stato di adire il tribunale perché gli venga accordato un diritto di visita (Articolo 11, paragrafo 3 della Convenzione relativa all'affidamento dei minori).

74. Tutti i principi di mediazione contenuti nella Raccomandazione si applicano alla mediazione internazionale. Ai detti principi si aggiungono, nei casi impicanti più paesi, delle considerazioni specifiche:

- Vi possono essere delle buone ragioni per le quali le parti possono desiderare di ricorrere alla mediazione in un determinato Stato (ad esempio: paese/cultura d'origine), e quando ciò è possibile, le parti stesse dovrebbero essere libere di scegliere il luogo della mediazione. Gli Stati dovrebbero esaminare le questioni e cooperare al fine di assicurare che alle parti coinvolte in controversie internazionali siano offerte le migliori possibilità di mediazione. E' possibile che, quando le parti risiedono in Stati diversi, uno Stato terzo offra un territorio di mediazione più neutro.
- I mediatori internazionali dovrebbero essere obbligati a sottoporsi ad una formazione specifica supplementare, in quanto la mediazione internazionale presenta degli aspetti particolari. Essi dovranno prendere in considerazione i sistemi di diritto di famiglia degli Stati nei quali i genitori risiedono o vogliono risiedere stabilmente, nonché i principi fondamentali consacrati negli strumenti internazionali relativi all'affidamento, al diritto di visita ed alla sottrazione dei figli.

Inoltre, bisognerà tener conto delle difficoltà particolari nelle quali si imbattono i genitori che concludono gli accordi sulle modalità del diritto di visita quando l'esercizio di detto diritto implica la necessità di oltrepassare frontiere nazionali e di percorrere grandi distanze, nonché del timore di una sottrazione nutrita dal genitore che ha l'affidamento del minore, timore che può essere accresciuto quando il genitore che ha non tale affidamento vive in un altro stato ed è sottoposto ad altre autorità. Anche tutti i rischi e le conseguenze connessi alla sottrazione di un minore dovranno essere presi in debita considerazione. Allo stesso modo i mediatori internazionali dovranno tener conto delle diverse attitudini culturali proprie dei paesi nei quali le parti vanno a risiedere, che possono influenzare sia il modo nel quale le parti stesse interpretano le proprie responsabilità parentali, sia le loro reazioni ai cambiamenti delle circostanze. Si dovrà ugualmente tener conto delle influenze culturali esercitate dai membri della famiglia intesa in senso allargato, ed in particolare dai nonni, sugli accordi concernenti il diritto di visita e sulle modalità di allevamento dei minori.

Sarà necessario che i mediatori internazionali diano prova di elasticità (utilizzando diversi metodi quali la "mediazione a navetta", le video conferenze, eccetera), per assicurare la mediazione tra persone separate da grandi distanze, nonché che i mediatori stessi possiedano le conoscenze linguistiche o la competenza e la formazione necessarie a consentir loro di utilizzare al meglio le competenze di interpreti e di altri specialisti, quando ciò risultasse necessario in un caso particolare.

75. La mediazione internazionale può necessitare di differenti forme di mediazione come quella "a navetta". La "mediazione a navetta" si riferisce al modo nel quale il mediatore può agire da intermediario portandosi presso una parte o presso l'altra quando esse risiedono a distanza. Il mediatore può trasmettere dei messaggi fra le parti o negoziare attivamente a nome delle medesime, il che costituisce un metodo abituale nella mediazione internazionale. Ciò non di meno questo sistema presenta degli svantaggi, in particolare se il mediatore procede all'insieme della negoziazione, e rischia di compromettere la sua neutralità e la sua imparzialità.

76. In certi casi, può essere necessario organizzare una riunione di mediazione per video-conferenza o fare ricorso a più di un mediatore. La mediazione congiunta può offrire dei netti vantaggi laddove esiste un conflitto particolarmente grave o si presentano delle circostanze difficili, come di sovente avviene nelle contese internazionali.

77. In materia di diritto di visita transnazionale, la mediazione internazionale presenta dei vantaggi rispetto ad altre procedure, in quanto:

- affida ai genitori stessi la responsabilità di elaborare gli accordi concernenti l'affidamento ed il diritto di visita.
- facilita il lavoro del giudice in contese che possono essere molto complesse
- riduce il costo del procedimento giudiziario.

78. In caso di illecito trasferimento o trattenimento abusivo di un minore, la mediazione potrebbe essere sconsigliata finché la procedura concernente la restituzione del minore stesso è in corso. Gli strumenti internazionali impongono l'obbligo di restituire immediatamente il minore e questa procedura non deve quindi subire alcun ritardo. Di conseguenza, in una procedura del genere, la mediazione potrebbe essere utilizzata a fini dilatori. Inoltre, uno Stato membro che è ricorso alla facoltà offertagli dal principio VLB non dovrebbe normalmente, nel caso di un trasferimento illegittimo o di ritenzione abusiva di un minore, esigere dal genitore il cui diritto è stato violato di incontrare un mediatore prima che sia stato deciso sulla restituzione del minore stesso. In più, la mediazione può non essere appropriata in quanto il trasferimento illegittimo o

la ritenzione abusiva di un minore porta pregiudizio all'eguaglianza delle parti nella negoziazione. Al termine della procedura di restituzione, la mediazione potrebbe essere utile per ristabilire dei negoziati tendenti a trovare delle soluzioni che, nell'interesse superiore del minore, diano modo di esercitare il diritto di visita.

79. Di conseguenza, sarebbe opportuno promuovere la mediazione internazionale, senza tuttavia renderla obbligatoria. Se si desidera incoraggiare i genitori ad avvalersi della mediazione per risolvere contese presentanti un carattere internazionale, conviene moltiplicare le informazioni in ordine alle possibilità offerte ed ai vantaggi connessi alla mediazione internazionale stessa, nonché ad incoraggiare la cooperazione fra i mediatori operanti nei diversi Stati.