

Corso di formazione per mediatori familiari P230

**“IL VALORE DELL’ACCORDO
RAGGIUNTO IN MEDIAZIONE DAL
PUNTO DI VISTA LEGALE E
RELAZIONALE”**

di Francesca Erba

INTRODUZIONE

Come avvocato ho assistito varie volte i miei clienti nel doloroso percorso della coppia che, presa coscienza della fine del progetto di vita insieme, deve affrontare la separazione e tutto ciò che ne consegue dal punto di vista emotivo e pratico.

Nel ruolo di legale ho sempre cercato di verificare (e caldeggiare) la possibilità di un accordo al fine di impostare una separazione consensuale, certamente meno onerosa sotto tutti i profili, ciò

ovviamente con l'intento e l'auspicio di "fare l'interesse" del cliente.

E' noto che la separazione consensuale è la strada maestra da seguire, anche al fine di non interrompere la comunicazione dei due (ex) partner, già messa a dura prova dalla crisi coniugale. Gli stessi, infatti, sebbene non costituiscano più una coppia, continuano ad essere genitori e in quanto tali la loro relazione genitoriale non verrà meno, nell'interesse dei figli. Ciò che forse è meno noto (io stessa l'ho imparato con il tempo) è che non tutti gli accordi hanno lo stesso valore.

Talvolta entrambi i coniugi, verificata l'impossibilità di accordarsi, si rimettevano più o meno passivamente alla prassi indicata dal Tribunale: (*"Avvocato, il Giudice cosa dice in questi casi?"*) oppure al contrario avevano già concordato come disciplinare la vita futura con accordi, anche scritti (*"Avvocato, mia moglie e io abbiamo già scritto tutto. Lei deve solo preparare le carte"*), spesso la negoziazione è avvenuta tramite il filtro degli avvocati (ogni coniuge aveva il suo), altre volte l'accordo è stata "dettato" dal Giudice all'udienza Presidenziale.

Spesso, pur avendo raggiunto l'accordo sulle decisioni di maggior rilievo, all'ultimo veniva ritrattato tutto il lavoro svolto fino a quel momento, inspiegabilmente (così almeno mi era

apparso all'epoca) per dettagli all'apparenza insignificanti, talvolta, con estremo imbarazzo, addirittura davanti al Giudice all'udienza Presidenziale, in cui uno dei coniugi si rifiutava di sottoscrivere il verbale ove erano state trasfuse le intese raggiunte.

Altre volte sono stati rispettati, senza mai metterli in discussione, accordi all'apparenza assurdi e facilmente annullabili.

Spesso, anzi spessissimo, mi è stato chiesto, qualche mese dopo la conclusione dell'accordo poi omologato, di ricorrere invece in Tribunale, per chiedere la revisione degli accordi.

Dunque, qual è il valore dell'accordo raggiunto dai coniugi da un punto di vista legale e relazionale?

Vi è una connessione diretta tra quello che è ritenuto valido ed efficace per la legge rispetto a quello che è ritenuto valido ed efficace per i coniugi? Gli accordi sono rispettati solo perché i coniugi ritengono di esservi tenuti per "legge"?

Il lavoro che segue si pone il proposito di trovare una risposta a tali quesiti.

**EFFICACIA GIURIDICA DEGLI ACCORDI DI
MEDIAZIONE FAMILIARE**

La separazione e il divorzio sono istituti propri del diritto di famiglia, che incidono sullo *status* delle persone e determinano gli eventuali provvedimenti in relazione alla prole: trattasi quindi di materia sottratta alla piena e libera disponibilità delle parti. Ciò, tuttavia, non significa che non sussista uno spazio nel quale l'autonomia privata possa trovare "dignità", pur nel rispetto di alcuni vincoli inderogabili.

Art. 144: c.c.: *"I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare.... A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato"*.

Art. 160 c.c.: *"Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio"*.

Art 1322 c.c. *"Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*.

Il combinato disposto degli artt. 140 c.c. e 1322 c.c. fonda pertanto la possibilità di autonomia negoziale, anche per il diritto di famiglia, mentre l'art. 160 c.c. pone dei limiti generali inderogabili. Per quanto concerne la fase patologica del rapporto, vengono in evidenza i limiti di cui alle disposizioni di seguito

indicate, rispettivamente per la separazione consensuale ovvero per il c.d. “divorzio congiunto”:

Art. 158 c.c. “La separazione, per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l’omologazione del giudice. Quando l’accordo dei giudici, relativamente all’affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l’interesse di questi, il Giudice riconvoca i coniugi indicando ad essi le modificazioni da adottare nell’interesse dei figli e, in caso di inidonea soluzione, può rifiutare allo stato l’omologazione”

Art. 4 comma 13, L. 898/1970: “... La domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, è proposta con ricorso al tribunale in camera di consiglio. Il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l’esistenza dei presupposti di legge, e valutata la rispondenza delle condizioni all’interesse dei figli, decide con sentenza. Qualora il Tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli siano in contrasto con gli interessi degli stessi, si applica la procedura di cui al comma 8 del presente articolo”.

Gli accordi raggiunti all’esito del processo di mediazione familiare costituiscono una sintesi delle soluzioni di problematiche organizzative e relazionali che sono state negoziate dalla coppia in mediazione.

Lo scopo dell'accordo raggiunto dai coniugi è normalmente quello di formalizzare poi la separazione e le sue condizioni davanti al Tribunale, nelle forme della separazione consensuale (ovvero della cessazione degli effetti civili del matrimonio in forma congiunta, qualora la separazione sia già avvenuta).

Tali accordi, ancorchè raggiunti all'esito del processo di mediazione, non si differenziano da un punto di vista strettamente giuridico, in mancanza di un'apposita disciplina ad hoc, dalle c.d. "scritture private", concordate e sottoscritte dai coniugi - senza l'intervento del mediatore - ovvero dagli accordi raggiunti con l'ausilio del legale.

Alla luce di quanto sopra, sorge spontaneo chiedersi quale sia il valore giuridico dell'accordo raggiunto in mediazione e il rapporto tra il consenso manifestato dai coniugi e la successiva omologazione, in sede di separazione consensuale.

Con il perfezionamento dell'*iter* della separazione consensuale, ovvero con la sentenza che dichiara la cessazione degli effetti civili del matrimonio alle condizioni indicate dai coniugi, non vi è dubbio che l'accordo dei coniugi diventi irrevocabile e non modificabile, se non per circostanze sopravvenute (art. 710 e 711 c.c.), mediante apposita procedura davanti al Tribunale stesso.

L'accordo di separazione, tra cui rientra l'accordo raggiunto all'esito del percorso di mediazione familiare, è quindi *"un atto essenzialmente negoziale, espressione della capacità dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente, ponendosi come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità del diritto di famiglia"* (1), cioè, sostanzialmente, un negozio di diritto familiare, riconosciuto valido in quanto espressione dell'autonomia negoziale delle parti, nel limite stabilito dall'articolo 1322, 2° co., C.C. (Cass. nn. 5829/1998, 657/1994, 2270/1993).²

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale più recente, la separazione trova la sua unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al presidente del Tribunale all'udienza Presidenziale e la successiva omologazione è unicamente diretta ad attribuire efficacia dall'esterno all'accordo di separazione, assumendo la funzione di condizione sospensiva della produzione degli effetti delle pattuizioni stipulate tra i coniugi, già integranti un negozio giuridico perfetto e autonomo.³

¹ Cassazione Civile sez. I, 30 aprile 2008 n. 10932; Cassazione Civile sez. I, 20 novembre 2003 n. 17607

² art. 1322 secondo comma c.c.: *"Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*

³ Cassazione Civile sez. I, 4 settembre 2004 n. 17902: *"Secondo la posizione "privatistica", la s.c.o. è essenzialmente costituita dalla volontà concorde dei coniugi di separarsi (e di definire altri eventuali aspetti della vita coniugale e familiare), mentre la successiva omologazione assume una valenza di semplice condizione (sospensiva) di efficacia delle pattuizioni contenute in tale accordo (salvo per quanto riguarda i patti relativi*

Qual è il valore giuridico dell'accordo di mediazione in tutti i casi in cui non si giunga ovvero non si possa giungere (per esempio nel caso dell'accordo redatto per disciplinare la crisi di una coppia convivente *more uxorio*) al provvedimento giudiziale di omologa?

Per rispondere a questa domanda è necessaria un breve premessa sui contenuti dell'accordo di separazione, posto che le conseguenze della mancata omologazione, per le più disparate motivazioni (tra cui quella più frequente è la revoca del

all'affidamento ed al mantenimento dei figli minorenni, sui quali il giudice è dotato di un potere d'intervento più penetrante: articolo 158, 2° co., C.C.).

Nell'ambito di questa concezione, gli aspetti privatistici della s.c.o. - riguardata nella sua natura di negozio familiare - ottengono la massima considerazione, sicché la validità del consenso come effetto del libero incontro delle volontà delle parti, è presidiata dall'esperibilità dell'azione di annullamento per vizi, non limitata alla materia contrattuale (articolo 1321 C.C.), ma estensibile ai negozi relativi a rapporti giuridici non patrimoniali, genus cui appartengono quelli di diritto familiare.

9.2. Quest'ultimo orientamento (par. 9.1.3) è condiviso dal collegio, in conformità alla giurisprudenza di questa suprema corte che, nel corso di un lungo periodo di tempo, ha posto in luce i seguenti aspetti, coerenti con la soluzione qui accolta:

9.2.1. *la procedura ed il decreto di omologazione come condizioni di efficacia del sottostante accordo fra coniugi (Cass. nn. 9287/1997, 14/1984): orientamento essenzialmente fondato sul "chiaro tenore letterale del primo comma dell'art. 158 c.c. e del quarto comma dell'art. 711 c.p.c., che espressamente riferiscono al momento della efficacia il decreto di omologazione della separazione fondata sul solo consenso dei coniugi" (Cass. n. 17607/2003, dalla motivazione; i corsivi sono nel testo), nell'ambito di una emersione (della negozialità nel sistema delle relazioni matrimoniali, tracciata dalla legge di riforma del diritto di famiglia (ibid.), con esclusione di ogni potere d'indagine del giudice sui motivi della separazione e con limitato conferimento di tali poteri solo in relazione all'affidamento ed al mantenimento dei figli (articolo 155, 2° co., c.c.): conforme Cass. 10932/2008*

Trib. Milano sez. IX decreto del 27.3.2013 Presidente est. Servetti: "La separazione consensuale trova la sua unica fonte nel consenso manifestato dinanzi al presidente del Tribunale e la successiva omologazione agisce come mera condizione di efficacia dell'accordo"

consenso), sono diverse a seconda dei contenuti dell'accordo stesso.

All'accordo di separazione, inteso come volontà di interrompere la vita in comune, accedono, ponendosi in relazione di stretta interdipendenza funzionale, tutte le pattuizioni accessorie, riguardanti l'abitazione familiare, i reciproci rapporti patrimoniali, i figli e il loro mantenimento (cioè quindi la definizione di tutte le conseguenze personali e patrimoniali della separazione).

L'accordo di separazione può arrivare tuttavia a comprendere anche transazioni, divisioni, permuta, trasferimenti mobiliari ed immobiliari, allo scopo di soddisfare le necessità e gli interessi insorgenti per effetto della separazione.

Si devono perciò distinguere, all'interno dell'accordo di mediazione, i differenti contenuti:

a) Accordo di separazione: Ai sensi dell'art. 158 c.c. l'accordo di separarsi non produce alcun effetto finché non vi sia l'intervento del Giudice; la modifica dello *status* delle parti consegue unicamente all'omologazione (semmai all'accordo sulla separazione, prima dell'omologazione, si potrebbe riconoscere l'effetto di instaurare uno "*stato legittimo di non convivenza*").

b) condizioni necessarie: la dottrina prevalente comprende nel contenuto necessario tutti quei patti che sono indispensabili perché possa validamente costituirsi lo stato di separazione individuandoli oltre che nel consenso alla separazione, nei patti relativi ai figli e alle modalità di mantenimento del coniuge privo di mezzi adeguati al suo sostentamento.⁴

Rispetto agli accordi relativi ai figli, la volontà dei coniugi ha una valenza meramente propositiva; la volontà dei coniugi non può quindi costituire, limitatamente a tale contenuto, atto negoziale proprio in ragione del principio per cui il regime del mantenimento dei figli minori sfugge all'autonomia privata, vertendosi in tema di diritti indisponibili.⁵ L'inderogabilità di tali diritti è sancita dall'art. 30 della Costituzione laddove stabilisce che è diritto e dovere dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli. La protezione del minore acquisisce pertanto rilievo pubblico, così come testimoniato anche dalla necessaria presenza del Pubblico Ministero, a protezione degli interessi del minore, in tutti i procedimenti di separazione e divorzio dove è coinvolto un minore. L'indisponibilità di tali diritti non significa che gli stessi non possano essere oggetto di accordo tra i coniugi, ma

⁴ Caterina Lumia “ La separazione consensuale” In Trattato di Diritto di Famiglia diretto da Paolo Zatti, Volume Primo – Famiglia e Matrimonio a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Tomo II – parte Quinta – cap. XVII, pagg. 1297 e ss. – Giuffrè Editore 2011

⁵ Cassazione Civile 3 maggio 1989 n. 2054

implica solo che le intese dei coniugi devono essere considerate nulle qualora si pongano in contrasto con detto interesse, così come ben delineato dall'art. 158 c.c..

L'art. 158 c.c. costituisce quindi il baluardo a garanzia del controllo statale sul contenuto degli accordi di separazione, con il quale il legislatore ha inteso contemperare la riconosciuta autonomia delle parti con l'interesse pubblico a che i diritti dei componenti di quest'ultimo, in specie dei più deboli, non subiscano pregiudizio.

Parimenti indisponibili sono i diritti di libertà e i diritti personalissimi (per es. il credo religioso, la militanza politica, la libertà di informazione, la scelta dell'attività lavorativa, ecc.); un'intesa raggiunta su tali circostanze deve essere considerata come meramente facoltativa e priva di qualsivoglia efficacia vincolante, in quanto incapace di limitare o sopprimere tali diritti.

Per quanto concerne i rapporti patrimoniali tra i coniugi, è sicuramente indisponibile il diritto agli alimenti (art. 433 e ss. c.c.) che presuppone uno stato di bisogno; quanto invece al c.d. assegno di mantenimento, la giurisprudenza non ha assunto un indirizzo univoco. L'orientamento prevalente ammette la disponibilità del diritto laddove l'eventuale rinuncia non sia

totale e perpetua ma soltanto *rebus sic stantibus* e quindi non precluda la possibilità di chiedere un'eventuale revisione qualora cambiassero le circostanze.

Non saranno invece ammesse clausole descrittive del comportamento morale dei coniugi, ovvero clausole volte a disciplinare, in sede di separazione, il futuro divorzio (che sarebbero nulle per illiceità della causa).

c) Le condizioni eventuali : sono quelle inerenti i rapporti non immediatamente riferibili, né collegati in relazione causale al regime di separazione o ai diritti e agli obblighi del perdurante matrimonio⁶.

Tornando pertanto al quesito sull'efficacia dell'accordo in caso di mancata omologazione, non vi è dubbio che per le c.d. condizioni necessarie, la volontà espressa dai coniugi nel ricorso per la separazione consensuale, ancorché accompagnato da una scrittura privata contenente le condizioni per la separazione l'accordo delle parti, diventa irrevocabile unicamente al momento della conferma manifestata al Giudice all'udienza Presidenziale (art. 711 comma terzo c.c.); la successiva omologazione costituisce mera condizione di efficacia di un accordo già validamente concluso.

⁶ Cassazione Civile 15 marzo 1991 n. 2778, Cassazione Civile 12 maggio 1994 n. 657

Nessun rilievo può pertanto essere attribuito alla revoca del consenso manifestata dopo l'udienza presidenziale, nelle more dell'emissione del provvedimento di omologazione.

La validità dell'accordo cesserà invece in caso di rifiuto di omologazione, per l'impossibilità di divenire efficace.

Diversa è invece la sorte delle condizioni "eventuali"; se infatti è pacifico il venir meno di tali negozi in caso di riconciliazione (la quale, ponendo fine allo stato di separazione al quale gli accordi erano funzionali, determina l'inefficacia dell'insieme di regole disposte convenzionalmente), non altrettanto pacifica è la posizione di dottrina e giurisprudenza nel caso di mancata omologazione (per es. nel caso in cui uno dei coniugi, revocando il consenso, inizi un percorso di separazione giudiziale).

I patti che costituiscono il contenuto eventuale e atipico dell'accordo, pur essendo destinati a operare in vista del regime di vita separata, in questo trovano non già la loro causa ma soltanto l'occasione, e possono rimanere in vita anche dopo l'estinzione dell'accordo di separazione, col quale esiste un collegamento meramente formale; si tratterà in tal caso di compiere un'interpretazione ermeneutica (artt. 1362 e ss. C.C.)

per stabilire se a quella convenzione possa essere riconosciuta autonoma validità ed efficacia⁷.

Qualora risulti che le parti, approfittando dell'occasione fornita dalla mediazione, abbiano inteso regolare alcuni rapporti patrimoniali tra esse pendenti, autonome rispetto alla vicenda separativa, e non condizionati al suo esito, e ove l'accordo possenga i necessari requisiti di forma, non può escludersi che esso sia valido e produttivo di effetti giuridici.⁸ Si deve pertanto concludere che gli accordi raggiunti dai coniugi, anche in mediazione, sono validi, ma non efficaci, fino all'omologa. Per quanto concerne invece i patti "eventuali", gli stessi potrebbero essere efficaci anche in assenza di omologa; si dovrà tuttavia interpretare ogni singolo patto, caso per caso.

Quid iuris nel caso della "separazione" della coppia di conviventi con o senza prole?

Quale valore avranno gli accordi raggiunti dagli stessi?

Come ben noto, in Italia non esiste alcuna normativa sistematica e specifica dedicata alle coppie di fatto, ma soltanto una disorganica regolamentazione di alcune singole fattispecie (per

⁷ Cassazione Civile 18 settembre 1997 n. 9287

⁸ Cassazione Civile 9 aprile 2008 n. 9174

es. la successione nel contratto di locazione in caso di morte del convivente, in materia di fecondazione assistita, ecc...).

Proprio per tale motivo si stanno diffondendo le c.d. convenzioni di convivenza. Paradossalmente proprio la mancanza di una disciplina di riferimento consente ai coniugi di disciplinare, con grande libertà, sia la vita insieme (quindi per es. prevedendo obbligazioni relative alla contribuzione ovvero al mantenimento del partner più debole) sia la fase della crisi e quindi della futura eventuale fine della convivenza stessa (ipotesi allo stato vietata alla coppia sposata che infatti non può disciplinare la crisi del rapporto in via preventiva né prima di sposarsi - c.d. *prenuptial agreement* tanto in voga in altri Stati - né successivamente, in costanza del matrimonio, quando la crisi è solo un'ipotesi eventuale e futura).

Ovviamente non sarà consentito, neppure ai conviventi, di accordarsi in violazione di norme imperative ovvero di diritti costituzionalmente garantiti (così per es. sarebbe vietata la previsione di una clausola che preveda l'obbligo di fedeltà o di coabitazione poiché restrittiva del diritto di libertà, ecc...)

Per quanto concerne le coppie di fatto e gli accordi raggiunti, anche in mediazione, nella fase di crisi del rapporto, si dovrà

distinguere tra le disposizioni inerenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi e le disposizioni inerenti la prole.

Come ben noto, non essendo le parti legate da vincolo di coniugio, è incontroverso come la cessazione del rapporto possa avvenire *ad nutum*, ovvero senza necessità per l'Autorità giudiziaria di accertare il carattere irreversibile della crisi del rapporto ovvero di passare attraverso il formalismo di un procedimento giurisdizionale (il rapporto di convivenza non è istituzionale e non è regolato e quindi non vi è alcun vincolo giuridico da sciogliere), né la legge disciplina gli eventuali diritti e doveri tra i coniugi durante la convivenza ovvero al termine della stessa. Gli accordi raggiunti avranno pertanto il valore di scrittura privata pura e semplice la cui validità ed efficacia dovrà essere valutata esclusivamente alla luce della disciplina dettata in materia di contratto (quindi per es. un accordo che concerna la divisione di un immobile, dovrà avere la forma scritta ex art. 1350 c.c., ecc.). Da tale assunto deriva pertanto l'irrevocabilità unilaterale del consenso, una volta sottoscritto l'accordo con le forme richieste. Trattandosi di un contratto, il contenuto dovrà essere di natura patrimoniale e, analogamente a quanto già evidenziato nel caso di accordo tra coniugi, non potrà avere a oggetto disposizioni contrarie norme imperative. Così per

esempio non avranno alcuna validità le clausole volte a limitare i diritti personali ovvero quelle che limitino il diritto di libertà.

Per quanto concerne l'accordo dei conviventi in relazione ai figli minori, a cui si applicano le stesse disposizioni dei minori nati all'interno del matrimonio, valgono le stesse considerazioni sulla indisponibilità dei diritti inerenti la prole, già evidenziati per la famiglia unita in matrimonio.

L'accordo, avendo quindi a oggetto diritti indisponibili, resta pertanto privo di qualsiasi connotato di certezza, in quanto, in qualsiasi momento, potrà essere contestato da uno dei componenti della coppia, perché lesivo dell'interesse del minore, con conseguente refluire della controversia in sede giudiziaria.

La coppia, per conferire stabilità all'accordo, potrà chiedere al Tribunale di "ratificare" la convenzione, dopo aver verificato l'adeguatezza degli accordi raggiunti all'interesse della prole minore, alla luce del disposto normativo di cui all'art. 155, comma secondo, c.c. (*"Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole"*)⁹, che di fatto assume i caratteri

⁹ Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 20 febbraio 2013 (Pres., est. Gloria Servetti)

di una sorta di decreto di omologa analogo a quello emanato ai sensi dell'art. 158 c.c..

Il ricorso congiunto di entrambi i genitori al giudice per la regolamentazione dell'affidamento e del mantenimento dei loro figli naturali minori è infatti ritenuto ammissibile in ragione della natura pubblicistica dell'interesse di questi alla cui conformità l'autorità giudiziaria è chiamata a valutare gli accordi.¹⁰

IL VALORE RELAZIONALE DELL'ACCORDO RAGGIUNTO DAI CONIUGI IN MEDIAZIONE

Nel paragrafo che precede si è evidenziato come gli accordi raggiunti dai coniugi, da un punto di vista strettamente giuridico, abbiano lo stesso valore, non distinguendo pertanto tra quelli raggiunti o meno attraverso un percorso di mediazione.

Gli accordi, tuttavia, non sono tutti uguali da un punto di vista della soddisfazione dei contraenti, della relazione e della "tenuta" nel tempo.

Basti pensare che durante il percorso di mediazione familiare, se correttamente condotto, emergeranno i reali bisogni dei coniugi con conseguente reciproca comprensione e definizione congiunta

¹⁰ G. Fanticini – "Modalità negoziali per l'assolvimento degli obblighi di mantenimento della prole: trasferimenti immobiliari e Trusts", cap. VIII in "L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia" a cura di M. Seta e A. Arceri, UTET Giuridica 2012, pag. 414 e ss.

del problema. Tutto ciò porterà quindi la coppia a collaborare per una risoluzione congiunta del problema, lavorando sulla soddisfazione dei bisogni e non delle pretese. Conseguentemente l'accordo sarà profondamente condiviso e accettato da entrambi. L'accordo, proprio perché negoziato direttamente dalle parti, inoltre, terrà conto delle peculiarità, delle abitudini e delle consuetudini della famiglia. Sarà particolareggiato, ove necessario (la coppia conosce bene le proprie abitudini e le questioni che creano maggior litigiosità tra loro) e meno articolato altrove.

Con la mediazione i coniugi partecipano quindi in prima persona alle decisioni che pongono fine al loro rapporto, così come hanno partecipato alle decisioni familiari, quotidianamente assunte nel corso della precedente vita matrimoniale.

Non così accade in mancanza di tale percorso, quando l'accordo viene raggiunto in via più o meno transattiva tra i coniugi, da soli ovvero con l'ausilio dei legali.

Contrariamente al comune sentire per cui separazione consensuale è sempre e comunque sinonimo di accordo pacificamente raggiunto con soddisfazione reciproca, spesso e volentieri il modo in cui vengono stabilite le clausole della separazione consensuale, non è il più adatto alla partecipazione

di entrambi i coniugi e all'effettiva emersione dei rispettivi bisogni. Ciò non esclude ovviamente che, in alcuni casi, i coniugi riescano comunque a raggiungere un accordo veramente condiviso e soddisfacente. Tuttavia più frequentemente neppure la scelta di separarsi consensualmente corrisponde all'effettiva volontà delle parti o di almeno una di esse. Per esempio la separazione consensuale potrebbe essere scelta solo per evitare le spese di quella giudiziale, in mancanza pertanto di un accordo veramente condiviso ed anzi magari già con la riserva mentale di non adempiere alle "concessioni" offerte all'altra parte pur di trovare un compromesso.

Le clausole potrebbero non essere state scelte in modo partecipato dalle parti perché rimesse ai legali, perché frutto di approssimazione o di mancata conoscenza di alcuni elementi patrimoniali essenziali ovvero dei propri diritti, altre volte ancora per l'imposizione più o meno palese dell'altra parte, ovvero più semplicemente per la fretta di chiudere una situazione difficile e dolorosa, infine perché semplicemente pressati dai nuovi partner che spingono affinché si "chiuda" il passato. In tali situazioni il conflitto non è veramente affrontato, ma viene in un certo senso "tenuto a bada", pronto a esplodere nuovamente, alla prima occasione.

Io stessa, a volte, nel ruolo di avvocato e nell'intento di fare "l'interesse del cliente" non mi sono resa conto che in realtà stavo solo applicando la legge e la prassi del tribunale.

Altre volte fare l'interesse del cliente si riduce a una mera transazione sulle pretese che, per definizione (giuridica), ha come caratteristica quella di scontentare necessariamente entrambi.

Ciò spiega il motivo per cui spesso i clienti si pentono di aver sottoscritto l'accordo, non correttamente negoziato, a volte addirittura subito dopo averlo sottoscritto davanti al Giudice, all'Udienza Presidenziale.

I dati sperimentali derivati dagli studi sulle conseguenze della separazione condotti a livello mondiale confermano quanto appena espresso: la durata degli accordi è direttamente proporzionale al grado di soddisfazione che questi procurano a chi è tenuto a rispettarli. Ne deriva che soltanto un accordo che rispetti gli interessi di entrambi i coniugi avrà la possibilità di resistere nel tempo. Queste ricerche, avviate negli Stati Uniti, in Canada ma anche in Europa, dimostrano con evidenza che in percentuale gli accordi raggiunti in sede di mediazione familiare presentano un numero considerevolmente più basso di successivi

ricorsi in tribunale rispetto agli accordi imposti dal giudice in sede giudiziaria¹¹.

Ellis e Stuckless hanno eseguito uno studio sulla soddisfazione del cliente confrontando gli accordi negoziati tramite avvocati e quelli raggiunti in esito al processo di mediazione. L'accordo di mediazione avrebbe portato una maggiore soddisfazione dei clienti e una successiva relazione meno conflittuale. Gli accordi in mediazione venivano inoltre raggiunti più velocemente e nella valutazione effettuata 12 anni dopo la conclusione dell'accordo è stato riscontrato che i genitori erano più soddisfatti e più flessibili nel concordare eventuali cambiamenti; inoltre la relazione dei figli con i genitori e tra i genitori era migliorata.¹² Un'inchiesta di Irving e Benjamin (1995) sulla mediazione in diverse giurisdizioni rivelò che negli studi presi in considerazione, il 60/80% dei partecipanti dichiarava un alto livello di soddisfazione, sia per il processo sia per i suoi esiti. Per di più i coniugi dichiararono che una certa cooperazione con l'ex

¹¹ Tiziana Fragomeni, Yoga Patti, Isabella Buzzi "La mediazione familiare. Tecniche e strategie dell'avvocato, del counselor e dello Psicologo", Casa editrice La tribuna 2012, pag. 6.

¹² "The Benefits of mediation – What do the research studies tell us" in www.mvfamily.ca ove vengono riportati i dati raccolti da Ellis e Stuckless "Mediating and negotiating marital conflicts – 1996 nonché da J Pearson e N. Thoennes "Divorce mediation. Reflections on a decade of research".

coniuge era possibile, il doppio di cooperazione rispetto a quelli che non avevano provato la mediazione¹³.

Mc Carty e Walker - in Inghilterra e Galles - scoprirono che “gli utenti della mediazione globale erano più inclini a ritenere che la mediazione li avesse aiutati a porre fine al matrimonio in termini consensuali, a ridurre il conflitto, a mantenere buoni rapporti con l'ex coniuge e a sentirsi meno tristi e amareggiati”¹⁴

Sulla stessa linea si pongono gli studi effettuati in Italia dai quali emerge che dopo l'esperienza di mediazione, il contributo dei genitori al dialogo e alla negoziazione aveva assunto carattere di pariteticità nella stragrande maggioranza dei casi ¹⁵

CONCLUDENDO: gli studi condotti in materia di mediazione familiare, per quanto soggetti a diverse interpretazioni e ancorchè svolti in nazioni diverse, riferibili a situazioni, modelli di mediazione e applicazioni diverse, hanno di fatto costantemente evidenziato un miglioramento, mediamente, del dialogo tra coniugi e quindi della relazione tra gli stessi.

L'efficacia della mediazione, anche da punto di vista della conservazione della relazione e del dialogo, esprime tutta la sua

¹³ Lisa Parkinson, “La mediazione familiare” Erickson 2013 pagg. 299 e ss.

¹⁴ vedi nota 13

¹⁵ Lucardi, Allegri, Tamanza “ La mediazione familiare: risultati pragmatici e relazionali in una ricerca sul territorio nazionale” in “La Mediazione Familiare” a cura di A. Cagnazzo – Utet Giuridica 2012 pagg. 661 e ss.

rilevanza non solo in sede di conclusione dell'accordo ma ancor di più dopo, posto che l'accordo andrà costantemente rinegoziato nel tempo per mantenere la sua funzionalità e adattarsi ai cambiamenti cui la famiglia andrà incontro nel suo ciclo di vita.

Si deve pertanto concludere che la tenuta dell'accordo non è strettamente correlata alla validità ovvero all'efficacia giuridica dello stesso (che ne è ovviamente il presupposto) e quindi alla percezione della cogenza da parte dei coniugi, bensì al raggiungimento di un accordo che soddisfi i bisogni delle parti, passando dalla comprensione reciproca e dalla conservazione della relazione e del dialogo.

“ La pace non può essere mantenuta con la forza, può essere solo raggiunta con la comprensione” A. Einstein

4 ottobre 2014

Francesca Erba

BIBLIOGRAFIA

- Arceri Alessandra *“Il consenso nella separazione consensuale tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica”* in *Famiglia e Diritto* n. 12/2008 – pag. 1122 e ss. – IPSOA
- Buzzi Isabella Haynes John M. *“Introduzione alla mediazione familiare”* Giuffrè 2012.
- De Filippis Bruno *“La separazione personale dei coniugi e il divorzio”* – CEDAM 2012
- De Filippis Bruno - De Filippis Renato - Di Marco - Lettieri: *“ La separazione nella famiglia di fatto”* seconda edizione CEDAM 2014
- De Filippis Bruno *“Gli accordi di mediazione nel diritto di famiglia”* in *“La mediazione Familiare”* a cura di A Cagnazzo, pag. 575 e ss. UTET 2012
- De Filippis Bruno- De Filippis Renato, Di Marco Giuseppe – Lettieri Angela – Vincenzo Starita – Virginia Zambrano *“La separazione nella famiglia di fatto”* – seconda edizione – CEDAM 2014
- Fanticini G. – *“Modalità negoziali per l’assolvimento degli obblighi di mantenimento della prole: trasferimenti immobiliari e Trusts”*, cap. VIII in *“L’affidamento dei figli nella crisi della famiglia”* a cura di M. Seta e A. Arceri, UTET Giuridica 2012, pag. 367 e ss.
- Fragomeni Tiziana, Yoga Patti, Isabella Buzzi *“La mediazione familiare. Tecniche e strategie dell’avvocato, del counselor e dello Psicologo”* , Casa editrice La Tribuna 2012
- Lucardi, Allegri, Tamanza *“ La mediazione familiare: risultati pragmatici e relazionali in una ricerca sul territorio nazionale”* in *“La Mediazione Familiare”* a cura di A. Cagnazzo – Utet Giuridica 2012 pagg. 661 e ss.
- Lumia Caterina *“La separazione consensuale”* In *Trattato di Diritto di Famiglia* diretto da Paolo Zatti, Volume Primo – *Famiglia e Matrimonio* a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Tomo II – parte Quinta – cap. XVII, pagg. 1297 e ss. – Giuffrè Editore 2011
- Merz Sandro ; Noemi Carboni, Paola Mai, Giovanni Martorana, Paolo Sguotti, Dario Trentin *“Manuale pratico e formulario dei rapporti economici nella separazione e nel divorzio”* CEDAM 2013
- Parkinson Lisa, *“La mediazione familiare”* Erickson 2013.