

Parlarsi: la mediazione nelle misure di protezione

di Emanuela Epiney-Colombo©

*Intervento all'inaugurazione della Camera di protezione il
4 aprile 2014*

Nel 2012 nel Cantone Ticino sono state adottate 5104 misure di protezione per gli adulti (per una popolazione residente maggiorenne di 280'523 abitanti) e 2353 misure di protezione per i minorenni (per una popolazione minorenni residente di 56'420 abitanti). Queste cifre non sono probabilmente destinate a diminuire e danno un'idea dell'importanza che riveste il diritto di protezione dei minori e degli adulti nelle istituzioni ticinesi.

Il diritto di protezione degli adulti e dei minori deve proteggere le persone bisognose di aiuto, salvaguardare il loro benessere e allo stesso tempo rispettare la loro vita familiare e la loro autonomia personale (cfr. art. 388 CC). Gli obiettivi della revisione legislativa entrata in vigore il 1° gennaio 2013 erano ambiziosi: promozione dell'autodeterminazione personale mediante l'adozione di misure precauzionali personali, rafforzamento della solidarietà tra familiari, maggiore protezione per gli incapaci di discernimento ospiti di istituti di accoglienza e di cura, adozione di misure ufficiali "su misura" per ogni singolo caso. Il tutto nel rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, per dare alle persone che ne hanno bisogno la protezione adeguata senza intromettersi oltre misura nella loro vita. L'art. 389 CC dispone in modo esplicito che l'autorità di protezione interviene solo a titolo sussidiario e che ogni misura ufficiale deve essere necessaria e idonea.

Come riuscire in questo esercizio di equilibrismo? La mediazione è uno degli strumenti che l'autorità di protezione e l'autorità giudiziaria possono usare nell'esercizio delle loro funzioni. Il ricorso alla mediazione non va inteso come mezzo per sgravare le autorità di protezione e i tribunali, ma come via per trovare soluzioni su misura ai problemi delle persone interessate. Non si tratta di uno strumento esotico o misterioso e numerose leggi svizzere lo menzionano. Nel diritto civile la mediazione è prevista esplicitamente dal Codice civile per quel che concerne i minorenni (art. 314 cpv. 2 CPC) e dal Codice di procedura civile (art. 213 a 218 CPC) per tutte le vertenze e in particolare per quelle che interessano i minori nel diritto di famiglia (art. 297 CPC). Anche il diritto amministrativo menziona la mediazione nella Legge federale sulla procedura amministrativa (PA, art. 33b), nella Legge federale

sulla trasparenza (LTras) con la relativa ordinanza sulla trasparenza (OTras). La possibilità di trovare vie alternative alla decisione giudiziaria si trova anche nella Legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA, art. 50), nella Legge ticinese sulla procedura amministrativa (LPamm, art. 23 cpv. 2 transazione fuori procedura) e nella Legge ticinese sull'informazione e sulla trasparenza dello Stato (LIT, art. 17 a 19 procedura di mediazione). Il procedimento di mediazione può trovare spazio, a determinate condizioni, perfino nel diritto penale minorile, come disposto dalla Legge federale di diritto processuale minorile (PPMin, art. 16 e 17) e dalla Legge cantonale sulla magistratura dei minorenni (LMM, art. 25) con il relativo regolamento.

Nell'ambito della protezione dei minori gran parte delle misure adottate riguarda conflitti irrisolti dopo la fine della relazione tra i genitori, che condizionano in modo negativo le relazioni personali e l'esercizio del diritto di visita. Nella protezione degli adulti la persona bisognosa di aiuto vede diminuire dall'autorità il suo spazio di autonomia e di decisione e non sempre condivide questa limitazione. La relazione tra persona protetta e protettore (per esempio il curatore) è per sua natura asimmetrica e può generare tensioni e incomprensioni. Anche la protezione degli adulti può poi presentare aspetti legati a dinamiche familiari dove la razionalità non ha più spazio. Può capitare che i familiari della persona protetta (o da proteggere) siano in disaccordo tra di loro sulle misure da prendere o entrino poi in conflitto con il curatore o l'autorità di protezione sulle modalità di esecuzione delle misure e sul modo in cui il curatore svolge il suo compito. Problemi delicati possono nascere quando si tratta di decidere i provvedimenti medici necessari a una persona incapace di discernimento e vi sono più persone con diritto di rappresentanza (art. 378 CC) in contrasto tra di loro. Chi ha la precedenza?

La decisione del giudice o dell'autorità di protezione tratta di regola solo una parte del problema e rimangono irrisolte le passioni, i rancori, le emozioni, i rimproveri e le accuse pensate ma non dette. Sotto la superficie, in altre parole, rimane tutto un ribollire di sentimenti che scateneranno una nuova procedura litigiosa non appena si presenterà l'occasione propizia. Fino a che il conflitto non si sarà placato vi saranno dunque procedure a ripetizione. I costi umani di queste battaglie sono elevati, prima

di tutto in termini di sofferenze ed energie spese in un conflitto invece che nella ricostruzione di un nuovo assetto familiare e personale, senza dimenticare poi i costi economici per le spese legali e giudiziarie. Un contenzioso post-divorzio o post-separazione può durare anni e anni (fino alla maggiore età del minore) e nel frattempo il conflitto irrisolto avvolge come una cappa le persone coinvolte e ne condiziona la vita, mantenendole in una situazione di tensione e di disagio che può riflettersi negativamente sul lavoro, sulla scuola, sulla salute.

Per cercare di prevenire ed evitare i conflitti cronici è fondamentale in primo luogo l'ascolto delle persone coinvolte, dando voce non solo alla persona da proteggere, ma anche ai suoi familiari e a coloro che le sono vicini. L'art. 401 cpv. 2 CC, per esempio, sancisce l'importanza dei desideri della persona interessata e della sua cerchia per la scelta del curatore. L'art. 406 CC prescrive al curatore di tener conto nella misura del possibile dell'opinione della persona protetta e di rispettare la volontà di organizzare la propria vita e lo esorta a instaurare una relazione di fiducia con l'interessato.

Nei casi in cui l'ascolto non è sufficiente l'autorità di protezione deve favorire lo sviluppo della mediazione e delle altre modalità di risoluzione amichevole delle controversie, come la procedura partecipativa (diritto collaborativo, Collaborative Law), allo scopo di prevenire i conflitti o di evitare che quelli esistenti peggiorino o si cronicizzino.

Ma che cosa è la mediazione? Vi sono tante definizioni, a seconda degli autori e delle correnti di pensiero. Fondamentalmente si tratta di un procedimento volontario in cui interviene una terza persona neutrale e indipendente, senza potere decisionale, che aiuta le parti in discussione a ristabilire la comunicazione tra di loro, a costruire un rapporto di fiducia e a trovare da sole una soluzione equa e duratura¹. Nella protezione dei minori e nel diritto di filiazione il legislatore si è spinto fino a prevedere che l'autorità e/o il giudice può "ingiungere" ai genitori di tentare una mediazione. È una delle istruzioni che possono essere impartite ai genitori nell'ambito delle misure "opportune" previste dall'art. 307 cpv. 3 CC.

La mediazione presenta in particolare il vantaggio di considerare in modo globale anche gli elementi non giuridici, come le emozioni e i sentimenti delle persone coinvolte, e di permettere la ripresa del dialogo e della fiducia. Non è però la panacea di tutti i conflitti e la si sconsiglia quando una parte non è in condizioni (fisiche, giuridiche, psicologiche) di prendere decisioni, una delle parti vuole la punizione dell'altra o si vuole avere un precedente giuridico.

Il mediatore/la mediatrice è un terzo imparziale e indipendente rispetto alle parti e non deve dunque avere interessi in comune con una di loro o avere interessi personali nella conclusione dell'accordo. Si capisce quindi perché i membri dell'autorità di protezione e i curatori non sono le persone adatte per intervenire come mediatori nei casi di cui si occupano. Il mediatore non ha poteri decisionali, contrariamente al giudice e all'autorità di protezione, e con l'aiuto di tecniche particolari aiuta le parti a ristabilire la comunicazione, ad ascoltare e a capire i bisogni e gli interessi reciproci e a trovare da sole una soluzione costruttiva, equa e duratura. In altre parole, il mediatore è un facilitatore della comunicazione. Non offre soluzioni ma aiuta e assiste le persone a trovare la loro soluzione, tagliata su misura per loro.

Nelle procedure di protezione si può pensare all'uso della mediazione per:

- ripristinare il dialogo all'interno delle famiglie e rinforzare la loro partecipazione per trovare soluzioni condivise nell'interesse di ognuno di loro;
- preservare le relazioni tra genitori e figli;
- organizzare un nuovo progetto familiare;
- porre le basi per una gestione autonoma della persona protetta, nel rispetto del principio di proporzionalità e dell'autonomia personale;
- accompagnare le persone protette, la loro famiglia e le persone a loro vicine.

Le possibilità di applicazione sono quindi ampie e diversificate. Nella protezione dei minori la mediazione si presta particolarmente per il disciplinamento delle relazioni

¹ Messaggio concernente il codice di diritto processuale svizzero, FF 2006 pag. 6707 n. 5.14.

personali (compreso il diritto di visita) e per comporre i disaccordi che dovessero sorgere tra i genitori con autorità parentale congiunta. In ambito di protezione degli adulti un procedimento di mediazione può aiutare a mitigare se non a risolvere i conflitti tra la persona protetta e il curatore oppure le divergenze di opinioni all'interno della famiglia della persona protetta o tra i familiari e il curatore o l'autorità di protezione.

Il Tribunale federale ha già avuto occasioni di pronunciarsi sul tema della mediazione familiare e ha spiegato che l'autorità di protezione può dare ai genitori istruzioni di seguire una mediazione quando le relazioni conflittuali ostacolano le relazioni personali con i figli². I genitori possono decidere autonomamente di seguire un procedimento di mediazione. In caso di disaccordo tra di loro, tuttavia, spetta all'autorità di protezione decidere con prudente apprezzamento se una mediazione è utile nell'interesse del figlio. Una mediazione, infatti, richiede concessioni reciproche e non è utile quando uno dei genitori ha un comportamento irrispettoso nei confronti dell'altro e non dà segni di voler cambiare³.

In conclusione, quindi, la mediazione è uno degli strumenti a disposizione delle autorità di protezione per ristabilire la fiducia e il dialogo. Può e deve figurare nella "cassetta degli attrezzi" delle autorità allo scopo di prevenire e trattare in modo ottimale le controversie. Per poterla usare in modo appropriato bisogna conoscerla e quindi bisogna informarsi e formarsi.

² Sentenza del Tribunale federale del 9 dicembre 2009 5A_457/2009.

³ Sentenza del Tribunale federale del 22 giugno 2011 5A_72/2011.

Per chi vuole approfondire:

La SUPSI organizza regolarmente corsi e seminari sull'ascolto attivo e sulla mediazione. Sul sito <http://www.supsi.ch/fc> si possono trovare i percorsi informativi e le proposte.

Vi sono inoltre molte pubblicazioni sul tema per chi desidera approfondirlo. Qui di seguito alcune indicazioni:

Roger Fisher/Scott Brown, Troviamo un accordo, come costruire le relazioni negoziando, 2008 Corbaccio

Gary Friedman/Jack Himmelstein, La mediazione attraverso la comprensione – Sfidare il conflitto: principi e tecniche di un metodo rivoluzionario, Manuali FrancoAngeli 2012

Jean A. Mirimanoff/Sandra Vigneron-Maggio-Aprile (éd.) La gestion des conflits, manuel pour les praticiens, CEDIDAC Lausanne 2008

Daniele Novara, La grammatica dei conflitti, edizioni Sonda 2011

Ivano Ranzanici, La mediazione nel diritto penale e processuale svizzero, RtiD I-2007 pag. 405

Emanuela Epiney-Colombo, La mediazione nel codice di procedura civile federale, Rivista ticinese di diritto I-2011, pag 791-809