



STRUMENTI DELLA CONCILIAZIONE E APPROCCI INTERDISCIPLINARI. L'INTEGRAZIONE DELLE DIVERSE PROFESSIONALITÀ NEL PROCESSI SEPARATIVI DELLA FAMIGLIA

ALESSANDRA CORDIANO

SOMMARIO: 1. Interventi mediativi e cultura della conciliazione. – 2. La riduzione dei costi individuali e il sostegno dei costi del *welfare* nella crisi della famiglia. - 3. Il Giudice tutelare quale strumento conciliativo. - 4. L'approccio interdisciplinare nei Protocolli d'intesa.

1. La trattazione dei nuovi strumenti di conciliazione e di prevenzione nei più recenti contesti familiari riguarda, trasversalmente, le molteplici tipologie ormai attestate¹ ed è una questione, a tutta prima, di natura principalmente culturale: costituisce un dato incontrovertibile che il fine ultimo e il criterio ermeneutico del contesto giuridico familiarista è quello della tutela e della promozione dei minori e dei soggetti più deboli della compagine familiare. In questa prospettiva, anche se dottrina e giurisprudenza hanno spesso adottato posizioni contrarie con riguardo alla tutela del *coniuge debole*², è evidente che l'operatore giuridico è tenuto ad affrontare le questioni in esame, supportato da una forte capacità empatica, ancorché non confusiva, che consenta di comprendere le fragilità emotive, culturali e sociali di tutte le *parti* (anche) diversamente *deboli*³. In particolar modo, l'operatore giuridico è vincolato alla promozione e alla tutela dell'interesse e dei diritti inviolabili della prole, come fine primario del suo mandato fiduciario (l'avvocato) o della sua funzione (il giudice).

Questa peculiarità, data per acquisita per chiunque possieda competenze esperienziali e teoriche del diritto delle persone e della famiglia, costituisce il presupposto per affermare la necessità della diffusione di una cultura conciliativa e di un approccio mediativo nei riguardi del procedimento di famiglia, con ciò intendendo non solamente il “processo” di famiglia, ossia tutte le procedure che diversamente riguardano i soggetti coinvolti, ma anche le situazioni conflittuali, di disagio e di potenziale pericolo, con le quali gli operatori, giuridici e non, si trovano a confrontarsi anche in sedi stragiudiziali e informali. Questo “nuovo strumento di tutela”, che sinteticamente si traduce in mezzi e strategie compositive del conflitto, da un lato, definisce la necessità che gli operatori giuridici coinvolti siano in grado di intervenire con modalità deflattive e conciliative nella causa e nella crisi familiare; dall'altro,

¹ Sulle quali, si consenta il rinvio a A. CORDIANO, *Nuovi contesti sociali e nuove esigenze di tutela: strumenti deflattivi e risoluzione dei costi individuali nella crisi familiare*, in *Fam., pers., succ.*, 2012, p. 58 ss.

² C. RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 765.

³ In al senso, G. GALUPPI, *La conflittualità nelle separazioni e il danno che ne consegue su genitori e figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 329 ss.



determina una riflessione delle prassi esistenti e degli strumenti vigenti, alla luce di una differente cultura della soluzione del contenzioso familiare.

Il “processo di famiglia” è una struttura complessa, formata di istituti giuridici, di prassi municipali e di relazioni informali fra i soggetti attori, nella quale i paradigmi dell’efficienza (banalmente riconducibile al problema dei *costi* della giustizia), del giusto processo (ossia dei *tempi* della giustizia) e del principio del contraddittorio non possono esplicitarsi con le stesse modalità con cui avviene in altri settori del diritto e, segnatamente, del diritto civile. Talvolta gli stessi concetti perdono di senso, se comparati e accostati alla tutela del minore, pur senza sconfessare i cardini del processo civile e la consolidata giurisprudenza della Cedu, in tema di giusto processo minorile⁴.

Emblematico, in tal senso, è il caso della mediazione nel processo civile, recentemente introdotta per ragioni di risparmio dei costi e di sgravio degli oneri processuali, e della mediazione familiare, strumento ad accesso fondamentalmente libero e volto ad una ricomposizione della coppia genitoriale, anche a discapito dei tempi della procedura, come testimoniato dall’art. 337 *octies* c.c. (ex art. 155 *sexies* c.c.), che la consente anche prima dell’emanazione dei provvedimenti provvisori⁵. I due interventi, è evidente, seguono strategie e assumono procedure del tutto differenti, benché si possa dire che l’istituto della mediazione familiare sia precursore rispetto alla mediazione civile.

Non è infrequente, infatti, che queste soluzioni concordate siano l’esito dell’intervento dei servizi sociali e di altri professionisti non giuridici, che sostengono, monitorano e accompagnano la coppia e la prole nella crisi familiare. In questo senso, costituisce una novità importante della legge sull’affido condiviso l’esplicita menzione che il giudice possa offrire ai coniugi un sostegno nella ricerca di un accordo, incoraggiando la ricerca di un dialogo costruttivo nell’interesse dei figli, per arrivare a una soluzione frutto dell’autonomia, sia pure assistita dei coniugi, attraverso un sostegno esterno della coppia. Sotto altro profilo, il percorso verso una scelta concordata sull’affido e sulla regolamentazione dei rapporti con la prole consente in linea teorica di stemperare il tasso di conflittualità e di ridurre i successivi ricorsi all’autorità giudiziaria per la modifica di condizioni assunte, ma in verità non condivise.

La legge sembra aver valorizzato il ruolo dei servizi sociali e dei professionisti del settore, rispetto allo svolgimento di quelle indagini istituzionali, necessarie per formare il convincimento del giudice, particolarmente in materia di ascolto dei minori e di mediazione familiare: si tratta di un ingresso nitido, forse troppo morbido, poiché il legislatore del 2006, pur prevedendo espressamente la mediazione, lascia però in ombra la caratterizzazione della procedura da seguire e della figura del mediatore, non adeguatamente delineata. La disciplina, nondimeno, formalizza per la prima volta l’istituto della mediazione nel processo di famiglia, come percorso per la riorganizzazione delle relazioni familiari in vista o a seguito della separazione e del divorzio.

⁴ Si vedano, tuttavia, i rilevi critici in tema di terzietà del giudice nel processo minorile e di diritto di difesa del minore di M.G. RUO, *Avvocato, tutore, curatore del minore nei procedimenti di adottabilità*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 338 ss.

⁵ Non costituisce opzione praticabile il rinvio ai centri di mediazione, che il giudice potrebbe disporre ai sensi del secondo comma dell’art. 342 *ter* c.c., per la situazione di alta conflittualità e di rischio concreto, caratterizzanti queste fattispecie.



Il mediatore familiare, acquisita una preparazione specifica e sollecitato dalle parti, nella garanzia del segreto professionale e in autonomia dall'ambito giudiziario, si adopera perché la coppia elabori in modo condiviso un programma di separazione soddisfacente per sé e per i figli. Creando un *setting* specifico, uno spazio e un tempo *neutro*, dove i coniugi possano ripensarsi come coppia, o meglio, come coppia che sta affrontando un percorso di separazione/divorzio, la mediazione consente a costoro di rimanere uniti nell'esercizio della funzione genitoriale al fine di riorganizzare emotivamente e pragmaticamente la loro vita.

Costituisce un ulteriore tratto peculiare del contenzioso familiare che esso si caratterizzi e si fondi sulla tutela e sulla promozione dell'interesse della prole, recentemente confermato dall'introduzione ad opera della legge 149/2001 dell'avvocato del minore nei procedimenti adottivi e *de potestate*⁶. Nonostante qualche riserva, inoltre, lo stesso contenzioso appaia teso anche alla tutela dei soggetti più fragili della struttura familiare, a prescindere dalla minore età: è constatazione banale che l'avvocato familiarista debba essere attento alle fragilità emotive, alle debolezze culturali e alle problematiche economiche del cliente, senza per ciò tradire quanto ripetutamente affermato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo in tema di *giusto processo minorile*.

Il processo di famiglia, qui tecnicamente inteso, non si costituisce, come tradizionalmente avviene, secondo una relazione trilatera, composta dal giudice e dalle parti; accanto a questi soggetti, si pone certamente la figura del minore, recentemente rafforzata e formalizzata come *parte sostanziale* (e in certa misura anche *processuale*), al quale debbono essere garantiti l'ascolto e l'autodeterminazione personale⁷; accanto al minore, vi sono i Servizi sociali territoriali, i Servizi socio-sanitari, il consulente tecnico d'ufficio, talvolta affiancato dai consulenti di parte, e i mediatori pubblici e privati⁸.

⁶ Sull'avvocato del minore e sul suo patrocinio, da ultimo, F. TOMMASEO, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 409 ss.; G. DOSI, *La controriforma in tema di avvocato del minore (dalla legge 149/2001 al disegno di legge per le norme di attuazione s/3048)*, in *ivi*, 2006, p. 217 ss.; ID., *Una svolta nei giudizi di potestate e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minore*, *ivi*, p. 951 ss.

⁷ Sugli strumenti, che consentono di perseguire e realizzare la tutela del minore, già ampiamente F. RUSCELLO, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano, 2002, p. 70 ss.; sulla scelta del legislatore del divorzio, nella disposizione di cui all'art. 4, settimo comma, e all'art. 6, nono comma, l. div., come succ. mod., M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1988, p. 164 ss.; A. GRAZIOSI, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1282 ss. G. MANERA, *L'ascolto dei minori nelle istituzioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1551 ss., part. sulle modalità dell'ascolto; G. SERGIO, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 590 ss.; F. TOMMASEO, *La Cassazione sull'audizione del minore come atto istruttorio necessario*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 883 ss., in nota a Cass., 16 aprile 2007, n. 9094; P. DI MARZIO, *l'audizione del minore nei procedimenti civili*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 366 ss.; F. DANOVÌ, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1418. Da ultimo, sull'obbligatorietà dell'audizione del minore, Cass. S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238, in *Fam. dir.*, 2010, p. 365, con nota di A. GRAZIOSI, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 307 con nota di J. LONG.

⁸ Costituisce un ulteriore elemento di criticità l'intervento di modifica della legge 149/2001, che di fatto ha scelto di precludere ogni legittimazione processuale ai Servizi sociali (come avviene, invece, per l'apertura della procedura di amministrazione di sostegno, sulla quale F. TOMMASEO, *Amministrazione di sostegno e difesa tecnica*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 607 ss., in nota a Trib. Padova, 21 maggio 2004; e R. MASONI, *Il ruolo dei servizi sociali nella procedura di amministrazione di sostegno*, in *giur. it.*, 2006, p.



La stessa relazione fra gli organi giurisdizionali si presenta(va) complessa: non solo per il problema (oggi in parte risolto) del riparto di competenza e della diversità (ancora esistente) fra riti processuali *fra* filiazione legittima e naturale e *nella* filiazione naturale, ma soprattutto per le frequenti sovrapposizioni di procedure e di competenze fra il giudice della separazione e del divorzio - che era fino ad oggi il tribunale competente anche per i provvedimenti di affidamento dei figli naturali -, il giudice tutelare - al quale è affidato il compito, *ex art. 337 c.c.*, di vigilare sull'esecuzione del giudice di merito e a "intrattenere" le relazioni con il tessuto sociale di riferimento -, e il tribunale per i minorenni⁹.

2. A questi peculiari "incastrati" di competenze si aggiunge la constatazione che, nella crisi familiare, il problema dei costi e dei tempi della giustizia è affiancato da un'ulteriore tipologia di costi: quelli emotivi ed individuali dei soggetti coinvolti e i costi sociali del *welfare*, relativi alle strutture di sostegno e di supporto, necessarie per condurre la famiglia verso e attraverso gli equilibri successivi alla crisi.

La legge di modifica dell'art. 155 c.c. (art. oggi 337 *ter* c.c.), nel senso indicato, può costituire un utile banco di prova: l'introduzione della legge n. 54 del 2006 ha sancito l'ordinarietà dell'affido condiviso, relegando - con una scelta aprioristica forse non del tutto consona al tema in esame¹⁰ - l'affido esclusivo a modalità residuale, allorché la condivisione della responsabilità genitoriale risulti in contrasto e in pregiudizio con l'interesse della prole. La giurisprudenza, inoltre, si è sovente espressa nel senso di negare che la mera conflittualità esistente fra i genitori costituisca un presupposto discriminante per accogliere le istanze per l'affido esclusivo della prole, derogando al principio della bigenitorialità.

La larga, massiccia applicazione dell'affido condiviso ha condotto ad una apparente diminuzione dei tempi e dei costi della giustizia, riducendo alla sola udienza presidenziale la composizione della lite, quanto meno con riferimento al contenzioso riguardante i figli e il loro affidamento. Tuttavia, la stessa disciplina non ha inciso sui costi correlati alle successive procedure connesse, se non, forse, nel senso di un loro innalzamento: è probabile, infatti, che la riduzione e la "compressione" della fase giurisdizionale deputata all'esplicitazione del conflitto ad una sola udienza, comporti l'aumento dei costi connessi con le procedure, che si instaurano successivamente: le richieste di modifica delle condizioni di separazione, *ex artt. 710 c.p.c. e 155 ter c.c.* (oggi art. 337 *octies* c.c.), di ricorso per divorzio contenzioso, il ricorso al Tribunale per i minorenni o anche "solo" l'intervento del Giudice tutelare per mancata ottemperanza delle disposizioni del giudice del merito (art. 337 c.c.). Sono quelle procedure, che originano a seguito di conflitti celati e di provvedimenti solo "apparentemente consensuali": a questo proposito un risalente studio sugli accessi al Giudice tutelare di Roma

284, in nota a Trib. Roma, 19 febbraio 2005), così come al Tribunale per i minorenni, negando anche a quest'ultimo un autonomo potere di impulso per l'apertura della procedura di adottabilità; questa rimane, pertanto, sottoposta all'attivazione del p.m. presso il Tribunale per i minorenni, il quale, tuttavia, non è affatto obbligato a dare corso alla segnalazione dei Servizi sociali.

⁹ Su questa "pericolosa intersecazione di competenze", F. DANOVÌ, *Il riparto delle competenze tra giudice minorile e giudice ordinario: il tribunale unico della famiglia*, cit., p. 260.

¹⁰ Criticamente F. RUSCELLO, *Crisi della famiglia e affidamenti familiari: il nuovo art. 155 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 265 ss.



già segnalava la preponderanza di richieste di vigilanza dell'autorità giudiziaria in ragione dell'inadempimento dei provvedimenti emessi in sede di separazioni consensuali¹¹.

Queste riflessioni, oltre ad accompagnare verso una sensibilizzazione e a un'applicazione ragionata dello strumento (pur sempre utile) dell'affido condiviso, vogliono promuovere fra operatori, giuridici e non, una relazione collaborativa, di reciproco riconoscimento dei linguaggi e delle competenze, e sostenere il supporto dei costi sociali connessi (servizi sociali territoriali, consultori, Ulss) e degli strumenti giuridici esistenti (primo fra tutti, quello estremamente proficuo del giudice tutelare, come giudice che vigila sull'esecuzione), che forniscano alle famiglie le strategie per contenere e risolvere le conflittualità; diffondere una cultura conciliativa e deflattiva dei conflitti familiari.

L'innalzamento a livello nazionale del numero di procedure giudiziali di separazione e divorzio, l'abbassamento della durata dei matrimoni, dell'età dei coniugi che accede al processo, l'abbassamento dell'età dei minori coinvolti¹² e il numero significativo dei minori stranieri residenti (anche non accompagnati) costituiscono dati oggettivi, che incoraggiano alla spinta verso una cultura conciliativa, ad esempio, potenziando gli strumenti esistenti (il giudice tutelare e una sua fruttuosa e costante relazione con i servizi) e promuovendo una proficua collaborazione interdisciplinare, volta alla creazione di protocolli di intesa, di linee guida di applicazione virtuosa, di tavoli di lavoro permanente fra i diversi componenti del contenzioso familiare. Affinché questo complesso di istituti giuridici e di prassi informali, questo reticolo di rapporti e di strumenti di supporto possa condurre verso scelte (in senso lato) giudiziali, che siano realmente condivise e alla effettiva riduzione dei costi emotivi ed individuali dei soggetti coinvolti.

3. Un strumento conciliativo e preventivo del conflitto familiare, si è detto, può essere efficacemente svolto mediante un uso sapiente del giudice tutelare: esso stesso mezzo conciliativo, per la capacità che questo possiede di offrire luoghi e momenti di ascolto alle parti, e per creare, mantenere e rafforzare le relazioni con i servizi sociali territoriali di supporto. Benché possa apparire di controtendenza, il tema riveste invero elementi di grande attualità: nonostante le forti (e ragionevoli) spinte verso la costituzione di un giudice unico della famiglia, a dispetto degli oneri ingenti di lavoro, la frequente scarsa specializzazione, la forte frammentarietà delle competenze e il limitato raccordo con il tribunale ordinario e, particolarmente, con il tribunale per i minorenni, infatti, quello che si può lamentare con maggiore forza è, piuttosto, la scarsa sensibilità e sensibilizzazione verso gli strumenti di cui il giudice tutelare è dotato, al fine di comporre e prevenire l'acutizzarsi dei conflitti nella crisi della famiglia.

Questa attitudine conciliativa è rappresentata, in prima battuta, dagli affidi consensuali, di cui all'art. 4 l. ad., la cui fruizione, più o meno larga, dimostra la collaborazione e l'intesa con il tessuto sociale di sostegno: in tal senso, lungi dal rappresentare un mero esecutore del decreto di idoneità formale del progetto confezionato dai servizi, il giudice tutelare può efficacemente contribuire al successo del progetto di affido consensuale, nei termini,

¹¹ L. DEL CONTE-A. DELL'ANTONIO, *Competenze del G.T. ai sensi dell'art. 337 c.c.: problemi giuridici e psicologici nel contesto esperienziale*, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 773.

¹² Si tratta del *Dossier Famiglia 2010*, elaborato dall'Istat e consultabile sul sito ufficiale al link <http://www.istat.it/societa/DossierFamigliaInCifre.pdf>.



evidentemente, del rientro del minore nella famiglia d'origine; allo stesso tempo, egli dovrebbe vigilare sullo stesso affido, per rinviarlo al giudice minorile quando esso manifesti elementi di criticità rispetto al benessere dei minori.

Una seconda dimostrazione di questa peculiarità, infine, è costituita dallo strumento di cui all'art. 337 c.c.: la prassi applicativa conosce il rinvio al giudice tutelare delle fattispecie di separazione conflittuale chiuse dal giudice della famiglia, mediante l'apertura di una procedura che corre parallela a quella principale e che mantiene la propria autonomia, anche a seguito della definizione del percorso di separazione. Altrettanto proficua, e non semplicemente tacciabile di un banale paternalismo, potrebbe essere la propensione a rinviare al giudice tutelare anche le separazioni consensuali, per le quali il giudice della famiglia nutra qualche forte perplessità: le prassi in tal senso non hanno mancato di mostrare significativi risultati, con riguardo al sostegno della coppia genitoriale nel rispetto delle prescrizioni del giudice e al supporto fornito dai servizi nella gestione della prole.

Le funzioni di giudice tutelare, con specifico riferimento all'attività di vigilanza prevista dall'articolo 337 c.c. sull'attuazione dei provvedimenti adottati riguarda sia le pronunce emesse dal tribunale ordinario, dai magistrati appartenenti alla sezione famiglia, sia quanto perviene dal tribunale per i minorenni, i quali si mostrano talvolta più restii ad avvalersi di questa collaborazione, quanto meno in quelle ipotesi nelle quali la sede del tribunale minorile non coincida con quella del tutelare. La forte carica e potenzialità conciliativa sta nella capacità del Tutelare di offrire un luogo informale, mantenendo una propria veste istituzionale e autorevole, e nella possibilità di creare momenti di ascolto per le parti, insieme alla verifica delle prescrizioni emesse dal giudice della separazione, e di collegamento e collaborazione con i Servizi sociali, affinché quel monitoraggio della genitorialità possa divenire sostegno e magari mediazione.

Pur tuttavia è evidente che una spinta in tal senso si mostra in controtendenza con la gestione "efficiente" e spedita delle procedure giudiziali, le quali, allorquando definite consensualmente, difficilmente consentono spazi per un controllo così penetrante. In questa direzione, in effetti, pare muoversi la recente procedura di negoziazione assistita, introdotta 162/2014, di conversione del decreto legge del 12 settembre 2014, n. 132, contenente misure urgenti di *degiurisdizionalizzazione* ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, ha introdotto novità rilevanti in tema di separazione e divorzio "più semplice". In virtù del nuovo art. 6 della disciplina, infatti, sarà possibile stipulare una convenzione di negoziazione assistita redatta da uno o più avvocati per la soluzione consensuale di separazione, di divorzio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio in assenza di figli minori o non autosufficienti (art. 6). In mancanza di figli, l'accordo raggiunto è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati un nullaosta.

In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Questi, se ritenga che l'accordo non risponda



all'interesse dei figli, lo trasmette entro cinque giorni al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo¹³.

Inoltre, all'art. 12 della legge, si prevede che i coniugi possano concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione personale, divorzio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Tuttavia, le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero divorziare¹⁴.

La procedura, discutibile quanto meno nella parte in cui è consentita anche in presenza di figli minori, disabili o non autosufficienti, persegue evidentemente il fine dell'efficienza e speditezza nella risoluzione. Detto fine, pur possedendo innegabili profili di positività, rischia però di tradire l'intrinseca funzione garantistica della procedura dinnanzi all'autorità giudiziaria (connessa agli interventi dei servizi territoriali), con la probabile futura conseguenza di produrre ciò che ha similmente prodotto l'introduzione dell'affido condiviso, applicato in maniera non appropriata: ossia l'innalzamento delle procedure, che si instaurano successivamente, con particolare riguardo alle richieste di modifica delle condizioni di separazione, *ex artt. 710 c.p.c.*

4. Un'altra modalità di intervento con una forte carica interdisciplinare è quella rappresentata dai Protocolli d'intesa per l'applicazione virtuosa di Linee guida condivise fra operatori, insieme alla grande risorsa dei Tavoli di lavoro permanenti, intradisciplinari fra operatori giuridici (avvocati e giudici) e interdisciplinari fra questi ultimi e altri professionisti non giuridici, che costituiscono una risorsa importante che il territorio può creare, al fine di una proficua collaborazione e condivisione di intenti.

Proprio i Protocolli d'intesa, siglati talvolta all'interno delle singole associazioni, altre volte fra tutti i soggetti coinvolti (Tribunale, Ordini professionali, Associazioni di categoria, Servizi sociali di base e Servizi specialistici) posseggono, da un lato, la capacità di agevolare e consentire un mutuo riconoscimento delle persone, dei linguaggi, delle competenze e dei fondamenti epistemologici spesso profondamente differenti che caratterizzano gli operatori familiaristi.

Questo mutuo riconoscimento permette, da un atteggiamento spesso di grande diffidenza, di giungere ad un'unità di scopi e di linguaggi e alla nascita, magari, di altre iniziative, di altri documenti comuni: il Protocollo sull'ascolto del minore, ad esempio, è stato

¹³ L'accordo concluso produce i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di separazione e di divorzio, ma, affinché possa spiegare gli effetti descritti ed essere trascritto nei registri, è necessario che il procuratore della Repubblica presso il tribunale competente comunichi agli avvocati un "nullaosta" ove non ravvisi "irregolarità"

¹⁴ L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di separazione e di divorzio. L'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a se' non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo.



frequentemente l'elemento propulsivo per l'attivazione dell'aula di ascolto presso le sedi di Tribunale.

Dall'altro lato, i Protocolli hanno il pregio di mettere in rete gli operatori coinvolti, di creare un contesto comune, relazioni assidue e luoghi anche informali di scambio: così può accadere, ad esempio, nelle ipotesi di Protocolli fra unità sanitarie locali e consultori, per la costituzione di strumenti per la messa in rete dei soggetti che vengono a conoscere situazioni di violenza su donne e su minori.

E' evidente che, trattandosi di Protocolli d'intesa per l'adozione di Linee guida comuni o per la formalizzazione di prassi operative attestate, si discorre di applicazione virtuosa, ancorché condivisa largamente, e non di strumenti dotati di vincolatività, prescrittività o giustiziabilità. Questa tipologia di "regole", infatti, si inserisce in quel contenitore ampio e dal contenuto variegato, costituito dalla così detta *soft law*, essa stessa di non pronta definizione. La *soft law* rappresenta una nuova forma giuridica in risposta alla acuita complessità fenomenologica, ovvero, con altri termini, costituisce l'espressione di nuovi modi di gestire processi decisionali compositi, comportando, almeno in parte, il superamento della sistematica e della dogmatica della teoria della fonti di *hard law* e, insieme con questa, del diritto proveniente dalle istituzioni politiche e dalle procedure a queste connesse¹⁵. Le ragioni di questo superamento si trovano, in larga parte, in fenomeni sociologici ed economici dettati dalla globalizzazione e del mercato, insieme alla sostanziale presa di potere della *governance* comunitaria, che ha comportato, oltre ad una condivisione di sovranità, anche la graduale validazione di "espressioni giuridiche (più) *soft*", ai margini delle fonti del diritto, con rilevanti effetti pratici¹⁶.

Molteplici sono le funzioni e la struttura che accomunano le forme disomogenee di *soft law*, che possiedono sicuramente una forte carica persuasiva, accanto a funzioni informative, di socializzazione valoriale e di orientamento del processo interpretativo propriamente inteso. Accanto a queste molteplici funzioni, si colloca quella di *moral suasion*, che ben si inserisce nel contesto, a vocazione mediativa, del diritto di famiglia. La forza persuasiva ammantata tutto il processo formativo di queste peculiari regole, consentendo *ab origine* la condivisione dei progetti sottesi, fondata non sull'autorità, ma su nuovi circuiti giuridici. Le norme di *soft law*, infatti, non si fondano sulle regole dell'obbedienza derivanti dall'emanazione ad opera dell'organo istituzionale, ma sul mutuo riconoscimento di nuovi soggetti operanti nel settore di riferimento (es. le associazioni di avvocati familiaristi o quelle di psicologi operanti nel campo della famiglia e dei minori), creando effettivamente nuovi criteri di legittimazione e mutando lo scenario dei soggetti attori del processo di produzione delle stesse regole.

Per altro verso, il contenuto delle norme protocollari, *species* del *genus soft law*, è profondamente connotato dalle modalità della negoziazione, che riscuote l'adesione alla regola più "morbida", come quella fortemente pensata, condivisa e voluta. Le norme in parola, quindi, oltre alla funzione di socializzazione valoriale, hanno un ruolo determinante perché modellano in maniera significativa la realtà a cui la norma protocollare è destinata ad applicarsi: in questo senso, non solo la norma ha una funzione interpretativa della fattispecie concreta, ma entra, altresì, nella decisione presa dal giudice.

¹⁵ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 31.

¹⁶ Così F. SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 90 ss.



Infine, e questo risulta un profilo inedito, è possibile constatare come la norma di *soft law*, nel caso specifico del diritto di famiglia, abbia avuto un ruolo determinante nella formazione della regola *hard*: tutta la materia dell'ascolto del minore, infatti, è stata recentemente novellata dal d.lgs. n. 154/2013, emanato sulla delega della legge n. 219/2012, riformulando essenzialmente la materia alla luce di quelle che erano le prassi assodate e condivise presso numerose sedi di Tribunale del territorio nazionale.

Non tanto l'ascolto del giudice della separazione, che è stato integralmente e pressoché pedissequamente trasfuso dal vecchio art. 155 *sexies* c.c. al nuovo art. 337 *octies* c.c., quanto quello del giudice minorile, oggi individuato dal nuovo art. 336 *bis* c.c., è modellato secondo quanto disponevano spesso i Protocolli sull'ascolto: rispetto alla scelta del giudice di non provvedere a consultare il minore e all'adempimento del provvedimento motivato; alle modalità di consultazione diretta o mediante l'ausilio di esperti, alla redazione del processo verbale, e alla preventiva informazione del minore riguardo alla natura del procedimento e agli effetti dell'ascolto. In particolare, poi, con riferimento alla possibilità di partecipare all'ascolto da parte degli altri soggetti coinvolti (genitori, difensori di questi, curatore del minore, pubblico ministero), il secondo comma dell'art. 336 *bis* oggi prevede sì la possibilità di "suggerire" al giudice argomenti e temi sui quali ascoltare il minore; tuttavia questi sono ammessi a partecipare all'ascolto, solo a seguito di apposita autorizzazione del giudice, salvo quanto disposto dal (nuovo) art. 38 *bis* dip. att. c.c., anche questo di matrice prettamente protocollare.

Il tema, è noto, costituisce un aspetto significativo a livello professionale - soprattutto riflettendo su quante perplessità abbia suscitato la nuova formulazione dell'art. 56 del codice deontologico¹⁷, anche alla luce delle disposizioni della Convenzione di Lanzarote in tema di ascolto -; al contempo, per ciò che qui interessa, esso dimostra come il legislatore abbia operato sul contenuto delle norme, attraverso un meccanismo di costruzione "dal basso", che risulta efficacemente inedito sotto il profilo della tradizionale produzione delle fonti normative.

¹⁷ L'art. 56 del nuovo Codice deont. degli avvocati prevede che: "1. L'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi; che l'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse.

2. L'avvocato difensore nel procedimento penale, per conferire con persona minore, assumere informazioni dalla stessa o richiederle dichiarazioni scritte, deve invitare formalmente gli esercenti la responsabilità genitoriale, con indicazione della facoltà di intervenire all'atto, fatto salvo l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e in ogni caso in cui il minore sia persona offesa dal reato.

3. La violazione dei doveri e divieti di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno." La norma, di fatto, consolida un principio di maggior tutela nei riguardi del minore rispetto ad una qualsiasi altra parte processuale, nonostante abbia il diritto di essere ascoltato ogni qualvolta si decida di lui. Questa norma deve, necessariamente andare ad integrarsi, pertanto, con il diritto di ascolto, di cui il minore è titolare, in tutte le situazioni giuridiche che immediatamente lo vedono interessato.



Per questa ragione non è da condividere l'idea che i Protocolli nella materia *de qua* siano necessariamente inutili o anche dannosi¹⁸ - inutili perché pedissequamente riproducono la norma di legge e in ogni caso perché privi di rilevanza giuridica; dannosi allorché esprimano regole *contra jus*. Da un lato, infatti, sebbene si consenta una sorta di destrutturazione del sistema delle fonti, come tradizionalmente inteso, e insieme una diversificazione delle procedure e la moltiplicazione dei soggetti legittimati a produrle, è ben evidente che ciò non implica l'ammissibilità di deroghe o violazione dei diritti ascrivibili a tutti i soggetti coinvolti nel contesto di riferimento: la *soft law*, in tal senso, presuppone che l'ordinamento non sia (più) esaustivo ed esprime "solo" altre forme normative, le quali, sebbene non cogenti secondo i tradizionali canoni della prescrittività e sanzionabilità, entrano nelle decisioni assunte. Il problema, a ben vedere, non è tanto quello delle disposizioni protocollari che violano la norma di legge, piuttosto scarse in realtà, bensì quello della loro disapplicazione o violazione.

Non appare sufficiente, anzi tutto, "liquidare" il problema con l'idea che l'ordinamento assorba in sé l'inefficienza della regola protocollare inutile, mediante la sua disapplicazione. Se, infatti, la norma protocollare è applicata, perché esprime un modello condiviso e negoziato, al contempo essa ha l'effetto - intrinsecamente correlato - di orientare ad essa i comportamenti dei contraenti, che saranno aderenti alla norma.

D'altro canto, l'adozione di un comportamento così indirizzato, ingenera negli stessi contraenti una legittima aspettativa a veder osservata la norma di riferimento. In altre parole, l'avvocato sarà legittimamente propenso a credere che la controparte osservi il Protocollo sottoscritto e così adeguerà la propria strategia difensiva alla luce di questa aspettativa.

Al contempo, non è da escludere che l'adesione alla norma protocollare produca un ulteriore effetto, che potremmo chiamare "di liceità": il comportamento conforme alla disposizione di *soft law* è per principio lecito; e non potrebbe che essere in tal senso, poiché la norma protocollare, non limitandosi a riprodurre la norma di legge, si colloca il più delle volte in uno spazio lasciato vuoto dalla norma di riferimento o in un margine di interpretazione dotato di una certa ambiguità. Per questa ragione, l'adesione al comportamento conforme al Protocollo riconosce a chi la osserva una sorta di esonero di responsabilità da eventuali pregiudizi incorsi ai soggetti coinvolti.

Il fenomeno è noto con riguardo al tema delle certificazioni di qualità, invero del tutto peculiare, essendo sostanzialmente normato attraverso disposizioni *soft* - le norme e specifiche tecniche. Ma il tema ha investito potentemente anche l'ambito della responsabilità medica, che già ad opera della giurisprudenza richiamava le Linee guida scientificamente e internazionalmente riconosciute per escludere (o meno!) la responsabilità civile e penale di chi le avesse correttamente osservate. A seguito dell'entrata in vigore della legge Balduzzi, n. 189, 8 novembre 2012, poi, la questione è ancor più attuale: l'art. 3, primo comma, della legge recita infatti che "L'esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento della propria attività, si attiene alle linee guida e buone pratiche, accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve". La norma ha sancito per legge un ruolo prescrittivo assegnato alle norme di *soft law*, dimostrando come la carica persuasiva di quelle non preclude intrinsecamente forme di reazione ordinamentali.

¹⁸ Così G. CASABURI, *L'ascolto del minore tra criticità processuali ed effettività della tutela*, in nota ad App. Milano, 21 febbraio 2011, in *Corr. mer.*, 2012, p. 32



Sotto il profilo che qui interessa, per concludere, v'è da chiedersi se sia così vero che la mancata applicazione e la violazione delle disposizioni dei Protocolli in materia di diritto di famiglia - che siano stati negoziati, condivisi e sottoscritti -, ad opera di una delle parti contraenti non producano alcuna conseguenza.

Forse non è tempo per immaginare una condanna della giurisprudenza per violazione di questo inedito *diritto vivente*; certamente, tuttavia, è lecito richiedere e attendersi l'assunzione di responsabilità e consapevolezza da parte di chi, questi Protocolli li ha voluti e sottoscritti.