

Guida alle buone prassi
nell'ambito della
convenzione dell'Aia
del 25 ottobre 1980
sugli aspetti civili della
sottrazione internazionale
di minori

Mediazione

Guida alle buone prassi
nell'ambito della
convenzione dell'Aia
del 25 ottobre 1980 sugli
aspetti civili della sottrazione
internazionale di minori

Mediazione



Pubblicato da
Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato
Segretariato permanente
Scheveningseweg 6
2517 KT, L'Aia
Paesi Bassi

Telefono: +31 70 363 3303
Fax: +31 70 360 4867
E-mail: secretariat@hcch.net
Sito web: www.hcch.net

© Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato 2012

Tutti i diritti sono riservati. Nessun elemento della presente pubblicazione può essere riprodotto, archiviato in un sistema di trattamento dati, o trasmesso in qualsiasi modo e con qualsiasi mezzo, compreso mediante fotocopia o registrazione, senza il permesso scritto del titolare del diritto d'autore.

La presentazione grafica, la traduzione (ad eccezione delle versioni francese, inglese e spagnola) e la distribuzione della "Guida alle buone pratiche nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori – Mediazione" in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea e in arabo sono state rese disponibili grazie alla generosità della Commissione europea/DG Giustizia.

Le versioni ufficiali della presente pubblicazione sono disponibili sul sito web della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato (<www.hcch.net>) in inglese, spagnolo o francese. La traduzione della presente pubblicazione in altre lingue non è stata rivista dal Segretariato permanente della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato.

ISBN 978-92-79-32401-7

Stampato in Belgio

Punti essenziali

Terminologia 7

Obiettivi e ambito 12

Introduzione 14

- A Lavori precedenti della Conferenza dell'Aia sulla mediazione internazionale in materia familiare e procedure simili utilizzate per facilitare il raggiungimento di soluzioni concordate 14
- B Attività di altri organismi 18
- C Struttura della guida 20
- D Il contesto – Alcuni casi tipici 20

La guida 21

- 1 L'importanza generale delle promozione di accordi nelle controversie familiari transfrontaliere relative all'affidamento e ai contatti 21
- 2 L'uso della mediazione nel quadro della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori – Quadro generale delle specifiche problematiche 26
- 3 Formazione specifica per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori/Salvaguardare la qualità della mediazione 36
- 4 Accesso alla mediazione 40
- 5 Ambito della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori 53
- 6 Principi/modelli/metodi di mediazione 55
- 7 Coinvolgimento del minore 67
- 8 Possibile coinvolgimento di terzi 71
- 9 Organizzare i contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore durante la procedura di mediazione 72
- 10 Mediazione e accuse di violenza domestica 74
- 11 I termini dell'accordo raggiunto tramite mediazione – Verifica oggettiva dei fatti 79
- 12 Rendere l'accordo giuridicamente vincolante ed esecutivo 80
- 13 Questioni relative a giurisdizione e normative applicabili 85
- 14 L'uso della mediazione per prevenire le sottrazioni di minori 89
- 15 Altre procedure da utilizzare per raggiungere soluzioni concordate 90
- 16 L'uso della mediazione e di procedure simili per raggiungere soluzioni concordate nei casi non rientranti nell'ambito della Convenzione dell'Aia 92

Allegati 95

Indice

Terminologia 7

Obiettivi e ambito 12

Introduzione 14

- A Lavori precedenti della Conferenza dell'Aia sulla mediazione internazionale in materia familiare e procedure simili utilizzate per facilitare il raggiungimento di soluzioni concordate** 14
- B Attività di altri organismi** 18
- C Struttura della guida** 20
- D Il contesto – Alcuni casi tipici** 20

La guida 21

- 1 L'importanza generale delle promozione di accordi nelle controversie familiari transfrontaliere relative all'affidamento e ai contatti** 21
 - 1.1 Vantaggi delle soluzioni concordate 21
 - 1.2 Limiti, rischi e tutele 23
 - 1.3 Importanza generale del legame con le procedure giuridiche pertinenti 25
- 2 L'uso della mediazione nel quadro della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori – Quadro generale delle specifiche problematiche** 26
 - 2.1 Termini/procedure rapide 27
 - 2.2 Stretta collaborazione con le autorità amministrative/giudiziarie 30
 - 2.3 Presenza di più sistemi giuridici; esecutività dell'accordo in entrambe (tutte) le giurisdizioni interessate 30
 - 2.4 Contesti culturali e religiosi diversi 31
 - 2.5 Difficoltà linguistiche 32
 - 2.6 Distanza 32
 - 2.7 Questioni relative a visti e immigrazione 33
 - 2.8 Procedimento penale contro il genitore responsabile della sottrazione 34
- 3 Formazione specifica per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori/Salvaguardare la qualità della mediazione** 36
 - 3.1 Formazione dei mediatori – Disposizioni e norme esistenti 36
 - 3.2 Formazione specifica per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori 38
 - 3.3 Istituzione di elenchi di mediatori 39
 - 3.4 Salvaguardare la qualità della mediazione 39
- 4 Accesso alla mediazione** 40
 - 4.1 Disponibilità della mediazione – Fase del procedimento di ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia; deferimento/autodeferimento alla mediazione 41
 - 4.1.1 Ruolo delle autorità centrali 42
 - 4.1.2 Ruolo di giudici/tribunali 44
 - 4.1.3 Ruolo di avvocati e altri professionisti 46
 - 4.2 Valutazione dell'opportunità del ricorso alla mediazione 47
 - 4.3 Costi della mediazione 49
 - 4.4 Luogo della mediazione 51
 - 4.5 Il contratto di mediazione – Consenso informato alla mediazione 52

5	Ambito della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori	53
5.1	Le questioni urgenti	53
5.2	Importanza della giurisdizione e della legge applicabile riguardo alla responsabilità genitoriale e ad altri argomenti trattati nell'accordo raggiunto tramite mediazione	55
6	Principi/modelli/metodi di mediazione	55
6.1	Principi di mediazione – Norme internazionali	56
6.1.1	Volontarietà della mediazione	56
6.1.2	Consenso informato	57
6.1.3	Valutazione dell'opportunità del ricorso alla mediazione	57
6.1.4	Neutralità, indipendenza, imparzialità e equità	58
6.1.5	Riservatezza	58
6.1.6	Considerazione degli interessi e del benessere del minore	62
6.1.7	Processo decisionale in conoscenza di causa e accesso adeguato alla consulenza legale	62
6.1.8	Competenza interculturale	63
6.1.9	Qualificazione del mediatore o degli organismi di mediazione – Norme minime per la formazione	63
6.2	Modelli e metodi di mediazione	63
6.2.1	Mediazione diretta o indiretta	64
6.2.2	Mediazione singola o comediazione	64
6.2.3	Concetto di mediazione biculturale e bilingue	65
7	Coinvolgimento del minore	67
7.1	Coinvolgimento di un minore nei procedimenti di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia e nei procedimenti previsti dal diritto di famiglia	67
7.2	La voce del minore nella mediazione	70
8	Possibile coinvolgimento di terzi	71
9	Organizzare i contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore durante la procedura di mediazione	72
9.1	Garanzie/Prevenzione di un'altra sottrazione	72
9.2	Stretta collaborazione con le autorità centrali e le autorità giudiziarie e amministrative	73
10	Mediazione e accuse di violenza domestica	74
10.1	Trattamento della violenza domestica nei procedimenti di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia	75
10.2	Garanzie nella mediazione/protezione della parte vulnerabile	77
10.3	Informazioni sulle misure di protezione	79
11	I termini dell'accordo raggiunto tramite mediazione – Verifica oggettiva dei fatti	79
12	Rendere l'accordo giuridicamente vincolante ed esecutivo	80
13	Questioni relative a giurisdizione e normative applicabili	85
14	L'uso della mediazione per prevenire le sottrazioni di minori	89
15	Altre procedure da utilizzare per raggiungere soluzioni concordate	90
16	L'uso della mediazione e di procedure simili per raggiungere soluzioni concordate nei casi non rientranti nell'ambito della Convenzione dell'Aia	92

Terminologia

I seguenti termini sono presentati in base al contenuto tematico anziché in ordine alfabetico.

Mediazione

Ai fini della presente guida è importante operare una distinzione tra “mediazione” e metodi simili che facilitano una risoluzione concordata delle controversie.

Le definizioni di “mediazione” reperibili nelle pubblicazioni e nei testi giuridici variano in misura considerevole e spesso rispecchiano alcuni requisiti minimi relativi alla procedura di mediazione e alla figura del mediatore previsti nelle giurisdizioni pertinenti. Riunendo gli elementi comuni delle varie definizioni, la mediazione può essere definita un processo volontario e strutturato in base al quale un “mediatore”¹ facilita la comunicazione tra le parti di una controversia, consentendo loro di assumersi la responsabilità di trovare una soluzione². La presente guida fa riferimento alla “mediazione” in questo senso ampio, a prescindere dal modello e dal metodo applicati. Nel capitolo 6 della guida sono trattati altri principi comunemente previsti, ma non applicati in maniera uniforme, che talvolta sono integrati nella definizione di mediazione, come la riservatezza, la neutralità o l'imparzialità.

Mediatore

Molte definizioni del termine “mediatore” contenute negli strumenti nazionali o regionali rispecchiano i requisiti (giuridici) che devono essere soddisfatti per essere un “mediatore” e il modo in cui la mediazione deve essere condotta. Concentrandosi anche in questo caso sugli elementi comuni, un “mediatore” viene inteso nella presente guida come un terzo imparziale che conduce la mediazione. Il termine viene usato, salvo diversamente indicato, a prescindere dalla formazione professionale di chi riveste questo ruolo e dai requisiti specifici che una persona potrebbe dover soddisfare per potersi definire “mediatore” in un determinato sistema giuridico.

Il termine “mediatore” viene utilizzato nella presente guida a prescindere dal fatto che si tratti di una comediazione o di una mediazione singola, ossia, salvo diversamente indicato, qualsiasi uso al singolare del termine “mediatore” nella presente guida si intende riferito anche alla mediazione condotta da uno o più mediatori.

1 La mediazione può essere condotta anche da più mediatori, cfr. anche la definizione del termine “mediatore” di seguito riportata e la sezione 6.2.2 che riguarda la comediazione.

2 Per un quadro comparativo sintetico delle definizioni di mediazione utilizzate in vari paesi, cfr. K.J. Hopt e F. Steffek, *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pag. 12 e seguenti.

Conciliazione

I termini mediazione e conciliazione sono talvolta utilizzati come sinonimi³, il che potrebbe generare confusione. Attualmente la conciliazione si caratterizza in genere come un processo più direttivo rispetto alla mediazione. Ai fini della presente guida, con conciliazione si intende quindi un meccanismo di risoluzione di controversie in cui un terzo imparziale assume un ruolo attivo e direttivo aiutando le parti a trovare una soluzione concordata alla loro controversia. La mediazione può essere proattiva, ma non direttiva. Per quanto riguarda la mediazione, va sottolineato il fatto che il mediatore non può adottare una decisione per le parti, ma soltanto fornire loro assistenza in modo che possano trovare la propria soluzione. Per contro, il conciliatore può dirigere le parti verso una soluzione concreta⁴, come illustrato dal seguente esempio. Un giudice con una formazione come mediatore può condurre una mediazione, ma soltanto in una controversia in cui non è il giudice adito e in cui il giudice non influisce sul risultato del processo di risoluzione della controversia tra le parti. Un giudice adito non può mai, per definizione, “mediare” in un caso ad esso sottoposto, ossia un caso in cui le parti sanno che il giudice è la persona che adotta una decisione qualora fallisca il loro tentativo di trovare una soluzione amichevole⁵. Una procedura in base alla quale nel caso ad esso sottoposto il giudice si impegna ad assistere le parti a trovare una soluzione concordata e a giungere a una transazione giudiziale rientrerebbe nell’ambito della conciliazione nel senso inteso nella presente guida.⁶

Consulenza

La mediazione deve essere distinta dalla consulenza, che è una procedura che può essere utilizzata per aiutare coppie o famiglie ad affrontare problemi di tipo relazionale. A differenza della mediazione, in generale la consulenza non è incentrata sulla risoluzione di una particolare controversia.

Arbitrato

La mediazione e la conciliazione possono essere distinte dall’arbitrato in quanto le prime due mirano a giungere a una soluzione concordata tra le parti, mentre nell’arbitrato il terzo imparziale (arbitro) risolve la controversia adottando una decisione. Sebbene le parti debbano accettare l’arbitrato e rispettarne il risultato, la procedura di arbitrato non è intesa a favorire il raggiungimento di un esito concordato⁷.

3 Cfr., per esempio, l’articolo 1, paragrafo 3, della UNCITRAL *Model Law on International Commercial Conciliation* adottata dall’UNCITRAL nel 2002, disponibile all’indirizzo <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012):

“Ai fini della presente legge, per ‘conciliazione’ si intende una procedura, a prescindere dal termine con cui ci si riferisce ad essa, quale conciliazione, mediazione o un’altra espressione di significato equivalente, tramite la quale le parti richiedono l’assistenza di un terzo o terzi (‘il conciliatore’) nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole rispetto a una controversia derivante da o in relazione a un rapporto contrattuale o un altro rapporto legale”.

4 Riguardo alle differenze tra mediazione e conciliazione, cfr. anche *A fair say – A Guide to Managing Differences in Mediation and Conciliation* (agosto 1999), redatta dall’*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC), pag. 1, disponibile all’indirizzo <<http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/AFairSay.aspx>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

5 Si tratta di un principio ampiamente rispettato; per un quadro comparativo delle definizioni di mediazione utilizzate in vari paesi, cfr. K.J. Hopt e F. Steffek (cit. alla nota 2), pag. 12; cfr. anche l’articolo 3 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, GU L 136 del 24.5.2008 (in appresso “direttiva europea relativa alla mediazione”), disponibile all’indirizzo <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:IT:NOT>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

6 Tuttavia, le definizioni di conciliazione sono diverse, cfr. per esempio l’articolo 1, paragrafo 3, dell’UNCITRAL *Model Law on International Commercial Conciliation* (cfr. la precedente nota 3).

7 Per maggiori informazioni sulla distinzione tra mediazione e arbitrato, cfr., tra gli altri, N. Alexander, *International and Comparative Mediation*, Austin – Boston – Chicago – New York – Paesi Bassi, Wolters Kluwer, 2008, pagg. 26-27.

Valutazione neutrale preliminare

Nella “valutazione neutrale preliminare” le parti ricevono una valutazione non vincolante della loro situazione giuridica effettuata da un esperto, in seguito alla quale viene offerta loro l’opportunità di negoziare una soluzione concordata⁸.

Diritto collaborativo

Nel modello del “diritto collaborativo”, le parti sono assistite da “avvocati collaborativi” che utilizzano tecniche di risoluzione dei problemi basate sugli interessi delle parti per comporre una controversia senza fare ricorso al giudice⁹. Qualora non si raggiunga un accordo e il caso debba essere risolto in un procedimento giudiziario, gli avvocati collaborativi non possono continuare a svolgere la funzione di rappresentanti.

Diritto cooperativo

Il modello del “diritto cooperativo” segue i principi del modello del “diritto collaborativo”, salvo che i rappresentanti non sono esonerati da tale funzione quando il caso deve essere deferito a un giudice¹⁰.

Mediazione diretta o indiretta

Quando nella presente guida si usa l’espressione “mediazione diretta”, si fa riferimento a una procedura in cui entrambe le parti partecipano direttamente e contemporaneamente alle sessioni di mediazione con il mediatore, in un incontro diretto con il mediatore o in un incontro a distanza mediante sistemi di videoconferenza o teleconferenza o di comunicazione su Internet¹¹.

Per contro, l’espressione “mediazione indiretta” si riferisce a una procedura in cui le parti non si incontrano direttamente tra loro durante la mediazione, ma si incontrano con il mediatore separatamente. Gli incontri separati con il mediatore possono svolgersi in due Stati diversi o nello stesso Stato con la mediazione che si tiene in momenti diversi o nello stesso momento, ma in stanze diverse¹².

Com’è ovvio, una procedura di mediazione può anche includere entrambe le forme di mediazione, ossia diretta e indiretta. Per esempio, una mediazione diretta può essere accompagnata o preceduta dai cosiddetti incontri “separati” (“*caucus meeting*”), in cui il mediatore incontra ciascuna parte separatamente.

Mediazione giudiziale

Nella presente guida l’espressione “mediazione giudiziale” viene utilizzata per fare riferimento ai servizi di mediazione gestiti da, o tramite, un tribunale. In questo contesto, la mediazione viene effettuata da mediatori che lavorano per il tribunale o da giudici con una formazione come mediatori che, com’è ovvio, possono svolgere tale funzione soltanto nei casi in cui non siano il giudice adito. Spesso il luogo della mediazione si trova nella sede del tribunale stesso.

8 Per maggiori informazioni, cfr., tra gli altri, N. ver Steegh, *Family Court Reform and ADR: Shifting Values and Expectations Transform the Divorce Process*, 42 *Fam. LQ* (2008-2009), 659, pag. 663.

9 *Ibid.*, pag. 667.

10 *Ibid.*, pag. 668.

11 Cfr. la nota relativa allo sviluppo della mediazione, della conciliazione e di metodi simili per favorire il raggiungimento di soluzioni concordate in controversie familiari transfrontaliere riguardanti i minori, in particolare nel contesto della Convenzione dell’Aia del 1980, redatta da S. Vigers, ex consigliere giuridico dell’Ufficio permanente, doc. prel. n. 5 di ottobre 2006, per la quinta riunione della Commissione speciale sul funzionamento della *Convenzione dell’Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* (L’Aia, 30 ottobre – 9 novembre 2006) (in appresso “nota relativa allo sviluppo della mediazione, della conciliazione e di metodi simili”, disponibile sul sito Internet della Conferenza dell’Aia all’indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Child Abduction Section”), sezione 4.1, pag. 14.

12 Cfr. *ibid.*, sezione 4.1, pag. 15.

Mediazione stragiudiziale

L'espressione "mediazione stragiudiziale" viene utilizzata nella presente guida per fare riferimento a una mediazione svolta da organismi non direttamente collegati a un tribunale. Può trattarsi di organismi gestiti o approvati dallo Stato e di servizi di mediazione forniti da singoli e da organizzazioni di mediazione private¹³.

Accordo raggiunto tramite mediazione

La presente guida utilizza l'espressione "accordo raggiunto tramite mediazione" per fare riferimento all'esito della mediazione, ossia alla soluzione concordata raggiunta dalle parti coinvolte in una mediazione. È opportuno sottolineare che in alcune giurisdizioni si preferisce utilizzare l'espressione "memorandum d'intesa" per indicare l'esito immediato della mediazione, per evitare qualsiasi ipotesi riguardo al carattere giuridico del risultato raggiunto tramite mediazione (per maggiori informazioni, cfr. il capitolo 12.)

Per evitare confusione, va sottolineato che la guida utilizza anche l'espressione "contratto di mediazione", con cui si intende il contratto concluso tra il mediatore e le parti coinvolte prima della mediazione tramite il quale possono essere definiti le specificità della procedura di mediazione, i costi e altri aspetti¹⁴.

Responsabilità genitoriale

Secondo la definizione della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori, con l'espressione "responsabilità genitoriale" si intende "la potestà genitoriale o ogni altro rapporto di potestà analogo che stabilisca i diritti, i poteri e gli obblighi dei genitori, di un tutore o altro rappresentante legale nei confronti della persona o dei beni del minore"¹⁵. In altre parole, la "responsabilità genitoriale" comprende tutti i diritti e i doveri di un genitore, un tutore o altro rappresentante legale nei confronti di un minore allo scopo di educarlo e di garantirne lo sviluppo. Il concetto di "responsabilità genitoriale" comprende i "diritti di affidamento" e i "diritti di contatto", ma non si limita ad essi. Quando si tratta di diritti e doveri genitoriali nel complesso, attualmente molti sistemi giuridici e strumenti regionali e internazionali li definiscono "responsabilità genitoriale", per evitare che in questo ambito legislativo si concentri l'attenzione, sul piano terminologico, sui diritti dei genitori e per riconoscere pari importanza ai doveri dei genitori e ai diritti e al benessere dei minori.

Per quanto riguarda i "diritti di visita", la guida dà la preferenza all'espressione "diritti di contatto" che tiene conto di un'impostazione incentrata sui minori in linea con il moderno concetto di "responsabilità genitoriale"¹⁶. Il termine "contatto" è utilizzato in senso ampio includendo i vari modi in cui un genitore non affidatario (e talvolta un altro parente o un amico del minore) mantiene le relazioni personali con il minore, ossia tramite visite o accessi periodici, comunicazione a distanza o altro mezzo¹⁷. La guida utilizza l'espressione "diritti di affidamento" conformemente alla terminologia della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.

13 Per maggiori informazioni sulla mediazione giudiziale e stragiudiziale, cfr. anche lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare, redatto dall'Ufficio permanente, doc. prel. n. 20 di marzo 2007, per il Consiglio di aprile 2007 sugli affari generali e le politiche della Conferenza (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Work in Progress", quindi "General Affairs"), sezione 2.4, pag. 6.

14 Cfr. la successiva sezione 3.5.

15 Articolo 1, paragrafo 2, della Convenzione del 1996.

16 Tale uso è in linea con la terminologia di *General Principles and Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children* (Jordan Publishing, 2008), in appresso "guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri" (disponibile anche sul sito Internet della Conferenza dell'Aia all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section", quindi "Guides to Good Practice"), cfr. il punto xxvi.

17 Tale uso è in linea con la terminologia della guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (*ibid.*).

Genitore che ha subito la sottrazione e genitore responsabile della sottrazione

Il genitore che denuncia una violazione dei suoi diritti di affidamento in seguito a un trasferimento o un mancato rientro illecito viene definito nella presente guida il “genitore che ha subito la sottrazione”. In base all'articolo 3 della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, il trasferimento o il mancato rientro di un minore è ritenuto illecito quando avviene in violazione dei diritti di affidamento assegnati a una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o individualmente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro. In un numero di casi limitato nell'ambito della Convenzione del 1980, il trasferimento o il mancato rientro illecito viola i diritti di affidamento di una persona diversa dal genitore (un nonno, un genitore acquisito o qualsiasi altra persona con o senza rapporto di parentela) o da un'istituzione o da un altro ente. Per evitare lunghe descrizioni in tutta la guida, salvo diversamente indicato, nell'espressione “genitore che ha subito la sottrazione” si intende inclusa qualsiasi altra persona o ente¹⁸ i cui diritti di affidamento sarebbero violati da un trasferimento o un mancato rientro illecito.

Il genitore che trasferisca illecitamente un minore dal luogo della sua residenza abituale in un altro Stato o lo trattenga illecitamente in un altro Stato viene definito nella presente guida il “genitore responsabile della sottrazione”. Parallelamente all'uso dell'espressione “genitore che ha subito la sottrazione”, salvo diversamente indicato, nella presente guida nell'espressione “genitore responsabile della sottrazione” si intende inclusa qualsiasi persona, istituzione o altro ente¹⁹ che trasferisca o trattenga illecitamente un minore.

Violenza domestica e abuso minorile

L'espressione “violenza domestica” può, a seconda della definizione utilizzata, comprendere molti aspetti diversi dell'abuso in ambito familiare. L'abuso può essere fisico o psicologico, può essere rivolto contro il minore (“abuso minorile”) e/o contro il partner (talvolta definito “abuso coniugale”) e/o un altro familiare.

La presente guida utilizza l'espressione “violenza domestica”, salvo diversamente indicato, nel senso più ampio illustrato in precedenza. Riguardo alla violenza domestica contro un minore, la guida distingue tra violenza indiretta e diretta. La prima è una violenza domestica nei confronti di un genitore o di altri membri della famiglia, che influisce sul minore, e la seconda è una violenza domestica nei confronti del minore. Soltanto quest'ultima viene definita nella presente guida “abuso minorile”²⁰.

18 Com'è ovvio, se è interessata un'istituzione o un altro organismo, la mediazione può non essere necessaria, o se lo è può essere molto diversa dalla mediazione tra persone fisiche.

19 Com'è ovvio, se è interessata un'istituzione o un altro organismo, la mediazione può non essere necessaria, o se lo è può essere molto diversa dalla mediazione tra persone fisiche.

20 Cfr. il capitolo 10 sulla violenza domestica.

Obiettivi e ambito

La presente guida promuove le buone prassi nel campo della mediazione e altre procedure intese a giungere a una soluzione concordata delle controversie familiari riguardanti i minori che rientrano nell'ambito della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* (in appresso “la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori” o “la Convenzione del 1980”). In linea con altre convenzioni dell'Aia sulla famiglia più recenti, la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori incoraggia una composizione amichevole delle controversie familiari. L'articolo 7 della Convenzione del 1980 stabilisce che le autorità centrali dovranno “prendere tutti i provvedimenti necessari (...) per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole”. Le ultime convenzioni dell'Aia sulla famiglia menzionano esplicitamente l'uso della mediazione, della conciliazione e di metodi simili²¹.

Tra i vari metodi di composizione amichevole delle controversie, la presente guida tratta principalmente la “mediazione” come uno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie più ampiamente promossi nel diritto familiare. La presente guida fa tuttavia riferimento anche alle buone prassi riguardanti altre procedure di facilitazione di soluzioni concordate, come la conciliazione. Un capitolo a parte²² è dedicato ad altri metodi di cui vengono considerate con attenzione le caratteristiche specifiche. Tuttavia, alcune delle buone prassi di mediazione promosse nella presente guida sono applicabili o adattabili ad alcune delle altre procedure.

Sottolineando le particolarità della composizione amichevole delle controversie nel contesto della sottrazione di minori e delle controversie riguardanti le visite/i contatti nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, la presente guida illustra i principi e le buone prassi che si auspica possano essere utili per la mediazione e procedure simili nelle controversie familiari transfrontaliere in generale. In quanto tale, la guida dovrebbe essere un utile strumento per gli Stati aderenti alla Convenzione del 1980, ma anche per gli Stati aderenti ad altre convenzioni dell'Aia che promuovono l'uso della mediazione, della conciliazione o di metodi simili per favorire il raggiungimento di soluzioni concordate nelle controversie familiari internazionali. Tali convenzioni comprendono la Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di *responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* (in appresso la “Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori”), la *Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti* e la *Convenzione dell'Aia del 23 novembre 2007 sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia*. Inoltre, la presente guida intende aiutare gli Stati non aderenti alle convenzioni dell'Aia menzionate, ma che valutano il modo migliore per creare strutture efficaci per promuovere la mediazione transfrontaliera nelle controversie familiari internazionali. La guida è rivolta a governi e autorità centrali designate nell'ambito della Convenzione del 1980 e di altre convenzioni dell'Aia pertinenti, nonché a giudici, avvocati, mediatori, parti coinvolte in controversie familiari transfrontaliere e altre persone interessate.

21 Cfr. l'articolo 31, lettera b, della *Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori*, l'articolo 31 della *Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti* e l'articolo 6, paragrafo 2, lettera d), e l'articolo 34, paragrafo 2, lettera i), della *Convenzione dell'Aia del 23 novembre 2007 sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia*.

22 Capitolo 15.

Il presente documento è la quinta guida alle buone prassi redatta per facilitare il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori. Le quattro guide pubblicate in precedenza sono: *Parte I – Prassi delle autorità centrali*; *Parte II – Misure di attuazione*; *Parte III – Misure di prevenzione*; *Parte IV – Applicazione*²³.

Inoltre, *la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri*²⁴ riguarda la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori.

Nessuna disposizione della presente guida deve essere interpretata in modo da vincolare gli Stati aderenti alla Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori o ad altre convenzioni dell'Aia in materia familiare. I principi generali contenuti nella presente guida hanno un carattere puramente consultivo.

Tutti gli Stati aderenti, e in particolare le autorità centrali designate nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, sono incoraggiati a riesaminare le proprie prassi e, se pertinente e possibile, a migliorarle. Per la autorità centrali costituite e per quelle in fase di sviluppo, l'attuazione della Convenzione del 1980 deve essere considerata un processo continuo, progressivo o incrementale che tende costantemente al miglioramento.

•••••

L'Ufficio permanente desidera ringraziare i molti esperti, tra cui gli esperti di organizzazioni non governative, che con la loro esperienza e competenza hanno contribuito alla realizzazione della presente guida.²⁵ Si rivolge un particolare ringraziamento a Juliane Hirsch, ex consigliere giuridico dell'Ufficio permanente, che ha svolto il lavoro principale per la guida e a Sarah Vigers, ex consigliere giuridico dell'Ufficio permanente, che nel 2006 ha preparato uno studio comparativo sullo sviluppo della mediazione, della conciliazione e di metodi simili nel contesto della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori di cui si è tenuto conto nella redazione della presente guida.

23 *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I – Central Authority Practice* (Jordan Publishing, 2003), in appresso “guida alle buone prassi delle autorità centrali”; *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part II – Implementing Measures* (Jordan Publishing, 2003); *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part III – Preventive Measures* (Jordan Publishing, 2005), in appresso “guida alle buone prassi sulle misure di prevenzione”; *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part IV – Enforcement* (Jordan Publishing, 2010), in appresso “guida alle buone prassi sull'esecuzione”. Le guide alle buone prassi sono disponibili anche sul sito della Conferenza dell'Aia all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Child Abduction Section”, quindi “Guides to Good Practice”.

24 Cit. alla nota 16.

25 Le seguenti persone hanno fatto parte del gruppo di esperti che ha contribuito alla preparazione della presente guida: Gladys Alvarez (**Argentina**), il giudice Peter F. Boshier (**Nuova Zelanda**), Cilgia Caratsch (**Svizzera**), Eberhard Carl (**Germania**), Denise Carter (**Regno Unito**), Sandra Fenn (**Regno Unito**), Lorraine Filion (**Canada**), Danièle Ganancia (**Francia**), Barbara Gayse (**Belgio**), Ankeara Kaly (**Francia**), Robine G. de Lange-Tegelaar (**Paesi Bassi**), il giudice Wilney Magno de Azevedo Silva (**Brasile**), Lisa Parkinson (**Regno Unito**), Christoph C. Paul (**Germania**), Toni Pirani (**Australia**), Els Prins (**Paesi Bassi**), Kathleen S. Ruckman (**Stati Uniti d'America**), Craig T. Schneider (**Sudafrica**), Andrea Schulz (**Germania**), Peretz Segal (**Israele**), Sarah Vigers (**Regno Unito**), Lisa Vogel (**Stati Uniti d'America**) e Jennifer H. Zawid (**Stati Uniti d'America**).

Introduzione

A Lavori precedenti della Conferenza dell'Aia sulla mediazione internazionale in materia familiare e procedure simili utilizzate per facilitare il raggiungimento di soluzioni concordate

- 1 I lavori della Conferenza dell'Aia negli ultimi decenni pongono in evidenza la crescente importanza assunta nel diritto familiare internazionale dalla mediazione e da altri metodi utilizzati per giungere a soluzioni concordate. La maggior parte delle moderne convenzioni dell'Aia sulla famiglia incoraggia esplicitamente l'uso della mediazione e di procedure simili per trovare soluzioni adeguate a controversie familiari transfrontaliere. Molte delle guide alle buone prassi realizzate per garantire l'efficace attuazione della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori richiamano l'attenzione sull'importanza di promuovere soluzioni concordate²⁶.
- 2 Nel contempo, la mediazione in controversie familiari transfrontaliere in generale viene discussa da molti anni come uno degli argomenti dei lavori futuri della Conferenza dell'Aia. Nell'aprile 2006, l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia è stato incaricato dai suoi Stati membri di:
 - preparare uno studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare e di creare uno strumento al riguardo²⁷.
- 3 Lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare²⁸, che valutava i possibili orientamenti dei lavori futuri della Conferenza dell'Aia nel campo della mediazione familiare transfrontaliera, è stato presentato al Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza (in appresso "il Consiglio") nell'aprile 2007. Il Consiglio ha deciso di invitare i membri della Conferenza dell'Aia a:
 - fornire osservazioni, entro la fine del 2007, sullo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare (...) allo scopo di discutere ulteriormente l'argomento nella riunione del Consiglio in programma per la primavera del 2008²⁹.
- 4 Nell'aprile 2008 il Consiglio:
 - ha invitato l'Ufficio permanente a continuare a seguire gli sviluppi riguardo alla mediazione transfrontaliera in materia familiare e a tenere i membri informati al riguardo³⁰.
- 5 Inoltre, come primo passo, l'Ufficio permanente è stato chiamato a iniziare i lavori riguardo a quanto segue:
 - una guida alle buone prassi sull'uso della mediazione nel contesto della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori (...), da presentare per essere valutata nella prossima riunione della Commissione speciale al fine di esaminare il funzionamento pratico della Convenzione (...) nel 2011³¹.

26 Cfr. per esempio la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), capitolo 2, pag. 6 e seguenti, la guida alle buone prassi delle autorità centrali (cit. alla nota 23), sezione 4.12 relativa al ritorno volontario, pag. 49 e seguenti, la guida alle buone prassi sulle misure di prevenzione (cit. alla nota 23), sezione 2.1.1 relativa agli accordi volontari e alle mediazioni, pagg. 15-16.

27 Conclusioni della Commissione speciale del 3-5 aprile 2006 sugli affari generali e le politiche della Conferenza (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Work in Progress", quindi "General Affairs"), raccomandazione n. 3.

28 Cit. alla nota 13.

29 Raccomandazioni e conclusioni adottate dal Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza (2-4 aprile 2007) (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Work in Progress", quindi "General Affairs"), raccomandazione n. 3.

30 Raccomandazioni e conclusioni adottate dal Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza (1-3 aprile 2008) (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Work in Progress", quindi "General Affairs"), pag. 1, paragrafo 3 (mediazione transfrontaliera in materia familiare).

31 *Ibid.*

- 6 Nelle sue conclusioni e raccomandazioni, il Consiglio, riunito nel 2009, ha confermato la seguente decisione:
 il Consiglio ha ribadito la sua decisione adottata nella riunione di aprile 2008 in relazione alla mediazione transfrontaliera in materia familiare. Ha approvato la proposta dell'Ufficio permanente di presentare la guida alle buone prassi per la mediazione nel contesto della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* ai membri per essere valutata entro gli inizi del 2010 e quindi alla Commissione speciale per essere approvata e per riesaminare il funzionamento pratico della *Convenzione del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* nella sua prossima riunione prevista nel 2011³².
- 7 Va sottolineato che anche la discussione sull'uso della mediazione e di metodi simili nel contesto della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori è iniziata molti anni fa. L'argomento era stato esaminato in una serie di riunioni della Commissione speciale per valutare il funzionamento pratico della Convenzione del 1980. Nell'ottobre 2006, l'Ufficio permanente ha pubblicato uno studio comparativo³³ incentrato sui sistemi di mediazione nel contesto della Convenzione del 1980 per discuterne in seno alla Commissione speciale al fine di valutare il funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e l'attuazione della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (ottobre/novembre 2006).
- 8 Nella riunione del 2006, la Commissione speciale ha ribadito le raccomandazioni n. 1.10 e n. 1.11 della riunione del 2001 della Commissione speciale:
 1.10 Gli Stati contraenti incoraggiano il rientro volontario in tutti i casi possibili. Si propone che le autorità centrali, come prassi, si adoperino per ottenere il rientro volontario, come previsto dall'articolo 7, paragrafo 2, lettera c), della Convenzione (del 1980), ove possibile e opportuno istruendo a tale scopo i giuristi coinvolti, siano essi procuratori o liberi professionisti, o invitando le parti a rivolgersi a un'organizzazione specializzata che fornisca un adeguato servizio di mediazione. Viene riconosciuto anche il ruolo svolto dai tribunali a questo proposito.
 1.11 Le misure applicate per contribuire a garantire il rientro volontario del minore o a trovare una risoluzione amichevole delle questioni non devono comportare un ritardo indebito nelle procedure di rientro³⁴.
- 9 Riguardo alla stessa mediazione, nella riunione del 2006 la Commissione speciale ha stabilito quanto segue:
 1.3.2 La Commissione speciale accoglie con favore le iniziative e i progetti di mediazione attuati negli Stati contraenti nel contesto della Convenzione dell'Aia del 1980, molti dei quali sono descritti nel documento preliminare n. 5 (nota sullo sviluppo della mediazione, della conciliazione e di metodi simili).
 1.3.3 La Commissione speciale invita l'Ufficio permanente a continuare a mantenere gli Stati informati degli sviluppi per quanto riguarda la mediazione nelle controversie transfrontaliere relative a contatti e sottrazioni. La Commissione speciale prende atto che l'Ufficio permanente continua il suo lavoro su uno studio di fattibilità più generale sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare e sulla possibile istituzione di uno strumento sull'argomento, come richiesto dalla Commissione speciale per gli affari generali e le politiche nella sua riunione di aprile 2006³⁵.

32 Conclusioni e raccomandazioni adottate dal Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza (31 marzo-2 aprile 2009) (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Work in Progress", quindi "General Affairs"), pagg. 1-2 (mediazione transfrontaliera in materia familiare).

33 S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11).

34 Cfr. conclusioni e raccomandazioni della quarta riunione della Commissione speciale per il riesame del funzionamento della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* (22-28 marzo 2001), aprile 2001, ribadite dalle conclusioni e raccomandazioni della quinta riunione della Commissione speciale per il riesame del funzionamento della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* e dell'attuazione pratica della *Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* (30 ottobre - 9 novembre 2006), novembre 2006, raccomandazione n. 1.3.1; entrambi i testi sono disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section".

35 Cfr. conclusioni e raccomandazioni della quinta riunione della Commissione speciale (*ibid.*).

- 10 Nel 2009 sono iniziati i lavori relativi alla guida alle buone prassi relative alla mediazione nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori. Un gruppo di esperti indipendenti³⁶ di vari Stati contraenti è stato invitato a contribuire alla preparazione della guida. Agli Stati contraenti della Convenzione del 1980 e ai membri della Conferenza dell'Aia è stato distribuito un progetto di guida³⁷ prima dello svolgimento della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori. La Commissione speciale ha accolto con favore il progetto di guida alle buone prassi relative alla mediazione nell'ambito della Convenzione del 1980 e ha chiesto all'Ufficio permanente di riesaminare la guida alla luce delle discussioni della Commissione speciale, tenendo conto anche della consulenza di esperti, e di distribuire una versione riveduta ai membri e agli Stati contraenti per le consultazioni finali³⁸. Nel maggio 2012 è stata distribuita una versione riveduta della guida alle buone prassi ai membri della Conferenza dell'Aia e agli Stati contraenti della Convenzione del 1980 per le ultime osservazioni, successivamente attuate.
- 11 In seguito a una raccomandazione della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni del 1980 e del 1996, in cui era stato discusso in maniera approfondita il problema dell'applicabilità transfrontaliera degli accordi raggiunti tramite mediazione, nel 2012 il Consiglio ha incaricato la Conferenza dell'Aia di
- “istituire un gruppo di esperti per eseguire ulteriori ricerche esplorative sul riconoscimento e l'esecutività transfrontalieri degli accordi raggiunti nel corso di controversie internazionali sui minori, compresi quelli conseguiti tramite mediazione, tenendo conto dell'attuazione e dell'uso della Convenzione del 1996”,
- indicando che
- “tale lavoro deve comprendere l'identificazione della natura e della portata dei problemi giuridici e pratici, compresi quelli giurisdizionali, e la valutazione dei vantaggi derivanti da un nuovo strumento, vincolante o non vincolante, in questo settore”³⁹.
- 12 Inoltre, deve essere richiamata l'attenzione sull'attività della Conferenza dell'Aia nell'ambito della promozione della mediazione e della creazione di strutture di mediazione nelle controversie familiari transfrontaliere nel contesto del processo di Malta.
- 13 Il processo di Malta, che è un dialogo tra giudici e funzionari governativi di alto livello di alcuni “Stati aderenti alla Convenzione dell'Aia” e alcuni “Stati non aderenti alla Convenzione dell'Aia”, le cui normative sono basate sulla legge della sharia o ne sono state influenzate, ha come scopo principale la ricerca di soluzioni alle controversie transfrontaliere riguardanti l'affidamento, i contatti e la sottrazione di minori che presentano particolari difficoltà dovute alla non applicabilità dei quadri giuridici internazionali pertinenti. Per compiere progressi al riguardo, si sono svolte tre riunioni a Malta nel 2004, nel 2006 e nel 2009.
- 14 In seguito a una raccomandazione della terza Conferenza di Malta⁴⁰, nel 2009 il Consiglio ha chiesto, nel contesto del processo di Malta, che venisse istituito
- “un gruppo di lavoro per promuovere lo sviluppo di strutture di mediazione per favorire la composizione delle controversie transfrontaliere riguardanti l'affidamento o i contatti con i minori. Il gruppo di lavoro doveva comprendere esperti di alcuni Stati coinvolti nel processo di Malta, fra cui gli Stati aderenti alla Convenzione del 1980 sulla sottrazione di minori e gli Stati non aderenti”⁴¹.

36 Per l'elenco dei membri del gruppo di esperti indipendenti che hanno contribuito alla preparazione della guida, cfr. la nota 25.

37 “Progetto di guida alle buone prassi nell'ambito della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* – Parte V – Mediazione”, redatto dall'Ufficio permanente, doc. prel. n. 5 di maggio 2011, per la riunione della Commissione speciale di giugno 2011 sul funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Child Abduction Section”).

38 Cfr. le conclusioni e le raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (1-10 giugno 2011) (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Child Abduction Section”), raccomandazione n. 58.

39 Conclusioni e raccomandazioni adottate dal Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza (17-20 aprile 2012) (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Work in Progress”, quindi “General Affairs”), raccomandazione n. 7.

40 Per maggiori informazioni sul processo di **Malta** e le conferenze di **Malta**, cfr. le dichiarazioni di **Malta** (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Child Abduction Section”); cfr. anche *The Judges' Newsletter on International Child Protection*, vol. XVI (primavera 2010) sulla terza conferenza giudiziaria di Malta sulle questioni transfrontaliere del diritto familiare (23-26 marzo 2009) (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Publications”).

41 Conclusioni e raccomandazioni adottate dal Consiglio nella sua riunione del 2009 (cit. alla nota 32), pag. 2.

- 15 Il gruppo di lavoro è stato istituito nel giugno 2009 ed era costituito da un numero limitato di esperti di mediazione indipendenti e da esperti provenienti da Australia, Canada, Egitto, Francia, Germania, Giordania, India, Malesia, Marocco, Pakistan, Regno Unito e Stati Uniti d'America. Quest'ultimo elenco comprende Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e Stati non contraenti. Il gruppo di lavoro ha tenuto due riunioni con chiamata in conferenza, il 30 luglio e il 29 ottobre 2009, e una riunione di persona dall'11 al 13 maggio 2010 a Ottawa (Canada). In vista delle chiamate in conferenza, sono stati distribuiti due questionari, di cui uno sulle strutture di mediazione esistenti e uno sull'esecutività degli accordi raggiunti tramite mediazione, di cui sono state pubblicate le risposte sul sito Internet della Conferenza dell'Aia⁴². In seguito alla seconda riunione con chiamata in conferenza, nella riunione di persona di Ottawa il gruppo di lavoro ha definito, discusso e ulteriormente elaborato un progetto di principi per la creazione di strutture di mediazione. I principi sono stati completati nell'autunno del 2010 insieme a una relazione, che sono tutti disponibili sul sito Internet della Conferenza dell'Aia in inglese, francese e arabo⁴³.
- 16 Agli inizi del 2011, alcuni Stati hanno iniziato ad applicare i principi nelle loro giurisdizioni e hanno designato un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale⁴⁴. Nell'aprile 2011 il Consiglio ha accolto con favore i principi per la creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta e ha stabilito che i principi siano presentati per essere discussi nel corso della sesta riunione della Commissione speciale⁴⁵. Nel contempo, il Consiglio ha incaricato il gruppo di lavoro di continuare a concentrarsi nella sua attività sulla creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta⁴⁶.
- 17 Nella sua riunione di giugno 2011, la Commissione speciale per il funzionamento pratico delle Convenzioni dell'Aia del 1980 e del 1996 ha preso atto degli sforzi già compiuti in alcuni Stati per istituire un punto di contatto centrale conformemente ai principi e ha incoraggiato gli Stati a valutare la possibilità di creare un punto di contatto centrale o a designare la propria autorità centrale come punto di contatto centrale⁴⁷.
- 18 Il gruppo di lavoro ha discusso in una riunione di persona tenuta all'Aia il 16 aprile 2012 e ha riferito al Consiglio gli ulteriori passi da compiere per la creazione di strutture di mediazione efficienti per le controversie familiari transfrontaliere. Il Consiglio ha accolto con favore la relazione e l'orientamento dei lavori futuri illustrato e ha stabilito che il gruppo di lavoro continui la sua attività riguardo alla creazione di strutture di mediazione, con l'aspettativa della presentazione al Consiglio nel 2013 di un'altra relazione sui progressi realizzati⁴⁸.

42 Disponibili all'indirizzo <www.hcch.net>, nella sezione "Child Abduction Section", quindi "Cross-border family mediation" ("Questionnaire I" e "Questionnaire II").

43 "Principles for the Establishment of Mediation Structures in the context of the Malta Process", redatti dal gruppo di lavoro sulla mediazione nel contesto del processo di Malta con l'assistenza dell'Ufficio permanente, novembre 2010 (in appresso "i principi per la creazione di strutture di mediazione"), riportati nell'allegato I (disponibili anche all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section", quindi "Cross-border family mediation").

44 Tali Stati comprendono **Australia, Francia, Germania, Pakistan e Stati Uniti d'America**. Maggiori informazioni sui punti di contatto centrali sono disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section", quindi "Cross-border family mediation".

45 Conclusioni e raccomandazioni adottate dal Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza (5-7 aprile 2011) (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Work in Progress", quindi "General Affairs"), raccomandazione n. 8.

46 *Ibid.*

47 Cfr. le conclusioni e le raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 61.

48 Cfr. le conclusioni e le raccomandazioni adottate dal Consiglio nel 2012 (cit. alla nota 39), raccomandazione n. 9.

B Attività di altri organismi

- 19 La mediazione e altri metodi alternativi di composizione delle controversie sono promossi anche da altri strumenti e iniziative internazionali.
- 20 Un esempio di strumento regionale che incoraggia l'uso della mediazione e di procedure simili è la *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo* preparata dal Consiglio d'Europa e adottata il 25 gennaio 1996⁴⁹.
- 21 Un altro esempio è il regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (in appresso "il regolamento Bruxelles II bis")⁵⁰.
- 22 Nel contempo, l'uso crescente della mediazione nel diritto civile e commerciale internazionale ha stimolato varie iniziative internazionali e regionali per la definizione di disposizioni e norme minime per la stessa procedura di mediazione⁵¹.
- 23 Il 21 gennaio 1998 il Consiglio d'Europa ha adottato la raccomandazione n. R (98) 1 sulla mediazione familiare⁵², che incoraggia gli Stati a introdurre e promuovere la mediazione familiare o a rafforzare la mediazione familiare esistente, richiedendo al contempo di attenersi ai principi secondo cui è necessario garantire la qualità della mediazione e proteggere le persone vulnerabili interessate. Tali principi riguardano la mediazione familiare nazionale e quella internazionale.
- 24 Il 18 settembre 2002 il Consiglio d'Europa ha adottato la raccomandazione Rec (2002)10 sulla mediazione in materia civile⁵³, che ha un campo di applicazione più ampio e descrive altri principi importanti per la promozione della mediazione in maniera responsabile.

49 Consiglio d'Europa – ETS-No 160, disponibile all'indirizzo <<http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/160.htm>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012), articolo 13 (mediazione e altri metodi di soluzione dei conflitti):

“Al fine di prevenire o di risolvere i conflitti, e di evitare procedimenti che coinvolgano minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria, le Parti incoraggiano il ricorso alla mediazione e a qualunque altro metodo di soluzione dei conflitti atto a concludere un accordo, nei casi che le Parti riterranno opportuni”.

50 Cfr. il regolamento Bruxelles II bis, preambolo, considerando 25:

“È opportuno che le autorità centrali collaborino fra loro, sia in generale che per casi specifici, anche per favorire la risoluzione amichevole delle controversie familiari in materia di responsabilità genitoriale. A questo scopo è necessario che le autorità centrali si avvalgano della possibilità di partecipare alla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, istituita con decisione 2001/470/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale”.

Cfr. anche l'articolo 55, lettera e):

“Le autorità centrali, su richiesta di un'autorità centrale di un altro Stato membro o del titolare della responsabilità genitoriale, cooperano nell'ambito di cause specifiche per realizzare gli obiettivi del presente regolamento. A tal fine esse provvedono, direttamente o tramite le autorità pubbliche o altri organismi, compatibilmente con l'ordinamento di tale Stato membro in materia di protezione dei dati personali: (...) e) a facilitare un accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale, ricorrendo alla mediazione o con altri mezzi, e ad agevolare a tal fine la cooperazione transfrontaliera”.

51 Molti di questi strumenti regionali e internazionali sono incentrati sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia commerciale, cfr. per esempio la *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* (cit. alla nota 3) e le norme sulla conciliazione dell'UNCITRAL, adottate nel 1980, disponibili all'indirizzo <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

52 Raccomandazione n. R (98) 1 del Comitato dei ministri agli Stati membri sulla mediazione familiare, adottata dal Comitato dei ministri il 21 gennaio 1998, disponibile all'indirizzo <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

53 Raccomandazione Rec (2002)10 del Comitato dei ministri agli Stati membri sulla mediazione in materia civile, adottata dal Comitato dei ministri il 18 settembre 2002, disponibile all'indirizzo <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=306401&Site=CM>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

- 25 Nel 2001 la Conferenza nazionale dei commissari per l'uniformazione delle legislazioni degli Stati Uniti d'America ha definito una legge uniforme sulla mediazione⁵⁴ come modello di legge per incoraggiare l'uso effettivo della mediazione e garantire un privilegio giuridico per tutte le comunicazioni nell'ambito della mediazione. Nel frattempo, varie parti degli Stati Uniti hanno applicato tali norme nel proprio ambito di competenza⁵⁵. Nel 2005 l'Associazione Americana dell'arbitrato, la sezione dell'Ordine forense americano dedicata alla risoluzione delle controversie e l'Associazione per la risoluzione delle controversie hanno adottato un modello di norme di condotta per i mediatori che modifica una vecchia versione di tali norme del 1994⁵⁶. Il modello di norme è inteso a fornire orientamenti per i mediatori, ma anche a informare le parti mediatrici e a promuovere la fiducia del pubblico nella mediazione⁵⁷.
- 26 Con l'assistenza della Commissione europea, un gruppo di parti interessate ha elaborato un codice europeo di condotta per i mediatori⁵⁸, entrato in vigore il 2 luglio 2004. Il codice europeo di condotta ha stabilito alcuni principi ai quali i singoli mediatori in materia civile e commerciale possono attenersi su base volontaria e sotto la loro responsabilità.
- 27 Il 21 maggio 2008 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato la direttiva europea relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale⁵⁹. In base all'articolo 12 della direttiva, gli Stati membri dell'UE erano tenuti a “mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva anteriormente al 21 maggio 2011, fatta eccezione per l'articolo 10, per il quale tale data è (stata) fissata al più tardi al 21 novembre 2010 (...)”⁶⁰. In questo contesto, va menzionata un'altra iniziativa dell'Unione europea: in seguito a un seminario ministeriale organizzato dalla Presidenza belga dell'Unione europea il 14 ottobre 2010, è stato istituito un gruppo di lavoro sulla mediazione familiare in casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale⁶¹ per sintetizzare le varie iniziative e attività correlate e per proporre i mezzi per promuovere e migliorare l'uso della mediazione al riguardo.
- 28 Inoltre, varie disposizioni bilaterali definite per affrontare le controversie familiari transfrontaliere riguardanti i minori promuovono la risoluzione amichevole di questo tipo di controversie⁶².

54 Il testo della legge uniforme sulla mediazione (in appresso “la legge UMA degli Stati Uniti”) nella sua versione modificata di agosto 2003 è disponibile sul sito Internet della *Uniform Law Commission* all'indirizzo <<http://www.uniformlaws.org>>.

55 Cfr. le informazioni del sito Internet della *Uniform Law Commission* all'indirizzo <<http://www.uniformlaws.org>>.

56 Il testo del modello di norme di condotta per i mediatori (in appresso “le norme di condotta degli Stati Uniti”) è disponibile all'indirizzo <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

57 Cfr. il preambolo delle norme di condotta degli Stati Uniti, *ibid.*

58 Disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

59 Direttiva europea sulla mediazione (cfr. la precedente nota 5).

60 Riguardo alle misure adottate negli Stati membri dell'Unione europea per conformarsi alla direttiva, cfr. l'atlante giudiziario europeo all'indirizzo <http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/index_it.htm> nella sezione “Mediazione (direttiva 2008/52/CE)” (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

61 Per maggiori informazioni sulla rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, cfr. il sito Internet della Commissione europea all'indirizzo <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_it.htm>.

62 Cfr., per esempio, l'articolo dell'*Agreement between the Government of Australia and the Government of the Arab Republic of Egypt regarding cooperation on protecting the welfare of children*, Cairo, 22 ottobre 2000, l'articolo 2 della *Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens*, Algeri, 21 giugno 1988, e l'articolo 2 del *Protocole d'accord instituant une commission consultative belgo-marocaine en matière civile*, Rabat, 29 aprile 1981; i testi di tutti questi accordi bilaterali sono disponibili all'indirizzo <www.incadat.com>, nella sezione “Legal Instruments”, quindi “Bilateral Arrangements”.

C Struttura della guida

- 29 I principi e le buone prassi illustrati nella presente guida sono presentati nel seguente ordine:
- il capitolo 1 fornisce un quadro generale dei vantaggi e dei rischi insiti nell'uso della mediazione nelle controversie familiari internazionali;
 - il capitolo 2 descrive le sfide specifiche della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori;
 - il capitolo 3 tratta la questione delle qualifiche specifiche necessarie per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori;
 - i capitoli da 4 a 13 seguono la procedura di mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori in ordine cronologico dalle questioni dell'accesso alla mediazione all'esito della mediazione e ai suoi effetti giuridici;
 - gli ultimi capitoli sono dedicati all'uso della mediazione per prevenire le sottrazioni di minori (capitolo 14), all'uso di altri meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie per giungere a soluzioni concordate nei casi di sottrazione internazionale di minori (capitolo 15) e, infine, ad aspetti specifici riguardanti l'uso della mediazione in casi non rientranti nell'ambito della Convenzione (capitolo 16).

D Il contesto – Alcuni casi tipici

- 30 Alcune situazioni di fatto tipiche possono illustrare l'utilità della mediazione nelle controversie familiari internazionali riguardanti i minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.
- a Nel contesto della sottrazione internazionale di minori, la mediazione tra il genitore che ha subito la sottrazione e il genitore che ne è responsabile può favorire il rientro volontario del minore o un'altra soluzione concordata. La mediazione può anche contribuire all'ottenimento di un ordine di rientro basato sul consenso delle parti o a un'altra transazione giudiziale.
 - b La mediazione può anche risultare utile qualora, in un caso di sottrazione internazionale di minori, il genitore che ha subito la sottrazione è, in linea di principio, disposto a concordare un trasferimento del minore, a condizione che siano sufficientemente assicurati i suoi diritti di contatto. In questo caso, una soluzione concordata può evitare che il minore rientri nello Stato di residenza abituale prima di un possibile trasferimento successivo.
 - c Nel corso di un procedimento di rientro in base alle Convenzioni dell'Aia, la mediazione può essere utilizzata per stabilire un quadro meno conflittuale e rendere più facili i contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore durante il procedimento⁶³.
 - d In seguito a un ordine di rientro, la mediazione tra i genitori può contribuire a facilitare il rientro rapido e sicuro del minore⁶⁴.
 - e Nelle fasi iniziali di una controversia familiare riguardante un minore, la mediazione può essere utile per prevenire le sottrazioni. Nel caso in cui i genitori si separino e uno di loro intenda lasciare il paese con il figlio, la mediazione può aiutare i genitori a valutare la possibilità di un trasferimento e le sue alternative e a trovare una soluzione concordata⁶⁵.

63 Questo argomento è trattato anche nella guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16).

64 Questo argomento è trattato anche nella guida alle buone prassi sull'esecuzione (cit. alla nota 23).

65 Questo argomento è trattato anche nella guida alle buone prassi sulle misure di prevenzione (cit. alla nota 23).

La guida

1 L'importanza generale delle promozione di accordi nelle controversie familiari transfrontaliere relative all'affidamento e ai contatti

- 31 La mediazione e procedure simili che facilitano la risoluzione amichevole delle controversie vengono utilizzate in misura sempre crescente nel diritto familiare in molti paesi. Nel contempo, aumenta il numero degli Stati che prevedono una maggiore autonomia nella risoluzione delle controversie familiari salvaguardando i diritti di terzi, in particolare dei minori.

1.1 Vantaggi delle soluzioni concordate

→ **Devono essere intraprese tutte le iniziative necessarie per incoraggiare le parti di una controversia familiare transfrontaliera riguardante un minore a trovare una soluzione concordata alla controversia.**

- 32 La promozione della risoluzione delle controversie mediante il raggiungimento di un accordo si è rivelata particolarmente utile nelle controversie familiari riguardanti i minori, in cui di norma le parti in conflitto devono cooperare tra loro in maniera continua. In una controversia derivante dalla separazione dei genitori, una soluzione concordata può quindi essere particolarmente utile per garantire il “diritto del bambino al regolare mantenimento di relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori” secondo quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (UNCRC)⁶⁶.
- 33 Le soluzioni concordate sono più sostenibili in quanto sono maggiori le probabilità che le parti vi si attengano. Nel contempo, stabiliscono un quadro meno conflittuale per l'esercizio dell'affidamento e i contatti e sono pertanto in larga misura nell'interesse del minore⁶⁷. Inoltre, a quanto risulta, le soluzioni concordate sono più soddisfacenti per le parti; ciascuna può influire sul risultato e impegnarsi a trovare una soluzione considerata “giusta” per entrambe le parti. Risolvere le controversie attraverso il raggiungimento di un accordo evita la percezione di una parte “che vince” e di una “che perde” come esito della controversia. Per contro, i procedimenti giudiziari in materia di affidamento e di contatti possono peggiorare i rapporti tra i genitori, con una conseguente sofferenza psicologica per i figli⁶⁸.
- 34 Tra i vari metodi usati per giungere a soluzioni concordate nelle controversie familiari, la mediazione presenta particolari vantaggi, in quanto facilita la comunicazione tra le parti in un clima informale e consente loro di definire la propria strategia per superare il conflitto. La mediazione è una procedura strutturata ma flessibile, che può essere facilmente adattata alle esigenze di ogni singolo caso. Consente una discussione simultanea delle considerazioni giudiziali e extragiudiziali e il coinvolgimento informale di terzi che potrebbero non essere legittimati ad agire nel caso⁶⁹. Un altro vantaggio

66 *Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo*, cfr. l'articolo 10, paragrafo 2, testo disponibile all'indirizzo <<http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

67 W. Duncan, *Transfrontier Access / Contact and the Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori – Final Report*, doc. prel. n. 5 di luglio 2002 redatto per la riunione della Commissione speciale di settembre/ottobre 2002 (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Child Abduction Section”), paragrafo 89; cfr. anche la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 2.1, pag. 6.

68 Cfr., per esempio, per la **Germania** i risultati della relazione di valutazione che confronta la mediazione e i procedimenti giudiziari nelle controversie familiari nazionali relative all'affidamento e ai contatti, richiesta dal ministero federale tedesco della Giustizia e redatta da R. Greger, “*Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten*”, gennaio 2010, pag. 118, disponibile all'indirizzo <<http://www.reinhard-greger.de/ikv3.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

69 Cfr. N. Alexander (cit. alla nota 7), pag. 48.

importante della mediazione è che consente alle parti di affrontare i conflitti futuri in maniera più costruttiva⁷⁰. Inoltre, poiché la soglia per accedere alla mediazione è in genere inferiore a quella per accedere a un procedimento giudiziario, la mediazione può essere utile nelle fasi iniziali di un conflitto prima di un possibile inasprimento della situazione. La mediazione può consentire alle parti di evitare onerosi procedimenti giudiziari. Nelle controversie familiari transfrontaliere riguardanti i minori, in cui i procedimenti giudiziari in un paese possono essere seguiti o accompagnati da procedimenti giudiziari in un altro paese riguardo ad aspetti diversi della stessa controversia, una soluzione basata su un accordo può essere particolarmente vantaggiosa.

- 35 Ne consegue un altro vantaggio insito nella mediazione, ossia l'efficacia sotto il profilo dei costi. La mediazione può offrire una soluzione per evitare procedimenti giudiziari onerosi per le parti e per lo Stato⁷¹. Tuttavia, poiché i costi della mediazione variano in larga misura tra le varie giurisdizioni e poiché alcune giurisdizioni possono offrire un patrocinio per i procedimenti giudiziari ma non per la mediazione, non si può dire che la mediazione sia in tutti i casi meno costosa per le parti rispetto a un procedimento giudiziario. Tuttavia, se si confrontano i costi nei singoli casi, deve essere presa in considerazione la possibilità che la mediazione possa più probabilmente consentire di ottenere una soluzione sostenibile e pertanto di evitare in futuro possibili procedimenti giudiziari tra le stesse parti. D'altro canto, nel calcolo dei costi della mediazione devono essere inclusi quelli necessari per rendere l'accordo raggiunto tramite mediazione vincolante ed esecutivo nelle due giurisdizioni interessate, con il possibile coinvolgimento delle autorità giudiziarie⁷².
- 36 Un esempio illustra alcuni vantaggi che la mediazione può offrire in un caso di sottrazione internazionale di un minore:

- *Nel 2005, P e M, sposati ed entrambi cittadini dello Stato A, si trasferiscono dallo Stato A nello Stato distante Z insieme alla figlia di 2 anni, per la quale hanno l'affidamento congiunto in base alle leggi dello Stato A e dello Stato Z. Il motivo del trasferimento è l'impiego del padre (P) in un'impresa nello Stato Z. Negli anni successivi la famiglia si stabilisce nello Stato Z, sebbene la madre (M) abbia difficoltà ad adattarsi al nuovo ambiente a causa delle differenze linguistiche e culturali. Poiché lo Stato A si trova a molti chilometri di distanza, le visite della famiglia sono rare; i nonni materni pertanto esercitano pressioni su M affinché ritorni nello Stato A. In seguito a problemi relazionali, nel 2010 M decide di rientrare nello Stato A. Effettua i preparativi in segreto e, dopo le vacanze di Natale del 2010 che trascorre nella casa dei suoi genitori nello Stato A insieme alla figlia, informa il marito che lei e la figlia non ritorneranno nello Stato Z. P è sconvolto e, dopo essere venuto a conoscenza della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori che è in vigore tra lo Stato A e lo Stato Z, presenta una richiesta di rientro e nello Stato A viene avviato il relativo procedimento. Nel contempo, P chiede ai tribunali dello Stato Z l'affidamento esclusivo provvisorio della figlia.*

A parte gli ovvi vantaggi di una soluzione concordata per la figlia in tale caso in termini di mantenimento di relazioni personali e di contatti diretti con entrambi i genitori, una risoluzione amichevole può aiutare le parti a evitare procedimenti giudiziari lunghi e onerosi in materia nei tribunali dei due Stati interessati, ossia (1) il procedimento di ritorno nello Stato A, che, se non si applicano le eccezioni limitate al ritorno, comporta il rapido rientro del minore nello Stato Z, (2) il procedimento di affidamento in corso nello Stato Z, che potrebbe essere seguito da un (3) procedimento per il trasferimento dallo Stato Z allo Stato A avviato dalla madre. La lunga procedura di risoluzione giuridica della controversia tra i genitori non solo esaurisce le risorse finanziarie delle parti, ma con molta probabilità inasprisce il conflitto tra i genitori. Inoltre, se il procedimento di rientro nello Stato A si conclude con una negazione del rientro, è probabile che seguano altri procedimenti (ossia quelli per l'affidamento e i contatti) se non si supera il conflitto tra i genitori. Qualora i genitori riescano a trovare una soluzione concordata, potrebbero "andare avanti" e concentrarsi sull'esercizio delle loro responsabilità genitoriali amichevolmente.

70 Cfr. anche K.J. Hopt e F. Steffek (cit. alla nota 2), pag. 10.

71 Cfr., per esempio, per la **Germania** i risultati della relazione di valutazione che confronta la mediazione e i procedimenti giudiziari nelle controversie familiari nazionali relative all'affidamento e ai contatti di R. Greger (cit. alla nota 68), pag. 115; cfr. anche per il **Regno Unito (Inghilterra e Galles)** la relazione del *National Audit Office, Legal aid and mediation for people involved in family breakdown*, marzo 2007, pagg. 8 e 10, disponibile all'indirizzo <http://www.nao.org.uk/publications/0607/legal_aid_for_family_breakdown.aspx> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

72 Riguardo ai costi della mediazione, cfr. anche la sezione 4.3.

La mediazione è flessibile e può adattarsi alle esigenze del caso specifico. Per esempio, la procedura di mediazione, se entrambe le parti sono d'accordo e se si ritiene opportuno e fattibile, potrebbe includere colloqui con i nonni materni, che non sarebbero legittimati ad agire nel procedimento giudiziario⁷³ relativo al conflitto, ma che hanno una forte influenza su una delle parti. Garantire il loro sostegno per la risoluzione del conflitto può rendere la soluzione più sostenibile. La mediazione può essere vantaggiosa anche in termini organizzativi, in quanto può essere organizzata a livello transfrontaliero con sessioni di mediazione che si svolgono mediante videocollegamenti, per esempio, se la partecipazione in persona delle parti a una riunione non è fattibile. ■

1.2 Limiti, rischi e tutele

→ Devono essere previste tutele e garanzie per evitare che il ricorso alla mediazione comporti uno svantaggio per una delle parti.

- 37 I limiti e i rischi che possono essere connessi alle soluzioni concordate raggiunte nell'ambito di una mediazione o attraverso meccanismi di risoluzione delle controversie simili di norma non devono essere considerati un motivo per evitare l'uso di tali mezzi nel complesso, ma devono far capire che può essere necessario stabilire le tutele necessarie.
- 38 Non tutte le controversie familiari possono essere risolte amichevolmente. Si tratta di un aspetto ovvio, ma non può essere sottolineato a sufficienza. Alcuni casi richiedono l'intervento di un'autorità giudiziaria, che può dipendere dalla natura della controversia, dalle esigenze specifiche delle parti o dalle circostanze specifiche del caso, o da particolari requisiti giuridici. Alle parti che necessitano di una tutela giurisdizionale non deve essere negato l'accesso alla giustizia. Si può perdere tempo prezioso tentando una mediazione in casi in cui risulta chiaramente che una parte non è disposta a impegnarsi nella mediazione o in casi altrimenti non adatti per la mediazione⁷⁴.
- 39 Anche qualora entrambe le parti accettino di ricorrere alla mediazione, deve essere prestata attenzione a circostanze specifiche come l'eventuale presenza di violenza domestica⁷⁵. Lo stesso fatto di un incontro congiunto tra le parti nel corso di una sessione di mediazione potrebbe mettere a repentaglio l'integrità fisica o psicologica di una delle parti, e quella del mediatore. Inoltre, può essere necessario valutare la possibilità che l'abuso di stupefacenti o di alcolici di una delle parti possa determinare l'incapacità di tale parte a proteggere i propri interessi.
- 40 La valutazione dell'idoneità dei casi per la mediazione è uno strumento essenziale per individuare casi di rischio specifici⁷⁶. Devono essere attentamente esaminati i casi da sottoporre a mediazione per verificare l'eventuale presenza di violenza domestica e di abuso di stupefacenti o alcolici e altre circostanze che possono incidere sull'idoneità del caso per la mediazione. Qualora la mediazione in un caso di violenza domestica sia ancora considerata fattibile⁷⁷, devono essere adottate misure di salvaguardia per proteggere la sicurezza delle persone interessate. Inoltre, va prestata attenzione alle differenze relative al potere di trattativa, a prescindere dal fatto che siano dovute a violenza domestica o ad altre circostanze o semplicemente alla personalità delle parti.
- 41 Inoltre, può esistere il rischio che la soluzione concordata non abbia alcun valore giuridico e quindi non possa salvaguardare i diritti delle parti in caso di ulteriore controversia. I motivi possono essere diversi. L'accordo raggiunto tramite mediazione o una sua parte può essere in contrasto con la legge applicabile o non essere giuridicamente vincolante ed esecutivo per il fatto che l'accordo non è stato registrato, approvato da un tribunale e/o incluso in un provvedimento giudiziario qualora sia richiesto. Va sottolineato in questo contesto che varie giurisdizioni limitano l'autonomia delle parti riguardo a taluni aspetti del diritto di famiglia⁷⁸. Per esempio, in alcuni sistemi gli accordi sulla responsabilità genitoriale possono non avere un valore giuridico se non sono approvati da un tribunale. Inoltre, molti sistemi giuridici riducono la possibilità per un genitore di limitare l'importo degli alimenti dovuti per i figli tramite accordo.
- 42 Soprattutto nelle controversie familiari transfrontaliere la situazione giuridica è complessa. Deve essere presa in considerazione l'interazione di due o più sistemi giuridici. È importante che i genitori siano adeguatamente informati sulla normativa applicabile alla materia oggetto della mediazione, sulla

73 In alcuni Stati i nonni possono avere un proprio diritto di contatto e potrebbero quindi partecipare a un procedimento giudiziario relativo ai contatti con il minore.

74 La questione della valutazione della sostenibilità per la mediazione viene trattata nella sezione 4.2.

75 Cfr. il capitolo 10 sulla violenza domestica.

76 Cfr. la sezione 4.2 per maggiori informazioni.

77 Cfr. il capitolo 10 sulla violenza domestica.

78 Cfr. il capitolo 12 per maggiori informazioni.

normativa applicabile alla stessa procedura di mediazione, sulla riservatezza e sul conferimento di valore giuridico ai loro accordi in tutti i sistemi giuridici interessati⁷⁹.

- 43 Alcuni dei rischi che possono presentarsi quando si definiscono accordi senza tenere conto di tutti gli aspetti della situazione giuridica necessari sono illustrati nelle seguenti varianti dell'esempio fornito in precedenza al paragrafo 36.

VARIANTE 1

In seguito al trasferimento illegittimo della figlia dallo Stato Z nello Stato A da parte della madre (M), i genitori concordano che M rientri nello Stato Z con la figlia a condizione che il padre (P) fornisca, fino al completamento del procedimento di affidamento nello Stato Z, i mezzi di sostentamento necessari per consentire al genitore che rientra di restare nello Stato Z con la figlia e di utilizzare la casa della famiglia, mentre P promette di risiedere in un altro luogo per evitare ulteriori litigi. Successivamente M, sulla base dell'accordo, ritorna nello Stato Z con la figlia, tuttavia P si rifiuta di lasciare la casa della famiglia e di sostenere finanziariamente M. Tenuto conto che l'accordo tra i genitori non è stato reso esecutivo nello Stato A né nello Stato Z prima della sua attuazione e che nessuno dei due Stati ritiene che un accordo tra genitori di questo tipo abbia un valore giuridico senza l'approvazione di un tribunale, un genitore può facilmente sottrarsi all'accordo a svantaggio dell'altro genitore.

VARIANTE 2

In seguito al trasferimento illegittimo della figlia dallo Stato Z nello Stato A da parte della madre (M), i genitori concordano che la figlia resti con M nello Stato A e trascorra parte delle vacanze scolastiche ogni anno con il padre (P) nello Stato Z. Tre mesi dopo la data del trasferimento illegittimo, la figlia si reca nello Stato Z per trascorrere le vacanze pasquali con P. Alla fine delle vacanze, P si rifiuta di far rientrare la figlia nello Stato A, sostenendo che non trattiene illegalmente la figlia in quanto essa è di nuovo nel suo luogo di residenza abituale, dal quale si era allontanata soltanto a causa del trasferimento illegittimo da parte di M. P fa anche riferimento al provvedimento relativo all'affidamento esclusivo che il tribunale competente dello Stato Z gli aveva concesso subito dopo il trasferimento illegittimo da parte di M. Anche in questo caso, qualora non sia resa giuridicamente vincolante nelle giurisdizioni pertinenti prima della sua attuazione pratica, la soluzione raggiunta tramite mediazione può essere facilmente disattesa da uno dei genitori.

VARIANTE 3

La figlia viene trasferita illegalmente dallo Stato Z in uno Stato terzo T in cui la madre (M) vuole trasferirsi per motivi di lavoro. Anche se ha diritti giuridici di affidamento in base alla legge dello Stato A e dello Stato Z, il padre non sposato che ha subito la sottrazione (P) non dispone di diritti di affidamento in base alle leggi dello Stato T. La Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori non è in vigore tra questi Stati. Inconsapevole di tale situazione, P dà il suo consenso al trasferimento della madre e della figlia nello Stato T a condizione che possa avere contatti personali regolari con la figlia. L'accordo raggiunto tramite mediazione, senza tenere conto della situazione giuridica, non viene registrato o formalizzato in altro modo; non ha alcun valore giuridico in base alla legge dello Stato Z o dello Stato T. Un anno dopo, M interrompe i contatti tra padre e figlia. In base alla legge dello Stato T, che, in questo caso, è applicabile ai diritti di affidamento e di contatto in seguito al cambiamento della residenza abituale della figlia, il padre non sposato non ha diritti genitoriali nei confronti della figlia⁸⁰.

79 Cfr. la sezione 6.1.7 sui processi decisionali in conoscenza di causa e i capitoli 12 e 13.

80 Se tra lo Stato T e lo Stato Z è in vigore la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori, sussiste la responsabilità genitoriale del padre secondo la legge; cfr. l'articolo 16, paragrafo 3, della Convenzione. Cfr. anche P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, in *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Volume II, *Protection of children*, L'Aia, SDU, 1998, pagg. 535-605, a pag. 579 e 581 (disponibile anche all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Publications").

- 44 Un altro aspetto difficile nella mediazione nelle controversie familiari transfrontaliere relative all'affidamento e ai contatti è trovare il modo migliore per salvaguardare i diritti del minore interessato. In una decisione riguardante l'affidamento o i contatti, un tribunale, in base alla legge della maggior parte dei paesi, tiene conto dell'interesse superiore del minore e in molte giurisdizioni il minore viene ascoltato, se ha un'età o un grado di maturità sufficiente, direttamente o indirettamente in questo contesto. La mediazione è sostanzialmente diversa da un procedimento giudiziario quando si tratta di introdurre l'opinione del minore nella procedura. Un giudice può, a seconda dell'età e del grado di maturità del minore, ascoltarlo di persona o farlo interrogare da un esperto con le garanzie adeguate per tutelare l'integrità psicologica del minore. Il giudice può quindi tenere conto direttamente delle opinioni del minore. Per contro, i poteri procedurali di un mediatore sono limitati. Il mediatore non ha il potere di svolgere interrogatori e non può, come un giudice può fare in alcuni paesi, convocare un minore per un'udienza o incaricare un esperto di interrogarlo⁸¹. Devono essere previste le garanzie necessarie per proteggere i diritti e il benessere del minore nella mediazione⁸².

1.3 Importanza generale del legame con le procedure giuridiche pertinenti

- La mediazione e altre procedure che consentono di ottenere soluzioni concordate nelle controversie familiari devono in generale essere considerate integrative e non sostitutive delle procedure giuridiche.
 - L'accesso ai procedimenti giudiziari non deve essere limitato.
 - La mediazione nelle controversie familiari internazionali deve tenere conto delle normative nazionali e internazionali pertinenti, in modo da preparare il terreno per un accordo raggiunto tramite mediazione che sia compatibile con la normativa pertinente.
 - Devono essere disponibili procedure giuridiche per conferire valore giuridico all'accordo raggiunto tramite mediazione.
- 45 È importante sottolineare che la mediazione e procedure simili che facilitano il raggiungimento di soluzioni concordate non devono essere considerate un sostituto delle procedure giuridiche, ma una loro integrazione⁸³. Uno stretto legame tra tali procedure può essere efficace sotto molti punti di vista e nel contempo contribuire a colmare alcune lacune esistenti nelle procedure giuridiche e nei meccanismi di risoluzione amichevole delle controversie, come la mediazione⁸⁴. Va sottolineato che, sebbene la mediazione e procedure simili introdotte nelle fasi iniziali di una controversia familiare internazionale possano evitare contenziosi, spesso sono necessarie "procedure giuridiche" integrative per rendere una soluzione concordata giuridicamente vincolante ed esecutivo in tutti i sistemi giuridici interessati⁸⁵.

81 Cfr. anche la sezione precedente relativa alla terminologia, alla voce "Mediazione".

82 Cfr. la sezione 6.1.6 sulla considerazione degli interessi e del benessere del minore nella mediazione, e il capitolo 7 sul coinvolgimento del minore.

83 Cfr. anche la raccomandazione Rec (2002)10 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile (cfr. la precedente nota 53), preambolo, in cui si precisa che sebbene possa contribuire a ridurre le controversie e il carico di lavoro dei tribunali, la mediazione non può sostituire un sistema giudiziario efficiente, equo e facilmente accessibile, e principio III, punto 5 (organizzazione della mediazione), secondo cui anche se le parti fanno ricorso alla mediazione, deve essere disponibile l'accesso ai tribunali, in quanto costituisce la garanzia ultima della tutela dei diritti delle parti.

84 Va aggiunto che se in un caso di sottrazione internazionale di minori vengono utilizzati metodi di risoluzione amichevole delle controversie, lo stretto legame con i procedimenti giudiziari non è solo proficuo, ma quasi inevitabile, cfr. in seguito, in particolare la sezione 2.2.

85 Le procedure necessarie per rendere un accordo raggiunto tramite mediazione giuridicamente vincolante ed esecutivo variano da un sistema giuridico all'altro. Per maggiori informazioni sull'argomento, cfr. i successivi capitoli 12 e 13.

- 46 Quando la mediazione viene offerta alle parti di una controversia familiare internazionale, le parti devono essere informate che la mediazione non è l'unico mezzo cui posso far ricorso. Deve essere disponibile l'accesso ai procedimenti giudiziari⁸⁶.
- 47 La situazione giuridica nelle controversie familiari internazionali è spesso complessa. È importante che le parti abbiano accesso alle informazioni giuridiche pertinenti⁸⁷.
- 48 Nelle controversie familiari internazionali riveste particolare importanza garantire che l'accordo raggiunto tramite mediazione abbia valore giuridico nelle giurisdizioni pertinenti, prima che inizi l'attuazione dell'accordo⁸⁸. Devono essere previste procedure adeguate per conferire valore giuridico agli accordi raggiunti tramite mediazione, attraverso l'approvazione o la registrazione da parte di un tribunale o in altro modo⁸⁹. Anche in questo caso, una stretta collaborazione tra i mediatori e i rappresentanti legali delle parti può essere molto utile a questo proposito, e lo stesso vale per la fornitura delle informazioni pertinenti da parte delle autorità centrali o dei punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale⁹⁰.

2 L'uso della mediazione nel quadro della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori – Quadro generale delle specifiche problematiche

- 49 La Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori promuove la ricerca di soluzioni amichevoli. L'articolo 7 stabilisce che le autorità centrali devono “prendere i provvedimenti necessari (...) per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole” e viene in parte ripetuto nell'articolo 10: “l'autorità centrale dello Stato in cui si trova il minore prenderà o farà prendere ogni adeguato provvedimento per assicurare la sua riconsegna volontaria”.
- 50 Il capitolo 2 della presente guida intende richiamare l'attenzione sulle specifiche problematiche legate all'uso della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.
- 51 Non è mai superfluo ricordare la differenza che intercorre tra la mediazione familiare nazionale e la mediazione familiare internazionale. La mediazione nel caso delle controversie familiari internazionali è molto più complessa e richiede che i mediatori dispongano di una formazione pertinente aggiuntiva. L'interazione tra due sistemi giuridici, culture e lingue diversi rende la mediazione più difficile in tali casi. Nel contempo, i rischi derivanti dal fatto che le parti si basano su accordi raggiunti tramite mediazione che non tengono conto della situazione giuridica e non hanno valore giuridico nelle giurisdizioni interessate sono molto più elevati. Le parti possono non essere consapevoli che il trasferimento transfrontaliero di persone o beni, da esse accettato, può comportare un cambiamento della loro situazione giuridica. Quando si tratta di diritti di affidamento o di contatto, per esempio,

86 Cfr. anche la raccomandazione Rec (2002)10 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile (cfr. la precedente nota 53), principio III, punto 5 (organizzazione della mediazione), secondo cui anche se le parti fanno ricorso alla mediazione, deve essere disponibile l'accesso ai tribunali, in quanto costituisce la garanzia ultima della tutela dei diritti delle parti. Cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 5.1, pag. 17.

87 Cfr. la sezione 6.1.7 e i successivi capitoli 12 e 13; per il ruolo delle autorità centrali e di altri organismi nella facilitazione della fornitura di tali informazioni, e riguardo al ruolo dei rappresentanti delle parti, cfr. la successiva sezione 4.1.

88 Cfr. anche i principi per la creazione di strutture di mediazione nell'allegato I; cfr. i successivi capitoli 11, 12 e 13.

89 Cfr. anche l'articolo 6 (esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione) della direttiva europea relativa alla mediazione (cfr. la precedente nota 5):

“1. Gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività.

2. Il contenuto dell'accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta.

3. Gli Stati membri indicano alla Commissione gli organi giurisdizionali o le altre autorità competenti a ricevere le richieste conformemente ai paragrafi 1 e 2.

4. Nessuna disposizione del presente articolo pregiudica le norme applicabili al riconoscimento e all'esecuzione in un altro Stato membro di un accordo reso esecutivo in conformità del paragrafo 1”.

90 Per il ruolo delle autorità centrali e di altri organismi nella facilitazione della fornitura di tali informazioni, e riguardo al ruolo dei rappresentanti delle parti, cfr. la successiva sezione 4.1.

la residenza abituale è un “fattore di connessione” ampiamente utilizzato nel diritto internazionale privato. Il cambiamento della residenza abituale del minore da un paese a un altro in seguito all’attuazione di un accordo tra i genitori può pertanto influire sulla giurisdizione e sulla legge applicabile per quanto riguarda l’affidamento e i contatti e quindi sulla valutazione giuridica dei “diritti e doveri” delle parti⁹¹

- 52 I casi di sottrazione internazionale di minori sono caratterizzati da livelli elevati di tensione tra le parti. Il genitore che ha subito la sottrazione, spesso in stato di shock per l’improvvisa perdita, può essere motivato dalla paura di non rivedere mai più il figlio, mentre il genitore responsabile della sottrazione, quando si rende conto delle conseguenze della sua azione, può avere paura di un eventuale procedimento giudiziario, di un ritorno forzato e dei possibili effetti negativi sul procedimento relativo all’affidamento. Oltre alle difficoltà pratiche di trovare il modo di coinvolgere i genitori in una procedura di mediazione costruttiva, esiste l’esigenza prevalente di un’azione rapida. Possono sorgere altre difficoltà in relazione ai procedimenti penali avviati contro il genitore responsabile della sottrazione nel paese di residenza abituale del minore, e in relazione a visti e immigrazione.

2.1 Termini/procedure rapide

- La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve essere espletata rapidamente.
- La mediazione non deve comportare ritardi nei procedimenti di ritorno in base alla convenzione dell’Aia.
- Le parti devono essere informate quanto prima possibile riguardo alla disponibilità di servizi di mediazione.
- L’opportunità del ricorso alla mediazione deve essere valutata per ogni singolo caso.
- I servizi di mediazione che intervengono nei casi di sottrazione internazionale di minori devono organizzare le sessioni di mediazione in tempi brevi.
- Deve essere valutata la possibilità di avviare un procedimento di ritorno prima di iniziare la mediazione.

- 53 Il tempo è un fattore determinante nei casi di sottrazione internazionale di minori. La Convenzione dell’Aia del 1980 sulla sottrazione di minori si propone di garantire il rapido ritorno del minore nello Stato della sua residenza abituale⁹². Scopo della Convenzione del 1980 è ripristinare il più presto possibile lo *status quo* prima della sottrazione per limitare gli effetti negativi del trasferimento o del mancato rientro illecito per il minore. La Convenzione del 1980 protegge gli interessi del minore evitando che un genitore acquisisca un vantaggio stabilendo legami giurisdizionali artificiali a livello internazionale, allo scopo di ottenere l’affidamento (esclusivo) di un figlio⁹³.
- 54 Va sottolineato che nei casi di sottrazione, il tempo gioca a favore del genitore responsabile della sottrazione; più a lungo il minore resta nel paese in cui è stato trasferito senza che venga risolta la controversia familiare di fondo, più difficile diventa ristabilire il rapporto tra il minore e il genitore che ha subito la sottrazione. I ritardi possono influire sui diritti del genitore che ha subito la sottrazione, tuttavia, e questo è l’aspetto più importante, ledono il diritto del minore interessato di mantenere contatti continui con entrambi i genitori, che è un diritto sancito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (UNCRC)⁹⁴.
- 55 Quando il procedimento di ritorno ha inizio in un tribunale dopo più di un anno dalla sottrazione, in base alla Convenzione dell’Aia del 1980 sulla sottrazione di minori il tribunale può a sua discrezione respingere la domanda di ritorno, a condizione che sia dimostrato che il minore si è integrato nel suo nuovo ambiente (articolo 12, paragrafo 2).

91 Cfr. i successivi capitoli 12 e 13.

92 Cfr. il preambolo della Convenzione del 1980.

93 Cfr. E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, in *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Volume II, *Child abduction*, l’Aia, Imprimerie Nationale, 1998, pagg. 425-476, a pag. 428, paragrafo 11 (disponibile anche all’indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Publications”).

94 Cfr. l’articolo 10, paragrafo 2, dell’UNCRC.

- 56 La mediazione nei casi di sottrazione di minori deve essere condotta rapidamente in qualsiasi fase sia introdotta. La violazione della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori a svantaggio dei minori interessati è uno dei principali problemi contro il quale devono essere stabilite garanzie nell'uso della mediazione⁹⁵. Tenuto conto che è nell'interesse di tutti tentare di trovare una soluzione amichevole per una controversia familiare internazionale, deve essere evitato l'uso improprio della mediazione da parte di un genitore come tattica dilatoria.
- 57 Qualora siano chiamate a esaminare una domanda di ritorno, in generale le autorità centrali nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori cercano, non appena sia noto il luogo in cui si trova il minore, di ottenere la consegna volontaria del minore (articolo 7, paragrafo 2, lettera c) e articolo 10). In questa fase iniziale, qualora siano disponibili servizi adeguati per i casi di sottrazione di minori, dovrebbe essere già suggerito il ricorso alla mediazione. Cfr. anche il successivo capitolo 4 ("Accesso alla mediazione").
- 58 L'idoneità della mediazione nel caso specifico della sottrazione di un minore deve essere valutata prima di tentare la mediazione, per evitare inutili ritardi⁹⁶.
- 59 I servizi di mediazione offerti per i casi di sottrazione nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori devono fissare gli orari delle sessioni di mediazione con breve preavviso. Ciò richiede molta flessibilità da parte dei mediatori coinvolti. Tuttavia, l'onere può essere alleggerito grazie a un gruppo di mediatori qualificati, che si impegnano a far parte di un sistema che ne garantisce la disponibilità con breve preavviso.
- 60 In alcuni Stati, i sistemi di mediazione creati in modo specifico per i casi di sottrazione internazionale di minori forniscono già con successo questo tipo di servizi⁹⁷. Di norma, possono offrire una o due sessioni di mediazione della durata minima di due giorni (spesso consecutivi); ciascuna sessione può durare fino a tre ore⁹⁸.
- 61 Prima di iniziare una mediazione deve essere valutata la possibilità di avviare un procedimento di ritorno in base alla convenzione dell'Aia. L'esperienza acquisita in vari paesi ha dimostrato l'efficacia dell'avvio immediato di un procedimento

95 Cfr. anche S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pag. 42 e seguenti

96 Per maggiori informazioni sulla valutazione iniziale, in particolare riguardo alle questioni che possono influire sull'idoneità per la mediazione e a chi può effettuare la valutazione, cfr. la sezione 4.2.

97 Per esempio, nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)**, l'organizzazione non governativa *reunite International Child Abduction Centre* (in appresso "reunite") offre servizi di mediazione specializzati in casi di sottrazione internazionale di minori da più di 10 anni, cfr. il sito Internet di reunite all'indirizzo <www.reunite.org>; cfr. anche la relazione di ottobre 2006 *Mediation In International Parental Child Abduction – The reunite Mediation Pilot Scheme* (in appresso "la relazione sul programma pilota per la mediazione della ONG reunite"), disponibile all'indirizzo <<http://www.reunite.org/edit/files/Library%20-%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf>>.

In **Germania**, l'organizzazione senza scopo di lucro MiKK e.V., fondata nel 2008 dalle associazioni **tedesche** BAFM e BM, prosegue le attività di tali associazioni nel campo della mediazione nelle controversie internazionali che coinvolgono genitori e figli, compresa la mediazione specializzata nei casi di sottrazione nell'ambito delle convenzioni dell'Aia. I servizi di mediazione sono attualmente disponibili nell'ambito di quattro programmi binazionali sulla comediazione: il progetto **tedesco-polacco** (iniziato nel 2007), il progetto **tedesco-americano** (iniziato nel 2004), il progetto **tedesco-britannico** in collaborazione con reunite (iniziato nel 2003/2004) e il progetto **tedesco-francese** sul funzionamento del sistema di mediazione **franco-tedesco** organizzato e finanziato dai ministeri **tedesco** e **francese** della Giustizia (2003-2006). È in preparazione un quinto sistema di mediazione che coinvolge mediatori **tedeschi** e **spagnoli**, cfr. <www.mikk-ev.de>. Nei **Paesi Bassi**, l'organizzazione non governativa *Centrum Internationale Kinderontvoering* (IKO) offre servizi di mediazione specializzati nei casi di sottrazione di minori nell'ambito delle convenzioni dell'Aia organizzati attraverso l'ufficio per le mediazioni dal 1° novembre 2009, cfr. <www.kinderontvoering.org> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012); cfr. anche R.G. de Lange-Tegelaar, *Regiezittingen en mediation in internationale kinderontvoeringszaken*, *Trema Special*, n. 33, 2010, pagg. 486 e 487.

98 Cfr., per esempio, i servizi di mediazione offerti nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)** da reunite (<www.reunite.org>), e la relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG reunite (cit. alla nota 97), pag. 11. Cfr. anche i servizi di mediazione offerti in **Germania** attraverso l'associazione MiKK e.V., e S. Kiesewetter e C.C. Paul, *Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines*, in C.C. Paul e S. Kiesewetter (Eds), *Cross-Border Family Mediation – International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Wolfgang Metzner Verlag, 2011, pag. 39 e seguenti. Cfr. anche nei **Paesi Bassi**, il programma pilota **olandese** per la mediazione che utilizza sessioni di 3x3 ore nell'arco di due giorni, cfr. I. Bakker, R. Verwijfs *et al.*, *Evaluatie Pilot Internationale Kinderontvoering*, luglio 2010, pag. 77.

di ritorno seguito, qualora sia necessario⁹⁹, da una sospensione in vista della mediazione¹⁰⁰. Questa soluzione presenta molti vantaggi¹⁰¹:

- a può influire in modo positivo sulla motivazione del genitore responsabile della sottrazione a impegnarsi nella ricerca di una risoluzione amichevole quando l'alternativa consiste nella concreta possibilità di un procedimento giudiziario;
- b il tribunale può fissare chiari termini entro i quali si devono svolgere le sessioni di mediazione. L'uso improprio della mediazione come tattica dilatoria viene quindi evitato e il genitore responsabile della sottrazione non può ottenere alcun vantaggio dall'uso dell'articolo 12, paragrafo 2, della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori;
- c il tribunale può adottare le misure di protezione necessarie per evitare che il genitore responsabile della sottrazione trasferisca il minore in un paese terzo o passi alla clandestinità;
- d la possibile presenza del genitore che ha subito la sottrazione nel paese in cui il minore è stato sottratto per partecipare a un'udienza in tribunale in base alla convenzione dell'Aia può essere utilizzata per organizzare una breve serie di sessioni di mediazione senza determinare ulteriori costi di viaggio per il genitore che ha subito la sottrazione;
- e il tribunale adito, a seconda della sua competenza in materia, potrebbe decidere in merito a disposizioni provvisorie sui contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore, che evitino l'alienazione e possano avere un effetto positivo sulla procedura di mediazione;
- f può essere disponibile un finanziamento per una mediazione giudiziale;
- g inoltre, il fatto che con molta probabilità le parti abbiano una rappresentanza legale specializzata in questa fase contribuisce già a garantire che le parti abbiano accesso alle informazioni giuridiche pertinenti nel corso della mediazione;
- h infine, il tribunale può dare seguito al risultato della mediazione e garantire che l'accordo abbia valore giuridico nel sistema giuridico nel quale il minore è stato sottratto, trasformandolo in un provvedimento giudiziario o adottando altre misure¹⁰². Il tribunale può anche contribuire a garantire che l'accordo abbia valore giuridico nell'altra giurisdizione pertinente.

62 Tuttavia, la questione del momento in cui avviare un procedimento di ritorno, quando esiste la possibilità di fare ricorso alla mediazione, può trovare risposte diverse. A seconda del modo in cui sono organizzati i procedimenti di ritorno in base alla convenzione dell'Aia nel sistema giuridico pertinente e delle circostanze proprie del caso concreto, può essere possibile intraprendere una mediazione prima dell'avvio del procedimento di ritorno in Svizzera, per esempio, la normativa di attuazione della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori prevede esplicitamente la possibilità per l'autorità centrale di intraprendere procedure di conciliazione o di mediazione prima dell'avvio del procedimento di ritorno¹⁰³. Inoltre, la normativa di attuazione svizzera sottolinea l'importanza di ricercare una soluzione amichevole della controversia richiedendo che il tribunale, una volta adito per il procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia, dia inizio a procedure di conciliazione o di mediazione se l'autorità centrale non lo ha già fatto¹⁰⁴.

99 Gli Stati che non sospendono i procedimenti di ritorno per la mediazione sono, per esempio, **Francia, Germania e Paesi Bassi**. In **Germania** e nei **Paesi Bassi**, la mediazione nei casi di sottrazione internazionale è integrata nel programma dei procedimenti giudiziari, ossia la mediazione si svolge entro il breve periodo di 2-3 settimane che precede l'udienza (successiva) in tribunale. In tali Stati la sospensione dei procedimenti non è pertanto necessaria. In **Francia**, la mediazione viene condotta come una procedura parallela al procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia e indipendente dallo stesso, ossia i procedimenti di ritorno seguono il calendario usuale a prescindere dal fatto che sia o meno in corso una mediazione. Un risultato amichevole raggiunto nella procedura di mediazione parallela può essere sempre introdotto nel procedimento di ritorno.

100 Per esempio, **Germania e Regno Unito**; cfr. anche S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (cit. alla nota 95), pag. 45 e seguenti.

101 Cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 2.4, pag. 10.

102 Sulla questione di rendere l'accordo esecutivo e la questione della giurisdizione, cfr. i successivi capitoli 12 e 13.

103 Cfr. l'articolo 4 della legge federale **svizzera** del 21 dicembre 2007 sulla sottrazione internazionale di minori e le Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, entrata in vigore il 1° luglio 2009 (*Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007*), disponibile all'indirizzo <<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/211.222.32.de.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012), traduzione in **inglese** non ufficiale disponibile all'indirizzo <<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/211.222.32.en.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012); cfr. anche A. Bucher, *The new Swiss Federal Act on International Child Abduction*, *Journal of PIL*, 2008, pag. 139 e seguenti, a pag. 147.

104 Articolo 8 della legge federale **svizzera** del 21 dicembre 2007.

- 63 A prescindere dal fatto che la mediazione o procedure simili nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori siano introdotte prima o dopo l'avvio di un procedimento di ritorno, è assolutamente indispensabile che gli Stati contraenti adottino le misure necessarie per garantire che la mediazione e procedure simili si svolgano entro termini molto chiari e limitati.
- 64 Riguardo all'ambito della mediazione, è necessario raggiungere un equilibrio tra l'esigenza di concedere tempo sufficiente per il processo di comunicazione tra le parti e quella di non ritardare un possibile procedimento di ritorno¹⁰⁵.

2.2 Stretta collaborazione con le autorità amministrative/giudiziarie

→ I mediatori e gli organismi che offrono la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori devono instaurare un rapporto di stretta collaborazione con le autorità centrali e i tribunali.

- 65 I mediatori e gli organismi che offrono la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori devono instaurare un rapporto di stretta collaborazione con le autorità centrali e i tribunali a livello organizzativo per garantire una risoluzione efficace e rapida della questione. I mediatori devono fare tutto quanto in loro potere per rendere gli aspetti organizzativi delle procedure di mediazione il più possibile trasparenti, salvaguardano al contempo la riservatezza della mediazione. Per esempio, l'autorità centrale e il tribunale adito devono essere informati se la mediazione sarà condotta o meno nel caso in esame. Lo stesso vale quando la mediazione viene conclusa o interrotta. Le informazioni devono essere comunicate rapidamente all'autorità centrale e al tribunale adito. Nei casi di sottrazione internazionale di minori è pertanto auspicabile che l'autorità centrale e/o il tribunale pertinente mantengano stretti contatti con i servizi di mediazione specifici a livello amministrativo¹⁰⁶.

2.3 Presenza di più sistemi giuridici; esecutività dell'accordo in entrambe (tutte) le giurisdizioni interessate

→ I mediatori devono essere consapevoli che la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori si svolge nel contesto delle interazioni tra due o più sistemi giuridici e del quadro giuridico internazionale applicabile.

→ Le parti devono avere accesso alle informazioni giuridiche pertinenti.

- 66 Difficoltà specifiche per la procedura di mediazione possono derivare dal fatto che sia interessato più di un sistema giuridico. Per trovare una soluzione sostenibile per le parti che possa avere valore giuridico, è pertanto importante prendere in considerazione entrambi (tutti) i sistemi giuridici interessati nonché la normativa regionale o internazionale applicabile nel caso in esame.
- 67 Nella precedente sezione 1.2 è già stato sottolineato quanto sia pericoloso che le parti si basino su accordi raggiunti tramite mediazione che non hanno alcun valore giuridico nelle giurisdizioni pertinenti. I mediatori che intervengono nelle controversie familiari internazionali relative ai minori hanno la responsabilità di richiamare l'attenzione delle parti sull'importanza di ottenere le informazioni giuridiche pertinenti e una consulenza legale specifica. Va sottolineato in questo contesto che i mediatori, compresi quelli che dispongono di una formazione giuridica specifica pertinente, non possono fornire consulenza legale alle parti.
- 68 Le informazioni giuridiche diventano particolarmente importanti riguardo a due aspetti, di cui il primo è il contenuto dell'accordo raggiunto tramite mediazione, che deve essere compatibile con le disposizioni giuridiche, e il secondo è il modo in cui si può conferire valore giuridico all'accordo raggiunto tramite mediazione nei due o più sistemi giuridici interessati. I due aspetti sono strettamente connessi tra loro.

105 Cfr. il successivo capitolo 5; cfr. anche le conclusioni e le raccomandazioni della quarta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 34), raccomandazione n. 1.11, secondo cui le misure impiegate per contribuire a garantire il rientro volontario del minore o per giungere a una risoluzione amichevole non devono causare ritardi ingiustificati nei procedimenti di ritorno, ribadita nelle conclusioni e raccomandazioni della quinta riunione della Commissione speciale (*id.*), raccomandazione n. 1.3.1.

106 Per esempio, in **Germania**, l'autorità centrale ha concluso un contratto di cooperazione con l'organizzazione di mediazione specializzata MiKK e.V., che comprende, tra gli altri, i termini per un rapido scambio di informazioni a livello organizzativo.

- 69 Le parti devono essere informate del fatto che può essere necessaria una consulenza legale specifica riguardo al modo in cui i sistemi giuridici pertinenti interpretano la legge applicabile alle questioni discusse nella mediazione. L'autonomia dei genitori riguardo agli accordi sull'affidamento e i contatti nei confronti dei figli può essere limitata nel senso che la legge può prevedere l'obbligo dell'approvazione di questo tipo di accordi da parte di un tribunale per garantire che sia tutelato l'interesse superiore del minore¹⁰⁷. Nel contempo, i genitori devono comprendere che, nel momento in cui un accordo raggiunto tramite mediazione ha valore giuridico in una giurisdizione, potrebbe essere necessario intraprendere altre azioni per conferire valore giuridico negli altri sistemi giuridici interessati nel loro caso¹⁰⁸.
- 70 Idealmente, le parti devono avere accesso alle informazioni giuridiche pertinenti in tutta la procedura di mediazione. Per questo motivo, molti mediatori che operano nel campo della sottrazione internazionale di minori incoraggiano le parti a mantenere rappresentanti legali specializzati in tutta la procedura di mediazione. Informazioni pertinenti possono essere fornite anche dalle autorità centrali o dai punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale¹⁰⁹.

2.4 Contesti culturali e religiosi diversi

→ **La mediazione nelle controversie familiari internazionali deve tenere debito conto della possibile esistenza di contesti culturali e religiosi diversi delle parti.**

- 71 Una delle problematiche particolari della mediazione familiare internazionale in generale è che spesso le parti hanno contesti culturali e religiosi diversi. I valori e le aspettative riguardo a molti aspetti dell'esercizio della responsabilità genitoriale, come l'educazione dei figli, possono essere molto diversi¹¹⁰. I contesti culturali e religiosi delle parti possono anche influire sul modo in cui le parti comunicano tra loro e con il mediatore¹¹¹. Il mediatore deve essere consapevole che la controversia familiare può essere dovuta in parte a una mancanza di riconoscimento delle differenze culturali dell'altra parte¹¹².
- 72 I mediatori che intervengono in tali casi devono avere una buona conoscenza dei contesti culturali e religiosi delle parti¹¹³. A questo proposito, è necessaria una formazione specifica¹¹⁴. Qualora per le parti sia possibile e fattibile scegliere mediatori specializzati, può essere utile impiegare mediatori che conoscono i contesti culturali e religiosi delle parti o condividono il contesto di una delle parti e conoscono la cultura e la religione dell'altra parte.
- 73 Un modello che è stato seguito con successo in alcuni sistemi di mediazione e che è stato creato specificamente per le sottrazioni transfrontaliere di minori in cui sono coinvolti genitori di Stati di origine diversi è quello della "mediazione binazionale"¹¹⁵. In questo caso, il requisito della buona conoscenza dei contesti culturali delle parti di cui i mediatori devono disporre viene soddisfatto impiegando, nella comediazione, due mediatori dei due Stati interessati, ognuno dei quali abbia una

107 Cfr. il capitolo 12.

108 Cfr. i capitoli 12 e 13.

109 Per il ruolo delle autorità centrali e di altri organismi nella facilitazione della fornitura di tali informazioni, e riguardo al ruolo dei rappresentanti delle parti, cfr. la successiva sezione 4.1.

110 Cfr., per esempio, K.K. Kovach, *Mediation in a nutshell*, St. Paul, 2003, pagg. 55 e 56; D. Ganancia, *La médiation familiale internationale*, Èrès, Ramonville Saint-Agne 2007, 132 ff; R. Chouchani Hatem, *La différence culturelle vécue au quotidien dans les couples mixtes franco-libanais*, *Revue Scientifique de L'AIFI*, Vol. 1, n. 2, Automne 2007, pagg. 43-71; K. Kriegel, *Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds), *Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten – Rechtliche Grundlagen, Interkulturelle Aspekte, Handwerkszeug für Mediatoren, Einbindung ins gerichtliche Verfahren, Muster und Arbeitshilfen*, Verlag C.H. Beck, 2009, pagg. 91-104; M.A. Kucinski, *Culture in International Parental Kidnapping Mediations*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2009, pagg. 555-582, pag. 558 e seguenti.

111 Cfr., per esempio, K.K. Kovach (cit. nella nota 110), che pone in evidenza come il contatto visivo possa in alcune culture essere considerato offensivo o una dimostrazione di mancanza di rispetto, mentre nella maggior parte delle culture occidentali è invece un segno di ascolto attivo. D. Ganancia, *La médiation familiale internationale (id.)*, 132 ff.

112 Cfr. K.K. Kovach (cit. alla nota 110), a pag. 56.

113 Cfr. anche la successiva sezione 6.1.8.

114 Cfr. il capitolo 3 sulla formazione dei mediatori.

115 Progetto di mediazione professionale binazionale **franco-tedesca** (2003-2006); progetto di mediazione binazionale **statunitense-tedesca**; progetto di mediazione binazionale **polacca-tedesca**; cfr. anche la successiva sezione 6.2.3.

conoscenza dell'altra cultura. "Binazionale" potrebbe essere inteso come "biculturale" in questo contesto. È importante sottolineare che i mediatori sono neutrali e imparziali e non rappresentano le parti¹¹⁶.

2.5 Difficoltà linguistiche

→ Nella mediazione ciascuna delle parti deve, per quanto possibile, avere l'opportunità di parlare una lingua in cui si sente a proprio agio.

- 74 Un'ulteriore problematica per la mediazione nelle controversie familiari internazionali si presenta quando le parti della controversia parlano lingue madri diverse. Qualora le parti abbiano lingue madri diverse, è probabile che nella mediazione preferiscano, almeno temporaneamente, parlare ciascuna la propria lingua, anche nel caso in cui una delle parti abbia una buona conoscenza della lingua dell'altra parte o non abbia difficoltà a usare una lingua diversa dalla sua lingua madre nel contesto quotidiano del loro rapporto. Nelle circostanze emotivamente stressanti della discussione della controversia, le parti possono semplicemente preferire parlare la loro lingua madre in quanto ciò potrebbe anche dare loro la sensazione di essere su un piano di parità.
- 75 D'altro canto, le parti con lingue madri diverse possono essere a loro agio se possono parlare una terza lingua nella mediazione, ossia una lingua madre diversa da quella delle parti, o una parte può essere disposta a parlare la lingua dell'altra. In ogni caso, il mediatore deve essere consapevole dell'ulteriore rischio di malintesi dovuto alle difficoltà linguistiche.
- 76 La volontà delle parti riguardo alle lingue utilizzate nella mediazione devono essere per quanto possibile rispettate. Idealmente, gli stessi mediatori devono poter comprendere e parlare tali lingue¹¹⁷. La mediazione comporta il coinvolgimento di mediatori la cui lingua madre è la stessa delle parti e che parlano correntemente l'altra lingua pertinente o ne hanno una buona conoscenza (la cosiddetta mediazione "bilingue")¹¹⁸. La mediazione può anche includere un mediatore che parla soltanto la lingua madre di una parte e un altro che parla correttamente le due lingue pertinenti. In questo caso, tuttavia, il mediatore che parla le due lingue svolgerà in parte un ruolo di interprete.
- 77 Offrendo alle parti la possibilità di comunicare direttamente nella lingua preferita durante la mediazione è chiaramente la prima scelta; tuttavia, possono esservi casi in cui ciò non è fattibile. La comunicazione nella lingua preferita potrebbe anche essere facilitata usando l'interpretazione. Qualora l'interpretazione sia considerata una possibilità, l'interprete deve essere scelto con attenzione e deve essere adeguatamente preparato e consapevole dell'estrema delicatezza della conversazione e dell'atmosfera emotiva della mediazione, in modo da non aggiungere un ulteriore rischio di malintesi e da non mettere a repentaglio la possibilità di giungere a una risoluzione amichevole. Inoltre, le misure di tutela riguardo alla riservatezza delle comunicazioni nell'ambito della mediazione devono essere estese agli interpreti¹¹⁹.

2.6 Distanza

→ L'organizzazione delle sessioni di mediazione e le modalità stabilite nell'accordo raggiunto tramite mediazione devono tenere conto della distanza geografica tra le parti della controversia.

- 78 Un'altra problematica per la mediazione nei casi di sottrazione di minori da un paese a un altro è la distanza geografica tra le parti. La distanza tra lo Stato di residenza abituale del minore, che è quello in cui risiede il genitore che ha subito la sottrazione, e lo Stato in cui il minore è stato trasferito può essere molto ampia.
- 79 Da un lato, la distanza può influire sull'organizzazione pratica delle sessioni di mediazione. Dall'altro lato, la distanza può svolgere un ruolo per quanto riguarda il contenuto della soluzione raggiunta tramite mediazione, per la quale può essere necessario tenere conto della possibilità che in futuro resti una considerevole distanza geografica tra le parti. Quest'ultimo caso può verificarsi, per esempio, se il genitore che ha subito la sottrazione acconsente al trasferimento del figlio insieme al genitore

116 Cfr. anche il successivo capitolo 6, sezione 6.2.3.

117 Cfr. anche la sezione 3.3 relativa agli elenchi dei mediatori.

118 I programmi di mediazione binazionale cui si fa riferimento nella precedente nota 115 sono tutti programmi di mediazione bilingue.

119 Riguardo alla riservatezza, cfr. la successiva sezione 6.1.5.

responsabile della sottrazione, o nei casi in cui il figlio rientra nello Stato di residenza abituale, ma il genitore responsabile della sottrazione decide di restare all'estero.

- 80 Quando si tratta di organizzare una sessione di mediazione, la distanza tra le parti e i costi di viaggio potenzialmente elevati influiscono sulla questione del luogo adatto per la mediazione e sulla questione dell'opportunità di utilizzare la mediazione diretta o indiretta. Entrambi gli argomenti sono trattati in maniera più approfondita di seguito (il luogo della mediazione nella sezione 4.4 e la questione della mediazione diretta o indiretta nella sezione 6.2). È ovvio che i mezzi di comunicazione moderni come i videocollegamenti o la comunicazione tramite Internet possono essere utili nella mediazione¹²⁰.
- 81 Per quanto riguarda il contenuto di un accordo finale che consenta di esercitare i diritti di affidamento e/o di contatto transfrontalieri, ossia qualora i genitori decidano di risiedere in paesi diversi, deve essere prestata la dovuta attenzione alla distanza geografica e ai costi di viaggio ad essa connessi. Eventuali accordi raggiunti devono essere realistici e fattibili in termini di tempo e di spese. Questo argomento viene ulteriormente approfondito nel capitolo 11 ("Verifica oggettiva dei fatti").

2.7 Questioni relative a visti e immigrazione

- Devono essere adottate tutte le misure adeguate per facilitare il rilascio dei documenti di viaggio necessari, come il visto, a un genitore che desidera partecipare a una mediazione di persona in un altro Stato.
- Devono essere adottate tutte le misure adeguate per facilitare il rilascio dei documenti di viaggio necessari, come il visto, a un genitore che deve entrare nel territorio di un altro paese per esercitare i diritti di affidamento o di contatto con il proprio figlio.
- L'autorità centrale deve adottare tutte le misure necessarie per aiutare i genitori a ottenere i documenti necessari fornendo informazioni e consulenza o facilitando la prestazione di servizi specifici.

- 82 Nei casi di controversia familiare internazionale, le questioni relative a visti e immigrazione rendono la situazione ancora più difficile. Per promuovere la risoluzione amichevole delle controversie familiari internazionali, gli Stati devono adottare misure per garantire che il genitore che ha subito la sottrazione possa ottenere i documenti di viaggio necessari per partecipare a una sessione di mediazione nel paese in cui il minore è stato trasferito o per partecipare a un procedimento giudiziario¹²¹. Nel contempo, gli Stati devono adottare misure per facilitare il rilascio dei documenti di viaggio necessari al genitore responsabile della sottrazione per rientrare nello Stato di residenza abituale del minore per una sessione di mediazione e/o un procedimento giudiziario¹²².
- 83 Il rilascio dei documenti di viaggio può anche svolgere un ruolo importante per il risultato del procedimento o della mediazione in una controversia internazionale tra genitori. Per esempio, qualora il ritorno di un minore sia ordinato in un procedimento basato sulle convenzioni dell'Aia, il genitore responsabile della sottrazione potrebbe avere bisogno di documenti di viaggio per rientrare con il figlio nello Stato di residenza abituale del figlio. Gli Stati dovrebbero facilitare il rilascio dei documenti di viaggio necessari in tali casi. Lo stesso vale quando il genitore responsabile della sottrazione decide di fare ritornare volontariamente il figlio, anche qualora il ritorno del figlio e del genitore sia stato concordato nell'ambito di una mediazione. Le questioni relative ai visti e all'immigrazione non devono neppure costituire un ostacolo all'esercizio transfrontaliero dei diritti di contatto; deve essere salvaguardato il diritto dei figli di avere contatti con entrambi i genitori, come sostenuto dall'UNCRC¹²³.

120 Per maggiori informazioni, cfr. la successiva sezione 4.4.

121 Per informazioni sulla possibilità di ottenere assistenza riguardo alle questioni relative ai visti e all'immigrazione, cfr. i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori elaborati dall'Ufficio permanente, completati nel 2011 (disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section"), nelle sezioni 10.3 j) e 10.7 l).

122 Cfr. anche le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 31.

123 Cfr. anche la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 4.4, pagg. 21 e 22.

- 84 L'autorità centrale deve aiutare i genitori a ottenere rapidamente i documenti di viaggio necessari fornendo informazioni e consulenza o assistenza riguardo alla richiesta del visto eventualmente necessario¹²⁴.

2.8 Procedimento penale contro il genitore responsabile della sottrazione

- La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve tenere conto dei possibili procedimenti penali avviati contro il genitore responsabile della sottrazione nel paese dal quale il minore è stato sottratto.
- Qualora siano stati avviati procedimenti penali, la questione deve essere affrontata nell'ambito della mediazione. Può essere necessaria una stretta collaborazione tra le autorità giudiziarie e amministrative pertinenti per garantire che qualsiasi accordo raggiunto nell'ambito della mediazione non sia messo in discussione da un procedimento penale in corso.

- 85 Sebbene la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori tratti soltanto gli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, un procedimento penale contro il genitore responsabile della sottrazione nel paese di residenza abituale del minore può influire sul procedimento di ritorno nell'ambito della Convenzione del 1980¹²⁵. Le accuse penali possono includere la sottrazione di minore, il disprezzo della corte e reati ostativi al rilascio del passaporto. I procedimenti penali in corso nello Stato di residenza del minore prima della sottrazione possono, in determinate circostanze, determinare il rifiuto da parte del tribunale adito per una richiesta di ritorno in base alle Convenzioni dell'Aia di ordinare il ritorno del minore. Può trattarsi, in particolare, del caso in cui il minore è stato sottratto da chi ne ha l'affidamento effettivo e l'ordine di ritorno comporterebbe la separazione del minore e di chi ne ha l'affidamento effettivo¹²⁶, e tale separazione, tenuto conto dell'età del minore o di altre circostanze, costituirebbe un grave rischio di pericoli fisici o psicologici ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione del 1980¹²⁷.

124 *Ibid.* Cfr. anche le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 31, secondo cui qualora vi siano indicazioni di difficoltà di immigrazione che possono influire sulla capacità di un minore (non cittadino) o del genitore responsabile della sottrazione di rientrare nello Stato richiedente o di una persona di esercitare i diritti di contatto o di visita, l'autorità centrale deve rispondere tempestivamente alle richieste di informazioni per aiutare una persona a ottenere dalle autorità competenti entro la sua giurisdizione senza indugio le autorizzazioni o i permessi (visti) necessari. Gli Stati devono agire il più rapidamente possibile quando rilasciano le autorizzazioni o i visti a tale scopo e devono rammentare alle autorità nazionali per l'immigrazione il ruolo essenziale che svolgono per il conseguimento degli obiettivi della Convenzione del 1980.

125 Dalle risposte al questionario del 2006 è emerso che si ritiene comunemente, ma non necessariamente, che i procedimenti penali abbiano un effetto negativo, cfr. la domanda n. 19 del questionario relativo al funzionamento pratico della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* (che comprende domande sull'attuazione della *Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori*), redatto dall'Ufficio permanente, doc. prel. n. 1 di aprile 2006 per la quinta riunione della Commissione speciale di ottobre/novembre 2006 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; cfr. anche la relazione sulla sesta riunione della Commissione speciale sull'esame del funzionamento della *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* e dell'attuazione pratica della *Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* (30 ottobre – 9 novembre 2006), redatta dall'Ufficio permanente, marzo 2007, a pag. 56; entrambi i documenti sono disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section".

126 Poiché l'unica scelta tra i genitori è tra non rientrare con il minore o essere incarcerati al ritorno.

127 Talvolta questo problema è stato risolto con la sospensione (dell'esecuzione) dell'ordine di ritorno fino al ritiro delle accuse contro il genitore responsabile della sottrazione, cfr. la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 4.4, pagg. 21 e 22 e nota 118.

- 86 I mezzi con cui le accuse penali possono essere rivolte contro il genitore responsabile della sottrazione e se e in quale misura il genitore che ha subito la sottrazione ha un'influenza sull'avvio di un procedimento penale relativo alla sottrazione di un figlio dipendono dal sistema giuridico pertinente e dalle circostanze proprie del caso concreto. Va sottolineato che, anche nei casi in cui vengano avviati procedimenti penali su iniziativa del genitore che ha subito la sottrazione o con il suo consenso, la decisione di porre termine a un procedimento penale spetterebbe esclusivamente al procuratore o al tribunale. Ciò significa che qualora risulti che il procedimento penale contro il genitore responsabile della sottrazione potrebbe essere un ostacolo al ritorno del minore, il genitore che ha subito la sottrazione può avere scarsa influenza sull'eliminazione di tale ostacolo, a prescindere dal fatto che le accuse penali siano state mosse su sua iniziativa o con la sua approvazione.
- 87 Nella mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, è importante tenere conto che può essere stato avviato un procedimento penale, in particolare se comporta per il genitore responsabile della sottrazione il rischio di una pena carceraria, o che esiste il rischio potenziale che in futuro sia richiesto l'avvio di un procedimento penale, anche dopo il ritorno concordato del genitore responsabile della sottrazione e del minore. Tenuto conto delle possibili implicazioni di tali procedimenti, è fondamentale affrontare questo aspetto nella mediazione.
- 88 Le autorità centrali e i tribunali coinvolti devono per quanto possibile aiutare le parti a ottenere le informazioni generali necessarie sulle normative pertinenti che disciplinano l'avvio e la conclusione dei procedimenti penali e sullo stato specifico dei procedimenti penali. Può essere necessaria una stretta collaborazione tra le autorità giudiziarie e amministrative competenti per garantire che non vi siano procedimenti penali in sospeso prima dell'attuazione di un accordo raggiunto tramite mediazione che preveda il ritorno del genitore responsabile della sottrazione o del minore nello Stato in cui quest'ultimo risiedeva prima della sottrazione, o che non possano essere avviati tali procedimenti dopo il ritorno del genitore responsabile della sottrazione e del minore. Riguardo alla collaborazione tra le autorità giudiziarie competenti, può essere particolarmente utile la rete internazionale dei giudici dell'Aia¹²⁸.
- 89 Informazioni generali sugli aspetti del diritto penale della sottrazione internazionale di minori nei vari Stati contraenti, comprese le informazioni su chi può avviare, revocare o sospendere un procedimento penale relativo al trasferimento o al mancato rientro illecito di un minore, sono disponibili nei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori¹²⁹.

128 Per maggiori informazioni sulla rete internazionale dei giudici dell'Aia e sul funzionamento delle comunicazioni giudiziarie dirette, cfr. *Emerging rules regarding the development of the International Hague Network of Judges and draft General Principles for judicial communications, including commonly accepted safeguards for direct judicial communications in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges*, redatto dall'Ufficio permanente, doc. prel. n. 3 A di marzo 2011, e P. Lortie, *Report on Judicial Communications in relation to international child abduction*, doc. prel. n. 3 B di aprile 2011, entrambi i documenti destinati alla riunione della Commissione speciale di giugno 2011 e disponibili all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section".

129 Cfr. la sezione 11.3. dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

3 Formazione specifica per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori/Salvaguardare la qualità della mediazione

3.1 Formazione dei mediatori – Disposizioni e norme esistenti

- 90 Per garantire la qualità della mediazione è indispensabile che chi conduce la mediazione abbia ricevuto una formazione adeguata. Alcuni Stati hanno emanato una normativa che disciplina la formazione dei mediatori o le qualifiche o l'esperienza¹³⁰ di cui una persona deve disporre prima di poter ottenere un determinato titolo, essere registrata come mediatore o poter condurre una mediazione o alcune forme di mediazione (per esempio, la mediazione finanziata dallo Stato).
- 91 Per esempio, nel 2004 l'Austria ha istituito un registro statale per i mediatori. Per essere registrati i mediatori devono essere conformi ai requisiti di formazione previsti dalle normative¹³¹. La registrazione è valida solo per cinque anni; per ottenere il rinnovo è necessario dimostrare di partecipare a una formazione continua secondo quanto stabilito dalle normative¹³².
- 92 Anche la Francia ha introdotto una normativa riguardo alla formazione per la mediazione familiare e la mediazione penale¹³³. Nel 2004 è stato introdotto un diploma di Stato in mediazione familiare¹³⁴. Sono ammessi soltanto i candidati che dispongono di esperienza professionale e/o di un diploma nazionale nel settore sociale o sanitario¹³⁵ e che hanno superato con successo la procedura di selezione¹³⁶. Il curriculum è disciplinato in ogni dettaglio e comprende 560 ore di formazione in materie quali, tra le altre, legge, psicologia e sociologia, di cui 70 ore devono essere dedicate alla pratica¹³⁷. Un altro modo per ottenere il diploma è il riconoscimento dell'esperienza professionale¹³⁸.
- 93 In molti dei sistemi giuridici in cui la formazione dei mediatori non è stata disciplinata da una normativa, le organizzazioni e le associazioni che si occupano di mediazione hanno stabilito requisiti minimi di formazione che i mediatori devono soddisfare per accedere alla rete, allo scopo di garantire la qualità della mediazione. Tuttavia, spesso a causa della mancanza di un punto di riferimento centrale riguardo ai requisiti di formazione per la giurisdizione competente, la questione delle norme relative alla formazione non viene affrontata in maniera uniforme.

130 I seguenti Stati hanno indicato nei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) che la normativa sulla mediazione (e nel caso di alcuni Stati, la normativa specifica sulla mediazione familiare) affronta la questione delle qualifiche e dell'esperienza necessarie dei mediatori: **Argentina, Belgio, Finlandia, Francia, Grecia, Ungheria, Norvegia, Panama, Paraguay, Polonia, Romania, Slovenia, Spagna, Svizzera e Stati Uniti d'America.**

131 Cfr. *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)* del 6 giugno 2003, disponibile all'indirizzo <http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_29_1/2003_29_1.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012) e *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung (ZivMediatAV)* del 22 gennaio 2004, disponibile all'indirizzo <http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2004_II_47/BGBLA_2004_II_47.html> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

132 Cfr. gli articoli 13 e 20 del *Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (ZivMediatG)* del 6 giugno 2003 (cfr. la precedente nota 131).

133 Cfr. K. Deckert, *Mediation in Frankreich – Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen*, in K.J. Hopt e F. Steffek (cit. alla nota 2), pagg. 183-258, alle pagg. 242 e 243.

134 Cfr. *Décret No 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'État de médiateur familial and Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007*, disponibile all'indirizzo <<http://www.legifrance.gouv.fr>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012); cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 7, pag. 22.

135 Per maggiori informazioni, cfr. l'*Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'État de médiateur familial – Version consolidée au 28 juillet 2007* (cfr. la precedente nota 134), articolo 2.

136 *Ibid.*, articolo 3.

137 *Ibid.*, articolo 4 e seguenti.

138 Per il riconoscimento dell'esperienza professionale sono necessarie due fasi: le autorità pubbliche valutano l'ammissibilità del candidato e quindi un gruppo di esaminatori valuta lo sviluppo delle capacità acquisite attraverso l'esperienza, cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 7, pag. 22.

- 94 Un esempio di giurisdizione in cui i requisiti di formazione centrali si sono evoluti indirettamente attraverso l'autoregolamentazione è costituito dall'Inghilterra e dal Galles, dove soltanto i mediatori che hanno completato la formazione riconosciuta dalla commissione dei servizi giuridici e hanno superato con successo la valutazione della competenza in materia di mediazione familiare effettuata dalla stessa commissione possono condurre la mediazione finanziata con fondi pubblici¹³⁹.
- 95 Inoltre, la questione della formazione dei mediatori viene affrontata in vari strumenti nazionali¹⁴⁰ e regionali non vincolanti, come le norme sulla mediazione e i codici di condotta¹⁴¹ o le raccomandazioni¹⁴². Tuttavia, non esiste necessariamente un consenso riguardo alle norme relative alla mediazione tra i vari organismi che promuovono la formazione dei mediatori. Inoltre, molte disposizioni e norme affrontano la formazione dei mediatori in maniera generale e non si concentrano in modo specifico sulla formazione per la mediazione familiare né per la mediazione familiare internazionale.
- 96 Una delle iniziative per la definizione di norme di promozione regionale della formazione per la mediazione familiare è quella dell'AIFI¹⁴³, che è un'organizzazione interdisciplinare non governativa con membri in Europa e in Canada. La guida dell'AIFI alle buone prassi nella mediazione familiare, redatta nel 2008, affronta la questione della formazione specifica e dell'accreditamento per la mediazione familiare internazionale¹⁴⁴. Un'altra organizzazione attiva in questo campo della mediazione è l'associazione GEMME (*Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation*)¹⁴⁵, costituita da varie sezioni nazionali. L'organizzazione favorisce i collegamenti tra i giudici di vari Stati europei allo scopo di promuovere metodi di risoluzione amichevole delle controversie, in particolare la mediazione. Nel 2006, la sezione francese della GEMME ha pubblicato una guida pratica sull'uso della mediazione giudiziaria, che tratta anche le questioni della formazione e dell'etica professionale dei mediatori¹⁴⁶.
- 97 Alcuni strumenti di mediazione regionali non vincolanti incoraggiano gli Stati a fornire le strutture pertinenti per assicurare la qualità della mediazione. Per esempio, la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare incoraggia gli Stati a garantire l'esistenza di "procedure di selezione, formazione e qualificazione dei mediatori" e sottolinea che "tenendo in considerazione la particolare natura della mediazione internazionale, dovrebbe essere previsto che i mediatori internazionali si sottopongano a una formazione specifica"¹⁴⁷. Inoltre, la raccomandazione Rec (2002)10 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile richiede agli Stati di valutare la possibilità di stabilire misure per promuovere l'adozione di norme adeguate per la selezione, le responsabilità, la formazione e la qualificazione dei mediatori, compresi i mediatori che trattano questioni internazionali¹⁴⁸. Anche la direttiva europea sulla mediazione, che è uno strumento regionale vincolante, prevede che gli Stati membri "incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti"¹⁴⁹.

139 Cfr. *Legal Services Commission Mediation Quality Mark Standard*, seconda edizione, settembre 2009, disponibile online all'indirizzo <http://www.legalservices.gov.uk/docs/cls_main/MQM_Standard_Sep09_with_cover.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

140 Per esempio, riguardo a un modello di formazione definito dal *National Centre for Mediation and Conflict Resolution* del ministero della Giustizia in **Israele**, cfr. E. Liebermann, Y. Foux-Levy e P. Segal, *Beyond Basic Training – A Model for Developing Mediator Competence*, in *Conflict Resolution Quarterly* 23 (2005) pagg. 237-257.

141 Per esempio, il codice europeo di condotta per i mediatori (cfr. la precedente nota 58), cui i singoli mediatori possono attenersi su base volontaria, stabilisce che "(i) mediatori devono essere competenti e conoscere a fondo il procedimento di mediazione" e sottolinea che "(e)lementi rilevanti comprendono una formazione adeguata e un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione (...)", cfr. punto 1.1.

142 Cfr. anche *Legislating for Alternative Dispute Resolution – A Guide for Government Policy-Makers and Legal Drafters*, novembre 2006, pag. 49 e seguenti, redatta dall'*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC), disponibile all'indirizzo <<http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/LegislatingforAlternativeDisputeResolution.aspx>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

143 *Association Internationale Francophone des intervenants auprès des familles séparées*.

144 Titolo originale: *Guide de bonnes pratiques en médiation familiale à distance et internationale*, cfr. l'articolo 5.

145 Il sito Internet di GEMME è all'indirizzo <www.gemme.eu/en>.

146 La guida è disponibile sul sito Internet di GEMME all'indirizzo <<http://www.gemme.eu/nation/Francia/article/le-guide>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

147 Cfr. la precedente nota 52, cfr. la parte II, lettera c) e la parte VIII, lettera e).

148 Cfr. la precedente nota 53, cfr. il principio V.

149 Cfr. l'articolo 4 della direttiva europea sulla mediazione (cfr. la precedente nota 5).

3.2 Formazione specifica per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori

- La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve essere condotta soltanto da mediatori familiari esperti che di preferenza abbiano seguito una formazione specifica in materia.
- I mediatori che operano in questo campo devono seguire una formazione continua per mantenere la propria competenza professionale.
- Gli Stati devono favorire l'istituzione di norme e programmi di formazione per la mediazione familiare transfrontaliera e la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori.

- 98 Tenuto conto della particolare natura della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, la mediazione in tale contesto deve essere affidata esclusivamente a mediatori familiari esperti che di preferenza abbiamo ricevuto un'apposita formazione per la mediazione familiare internazionale e, in modo più specifico, per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori¹⁵⁰. I mediatori con minore esperienza dovrebbero intervenire in tali casi soltanto in comediazione con colleghi più esperti.
- 99 La formazione per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve preparare il mediatore ad affrontare le sfide specifiche connesse ai casi di sottrazione transfrontaliera di minori, come indicato in precedenza, basandosi al contempo sulla regolare formazione dei mediatori¹⁵¹.
- 100 In generale, il mediatore deve possedere le conoscenze giuridiche e sociopsicologiche necessarie per condurre una mediazione in casi familiari molto conflittuali. Il mediatore deve avere una formazione adeguata per valutare l'idoneità di un singolo caso per la mediazione. Deve essere in grado di valutare la capacità delle parti di mediare, ossia riconoscere i limiti mentali e le difficoltà linguistiche, e deve poter identificare episodi di abuso domestico e di abuso minorile e trarre le conclusioni necessarie.
- 101 Inoltre, la formazione per la mediazione familiare internazionale deve comprendere lo sviluppo o il consolidamento delle competenze interculturali e delle capacità linguistiche necessarie.
- 102 Nel contempo, la formazione deve fornire le conoscenze e la comprensione degli strumenti giuridici regionali e internazionali pertinenti e della normativa nazionale applicabile. Sebbene non spetti al mediatore fornire consulenza legale, una conoscenza giuridica di base è indispensabile nei casi familiari transfrontalieri, in quanto consente al mediatore di comprendere il quadro più generale e di condurre la mediazione in maniera responsabile.
- 103 La mediazione responsabile nei casi di sottrazione internazionale di minori consiste nell'incoraggiare i genitori a concentrarsi sulle esigenze dei figli e nel rammentare la loro principale responsabilità per il benessere dei figli. Sottolinea la necessità per loro di informare e consultare i propri figli e richiama l'attenzione delle parti sul fatto che la loro soluzione concordata può essere sostenibile soltanto se è conforme a entrambi (tutti) i sistemi giuridici interessati e se viene resa giuridicamente vincolante in tali sistemi, al cui scopo è necessaria una consulenza legale specifica. È indispensabile una formazione specifica per la mediazione che include i minori tenendo conto delle loro opinioni nei casi di sottrazione di minori.
- 104 I mediatori che operano nel campo della sottrazione internazionale di minori devono seguire una formazione continua per mantenere la propria competenza professionale.
- 105 Gli Stati devono favorire l'istituzione di programmi di formazione per la mediazione e l'ulteriore elaborazione di norme per la mediazione familiare transfrontaliera e la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori.

150 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione VIII (questioni di carattere internazionale): "e. Tenendo in considerazione la particolare natura della mediazione internazionale, dovrebbe essere previsto che i mediatori internazionali si sottopongano ad una formazione specifica".

151 Un esempio di programma di formazione specifico è il progetto TIM (*Training in international family mediation*), il cui scopo è creare una rete di mediatori familiari internazionali in Europa, cfr. il sito Internet della rete <<http://www.crossbordermediator.eu>>. Maggiori informazioni sul progetto TIM, attuato dalla ONG belga Child Focus in collaborazione con la *Katholieke Universiteit van Leuven* e l'organizzazione di mediazione specializzata MiKK e.V. con il sostegno del *Dutch Centre for International Child Abduction*, sono disponibili sul sito Internet dell'organizzazione tedesca MiKK e.V. all'indirizzo <<http://www.mikk-ev.de/english/eu-training-project-tim/>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

3.3 Istituzione di elenchi di mediatori

→ **Gli Stati devono valutare la possibilità di promuovere l'istituzione di elenchi di mediatori familiari di pubblico dominio attraverso i quali sia possibile identificare i mediatori specializzati.**

- 106 Allo scopo di promuovere l'istituzione di strutture di mediazione per le controversie familiari transfrontaliere, gli Stati devono valutare la possibilità di incoraggiare l'istituzione, a livello nazionale o sovranazionale, di elenchi di mediatori familiari di dominio pubblico attraverso i quali sia possibile identificare i mediatori specializzati e i servizi di mediazione¹⁵². Idealmente, tali elenchi devono includere i dati di contatto dei mediatori, informazioni sul loro campo di specializzazione, formazione, capacità linguistiche, esperienza e competenza interculturale.
- 107 Gli Stati possono anche facilitare la fornitura di informazioni sui servizi di mediazione familiare internazionale specializzati disponibili nella loro giurisdizione attraverso un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale¹⁵³.

3.4 Salvaguardare la qualità della mediazione

→ **I servizi di mediazione utilizzati nelle controversie familiari transfrontaliere devono essere controllati e valutati, di preferenza da un organismo neutrale.**

→ **Gli Stati sono incoraggiati a favorire l'istituzione di norme comuni per la valutazione dei servizi di mediazione.**

- 108 Per salvaguardare la qualità della mediazione familiare internazionale, i servizi di mediazione devono essere controllati e valutati, idealmente da un organismo neutrale. Tuttavia, qualora non esista questo tipo di organismo, i mediatori e le organizzazioni di mediazione devono stabilire essi stessi norme trasparenti sul controllo e la valutazione dei propri servizi. In particolare, le parti devono poter fornire le loro opinioni sulla mediazione e deve essere disponibile una procedura per presentare ricorso.
- 109 I mediatori e le organizzazioni di mediazione che operano nel campo della sottrazione internazionale di minori devono gestire l'amministrazione, la tenuta dei registri e la valutazione dei servizi in maniera strutturata e professionale e devono avere accesso al sostegno amministrativo e professionale necessario¹⁵⁴.
- 110 Gli Stati devono impegnarsi a stabilire norme comuni per la valutazione dei servizi di mediazione.

152 Per esempio, la **Francia**, che è stato uno dei primi Stati a istituire un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale, sta preparando un elenco centrale di mediatori specializzati; l'**Austria** ha istituito un registro centrale nel 2004 (per maggiori informazioni, cfr. il precedente paragrafo 91), che è accessibile online all'indirizzo <<http://www.mediatoren.justiz.gv.at/mediatoren/mediatorenliste.nsf/contentByKey/VSTR-7DXPU8-DE-p>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012). Inoltre, i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) specificano la disponibilità di elenchi di mediatori (sebbene non necessariamente un elenco centrale) per i seguenti sistemi giuridici e indicano da quali organismi sono ottenibili gli elenchi: **Argentina, Belgio, Cina (Hong Kong SAR), Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Francia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Norvegia, Panama, Paraguay, Polonia, Romania, Slovenia, Spagna, Svizzera, Regno Unito (Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord) e Stati Uniti d'America.**

153 Riguardo ai punti di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale, cfr. la successiva sezione 4.1.

154 Cfr. i principi per la creazione di strutture di mediazione nell'allegato I.

4 Accesso alla mediazione

- Le informazioni sui servizi di mediazione disponibili per i casi di sottrazione internazionale di minori e altre informazioni connesse, come i costi della mediazione, devono essere fornite mediante l'autorità centrale o un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale.
- Gli Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e di altre convenzioni dell'Aia pertinenti¹⁵⁵ sono invitati ad istituire un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale al fine di facilitare l'accesso alle informazioni sui servizi di mediazione disponibili e su questioni attinenti alle controversie familiari transfrontaliere in cui sono coinvolti minori, o ad affidare tale compito alle autorità centrali.

- 111 È importante facilitare l'accesso alla mediazione. Si inizia fornendo alle parti che desiderano prendere in considerazione la possibilità di utilizzare la mediazione informazioni sui servizi di mediazione disponibili nella giurisdizione pertinente insieme ad altre informazioni correlate.
- 112 Va sottolineato che i principi per l'istituzione di strutture di mediazione¹⁵⁶ definiti dal gruppo di lavoro sulla mediazione nel contesto del processo di Malta, il cui scopo è creare strutture per la mediazione familiare transfrontaliera, chiedono agli Stati che accettano di applicare tali principi di stabilire un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale, che, tra gli altri, dovrebbe fornire informazioni sui servizi di mediazione familiare disponibili nel paese interessato, come un elenco dei mediatori e delle organizzazioni che offrono servizi di mediazione nelle controversie familiari internazionali, informazioni sui costi della mediazione e altri ragguagli. Inoltre, i principi prevedono che il punto di contatto centrale fornisca informazioni sui luoghi in cui è possibile ottenere consulenza sul diritto di famiglia e le procedure giuridiche, sulle modalità per rendere vincolante l'accordo raggiunto tramite mediazione e sull'esecuzione dell'accordo in questione.
- 113 In base a tali principi, le informazioni devono essere fornite nella lingua ufficiale dello Stato interessato e in inglese o in francese. Inoltre, i principi stabiliscono che l'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia sia informato dei dati pertinenti del punto di contatto centrale, fra cui l'indirizzo postale, il numero di telefono e l'indirizzo di posta elettronica, i nomi delle persone responsabili e le lingue da loro parlate e che le richieste di informazioni o di consulenza indirizzate al punto di contatto centrale siano trattate in maniera tempestiva.
- 114 Sebbene siano stati fissati allo scopo di creare strutture di mediazione transfrontaliere per i casi non rientranti nell'ambito delle convenzioni dell'Aia, tali principi sono pertinenti anche per i casi che vi rientrano. Tenuto conto dello sviluppo rapido e vario dei servizi di mediazione familiare negli ultimi anni, è difficile ottenere un quadro generale dei servizi offerti o giudicare quali servizi possono essere adatti per la mediazione nei casi di sottrazione transfrontaliera di minori. Sarebbe quindi estremamente utile se gli Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e/o di altre convenzioni dell'Aia pertinenti raccogliessero e fornissero informazioni sui servizi di mediazione disponibili per le controversie familiari internazionali nella loro giurisdizione, e altre informazioni correlate che potrebbero essere pertinenti per la mediazione nelle controversie familiari transfrontaliere, e più specificamente nei casi di sottrazione internazionale di minori.
- 115 Negli Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, l'autorità centrale nell'ambito della Convenzione potrebbe essere in una posizione ideale per assumere tale ruolo¹⁵⁷. Tuttavia, alcuni Stati contraenti della Convenzione del 1980 possono ritenere preferibile stabilire un punto di contatto centrale indipendente per la mediazione familiare internazionale per fornire le informazioni pertinenti. In questo caso, l'autorità centrale potrebbe invitare le parti interessate a rivolgersi al punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale, a condizione

155 Riguardo alla promozione della mediazione da parte di altre convenzioni dell'Aia, cfr. la precedente sezione "Obiettivi e ambito".

156 Principi per la creazione di strutture di mediazione (cfr. allegato I). Cfr. anche la relazione sui principi per la creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta riportata nell'allegato II (disponibile anche all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section", quindi "Cross-border family mediation").

157 Nella sua riunione di giugno 2011, la Commissione speciale sul funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori ha invitato gli Stati a valutare la possibilità di istituire un punto di contatto centrale o di designare la loro autorità centrale come punto di contatto centrale, cfr. le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 61.

che la collaborazione tra l'autorità centrale e il punto di contatto centrale sia disciplinata a livello organizzativo in modo tale che il ricorso delle parti al punto di contatto centrale non ritardi l'esame della richiesta di ritorno.

- 116 Qualora venga designato un organismo esterno per svolgere le funzioni del punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale, devono essere adottate misure per evitare conflitti di interessi, in particolare nei casi in cui l'organismo designato offra esso stesso servizi di mediazione.
- 117 Va sottolineato che inoltre il profilo dei paesi nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori elaborato dall'Ufficio permanente, definito nel 2011 e successivamente compilato dagli Stati contraenti, può essere un'utile fonte di informazioni sui servizi di mediazione disponibili negli Stati in questione¹⁵⁸.

4.1 Disponibilità della mediazione – Fase del procedimento di ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia; deferimento/autodeferimento alla mediazione

- Le parti di una controversia familiare internazionale riguardante un minore devono essere messe a conoscenza quanto prima possibile dell'opportunità di utilizzare la mediazione o altre procedure per trovare soluzioni concordate.
- L'accesso alla mediazione e ad altre procedure per trovare soluzioni concordate non deve essere limitato alla fase preprocessuale ma deve essere disponibile nel corso di tutto il procedimento, compresa la fase di esecuzione.

- 118 Si deve fare presente quanto prima possibile che esiste l'opportunità di utilizzare la mediazione o altri metodi di risoluzione amichevole delle controversie. La mediazione può essere offerta quale misura preventiva già nelle fasi iniziali di una controversia familiare per evitare una successiva sottrazione¹⁵⁹. Ciò vale in particolare nei casi in cui, in seguito alla separazione di una coppia, uno dei genitori prende in considerazione la possibilità di trasferirsi in un altro paese. Anche se è necessario sensibilizzare le parti sul fatto che in generale un genitore non può lasciare il paese senza il consenso dell'altro titolare dei diritti di affidamento (effettivamente esercitati) o senza un'autorizzazione dell'autorità competente¹⁶⁰, la mediazione può costituire un utile strumento per trovare una soluzione amichevole.
- 119 Va sottolineato che è molto importante il modo in cui i genitori vengono informati della possibilità di ricorrere alla mediazione¹⁶¹ e che può essere determinante per le prospettive di successo¹⁶². Poiché la mediazione è ancora relativamente nuova in molte giurisdizioni, i genitori hanno bisogno di spiegazioni complete e sincere su ciò che è la mediazione e su ciò che non è, in modo da potersi avvicinare alla mediazione con aspettative adeguate¹⁶³.
- 120 Dopo che si è verificata la sottrazione di un minore, i genitori devono essere informati quanto prima possibile dell'opportunità di ricorrere alla mediazione, qualora siano disponibili servizi di mediazione specifici per tali casi. Si tenga tuttavia presente che la mediazione non è l'unico mezzo di cui i genitori possono disporre e che la disponibilità della mediazione non influisce sul diritto dei genitori di aprire una controversia se preferiscono¹⁶⁴.
- 121 Allo scopo di aumentare le possibilità di una risoluzione amichevole della controversia, la mediazione e metodi simili devono essere disponibili non solo nella fase che precede un processo, ma anche nel corso di tutto il procedimento giudiziario, compresa la fase di esecuzione¹⁶⁵. La procedura disponibile

158 Cfr. la parte V dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

159 Cfr. la guida alle buone prassi relative alle misure di prevenzione (cit. alla nota 23), sezione 2.1, pagg. 15-16; cfr. anche il successivo capitolo 14.

160 Cfr. la dichiarazione di Washington sul trasferimento familiare internazionale, Conferenza giudiziaria internazionale sul trasferimento familiare transfrontaliero, Washington, D.C., **Stati Uniti d'America**, 23-25 marzo 2010, organizzata congiuntamente dalla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato e dal Centro internazionale per i minori scomparsi e sfruttati (ICMEC) con il sostegno del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, secondo cui gli Stati devono garantire che siano disponibili i procedimenti giuridici per richiedere all'autorità competente di poter esercitare il diritto di trasferimento con il minore. Le parti devono essere vivamente invitate a far ricorso ai procedimenti giuridici e a non agire in modo unilaterale. La dichiarazione di Washington è disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section".

161 Cfr. S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 5.1, pag. 17.

162 Relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG riunite (cit. alla nota 97), pag. 8.

163 S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 5.1, pag. 18.

164 Cfr. S. Vigers, (*ibid.*), (sezione 5.1), pag. 17.

165 Cfr. anche la guida alle buone prassi sull'esecuzione (cit. alla nota 23), sezioni 5.1, 5.2, pag. 25.

più adeguata per facilitare il raggiungimento di soluzioni concordate in una particolare fase del procedimento dipende dalle circostanze.

- 122 Come indicato nella sezione 2.1 (Termini/procedure rapide), è assolutamente indispensabile che siano adottate misure per garantire che la mediazione non possa essere utilizzata come tattica dilatoria dal genitore responsabile della sottrazione. Un'utile misura a questo proposito può essere l'avvio di un procedimento di ritorno e, se necessario, la sua sospensione per la durata della mediazione¹⁶⁶.

4.1.1 RUOLO DELLE AUTORITÀ CENTRALI

- **Le autorità centrali devono adottare, direttamente o attraverso un intermediario, tutti i provvedimenti adeguati per favorire il raggiungimento di una soluzione amichevole della controversia.**
- **Quando riceve una richiesta di ritorno, l'autorità centrale dello Stato interessato deve facilitare la fornitura di informazioni sui servizi di mediazione adatti per i casi di sottrazione transfrontaliera di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori eventualmente disponibili nella sua sfera di competenza.**
- **Gli Stati devono includere informazioni sulla mediazione e metodi simili e la loro possibile combinazione nella formazione del personale dell'autorità centrale.**

- 123 Le autorità centrali nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori svolgono un ruolo fondamentale incoraggiando la ricerca di una soluzione amichevole delle controversie familiari internazionali riguardanti i minori. Le Convenzioni del 1980 e del 1996 riconoscono entrambe la necessità di promuovere soluzioni concordate e invitano le autorità centrali a svolgere un ruolo attivo nel conseguimento di tale obiettivo. L'articolo 7, paragrafo 2, lettera c), della Convenzione del 1980 richiede alle autorità centrali di prendere tutti i provvedimenti necessari "per assicurare la consegna volontaria del minore, o agevolare una composizione amichevole". Analogamente, l'articolo 31, lettera b), della Convenzione del 1996 richiede alle autorità centrali di adottare tutte le disposizioni idonee per "agevolare con la mediazione, la conciliazione o qualsiasi altra modalità analoga, accordi amichevoli sulla protezione della persona o dei beni del minore, nelle situazioni in cui si applica la Convenzione".
- 124 Le autorità centrali nell'ambito di entrambe le Convenzioni devono pertanto facilitare quanto prima possibile la fornitura di informazioni sui servizi di mediazione o metodi simili disponibili per contribuire a trovare una soluzione concordata qualora le parti si rivolgano alle autorità centrali per ottenere assistenza in una controversia familiare transfrontaliera¹⁶⁷. Tali informazioni non devono tuttavia essere fornite al posto delle informazioni sulle procedure previste dalle Convenzioni dell'Aia e di altre informazioni correlate, ma in aggiunta ad esse.
- 125 Per esempio, in un caso di sottrazione internazionale di minori, l'autorità centrale dello Stato richiesto, quando viene contattata dal genitore che ha subito la sottrazione (direttamente o attraverso l'autorità centrale dello Stato richiedente), deve fornire al genitore informazioni riguardo alla mediazione e a servizi simili disponibili in tale giurisdizione e informazioni sulle procedure previste dalle convenzioni dell'Aia. Nel contempo, l'autorità centrale, quando si rivolge al genitore responsabile della sottrazione per invitarlo a consegnare volontariamente¹⁶⁸ il minore, può informare il genitore delle possibilità di mediazione e di procedure simili per trovare soluzioni concordate. Inoltre, l'autorità centrale dello Stato richiedente può fornire informazioni al genitore che ha subito la sottrazione sui metodi di risoluzione amichevole delle controversie e sui procedimenti di ritorno in base alle convenzioni

166 Cfr. sezione 2.1.

167 L'autorità centrale può svolgere a questo proposito la funzione di punto di contatto centrale nel senso descritto nei principi per la creazione di strutture di mediazione (cfr. allegato I); per maggiori informazioni sui principi, cfr. l'introduzione al precedente capitolo 4. Cfr. anche la successiva sezione 4.1.4.

168 Articolo 7, paragrafo 2, lettera c), e articolo 10 della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.

dell'Aia. Il compito di fornire informazioni sui servizi di mediazione pertinenti può anche essere delegato a un altro organismo¹⁶⁹.

- 126 Tuttavia, non deve essere messo in discussione il compito dell'autorità centrale di esaminare tempestivamente le richieste di ritorno. Le autorità centrali hanno la responsabilità specifica di sottolineare che i casi di sottrazione sono sensibili al fattore tempo. Qualora deleghi il compito di fornire informazioni sui servizi di mediazione pertinenti a un altro organismo, l'autorità centrale deve garantire che il deferimento delle parti a tale organismo non comporti ritardi. Inoltre, qualora decidano di tentare la strada della mediazione, le parti devono essere informate che la mediazione e i procedimenti di ritorno possono svolgersi parallelamente¹⁷⁰.
- 127 Nel 2006 uno studio comparativo sui sistemi di mediazione nel contesto della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori¹⁷¹ ha individuato alcune autorità centrali che promuovono attivamente la mediazione, offrendo esse stesse questo tipo di servizio in alcuni casi o ricorrendo ai servizi di un prestatore locale. Attualmente, come viene anche indicato nei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione dell'Aia¹⁷², un numero crescente di autorità centrali compie ogni possibile sforzo per incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione o a procedure simili per trovare una soluzione concordata alla loro controversia¹⁷³.
- 128 Gli Stati sono invitati a includere nella formazione del personale dell'autorità centrale le informazioni sulla mediazione e procedure simili e informazioni specifiche sulla mediazione e servizi simili disponibili nei casi di sottrazione internazionale di minori.

169 Per esempio, uno Stato richiesto può avere designato un organismo diverso dall'autorità centrale come punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale (cfr. i precedenti paragrafo 111 e seguenti) e incaricato il punto di contatto centrale del compito di fornire non solo informazioni sulla mediazione nei casi non rientranti nelle convenzioni dell'Aia, ma anche informazioni sui servizi di mediazione specializzati per i casi di sottrazione internazionale di minori rientranti nell'ambito della Convenzione del 1980.

170 Riguardo ai vantaggi dell'avvio di un procedimento in base alle convenzioni dell'Aia prima dell'inizio della mediazione, cfr. la precedente sezione 2.1.

171 Cfr. S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 2.4, pag. 10.

172 Cfr. la precedente nota 121.

173 Per esempio, nell'aprile 2007 in **Francia** l'autorità centrale ha assunto i compiti svolti in precedenza dalla missione di aiuto alla mediazione internazionale per le famiglie (*Mission d'aide à la médiation internationale pour les familles*, MAMIF), un ufficio istituito per promuovere la mediazione nelle controversie familiari transfrontaliere e coinvolto nel riuscito programma di mediazione binazionale **franco-tedesca**; per maggiori informazioni sull'aiuto alla mediazione familiare internazionale (*aide à la médiation familiale internationale*, AMIF) attualmente offerto dall'autorità centrale **francese**, cfr. <<http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/enlevement-parental-12063/la-mediation-21106.html>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012). In **Svizzera**, la legge federale del 21 dicembre 2007 sulla sottrazione internazionale di minori e le Convenzioni dell'Aia sulla protezione dei minori e degli adulti, entrata in vigore il 1° luglio 2009, ha attuato obblighi concreti per l'autorità centrale svizzera riguardo alla promozione delle procedure di conciliazione e di mediazione, cfr. l'articolo 3 e l'articolo 4 (*Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21 Dezember 2007*) (cfr. la precedente nota 103). In **Germania**, l'autorità centrale notifica ai genitori la possibilità di ricorrere alla mediazione. Inoltre, gli altri Stati seguenti hanno indicato nei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) che le loro autorità centrali forniscono informazioni sulla mediazione: **Belgio, Cina (Hong Kong SAR), Repubblica ceca, Estonia, Grecia, Ungheria, Paraguay, Polonia** (solo per i richiedenti), **Romania, Slovenia, Spagna, Regno Unito (Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord), Stati Uniti d'America e Venezuela**. In **Argentina** e nella **Repubblica ceca** l'autorità centrale offre la mediazione, cfr. la sezione 19.3 dei profili dei paesi (*ibid.*).

4.1.2 RUOLO DI GIUDICI/TRIBUNALI

- 129 Il ruolo svolto dai tribunali nelle controversie familiari è cambiato in misura considerevole negli ultimi decenni in molti sistemi giuridici. Nei procedimenti civili in generale, ma soprattutto nei procedimenti del diritto di famiglia, la promozione di soluzioni concordate è stata stabilita per via legislativa in molti Stati¹⁷⁴. Attualmente, i giudici hanno spesso l'obbligo di ricercare una soluzione amichevole di una controversia. In alcuni sistemi giuridici, nelle controversie familiari riguardanti i minori, la partecipazione a un incontro informativo sulla mediazione o il ricorso alla mediazione o ad altre procedure per trovare soluzioni concordate possono essere obbligatori anche per le parti in determinate circostanze¹⁷⁵.
- Il giudice adito in un caso di sottrazione internazionale di minori deve valutare se è fattibile il deferimento alla mediazione nel caso in esame, a condizione che nella giurisdizione interessata siano disponibili servizi di mediazione adeguati per i casi di sottrazione transfrontaliera di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori. Lo stesso vale per altre procedure disponibili per trovare soluzioni concordate.
 - Gli Stati sono invitati a includere informazioni sulla mediazione e procedure simili e le loro possibili combinazioni con i procedimenti penali nella formazione dei giudici.
- 130 Nei casi di sottrazione internazionale di minori, i tribunali svolgono un ruolo importante nella promozione di soluzioni concordate. A prescindere dal fatto che la mediazione sia già stata suggerita dall'autorità centrale competente, un tribunale adito per un procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia deve valutare la possibilità di deferire le parti alla mediazione o a servizi simili, se disponibili e ritenuti opportuni. Tra i vari fattori che possono influire su tale valutazione sono comprese le questioni relative alla idoneità dei singoli casi per la mediazione¹⁷⁶ e la questione della disponibilità di servizi di mediazione adeguati, ossia di servizi compatibili con i tempi ristretti e altri requisiti specifici della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori. Qualora sia già stato compiuto senza successo un tentativo di mediazione prima dell'avvio di un procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia, non è opportuno deferire alla mediazione una seconda volta.
-
- 174 Cfr., per esempio, in **Israele**, i tribunali statali competenti in materia civile possono, in qualsiasi fase dei procedimenti, proporre alle parti che la materia o una sua parte sia deferita alla mediazione, secondo quanto stabilito dalla sezione 3 del regolamento n. 5539 del 10 agosto 1993 dello Stato di **Israele**. Cfr. anche per l'**Australia**, l'articolo 13 C e seguenti del diritto di famiglia del 1975 (modificato da ultimo dalla legge n. 147 del 2010), secondo cui un tribunale avente la competenza nei procedimenti previsti dalla presente legge può, in qualsiasi fase dei procedimenti, emettere uno o più dei seguenti ordini: che le parti del procedimento partecipino alla risoluzione della controversia familiare, anche attraverso la mediazione; il testo completo della legge è disponibile all'indirizzo <<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00870>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012). Cfr. anche, più in generale sulla promozione di metodi alternative di risoluzione delle controversie in **Australia**, il sito Internet del *National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* (NADRAC) all'indirizzo <<http://www.nadrac.gov.au/>>; il NADRAC è un organismo indipendente istituito nel 1995 per fornire consulenza all'Attorney-General **australiano** sullo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie. In **Sudafrica**, la legge 38 del 2005 sui minori (modificata da ultimo nel 2008), disponibile all'indirizzo <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012), incoraggia la risoluzione amichevole delle controversie familiari e consente ai giudici di deferire alcune materie alla mediazione o a procedure simili.
- 175 Cfr. per esempio nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)** *Practice Direction 3A – Pre-Application Protocol for Mediation Information and Assessment – Guidance for HMCS*, entrato in vigore il 6 aprile 2011, disponibile all'indirizzo <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family/practice_directions/pd_part_03a> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012), che per quanto riguarda i procedimenti in materia familiare, salvo che si applichi una delle eccezioni previste dal protocollo, stabilisce che prima di presentare a un tribunale una richiesta di emissione di un ordine nel procedimento in materia familiare pertinente, la persona interessata, o il suo legale, deve contattare un mediatore familiare per organizzare la partecipazione a un incontro informativo sulla mediazione familiare e altre forme alternative di risoluzione delle controversie familiari (cui nel protocollo si fa riferimento come riunione di informazione e di valutazione sulla mediazione).
- 176 Cfr. la successiva sezione 4.2.

- 131 Quando deferisce un caso alla mediazione, un giudice deve tenere sotto controllo i tempi. A seconda del diritto procedurale applicabile, un giudice può decidere di aggiornare il procedimento¹⁷⁷ per la mediazione per un breve periodo di tempo o, qualora l'aggiornamento non sia necessario, può fissare l'udienza successiva in tribunale prima della quale la mediazione deve essere conclusa, entro un tempo ragionevolmente breve, per esempio compreso tra due e quattro settimane¹⁷⁸.
- 132 Inoltre, qualora un giudice deferisca un caso alla mediazione, è preferibile che il giudice sia l'unico a gestire il caso per motivi di continuità.
- 133 Quando si tratta di mediazione nella fase del procedimento giudiziario, si possono distinguere due tipi di mediazione, ossia "mediazione giudiziale" e "mediazione extragiudiziale"¹⁷⁹.
- 134 Sono stati definiti vari "sistemi di mediazione giudiziale" per le controversie in materia civile, quindi anche in materia familiare¹⁸⁰. In tali sistemi la mediazione viene svolta da un mediatore che lavora per il tribunale o da un giudice con formazione come mediatore, che non è il giudice adito nel caso in esame¹⁸¹. Tuttavia, nella maggior parte degli Stati, i "servizi di mediazione giudiziale" sono stati creati concentrando chiaramente l'attenzione sulle controversie nazionali, ossia le controversie senza collegamenti internazionali. Pertanto, deve essere valutata con attenzione l'adattabilità dei "sistemi di mediazione giudiziale" esistenti alle esigenze specifiche delle controversie familiari internazionali e in particolare delle controversie nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori. Soltanto se un "servizio di mediazione giudiziale" esistente soddisfa i criteri principali ritenuti nella presente guida essenziali per i sistemi di mediazione nei casi di sottrazione di minori, deve essere considerata la possibilità di un deferimento a tale sistema nei procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia.
- 135 Il deferimento alla mediazione nella fase del procedimento giudiziario è possibile anche per i servizi di mediazione "extragiudiziale", ossia i servizi di mediazione gestiti da mediatori o organizzazioni di mediazione non direttamente legati a un tribunale¹⁸². Per quanto riguarda i "servizi di mediazione extragiudiziale", deve essere valutata con attenzione l'adattabilità dei servizi di mediazione "extragiudiziale" esistenti alle esigenze specifiche delle controversie familiari internazionali.

177 Per esempio, nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)** il tribunale adito per un procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia può deferire le parti alla mediazione durante un aggiornamento del procedimento, cfr. S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 5.2, pag. 18, in riferimento al **Regno Unito** e al programma pilota per la mediazione della ONG riunite (cfr. la precedente nota 97). Riguardo ai vantaggi dell'avvio di un procedimento in base alle convenzioni dell'Aia prima dell'inizio di una mediazione, cfr. la sezione 2.1. In merito alle sessioni di mediazione obbligatorie, cfr. la sezione 6.1.1.

178 Cfr., per esempio, per i tribunali familiari della **Nuova Zelanda**, la nota pratica "*Hague Convention Cases: Mediation Process – Removal, Retention And Access*", disponibile all'indirizzo <<http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes/>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012), che prevede un periodo compreso tra 7 e 14 giorni per lo svolgimento di una procedura di mediazione nei casi di sottrazione di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia.

179 Cfr. in precedenza, nella sezione relativa alla terminologia; cfr. anche la raccomandazione Rec (2002)10 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile (cfr. la precedente nota 53), principio III (organizzazione della mediazione), punto 4, secondo cui la mediazione può avere luogo nell'ambito di procedimenti giudiziari o extragiudiziali.

180 Tra i molti Stati in cui attualmente esistono sistemi di mediazione giudiziale sono inclusi: **Argentina** (*Ley 26.589 - Mediación y Conciliación of 03.05.2010, Boletín Oficial de 06.05.2010*) che sostituisce una normativa precedente del 1995; la partecipazione alla mediazione è obbligatoria nella maggior parte dei casi civili riguardo a questioni eccezionali come l'affidamento, cfr. gli articoli 1 e 5 della legge); **Germania** (sono previsti sistemi di mediazione giudiziale in vari *Bundesländer* in materia civile, cfr., tra gli altri, la relazione sul progetto pilota di mediazione nella Bassa Sassonia, richiesta dal ministero della Giustizia, dell'Economia e della Cultura della Bassa Sassonia e redatta da G. Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, Göttingen, 2006); **Messico** (cfr. *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal* dell'8 gennaio 2008, modificata da ultimo l'8 febbraio 2011, pubblicata nella *Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de enero de 2008*, n. 248 e nella *Gaceta Oficial del Distrito Federal el 08 de febrero de 2011*, n. 1028; la mediazione viene promossa attraverso il *Centro de Justicia Alternativa* (centro per i metodi alternativi di risoluzione delle controversie) nell'ambito del *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* (Corte suprema di giustizia del distretto federale); il centro gestisce le procedure di mediazione, compresa la nomina del mediatore scelto da un elenco di mediatori registrati).

181 Riguardo alla differenza tra mediazione condotta da un giudice e conciliazione condotta da un giudice, cfr. la sezione relativa alla terminologia.

182 Cfr. in precedenza nella sezione relativa alla terminologia; cfr. anche lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare (cit. alla nota 13), sezione 2.4, pag. 6.

- 136 Molti dei sistemi di mediazione appositamente creati per i casi di sottrazione di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori sono attualmente gestiti come "mediazione extragiudiziale"¹⁸³.
- 137 Dopo che le parti hanno raggiunto un accordo tramite la mediazione o altri metodi simili, il tribunale adito per un procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia può, a seconda del contenuto dell'accordo e della competenza del tribunale¹⁸⁴ in materia, essere invitato a trasformare l'accordo in un provvedimento giudiziario.
- 138 Riveste molta importanza il fatto che i giudici che trattano controversie familiari internazionali siano adeguatamente informati riguardo al funzionamento della mediazione e di procedure simili che favoriscono il raggiungimento di una risoluzione amichevole delle controversie e alla loro possibile combinazione con procedimenti giudiziari. Gli Stati sono pertanto invitati a includere informazioni generali su tali aspetti nella formazione dei giudici.
- 139 In particolare, la formazione dei giudici che trattano i procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia deve includere informazioni sui sistemi di mediazione e procedure simili adatte all'uso nei casi di sottrazione internazionale di minori.

4.1.3 RUOLO DI AVVOCATI E ALTRI PROFESSIONISTI

- 140 Negli ultimi anni, in molte giurisdizioni, il ruolo degli avvocati nelle controversie familiari è cambiato, come quello dei tribunali, concentrandosi maggiormente sulla ricerca di soluzioni concordate. Riconoscendo l'importanza di una base stabile e pacifica per le relazioni familiari, attualmente gli avvocati sono più propensi a promuovere una soluzione concordata anziché ad assumere un atteggiamento di parte per i propri clienti¹⁸⁵. Sviluppi come il diritto collaborativo e il diritto cooperativo¹⁸⁶ e il numero crescente di avvocati con una formazione come mediatori rispecchiano questa tendenza.
- Nella formazione degli avvocati devono essere incluse informazioni sulla mediazione e procedure simili.
 - Avvocati e altri professionisti che trattano con le parti di una controversia familiare internazionale devono, ove possibile, incoraggiare una risoluzione amichevole della controversia.
 - Qualora le parti di una controversia familiare internazionale decidano di compiere un tentativo di mediazione, il rappresentante legale deve sostenere le parti fornendo le informazioni giuridiche necessarie per consentire loro di compiere una decisione informata. Inoltre, i rappresentanti legali devono sostenere le parti conferendo valore giuridico all'accordo raggiunto tramite mediazione in entrambi (tutti) i sistemi giuridici interessati nel caso in esame.
- 141 Come sottolineato in precedenza in relazione alla formazione dei giudici, è importante che gli Stati sensibilizzino i professionisti giuridici sulla risoluzione amichevole delle controversie. Nel curriculum degli avvocati devono essere incluse informazioni sulla mediazione e procedure simili.
- 142 Quando rappresentano una parte in una controversia familiare internazionale riguardante un minore, gli avvocati devono sapere che la loro responsabilità nei confronti del cliente si estende anche agli interessi e al benessere del minore. Tenuto conto che una soluzione concordata è in generale nell'interesse del minore, il rappresentante legale, qualora i genitori siano disposti a ricorrere alla mediazione, deve fornire il suo appoggio e, nei limiti consentiti dal suo mandato, la sua collaborazione al rappresentante legale dell'altra parte.

183 Per esempio, in **Germania**, nei **Paesi Bassi** e nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)**, per maggiori informazioni, cfr. nota 97.

184 Cfr. i capitoli 12 e 13.

185 Cfr. N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pag. 666 e seguenti, con ulteriori riferimenti.

186 Cfr. il capitolo 15 per un esame di altri metodi di risoluzione amichevole delle controversie e della loro idoneità per i casi di sottrazione internazionale di minori.

- 143 Dopo che le parti hanno deciso di iniziare una mediazione, i rappresentanti legali svolgono un ruolo importante fornendo le informazioni giuridiche necessarie per consentire alle parti di compiere decisioni informate e garantendo che l'accordo raggiunto tramite mediazione abbia valore giuridico in entrambi (tutti) i sistemi giuridici interessati.
Va sottolineato che, a causa della complessità della situazione giuridica delle controversie familiari internazionali, gli avvocati devono accettare di rappresentare una parte di una controversia di questo tipo soltanto se sono in possesso delle conoscenze specifiche necessarie. Il coinvolgimento di un avvocato non specializzato nei casi di sottrazione internazionale di minori può avere effetti negativi e ostacolare ulteriormente il raggiungimento di una risoluzione amichevole della questione. Nella mediazione può accentuare lo squilibrio di poteri tra le parti.
- 144 A seconda del modo in cui la procedura di mediazione viene organizzata e del modo in cui i mediatori e le parti desiderano procedere, i rappresentanti legali possono essere presenti in tutto o in parte alle sessioni di mediazione. È tuttavia importante che gli avvocati che partecipano a una sessione di mediazione insieme ai propri clienti comprendano il ruolo molto diverso da essi svolto durante la sessione di mediazione, in quanto è un ruolo sussidiario.
- 145 Una stretta collaborazione con i rappresentanti legali esperti è particolarmente importante quando si tratta di valutare se la soluzione preferita dalle parti soddisfa i requisiti giuridici in entrambe le giurisdizioni interessate e di determinare quali ulteriori azioni possono essere necessarie per rendere la soluzione concordata giuridicamente vincolante ed esecutiva.
- 146 Com'è ovvio, un avvocato può anche condurre una mediazione, se soddisfa i requisiti esistenti per agire in qualità di mediatore nel suo ambito di competenza. Un avvocato non può tuttavia “mediare” in un caso in cui rappresenta una parte, a causa di un conflitto di interessi¹⁸⁷.
- 147 Un avvocato può anche impegnarsi a trovare una soluzione amichevole di una controversia familiare in altri modi. Per gli altri meccanismi che possono essere utilizzati per favorire il raggiungimento di soluzioni concordate, come il diritto cooperativo, cfr. il capitolo 15.

4.2 Valutazione dell'opportunità del ricorso alla mediazione

→ Come primo passo è necessario valutare, in ogni singolo caso, se il ricorso alla mediazione sia una soluzione opportuna.

- 148 Prima di iniziare una mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, deve essere effettuata una valutazione iniziale per verificare se il ricorso alla mediazione sia opportuno per ogni singolo caso¹⁸⁸, allo scopo di evitare ritardi che possono essere causati dal tentativo di mediazione nei casi scarsamente adatti a essere sottoposti a tale procedura. Nel contempo, la valutazione iniziale serve a individuare i casi che presentano rischi particolari, come quelli di violenza domestica o di abuso di alcolici o stupefacenti, per i quali devono essere adottate precauzioni particolari o la mediazione potrebbe non essere adatta¹⁸⁹.
- 149 In questo contesto sorgono due importanti questioni: (1) quali aspetti devono essere presi in considerazione nella valutazione dell'idoneità della mediazione e (2) chi può/deve effettuare la valutazione.
- 150 L'opportunità del ricorso alla mediazione deve essere decisa caso per caso. Va sottolineato che non esistono regole universali in materia. L'opportunità del ricorso alla mediazione dipende dalle circostanze di ogni singolo caso e, in una certa misura, dalle strutture e dalle caratteristiche dei servizi di mediazione esistenti e dalle norme applicate dal mediatore o dall'organizzazione di mediazione a tali materie.

187 L'avvocato non può essere un terzo neutrale e imparziale e nel contempo rispettare l'obbligo professionale di tutelare gli interessi del proprio cliente.

188 Cfr. la sezione 19.4, lettere c) e d) dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) per informazioni sulla valutazione dell'idoneità della mediazione nei vari Stati contraenti della Convenzione del 1980.

189 Cfr. anche il capitolo 10 sulla mediazione e le accuse di violenza domestica.

- 151 Tra i molti aspetti che possono influire sull' idoneità della mediazione in un caso di sottrazione internazionale di minori, sono compresi quelli di seguito specificati:
- disponibilità delle parti a mediare¹⁹⁰,
 - eccessiva polarizzazione delle opinioni di una parte o di entrambe per la mediazione,
 - indicazioni di violenza domestica e suo livello¹⁹¹,
 - incapacità derivante da abuso di alcolici o stupefacenti¹⁹²,
 - altre indicazioni di un elevato squilibrio dei poteri di trattativa,
 - indicazioni di abuso minorile.
- 152 La valutazione dell' opportunità del ricorso alla mediazione per il caso in esame deve comportare uno scambio riservato di informazioni con ogni singola parte per consentire a ciascuna di esse di esprimere liberamente i propri timori riguardo alla mediazione.
- 153 Lo scambio di informazioni iniziale con le parti per valutare l' opportunità del ricorso alla mediazione per il caso in esame può essere utilizzato per affrontare varie questioni logistiche, derivanti, per esempio, dalla disabilità di una delle parti, di cui potrebbe essere necessario tenere conto per l' organizzazione pratica della sessione di mediazione. Inoltre, nello stesso contesto può essere esaminata la questione della lingua in cui la mediazione deve essere condotta. Nel contempo, è possibile valutare se deve essere organizzato il contatto provvisorio con il minore e se il minore interessato ha raggiunto un' età o un grado di maturità tale per cui devono essere sentite le sue opinioni. Cfr. il capitolo 7 riguardo all' audizione del minore nella mediazione.
- 154 Il colloquio di valutazione iniziale costituisce anche un' occasione ideale per informare le parti riguardo alla procedura di mediazione e al modo in cui la mediazione e i procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell' Aia si influenzano a vicenda¹⁹³.
- 155 La valutazione dell' opportunità del ricorso alla mediazione per il caso in esame deve essere affidata a un mediatore o a un altro professionista esperto che conosca il funzionamento della mediazione familiare internazionale. È necessaria una formazione adeguata per riconoscere casi particolarmente a rischio e indicazioni di differenze di potere di trattativa. Il fatto che la valutazione sia condotta da una persona legata al servizio di mediazione pertinente o da una persona che lavora per l' autorità centrale, un altro organismo centrale o il tribunale dipende in larga misura dal modo in cui la mediazione viene organizzata nella giurisdizione competente. Alcuni mediatori sottolineano l' importanza della valutazione effettuata dai mediatori incaricati del caso¹⁹⁴. Altri mediatori preferiscono che la valutazione sia eseguita da un collega mediatore esperto del servizio di mediazione suggerito alle parti.
- 156 Qualora la valutazione dell' opportunità del ricorso alla mediazione per il caso in esame sia effettuata da una persona non esperta dei servizi di mediazione in questione, si rischia che possa essere necessaria una seconda valutazione da parte di una persona che sia a conoscenza dei servizi di mediazione o dei mediatori che sono chiamati a intervenire nel caso, con la conseguenza di possibili ritardi ingiustificati nella trattazione del caso e di eventuali costi aggiuntivi.

190 Com' è ovvio, qualora una parte che non conosce la procedura di mediazione si opponga all' idea di una mediazione, la fornitura di maggiori informazioni sul funzionamento della mediazione può influire positivamente sulla volontà di tale parte di provare la mediazione. Cfr., tuttavia, la sezione 6.1 riguardo al principio di volontarietà della mediazione.

191 Nei casi in cui si presuma l' esistenza di violenza domestica, per esempio, alcuni mediatori in generale si rifiutano di condurre una mediazione. Altri possono considerare un caso di presunta violenza domestica idoneo per la mediazione, a seconda del grado presunto di violenza e delle misure di protezione disponibili per evitare i rischi associati alla procedura di mediazione, cfr. il capitolo 10.

192 Qualora un singolo caso sia comunque considerato idoneo per la mediazione, può essere necessario adottare provvedimenti per evitare svantaggi per la parte in questione.

193 Cfr. anche la sezione 6.1.2 sul consenso informato.

194 In questo contesto va sottolineato che si deve distinguere tra la disponibilità del mediatore ad assumere la mediazione in un singolo caso e l' idoneità della mediazione per un caso specifico. Una volta stabilita l' idoneità della mediazione per un caso, il mediatore interpellato dalle parti in generale ha ancora la facoltà di decidere a sua discrezione di assumere la mediazione nel caso in questione.

- 157 Molti servizi di mediazione stabiliti per i casi di sottrazione internazionale di minori utilizzano con successo la valutazione iniziale¹⁹⁵. In alcuni programmi l' idoneità della mediazione per il caso in esame viene valutata mediante un questionario scritto abbinato a un'intervista telefonica.

4.3 Costi della mediazione

- Devono essere compiuti tutti gli sforzi adeguati per evitare che i costi della mediazione diventino un ostacolo o un deterrente per l'uso della mediazione.
- Gli Stati devono fornire consulenza legale per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori.
- Le informazioni sui costi per i servizi di mediazione, sulle possibili implicazioni in termini di ulteriori costi e sull'interazione con i costi dei procedimenti di ritorno in base delle convenzioni dell'Aia, devono essere messe a disposizione in maniera trasparente.

- 158 La disponibilità delle parti di ricorrere alla mediazione potrebbe essere influenzata dai costi complessivi connessi alla mediazione. I costi possono comprendere quelli per la valutazione iniziale dell' idoneità del caso per la mediazione, l'onorario del mediatore, le spese di viaggio, i costi di prenotazione dei locali in cui dovrà svolgersi la mediazione, i possibili costi di interpretazione per il coinvolgimento di altri esperti e i possibili costi della rappresentanza legale. L'onorario del mediatore, che può essere orario o giornaliero, può essere molto diverso a seconda della giurisdizione interessata e dei vari servizi di mediazione.
- 159 Alcuni progetti pilota specificamente concepiti per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori hanno offerto un servizio di mediazione gratuito alle parti¹⁹⁶. Tuttavia, in molte giurisdizioni è risultato difficile garantire i finanziamenti necessari per offrire gratuitamente tale servizio alle parti a lungo termine.
- 160 In molte giurisdizioni, la normativa non prevede alcuna limitazione agli onorari dei mediatori; la questione è lasciata all'autoregolamentazione del "mercato"¹⁹⁷. Molti mediatori aderiscono tuttavia a un sistema di onorari quando entrano a far parte di un'associazione di mediazione o a codici di condotta che richiedono loro di applicare onorari ragionevoli tenendo conto del tipo e della complessità della materia, dei tempi previsti per la mediazione e della relativa competenza del mediatore¹⁹⁸. Nel contempo, vari codici di condotta sottolineano che gli onorari applicati da un mediatore non devono essere legati all'esito della mediazione¹⁹⁹. In altri Stati, gli onorari di mediazione sono disciplinati dalla legge o possono essere definiti da un tribunale e suddivisi tra le parti²⁰⁰.

195 Per esempio, nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)** il programma della ONG reunite, cfr. *Mediation Leaflet*, disponibile all'indirizzo <<http://www.reunite.org/edit/files/Downloadable%20forms/Mediation%20Leaflet.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012); cfr. anche la relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG reunite (cit. alla nota 97), pagine 10 e 13, in cui si considera quanto segue indicativo dell'inadeguatezza della mediazione nei casi di sottrazione di minori: (1) un genitore non è disposto a partecipare a una mediazione; (2) le opinioni dei genitori sono troppo polarizzate; (3) si tratta di un caso in cui si presume la presenza di violenza domestica di cui non si conosce con esattezza il livello; (4) si presume che esista un abuso minorile.

196 Per esempio, il progetto di mediazione binazionale **franco-tedesca**, e cfr. la relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG reunite (cit. alla nota 97). Cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11); riguardo al programma pilota per la mediazione della ONG reunite, cfr. la sezione 5.3, pag. 19:

per il suo progetto pilota, la *Nuffield Foundation* ha concesso a reunite una sovvenzione a fini di ricerca. Tutti i costi associati alla mediazione, compresi quelli di viaggio di andata e ritorno nel **Regno Unito** sono stati interamente finanziati per il genitore richiedente fino a un limite massimo, e lo stesso vale per i costi di sistemazione in albergo, di viaggio e di soggiorno. La sovvenzione ha coperto anche gli onorari del mediatore, gli oneri amministrativi e i compensi per gli interpreti. Al genitore residente nel **Regno Unito** sono stati anche rimborsati tutti i costi di viaggio e di soggiorno ed è stato fornito un alloggio se necessario.

197 Cfr. K.J. Hopt e F. Steffek (cit. alla nota 2), pag. 33.

198 Cfr. lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare (cit. alla nota 13), sezione 2.7.3, pag. 12.

199 *Ibid.*, sezione 2.7.3, pagg. 12 e 13, con ulteriori riferimenti.

200 Cfr. S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 5.3, pag. 19, in riferimento, tra gli altri, alla **Francia**, dove è stato stabilito un controllo da parte di un tribunale riguardo agli onorari per le mediazioni giudiziali; cfr. anche K.J. Hopt e F. Steffek (cit. alla nota 2), pag. 34 per ulteriori esempi.

- 161 Deve essere compiuto ogni possibile sforzo per garantire che il costo della mediazione non diventi un ostacolo o un deterrente all'uso della mediazione. Riconoscendo i vantaggi della promozione della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, alcuni Stati offrono un servizio di mediazione gratuito in tali casi o hanno esteso il loro sistema di patrocinio a spese dello Stato alla mediazione²⁰¹. Gli Stati che non lo hanno ancora fatto, devono valutare l'opportunità di rendere disponibili per la mediazione un servizio di patrocinio a spese dello Stato o altrimenti di garantire che i servizi di mediazione possano essere resi disponibili gratuitamente o a un prezzo ragionevole per le parti con risorse limitate²⁰².
- 162 Va sottolineato che un grande conquista della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori è che in alcuni Stati i procedimenti di ritorno sono completamente gratuiti per il genitore richiedente²⁰³. In altri Stati, per i procedimenti in base alle convenzioni dell'Aia possono essere utilizzati i sistemi nazionali di patrocinio a spese dello Stato²⁰⁴. Sarebbe incoraggiante se un sostegno simile fosse offerto per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori nel contesto della Convenzione del 1980.
- 163 I costi associati alla mediazione sono un aspetto essenziale dell'accesso alla mediazione nella pratica. Le informazioni sugli onorari di mediazione e altri possibili costi associati, come gli onorari per rendere l'accordo raggiunto tramite mediazione vincolante nei due (in tutti) i sistemi giuridici interessati, sono importanti per consentire alle parti di decidere se ricorrere alla mediazione oppure no.
- 164 I genitori devono pertanto ricevere informazioni dettagliate e chiare su tutte le possibili spese connesse alla mediazione, per consentire loro di valutare adeguatamente i possibili oneri finanziari da sostenere²⁰⁵.
- 165 Spesso si raccomanda che tali informazioni siano fornite per iscritto prima della mediazione²⁰⁶; possono essere inserite nel contratto di mediazione spesso concluso tra il mediatore e le parti prima dell'inizio della mediazione²⁰⁷.

201 Servizi di mediazione gratuiti nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori sono disponibili, per esempio, nei seguenti paesi: **Danimarca, Francia** (mediazione organizzata dall'autorità centrale), **Israele** (per la mediazione attraverso un'unità di assistenza di un tribunale), **Norvegia e Svezia** (se il tribunale nomina il mediatore), cfr. anche i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) nella sezione 19.3, lettera d). Il patrocinio a spese dello Stato per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori è disponibile a determinate condizioni, per esempio, nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)** in cui i mediatori o le organizzazioni di mediazione in possesso di una concessione di finanziamenti pubblici della commissione dei servizi giuridici possono offrire servizi di mediazione finanziati con fondi pubblici ai clienti ammissibili all'assistenza giuridica, cfr. <<http://www.legalservices.gov.uk>>. Analogamente, nei **Paesi Bassi**, sono disponibili servizi di patrocinio a spese dello Stato per i costi di mediazione a condizione che la mediazione sia condotta da mediatori iscritti all'Ufficio per il patrocinio a spese dello Stato **olandese** (sito Internet ufficiale <www.rvr.org>), cfr. la legge **olandese** sul patrocinio a spese dello Stato (*Wet op de rechtsbijstand*). Inoltre, in base ai profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (*ibid.*), il patrocinio a spese dello Stato può comprendere i costi di mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, per esempio, nei seguenti paesi: **Argentina, Israele, Slovenia, Svizzera e Regno Unito (Irlanda del Nord)**.

202 Cfr. anche la raccomandazione Rec (2002)10 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile (cfr. la precedente nota 53), principio III (organizzazione della mediazione):

“9 Gli Stati devono valutare l'opportunità di istituire e fornire un servizio di mediazione, in tutto o in parte gratuito, o di fornire un patrocinio a spese dello Stato per la mediazione, in particolare nell'interesse di una delle parti che richiede una protezione specifica.

10 Qualora la mediazione comporti dei costi, questi devono essere ragionevoli e proporzionati rispetto all'importanza della questione e al lavoro svolto dal mediatore”.

203 L'articolo 26, paragrafo 2, della Convenzione del 1980 invita gli Stati contraenti a non “esigere dal richiedente il pagamento dei costi e delle spese concernenti le procedure (previste dalla Convenzione)”, tuttavia molti Stati contraenti hanno colto l'occasione per dichiarare una riserva riguardo all'articolo 26 e pertanto ai procedimenti in base alle convenzioni dell'Aia hanno applicato le consuete norme sul patrocinio a spese dello Stato nel loro territorio; per maggiori informazioni, cfr. anche i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

204 Cfr. anche lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare (cit. alla nota 13), sezione 2.7.3, pag. 12; per maggiori informazioni, cfr. anche i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

205 Cfr. anche il codice europeo di condotta per i mediatori (cfr. la precedente nota 58), sezione 1.3 (onorari): “Ove non sia stato già previsto, il mediatore deve sempre fornire alle parti informazioni complete sulle modalità di remunerazione che intende applicare. Il mediatore non dovrà accettare una mediazione prima che le condizioni della propria remunerazione siano state approvate da tutte le parti interessate”.

206 Cfr. lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare (cit. alla nota 13), sezione 2.7, pag. 12.

207 Cfr. sezione 4.5 sul contratto di mediazione.

4.4 Luogo della mediazione

- 166 Come indicato nella sezione 2.6, la distanza geografica comporta problemi particolari per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori. Organizzare un incontro di persona per una o più sessioni di mediazione può essere lungo e costoso. Tuttavia, molti mediatori esperti raccomandano gli incontri di persona se fattibili.
- È necessario tenere conto delle opinioni e delle preoccupazioni dei due genitori quando si determina in quale Stato deve essere organizzata una sessione di mediazione di persona.
 - Il luogo scelto per le sessioni di mediazione di persona deve essere neutrale e adeguato per la mediazione in ogni singolo caso.
 - Qualora la presenza fisica di entrambe le parti in una sessione di mediazione non sia adeguata o fattibile, deve essere valutata la possibilità di svolgere una mediazione a distanza e indiretta.
- 167 I mediatori che ricevono una richiesta di mediazione in un caso di sottrazione internazionale di minori devono valutare la fattibilità di sessioni di mediazione di persona con le parti e il luogo adeguato per tali sessioni, che dipendono entrambi dalle circostanze di ogni singolo caso.
- 168 Molto spesso, le sessioni di mediazione nei casi di sottrazione di minori si svolgono nel paese nel quale il minore è stato condotto dopo la sottrazione. Uno dei vantaggi di questo modo di procedere è la possibilità di organizzare contatti provvisori tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore durante il soggiorno del genitore in questione in tale paese, con possibili effetti positivi sulla mediazione²⁰⁸. Un altro vantaggio è che si semplifica il collegamento tra la procedura di mediazione e il procedimento giudiziario in base alle convenzioni dell'Aia. Tuttavia, la scelta dello Stato in cui il minore è stato condotto come sede della mediazione può essere interpretata come un'ulteriore ingiustizia dal genitore che ha subito la sottrazione, che potrebbe già considerare il suo consenso al ricorso alla mediazione (anziché a semplice utilizzo del procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia) come una concessione. Oltre agli impedimenti pratici, come le spese di viaggio, il genitore che ha subito la sottrazione potrebbe anche avere difficoltà di carattere giuridico a entrare nello Stato in cui il minore è stato condotto dopo la sottrazione a causa di problemi di visto o di immigrazione (cfr. sezione 2.7). D'altro canto, la possibile presenza del genitore che ha subito la sottrazione nello Stato in cui il minore è stato condotto, per partecipare al procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia (per il quale deve essere anche concesso un visto – cfr. sezione 2.7) può essere sfruttata come opportunità per tentare una mediazione in tale Stato. In questo caso almeno il genitore che ha subito la sottrazione non deve sostenere altri costi di viaggio.
- 169 Per contro, tenere una sessione di mediazione di persona nel paese dal quale il minore è stato illecitamente trasferito, può comportare altri problemi pratici. Il genitore responsabile della sottrazione potrebbe rischiare un'azione penale nel paese in questione (cfr. sezione 2.8) o essere riluttante a lasciare il minore a un terzo durante la sua assenza.
- 170 In circostanze eccezionali, può essere presa in considerazione la possibilità di tenere un incontro di mediazione di persona in un paese terzo “neutrale”. Tuttavia, i costi di viaggio e i problemi di visto possono costituire un ostacolo.
- 171 Per quanto riguarda la sede effettiva per l'incontro di mediazione di persona, è evidente che l'incontro deve avvenire in un luogo neutrale, come le sale di un tribunale o la sede di un organismo indipendente che offre un servizio di mediazione. Un edificio religioso o comunale potrebbe essere considerato un luogo neutrale dalle parti. Il luogo dell'incontro di mediazione deve essere adeguato per ogni singolo caso, per esempio garantendo una sicurezza adeguata per le persone interessate, se necessario²⁰⁹.

208 S. Kiesewetter e C.C. Paul, *Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (cit. alla nota 98), pagg. 46 e 47.

209 Cfr., per esempio, riguardo alle esigenze specifiche dei casi di violenza domestica, il capitolo 10.

- 172 Sebbene in generale i mediatori ritengano il clima di un incontro di persona favorevole al raggiungimento di una risoluzione amichevole, le circostanze di ogni singolo caso determinano quale opzione è fattibile e più adeguata. Qualora una sessione di mediazione di persona non sia adeguata o fattibile, la mediazione a distanza può essere una possibilità. Con l'ausilio della moderna tecnologia, può essere relativamente semplice organizzare incontri di persona virtuali²¹⁰. In alcuni Stati, come l'Australia, tenuto conto del loro ampio territorio geografico, negli ultimi anni si sono sviluppati rapidamente servizi di mediazione a distanza, tramite telefono, videocollegamento o Internet (in questo caso si tratta della cosiddetta risoluzione delle controversie online)²¹¹.
- 173 La mediazione a lunga distanza, tuttavia, comporta alcuni problemi specifici²¹², uno dei quali è garantire la riservatezza della sessione di mediazione. Nel contempo, deve essere valutata con attenzione l'organizzazione pratica della sessione di mediazione. Per esempio, per evitare qualsiasi dubbio riguardo all'equità e alla neutralità della mediazione, può essere utile, in un caso di mediazione singola, evitare che il mediatore partecipi a un video collegamento insieme a una delle parti (ossia nella stessa sala della parte in questione).
- 174 La mediazione a lunga distanza potrebbe essere interessante anche per i casi in cui si presuma l'esistenza di violenza domestica e una delle parti faccia presente che, pur volendo mediare, la prospettiva di trovarsi nella stessa stanza insieme all'altra parte sarebbe molto difficile²¹³.

4.5 Il contratto di mediazione – Consenso informato alla mediazione

- Per garantire che le parti ricevano informazioni adeguate sui termini e le condizioni del servizio di mediazione, può essere auspicabile stabilire un contratto tra il mediatore e le parti (contratto di mediazione).
 - Il contratto di mediazione deve essere chiaro e fornire le informazioni necessarie sulla procedura di mediazione, fra cui informazioni precise sui possibili costi.
 - Qualora non venga stabilito un contratto di mediazione, le parti devono essere altrimenti informate in maniera adeguata sui termini e le condizioni del servizio di mediazione prima di impegnarsi in una mediazione.
- 175 Allo scopo di assicurare il consenso informato delle parti alla mediazione, deve essere valutata la possibilità di stabilire un accordo scritto tra il mediatore e le parti sui termini e le condizioni del servizio di mediazione, salvo diversamente disciplinato dal sistema giuridico pertinente²¹⁴. Il contratto di mediazione deve essere chiaro e contenere le informazioni necessarie sulla procedura di mediazione.
- 176 Il contratto deve spiegare il ruolo del mediatore come terzo neutrale e imparziale. Va sottolineato che il mediatore si limita a facilitare la comunicazione tra le parti e che non rappresenta le parti o una delle parti. Quest'ultimo aspetto è particolarmente importante qualora la mediazione debba essere condotta come mediazione binazionale e bilingue in una controversia familiare transfrontaliera in cui le parti potrebbero tendere a sentire un legame più stretto con il mediatore che parla la stessa lingua e condivide lo stesso contesto culturale²¹⁵.

210 Riguardo all'uso della tecnologia nella mediazione familiare internazionale, cfr., per esempio, M. Kucinski, *The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases*, *Journal of Dispute Resolution*, 2010, pag. 297 e seguenti e pag. 312 e seguenti.

211 Riguardo all'istituzione di un servizio di risoluzione delle controversie familiari in **Australia** cfr., per esempio, T. Casey, E. Wilson-Evered e S. Aldridge, *The Proof is in the Pudding: The Value of Research in the Establishment of a National Online Family Dispute Resolution Service*, 11a conferenza dell'*Australian Institute of Family Studies*, disponibile all'indirizzo <<http://www.aifs.gov.au/conferences/aifs11/docs/casey.pdf>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

212 Riguardo ai problemi specifici connessi alla mediazione a lunga distanza, cfr. il progetto di principi per le buone prassi relative alla risoluzione delle controversie e la tecnologia dell'informazione, redatto dall'*Australian National Alternative Dispute Resolution Advisory Council (NADRAC)*, 2002, disponibile all'indirizzo <<http://www.nadrac.gov.au/publications/PublicationsByDate/Pages/PrinciplesonTechnologyandADR.aspx>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

213 Cfr. il capitolo 10 sulla mediazione e le accuse di violenza domestica.

214 Cfr. anche la sezione 6.1.2.

215 Cfr. anche la sezione 6.2.3 sul concetto di mediazione biculturale e bilingue.

- 177 Un contratto di mediazione redatto per una controversia familiare internazionale deve richiamare l'attenzione sull'importanza di ottenere le informazioni giuridiche o la consulenza giuridica relative agli accordi tra i genitori e la loro attuazione nei vari sistemi giuridici interessati, sottolineando che il mediatore stesso, pur facendo riferimento a informazioni giuridiche, non fornisce una consulenza giuridica²¹⁶. È questo il caso in cui una stretta collaborazione con i rappresentanti legali esperti delle parti può essere utile e/o le parti possono essere invitate a rivolgersi a fonti di consulenza giuridica indipendente specifica.
- 178 Il contratto di mediazione deve sottolineare l'importanza della riservatezza della procedura di mediazione e deve richiamare l'attenzione alle disposizioni legislative applicabili²¹⁷. Inoltre, il contratto può includere condizioni che obbligano le parti a non emanare un mandato di comparizione nei confronti del mediatore²¹⁸.
- 179 Nel contratto di mediazione deve essere fatto riferimento ai metodi/modelli utilizzati e allo scopo della mediazione²¹⁹.
- 180 Il contratto deve anche fornire informazioni precise sui possibili costi della mediazione²²⁰.
- 181 Qualora non sia redatto alcun contratto di mediazione, le informazioni in questione devono essere comunque fornite alle parti per iscritto, per esempio attraverso schede informative, una lettera personalizzata o termini e condizioni generali disponibili sul sito Internet cui si fa riferimento prima di iniziare la mediazione.

5 Ambito della mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori

- 182 Una questione sempre posta in evidenza quando si fa riferimento ai vantaggi della mediazione rispetto ai procedimenti giudiziari è l'ambito della mediazione. Si dice che la mediazione consente di affrontare in maniera più adeguata tutti gli aspetti di una controversia, in quanto può includere anche argomenti non giuridicamente rilevanti, che pertanto non troverebbero posto in un'udienza in tribunale. In una controversia familiare, la mediazione può contribuire a risolvere vecchie e lunghe faide familiari di cui la controversia attuale potrebbe essere solo un sintomo. Ciò significa tuttavia impegnarsi in una procedura molto lunga.

5.1 Le questioni urgenti

- La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori deve rispettare rigorosi requisiti di tempo e pertanto può essere necessario limitarne l'ambito.
- Si deve trovare il giusto equilibrio tra l'inclusione degli argomenti necessari per ottenere una soluzione concordata sostenibile e il rispetto dei rigorosi requisiti di tempo.

216 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), III (metodi di mediazione):

“Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi: (...)

x. il mediatore può fornire informazioni di carattere legale ma non può prestare consulenza legale. Dovrebbe, quando opportuno, informare le parti della possibilità di consultare un legale o altro professionista che abbia competenza in materia”.

217 Per maggiori informazioni sulla riservatezza, cfr. sezione 6.1.5.

218 Per un esempio di inclusione di una disposizione deterrente secondo cui una parte deve pagare l'onorario del legale del mediatore se la parte emana un mandato di comparizione nei confronti del mediatore e nessuno è chiamato a deporre nel caso in cui la legge non tuteli la riservatezza della mediazione, cfr. K.K. Kovach (cit. alla nota 110), pag. 197 e 198.

219 Riguardo all'ambito della mediazione, cfr. il capitolo 5.

220 Cfr. anche la norma VIII delle norme statunitensi di condotta stabilite dall'*American Bar Association* (Ordine forense americano), dall'*American Arbitration Association* e dall'*Association for Conflict Resolution* nel 1994 e modificate nel 2005 (cfr. la precedente nota 56).

- 183 La mediazione nel caso particolare della sottrazione internazionale di minori deve essere condotta nel contesto del quadro normativo internazionale applicabile. Per essere compatibile con la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, la mediazione deve rispettare rigorosi requisiti di tempo e quindi può essere necessario limitarne l'ambito. La Convenzione del 1980 può inoltre fornire indicazioni riguardo agli argomenti da trattare nella mediazione.
- 184 È evidente che la questione principale è il ritorno del minore. Uno studio comparativo preparato nel 2006 dalla Commissione speciale ha sottolineato in questo contesto che una richiesta ai sensi della Convenzione (del 1980) riguarda principalmente il ritorno di un minore residente abitualmente in uno Stato contraente che è stato trasferito o trattenuto illecitamente in un altro Stato contraente. La premessa di base della Convenzione è che lo Stato di residenza abituale del minore è competente a decidere in merito alla questione dell'affidamento/delle visite e che il rientro immediato del minore in tale Stato consente di adottare tempestivamente una decisione nell'interesse del minore senza che quest'ultimo abbia il tempo di stabilirsi in un altro Stato²²¹.
- 185 La Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori si propone di ripristinare tempestivamente lo *status quo* prima della sottrazione, lasciando le decisioni a lungo termine sull'affidamento e le visite e la questione di un possibile trasferimento del minore al tribunale competente che, secondo la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori e altri strumenti pertinenti che ribadiscono tale principio, è nello Stato di residenza abituale del minore. Qualora non si applichi alcuna eccezione, il giudice adito per una richiesta di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia deve ordinare il rientro del minore.
- 186 Si potrebbe quindi sollevare la questione se la mediazione nei casi di sottrazione di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori debba limitarsi a discutere le modalità del rientro immediato del minore nella giurisdizione competente. La risposta chiara è no. La mediazione nel contesto della Convenzione del 1980 può anche discutere la possibilità di un non rientro, le sue condizioni, modalità e problemi connessi, ossia la decisione a lungo termine del trasferimento del minore. Trattare tali questioni nella mediazione non è in linea di principio in contrasto con la Convenzione del 1980 e altri strumenti pertinenti, sebbene il quadro giuridico influisca su ciò che in concreto può essere concordato²²².
- 187 Va sottolineato che la mediazione non subisce le stesse limitazioni giurisdizionali dei procedimenti giudiziari. Mentre i procedimenti giudiziari possono trattare soltanto questioni per le quali il tribunale ha competenza (internazionale), la mediazione non ha gli stessi limiti, sebbene le questioni giurisdizionali svolgano un ruolo quando si tratta di rendere l'accordo raggiunto tramite mediazione giuridicamente vincolante nei vari sistemi giuridici interessati. È quindi ampiamente riconosciuto che la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori può trattare non solo le condizioni e le modalità del rientro o del non rientro, ma anche altre questioni a più lungo termine che influiscono sulla responsabilità genitoriale delle parti, fra cui affidamento, visite o accordi per il sostentamento del minore.
- 188 Per contro, i procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia non possono, in linea generale, occuparsi del merito dell'affidamento. L'articolo 16 della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori stabilisce che “dopo aver ricevuto notizia di un trasferimento illecito di un minore o del suo mancato ritorno (...) le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato contraente nel quale il minore è stato trasferito o è trattenuto, non potranno deliberare per quanto riguarda il merito dei diritti di affidamento, fino a quando non sia stabilito che il minore non deve rientrare (...)”. La Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori va di pari passo con la Convenzione del 1980 a questo proposito: le decisioni a lungo termine sull'affidamento sono lasciate al tribunale competente dello Stato di residenza abituale del minore subito prima della sottrazione. Secondo l'articolo 16 della Convenzione del 1980, la possibilità di una modifica della giurisdizione in materia di affidamento ai tribunali dello Stato interessato si ha soltanto quando il procedimento di ritorno in corso in base alle convenzioni dell'Aia è terminato²²³.

221 Cfr. S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 3.1, pagg. 10 e 11.

222 Cfr. anche S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (cit. alla nota 95), pag. 39 e seguenti; cfr. anche E. Carl e M. Erb-Klünemann, *Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (cit. alla nota 98), pagg. 59-76.

223 Cfr. il capitolo 13 sulle questioni della giurisdizione e delle disposizioni legislative applicabili; riguardo a un cambiamento di giurisdizione ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione del 1996, cfr. anche il capitolo 13 del manuale pratico sulla Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione “Publications”).

- 189 Quando si tratta di decidere esattamente quali questioni possono essere trattate nelle sessioni di mediazione nei singoli casi di sottrazione internazionale di minori, si deve trovare un giusto equilibrio tra l'inclusione degli argomenti necessari per ottenere una soluzione concordata sostenibile e la conformità a rigorosi requisiti di tempo. Inoltre, devono essere considerate con attenzione le (altre) possibili azioni richieste per rendere l'accordo su una determinata materia giuridicamente vincolante e esecutivo in entrambi i sistemi giuridici interessati quando si decide l'ambito della mediazione. Per esempio, è presumibile che, in un singolo caso, l'inclusione della questione degli alimenti in un accordo sul rientro del minore rischi di causare considerevoli ritardi nel processo inteso a rendere l'accordo raggiunto tramite mediazione eseguibile nei due sistemi giuridici a causa di complessi problemi giurisdizionali²²⁴. A questo proposito, può essere auspicabile separare la questione degli alimenti da quelle prevalenti nella situazione di una sottrazione internazionale di minori, ossia il rientro o il non rientro del minore e questioni eventualmente connesse riguardanti la responsabilità genitoriale. Le parti devono essere informate che l'esclusione di alcuni argomenti dall'ambito della mediazione in questa fase non costituisce un ostacolo a trattarli in sessioni di mediazione separate in una fase successiva.

5.2 Importanza della giurisdizione e della legge applicabile riguardo alla responsabilità genitoriale e ad altri argomenti trattati nell'accordo raggiunto tramite mediazione

→ La mediazione familiare internazionale deve tener conto delle interrelazioni tra gli argomenti oggetto della mediazione e gli aspetti della giurisdizione e della legge applicabile.

- 190 La mediazione nelle controversie familiari internazionali deve tenere conto dell'interrelazione tra gli argomenti trattati nella mediazione e le questioni della legge applicabile e della giurisdizione. Il conferimento di valore giuridico all'accordo raggiunto tramite mediazione richiede spesso il coinvolgimento di un tribunale a fini di registrazione o di trasformazione dell'accordo in un provvedimento giudiziario. È quindi importante considerare quali tribunali possono essere competenti in merito agli argomenti inclusi nell'accordo raggiunto tramite mediazione e lo stesso vale per la questione della legge applicabile. Qualora un accordo raggiunto tramite mediazione riguardi un'ampia serie di argomenti, potrebbe essere necessario il coinvolgimento di una o più autorità giudiziarie o amministrative nel processo di conferimento di valore giuridico al contenuto dell'accordo²²⁵.

6 Principi/modelli/metodi di mediazione

- 191 Allo scopo di garantire la qualità della mediazione, sono stati definiti vari principi di mediazione, molti dei quali sono integrati nella normativa sulla mediazione, nei codici di condotta e in altri strumenti pertinenti. Alcuni di tali principi, come l'imparzialità e la neutralità, sono spesso presenti anche nella stessa definizione di mediazione.
- 192 Anche se i principi di mediazione promossi nelle varie giurisdizioni e da singoli organismi di mediazione possono variare, è possibile individuare elementi comuni. La presente guida riguarda le buone prassi relative ai principi più comunemente promossi, che hanno particolare rilevanza per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori.
- 193 Quando si tratta di modelli e metodi di mediazione impiegati negli Stati e dai sistemi di mediazione, il quadro è ancora più vario e la presente guida non può fornire un elenco esauriente. Pur rispettando la diversità di criteri di scelta di metodi e modelli di mediazione, la presente guida si propone di richiamare l'attenzione su alcune buone prassi utili per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori.

224 Cfr. la sezione 5.2 e il capitolo 13 per maggiori informazioni sulla questione della giurisdizione.

225 Cfr. il capitolo 13 sulle questioni della giurisdizione e della legge applicabile.

6.1 Principi di mediazione – Norme internazionali

6.1.1 VOLONTARIETÀ DELLA MEDIAZIONE

- La mediazione è un processo volontario.
- L'avvio di un procedimento di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia non deve dipendere dalla partecipazione alla mediazione o a una sessione di mediazione informativa.
- La disponibilità a partecipare alla mediazione o la sua mancanza non devono influire sul procedimento di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia.

- 194 Per sua natura la mediazione coinvolge le parti in un processo volontario di ricerca di una risoluzione amichevole della controversia che le oppone. La “volontarietà” è un principio fondamentale e indiscutibile della mediazione comunemente utilizzato nelle definizioni della mediazione e pertanto è stato anche integrato nella definizione della mediazione contenuta nella presente guida²²⁶.
- 195 Il principio di “volontarietà” non è in contrasto con i requisiti di obbligatorietà degli incontri informativi sulla mediazione previsti da alcune giurisdizioni²²⁷. Anche nelle giurisdizioni in cui è obbligatorio per le parti di una controversia tentare una mediazione²²⁸, si può sostenere che esiste la compatibilità con la volontarietà della mediazione a condizione che le parti non siano costrette a risolvere la loro controversia tramite mediazione.
- 196 In casi di sottrazione internazionale di minori, l'uso della mediazione non deve ritardare i procedimenti di ritorno immediato e pertanto deve essere valutato con estrema attenzione l'uso di misure “obbligatorie” per promuovere la mediazione.
- 197 L'avvio di un procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia non deve dipendere dalla presenza di entrambe le parti a una sessione informativa sulla mediazione, soprattutto se ne consegue che il genitore responsabile della sottrazione avrebbe la possibilità di ritardare unilateralmente l'avvio del procedimento. Inoltre, eventuali misure obbligatorie che incoraggino i genitori a mediare non possono ignorare le circostanze specifiche dei casi internazionali di sottrazione. Gli Stati devono valutare se i meccanismi utilizzati nelle controversie familiari nazionali per promuovere l'uso della mediazione siano adeguati per i casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.
- 198 Un esempio ricorrente di tali casi è quello in cui il genitore che ha subito la sottrazione non conosce il sistema giuridico dello Stato interessato (ossia lo Stato in cui il minore è stato condotto) e non parla la lingua di tale Stato, mentre il genitore responsabile della sottrazione di norma ha almeno un legame linguistico con lo Stato. A questo proposito, è molto probabile che le pressioni esercitate sul genitore che ha subito la sottrazione affinché accetti di partecipare a una mediazione disponibile soltanto nella lingua dello Stato interessato, ossia in cui il genitore che ha subito la sottrazione non può comunicare nella sua lingua madre, siano percepite come ingiuste da tale genitore. Dare al genitore che ha subito la sottrazione in una situazione di questo genere l'impressione che l'avvio di un procedimento in base alle convenzioni dell'Aia dipenda dal suo tentativo di mediazione potrebbe essere considerato dal genitore una pressione indebita e pertanto è controproducente.

226 Cfr. la sezione relativa alla terminologia.

227 Per esempio, in **Francia** e in **Germania**, in una controversia tra genitori relativa ai figli, il giudice familiare può obbligare i genitori a partecipare a un incontro informativo sulla mediazione, tuttavia non li può obbligare a ricorrere alla mediazione, cfr. l'articolo 373-2-10 (modificato da ultimo nel 2004) e l'articolo 255 (modificato da ultimo nel 2002) del codice civile **francese** e il capitolo 156, paragrafo 1, frase 3 (modificato da ultimo nel 2012) e capitolo 81, paragrafo 2, punto 5 (modificato da ultimo nel 2012) della legge nazionale **tedesca** sul diritto e le procedure familiari (FamFG); anche in **Australia**, un tribunale può ordinare che le parti del procedimento partecipino a un tentativo di risoluzione di una controversia familiare che includa la mediazione, cfr. l'articolo 13 C e seguenti della legge sul diritto di famiglia del 1975 (modificata da ultimo dalla legge n. 147 del 2010) (cfr. la precedente nota 174). Per maggiori informazioni sugli incontri obbligatori riguardo alla mediazione in materia civile in alcuni Stati, cfr. anche K.J. Hopt e F. Steffek (cit. alla nota 2), pag. 12.

228 Cfr. H. Joyce, *Mediation and Domestic Violence: Legislative Responses, Comment*, 14 *J. Am. Acad. Matrimonial Law* (1997), pag. 451.

- 199 Entrambi i genitori devono essere informati che la mediazione è solo una possibilità, che esiste oltre al ricorso al procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia. La volontà o la mancanza di volontà dei genitori a impegnarsi in una mediazione o a continuare la mediazione dopo averla iniziata non deve influire sulla decisione del tribunale²²⁹.

6.1.2 CONSENSO INFORMATO

→ La decisione delle parti di impegnarsi in una mediazione deve essere basata su un consenso informato.

- 200 Alle parti devono essere fornite tutte le informazioni necessarie sulla mediazione e sulle questioni correlate prima dell'avvio della procedura di mediazione per consentire alle parti di adottare una decisione informata sulla partecipazione a una mediazione²³⁰. Tali informazioni devono includere: dati sulla procedura di mediazione e i principi che la determinano, come la riservatezza; dati sul metodo e il modello utilizzati e informazioni sulle modalità pratiche; i possibili costi che le parti devono sostenere. Inoltre, devono essere fornite informazioni sull'interrelazione tra la mediazione e i procedimenti giudiziari. Le parti devono essere informate che la mediazione è solo una possibilità e che ricorrere alla mediazione non pregiudica il loro accesso ai procedimenti giudiziari.
- 201 Qualora sia stipulato un contratto di mediazione tra il mediatore e le parti sui termini e le condizioni della mediazione, le informazioni pertinenti potrebbero essere contenute in tale contratto; cfr. anche la sezione 4.5 sul contratto di mediazione.
- 202 Poiché la situazione giuridica nelle controversie familiari internazionali è particolarmente complessa, è necessario richiamare l'attenzione delle parti sul fatto che le informazioni giuridiche sono indispensabili per la discussione che si svolge nell'ambito della mediazione, per contribuire alla definizione dell'accordo raggiunto tramite mediazione e per conferire valore giuridico all'accordo nelle giurisdizioni interessate. L'accesso a tali informazioni potrebbe essere facilitato dall'autorità centrale o dal punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale istituito a tale scopo (cfr. il capitolo 4 sull'accesso alla mediazione) o potrebbe essere garantito da rappresentanti legali esperti delle parti²³¹.

6.1.3 VALUTAZIONE DELL'OPPORTUNITÀ DEL RICORSO ALLA MEDIAZIONE

→ Deve essere effettuata una valutazione per verificare l'opportunità del ricorso alla mediazione per il caso in esame.

- 203 I vantaggi di una valutazione iniziale sono stati descritti in precedenza nelle sezioni 2.1 e 4.2.

229 Cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 5.1, pagg. 17 e 18, in riferimento al programma pilota per la mediazione della ONG reunite (cfr. la precedente nota 97), secondo cui
quando sono stati contattati i partecipanti potenziali del programma pilota della ONG reunite è stato posto in evidenza a entrambi i genitori che la mediazione poteva essere intrapresa con il pieno consenso di entrambe le parti e la mancanza di disponibilità a partecipare alla mediazione non avrebbe avuto alcun effetto sulla richiesta basata sulle convenzioni dell'Aia.

230 Cfr. i principi per la creazione di strutture di mediazione nell'allegato I, compreso il principio generale del "consenso informato".

231 Cfr. la sezione 6.1.7 riguardante i processi decisionali in conoscenza di causa; cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), III (metodi di mediazione):
"Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi: (...)
x. il mediatore può fornire informazioni di carattere legale ma non può prestare consulenza legale. Dovrebbe, quando opportuno, informare le parti della possibilità di consultare un legale o altro professionista che abbia competenza in materia".

6.1.4 NEUTRALITÀ, INDIPENDENZA, IMPARZIALITÀ E EQUITÀ

→ **I principi generali di neutralità, indipendenza, imparzialità e equità sono indispensabili per la mediazione e devono essere salvaguardati.**

204 I principi di neutralità, indipendenza, imparzialità e equità sono fondamentali per la mediazione²³². Sono strettamente interconnessi sebbene riguardino aspetti diversi della procedura di mediazione. La mediazione deve essere neutrale in relazione all'esito della procedura. Il mediatore deve essere indipendente nel modo in cui conduce la mediazione. Nel contempo, il mediatore deve essere imparziale nei confronti delle parti²³³. Infine, la mediazione deve essere condotta con equità, ossia dando alle parti la stessa opportunità di partecipare alla procedura di mediazione. La procedura di mediazione deve essere adeguata a ogni singolo caso per consentire di disporre di poteri di trattativa equilibrati. Per esempio, il desiderio delle parti di utilizzare la propria lingua madre o una lingua in cui si sentono a proprio agio deve essere per quanto possibile rispettato²³⁴.

6.1.5 RISERVATEZZA

- **Gli Stati devono prevedere misure adeguate per garantire la riservatezza della mediazione.**
- **Gli Stati devono valutare la possibilità di introdurre norme per garantire che il mediatore e altri coinvolti nella mediazione non siano costretti a testimoniare sulle comunicazioni relative alla mediazione in materia civile o commerciale, salvo che si applichino determinate eccezioni.**
- **Nella mediazione familiare internazionale, le parti devono essere pienamente informate sulle norme applicabili in materia di riservatezza nelle varie giurisdizioni interessate.**

205 Tutte le comunicazioni svolte nel corso della mediazione e nel suo contesto devono essere riservate secondo quanto previsto dalla normativa applicabile²³⁵, salvo diversamente concordato dalle parti²³⁶. La riservatezza delle comunicazioni relative alla mediazione contribuisce a creare il clima di fiducia necessario per le parti per partecipare a una discussione aperta su tutta una serie di possibili soluzioni della controversia. Le parti possono essere meno disposte a valutare possibilità diverse se temono che le loro proposte possano essere considerate una concessione e usate contro di loro in un procedimento giudiziario. In un caso di sottrazione di un minore, per esempio, il genitore che ha subito la sottrazione potrebbe essere riluttante a dire che potrebbe accettare che il figlio resti nell'altro paese, se teme che ciò possa essere interpretato come un "consenso" ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori.

232 Cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 3.2-3.4, pagg. 11-13, e anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), III (metodi di mediazione):

"Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi:

- i. il mediatore è imparziale fra le parti;
- ii. il mediatore è neutrale nei riguardi del risultato del processo di mediazione;
- iii. il mediatore rispetta le opinioni delle parti e difende la parità delle posizioni nell'ambito della trattativa".

233 Cfr. anche la norma II delle norme statunitensi di condotta (cfr. la precedente nota 56); cfr. anche l'articolo 8 della guida alle buone prassi nella mediazione familiare dell'AIFI (cit. alla nota 144); cfr. anche J. Zawid, *Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators*, *Inter-American Law Review*, Vol. 40, 2008, pag. 1 e seguenti, pag. 37 e seguenti.

234 Cfr. la sezione 2.5.

235 Cfr. il paragrafo 211 per le eccezioni al principio di riservatezza.

236 Cfr. anche la norma V delle norme statunitensi di condotta (cfr. la precedente nota 56); cfr. anche l'articolo 7 della guida alle buone prassi nella mediazione familiare dell'AIFI (cit. alla nota 144).

- 206 Fornire informazioni di carattere puramente amministrativo riguardo al fatto che la mediazione sia iniziata, continui o si sia conclusa al tribunale o all'autorità centrale competente coinvolta nel deferimento alla mediazione non viola il principio di riservatezza²³⁷. Per contro, la condivisione di tali informazioni è una parte importante della collaborazione organizzativa tra i mediatori, le autorità centrali e i tribunali nei casi di sottrazione internazionale di minori²³⁸.
- 207 Si applicano varie misure per contribuire a garantire la riservatezza della mediazione. In molti Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, la riservatezza della mediazione viene affrontata a livello legislativo²³⁹. Inoltre, spesso nei contratti conclusi tra il mediatore e le parti prima di iniziare una mediazione sono comprese disposizioni sulla riservatezza²⁴⁰. Per esempio, il contratto può includere condizioni che vietano alle parti di emanare un mandato di comparizione nei confronti del mediatore e come deterrente una disposizione in base alla quale una parte che emana un mandato di convocazione nei confronti del mediatore deve pagare gli onorari del legale del mediatore²⁴¹.
- 208 Tuttavia, in assenza di una normativa o di altre disposizioni che vincolino i tribunali e esentino il mediatore e altri coinvolti nella procedura di mediazione dall'essere convocati per fornire una testimonianza sulle informazioni ottenute in relazione alla mediazione in materia civile o commerciale, la riservatezza della mediazione può essere stabilita nel corso del procedimento giudiziario.

237 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52):

“V. Il rapporto tra la mediazione e i procedimenti legali di fronte all'autorità giudiziaria o ad altra autorità competente (...)

b. gli Stati dovrebbero istituire meccanismi con lo scopo di: (...)

iii. informare l'autorità giudiziaria o altra autorità competente se le parti continuano o meno la mediazione e se sia stato raggiunto un accordo”.

238 Cfr. la sezione 2.1.2.

239 Cfr. i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121), sezione 19.2; tra gli Stati con una normativa sulla riservatezza della mediazione sono compresi: **Belgio, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Ungheria, Irlanda, Israele, Lituania, Norvegia, Panama, Paraguay, Polonia, Romania, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera** e **Stati Uniti d'America** (nei vari Stati federali degli Stati Uniti si applicano disposizioni diverse).

240 Cfr. la sezione 4.5; cfr. anche S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (cit. alla nota 95), pag. 47 e seguenti.

241 Cfr. K.K. Kovach (cit. alla nota 110), pagg. 197 e 198.

- 209 Gli Stati devono valutare la possibilità di introdurre disposizioni per garantire che ciò non si verifichi salvo che si applichino alcune eccezioni²⁴². Vari strumenti regionali, come la direttiva europea sulla mediazione²⁴³ o il disegno di legge degli Stati Uniti d'America sulla mediazione²⁴⁴, stabiliscono che la riservatezza della mediazione sia salvaguardata da misure legislative e in effetti molti Stati le hanno già introdotte.
- 210 Il mediatore deve informare pienamente le parti sulle norme applicabili in materia di riservatezza. Nella mediazione familiare internazionale riveste la massima importanza che siano considerate tutte le opinioni di entrambe (tutte) le giurisdizioni pertinenti sulla questione della riservatezza. Le parti devono sapere se le informazioni scambiate nel corso della mediazione possono essere utilizzate in tribunale in una delle giurisdizioni in questione. Se il mediatore non conosce le norme sulla riservatezza delle altre giurisdizioni, deve richiamare l'attenzione delle parti sul fatto che tali norme possono essere diverse e che le comunicazioni nel corso della mediazione potrebbero non essere considerate riservate nell'altra giurisdizione. Possono essere incoraggiate le richieste di informazioni ai rappresentanti legali esperti delle parti. Inoltre, i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione dell'Aia

242 Per le eccezioni, cfr. il paragrafo 211.

243 La direttiva europea sulla mediazione (cfr. la precedente nota 5), cfr. l'articolo 7 (riservatezza della mediazione):
 “1. Poiché la mediazione deve avere luogo in modo da rispettare la riservatezza, gli Stati membri garantiscono che, a meno che le parti non decidano diversamente, né i mediatori né i soggetti coinvolti nell'amministrazione del procedimento di mediazione siano obbligati a testimoniare nel procedimento giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso, tranne nei casi in cui:
 (a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona; oppure
 (b) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo.
 2. Il paragrafo 1 non impedisce in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive per tutelare la riservatezza della mediazione”.

Cfr. anche la Raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione III (metodi di mediazione):

“Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi: (...)

v. la mediazione familiare dovrebbe avvenire in condizioni che garantiscano la privacy;

vi. le discussioni che hanno luogo nell'ambito della mediazione sono a carattere confidenziale e non possono essere utilizzate successivamente, salvo in caso d'accordo tra le parti o nei casi previsti dalla legge nazionale”.

244 La legge UMA degli **Stati Uniti** (cfr. la precedente nota 54), cfr. la sezione 4 (privilegio contro la divulgazione; ammissibilità; scoperta):

“(a) Except as otherwise provided in Section 6, a mediation communication is privileged as provided in subsection (b) and is not subject to discovery or admissible in evidence in a proceeding unless waived or precluded as provided by Section 5.

(b) In a proceeding, the following privileges apply:

(1) A mediation party may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication.

(2) A mediator may refuse to disclose a mediation communication, and may prevent any other person from disclosing a mediation communication of the mediator.

(3) A nonparty participant may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication of the nonparty participant.

(c) Evidence or information that is otherwise admissible or subject to discovery does not become inadmissible or protected from discovery solely by reason of its disclosure or use in a mediation.”

[“(a) Salvo diversamente previsto nella sezione 6, una comunicazione nella mediazione è protetta da segreto secondo quanto previsto nella sottosezione (b) e non è sottoposta alla procedura di discovery, né ammissibile come prova in un procedimento, salvo in caso di rinuncia o di esclusione secondo quanto previsto dall'articolo 5.

(b) In un procedimento si applicano i seguenti privilegi:

(1) una parte di una mediazione può rifiutarsi di divulgare una comunicazione effettuata nell'ambito della mediazione e può impedire a qualsiasi altra persona di divulgarla;

(2) un mediatore può rifiutarsi di divulgare una comunicazione effettuata nell'ambito della mediazione e può impedire a qualsiasi altra persona di divulgare una comunicazione effettuata dal mediatore;

(3) un terzo partecipante può rifiutarsi di divulgare una comunicazione effettuata dal partecipante terzo nell'ambito della mediazione e può impedire a qualsiasi altra persona di divulgarla;

(c) le prove o le informazioni altrimenti ammissibili o sottoposte alla procedura di discovery non diventano ammissibili o protette dalla procedura di discovery per il solo motivo che vengono divulgate o utilizzate nella mediazione”].

del 1980 sulla sottrazione di minori possono essere un'utile fonte di informazioni sulla normativa esistente in materia di riservatezza della mediazione in uno Stato contraente della Convenzione²⁴⁵.

- 211 Com'è ovvio, esistono eccezioni al principio di riservatezza quando si tratta di informazioni su reati commessi o previsti. Molte norme che disciplinano la riservatezza della mediazione comprendono eccezioni esplicite al riguardo²⁴⁶. Inoltre, eccezioni possono derivare direttamente da altre norme come quelle del diritto penale. In base a tali norme, un mediatore o un'altra persona coinvolta nella mediazione possono essere obbligati a comunicare determinate informazioni alla polizia e, qualora le informazioni si riferiscano a un possibile rischio di danno all'integrità fisica o psicologica del minore, se possibile ad altre organizzazioni per il benessere dei minori o ad altri organismi per la protezione dei minori. Il fatto che in tali casi un mediatore possa o meno essere chiamato a testimoniare dinanzi a un tribunale in merito alle informazioni ottenute nel contesto della mediazione è un'altra questione e dipende dalla normativa applicabile.

245 Cfr. la precedente nota 121, cfr. anche la nota 239. La normativa pertinente cui si fa riferimento nei profili dei paesi è, se presentata dagli Stati contraenti interessati, disponibile anche sul sito Internet della Conferenza dell'Aia insieme ai profili dei paesi.

246 Cfr. anche la direttiva europea sulla mediazione (cfr. la precedente nota 5), articolo 7, lettera a), che prevede un'eccezione qualora "ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona"; cfr. anche la legge UMA degli **Stati Uniti** (cfr. la precedente nota 54), sezione 6 (eccezioni al privilegio):

"(a) There is no privilege under Section 4 for a mediation communication that is: (1) in an agreement evidenced by a record signed by all parties to the agreement;
 (2) available to the public under (insert statutory reference to open records act) or made during a session of a mediation which is open, or is required by law to be open, to the public;
 (3) a threat or statement of a plan to inflict bodily injury or commit a crime of violence;
 (4) intentionally used to plan a crime, attempt to commit or commit a crime, or to conceal an ongoing crime or ongoing criminal activity;
 (5) sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediator;
 (6) except as otherwise provided in subsection (c), sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediation party, nonparty participant, or representative of a party based on conduct occurring during a mediation; or
 (7) sought or offered to prove or disprove abuse, neglect, abandonment, or exploitation in a proceeding in which a child or adult protective services agency is a party, unless the (Alternative A: (State to insert, for example, child or adult protection) case is referred by a court to mediation and a public agency participates.) (Alternative B: public agency participates in the (State to insert, for example, child or adult protection) mediation) (...)."

[“(a) In base all'articolo 4 non esiste alcun privilegio per una comunicazione effettuata nell'ambito della mediazione che sia: (1) contenuta in un accordo attestato da un documento firmato da tutte le parti dell'accordo;
 (2) accessibile al pubblico ai sensi della (inserire il riferimento normativo all'open records act) o effettuata nel corso di una sessione di mediazione aperta, o che deve essere aperta per legge, al pubblico;
 (3) una minaccia o la dichiarazione di un'intenzione di infliggere una lesione personale o di commettere un atto di violenza;
 (4) usata intenzionalmente per pianificare un reato, tentare di commettere o commettere un reato o nascondere un reato o un'attività criminale in corso;
 (5) richiesta o offerta per provare o confutare un reclamo o una denuncia di mancanza professionale presentati contro un mediatore;
 (6) salvo diversamente previsto nella sottosezione (c), richiesta o offerta per provare o confutare un reclamo o una denuncia di mancanza professionale presentati contro una parte della mediazione, un terzo partecipante o un rappresentante di una parte sulla base della sua condotta nel corso di una mediazione;
 (7) richiesta o offerta per provare o confutare un abuso, una negligenza, un abbandono o uno sfruttamento in un procedimento in cui una parte è un organismo di servizi di protezione dei minori o degli adulti, salvo che il caso [alternativa A: (di protezione dei minori o degli adulti, per esempio da inserire da parte dello Stato) sia deferito da un tribunale alla mediazione e vi partecipi un organismo pubblico].
 [Alternativa B: un organismo pubblico (di protezione dei minori o degli adulti, per esempio da inserire da parte dello Stato) partecipa alla mediazione) (...)].”]

6.1.6 CONSIDERAZIONE DEGLI INTERESSI E DEL BENESSERE DEL MINORE

- La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve tenere conto degli interessi e del benessere del minore.
- Il mediatore deve incoraggiare i genitori a concentrarsi sulle esigenze dei figli e rammentare loro che sono i principali responsabili del benessere dei figli e dell'esigenza di informare i figli e di consultarli²⁴⁷.

- 212 Poiché l'esito della mediazione nelle controversie tra i genitori sull'affidamento e le visite influisce direttamente sul minore interessato, la mediazione deve tenere conto degli interessi e del benessere del minore. È ovvio che la mediazione non è una procedura direttiva; il mediatore facilita soltanto la comunicazione tra le parti, consentendo loro di trovare una soluzione responsabile per la loro controversia. Tuttavia, il mediatore:
- “deve prestare particolare attenzione al benessere e all'interesse superiore dei minori, deve incoraggiare i genitori a concentrarsi sulle esigenze dei figli e rammentare ai genitori che sono i principali responsabili del benessere dei figli e l'esigenza di informare i figli e di consultarli”²⁴⁸.
- 213 Inoltre, i principi per la creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta²⁴⁹ riconoscono l'importanza di questo aspetto stabilendo che i genitori devono essere aiutati a raggiungere un accordo che tenga in considerazione gli interessi e il benessere del minore.
- 214 Tenere conto degli interessi e del benessere del minore interessato non solo attribuisce la giusta importanza ai diritti del minore, ma è anche determinante quando si tratta di conferire valore giuridico all'accordo raggiunto tramite mediazione. In molti Stati, gli accordi tra i genitori relativi alla responsabilità genitoriale devono essere approvati da un tribunale per garantire che l'accordo sia compatibile con l'interesse superiore del minore interessato.

6.1.7 PROCESSO DECISIONALE IN CONOSCENZA DI CAUSA E ACCESSO ADEGUATO ALLA CONSULENZA LEGALE

- Un mediatore che conduce una mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve richiamare l'attenzione delle parti sull'importanza di considerare la situazione giuridica in entrambi (tutti) i sistemi giuridici interessati.
- Le parti devono avere accesso alle informazioni giuridiche pertinenti.

- 215 La soluzione concordata tra le parti deve essere il risultato di un processo decisionale in conoscenza di causa²⁵⁰. Le parti devono essere pienamente consapevoli dei loro diritti e doveri e delle conseguenze giuridiche delle loro decisioni. Come già sottolineato, la situazione giuridica nelle controversie familiari internazionali è particolarmente complessa. È pertanto necessario richiamare l'attenzione delle parti sul fatto che le informazioni giuridiche specifiche sono la base indispensabile per la discussione che si svolge nelle sessioni di mediazione, per contribuire alla definizione dell'accordo raggiunto tramite mediazione e per conferire valore giuridico nelle giurisdizioni in questione.

247 Questo principio è incluso nella raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), nella sezione III (metodi di mediazione).

248 *Ibid.*

249 Cfr. l'allegato I.

250 Cfr. *ibid.*, compresi i principi generali del processo decisionale in conoscenza di causa e di un accesso adeguato alla consulenza legale.

- 216 Le parti devono avere accesso a una consulenza legale specifica²⁵¹. L'accesso alle informazioni giuridiche pertinenti potrebbe essere facilitato dall'autorità centrale o da un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale istituito a tale scopo (cfr. sezione 4.1.4), o potrebbe essere fornito da rappresentanti legali esperti delle parti²⁵².
- 217 Qualora soltanto una delle parti abbia una rappresentanza legale, il mediatore deve richiamare l'attenzione dell'altra parte sulla necessità di avere accesso a informazioni giuridiche. Alcune informazioni giuridiche possono essere fornite anche dallo stesso mediatore, com'è ovvio, che deve chiarire tuttavia che non può fornire una consulenza legale.

6.1.8 COMPETENZA INTERCULTURALE

→ **La mediazione nelle controversie familiari internazionali deve essere condotta da mediatori con competenza interculturale.**

- 218 Com'è stato sottolineato in precedenza, la mediazione nelle controversie familiari internazionali coinvolge regolarmente parti provenienti da contesti culturali e religiosi diversi²⁵³. I mediatori che conducono una mediazione in tali casi devono essere a conoscenza dei problemi culturali e religiosi che possono presentarsi e avere una particolare sensibilità al riguardo. A tale scopo, è necessaria una formazione specifica²⁵⁴.

6.1.9 QUALIFICAZIONE DEL MEDIATORE O DEGLI ORGANISMI DI MEDIAZIONE – NORME MINIME PER LA FORMAZIONE

→ **La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve essere condotta da mediatori familiari esperti che abbiano ricevuto una formazione specifica per questo tipo di mediazione.**

- 219 Per i mediatori che conducono mediazioni nei casi di sottrazione internazionale di minori è necessaria una formazione specifica. Cfr. il capitolo 3 per maggiori informazioni.

6.2 Modelli e metodi di mediazione

- 220 Come indicato in precedenza, quando si tratta di modelli e metodi di mediazione impiegati nei vari Stati e dai diversi sistemi di mediazione, la presente guida non può fornire un quadro esauriente né concludere che un modello o un metodo è preferibile a un altro. La presente guida si propone di richiamare l'attenzione sulle buone prassi specifiche che sono utili per la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori e che riguardano alcuni modelli e metodi di mediazione.

251 Cfr. anche la sezione 6.1.2 sul consenso informato, punto 202.

252 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione III (metodi di mediazione):

“Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi: (...)

x. il mediatore può fornire informazioni di carattere legale ma non può prestare consulenza legale. Dovrebbe, quando opportuno, informare le parti della possibilità di consultare un legale o altro professionista che abbia competenza in materia”

253 Cfr. la precedente sezione 2.4; cfr. anche, per esempio, K. Kriegel, *Interkulturelle Aspekte und ihre Bedeutung in der Mediation*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (cit. alla nota 98), pagg. 91-104; R. Chouchani Hatem (cit. alla nota 110), pagg. 43-71; D. Ganancia (cit. alla nota 110), pag. 132 e seguenti; M.A. Kucinski (cit. alla nota 110), pagg. 555-582.

254 A proposito della formazione, cfr. il capitolo 14.

6.2.1 MEDIAZIONE DIRETTA O INDIRETTA

→ **La forma di mediazione diretta o indiretta più adeguata per ogni singolo caso dipende dalle circostanze proprie del caso concreto.**

- 221 La decisione di utilizzare la mediazione diretta o indiretta²⁵⁵, o una combinazione di entrambe, dipende dalle circostanze proprie del caso concreto, come i costi legati al luogo geografico e le possibili accuse di violenza domestica (cfr. il capitolo 10) e simili. La decisione è anche strettamente connessa a quella relativa alla determinazione del luogo della mediazione, dopo che è stato stabilito che la via da seguire è quella di un incontro diretto (cfr. in precedenza nella sezione 4.4).

6.2.2 MEDIAZIONE SINGOLA O COMEDIAZIONE

→ **In casi di sottrazione internazionale di minori molto conflittuali, l'uso della comediazione deve essere incoraggiato, ove possibile.**

- 222 La comediazione, ossia la mediazione condotta da due mediatori, viene usata con successo nei casi di sottrazione internazionale di minori da vari sistemi di mediazione istituiti specificamente per questo tipo di casi.
- 223 La mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori molto conflittuali è molto intensa e complessa; la discussione delle parti può essere molto emotiva e potenzialmente esplosiva. L'uso della comediazione in tali situazioni è risultato particolarmente vantaggioso²⁵⁶. La comediazione è utile in quanto mette a disposizione l'esperienza, le conoscenze e la metodologia di due mediatori, aumentando le probabilità di giungere a un esito concordato nei casi altamente conflittuali. La presenza di due mediatori nella stanza rende già più facile creare un clima calmo e costruttivo per la discussione. La collaborazione del mediatore può servire da esempio per i genitori. Inoltre, lo stesso fatto che la comediazione possa garantire che le parti non siano mai lasciate da sole tra loro in tutte le sessioni di mediazione è un vantaggio. Nel contempo, si deve tenere presente che la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori deve svolgersi entro un periodo di tempo molto stretto, potendo rendere necessario organizzare la mediazione in una breve sequenza di sessioni di due o tre ore. Tenendo conto che la mediazione in tali circostanze costituisce un onere molto gravoso per il mediatore, la comediazione può risultare utile per tutti gli interessati²⁵⁷.
- 224 Tuttavia, possono esistere casi in cui la comediazione non è fattibile. La comediazione potrebbe essere più costosa di una mediazione singola. Inoltre, può essere difficile trovare due mediatori adeguati entro il breve termine stabilito. Inoltre, se i due mediatori non hanno partecipato a una comediazione in precedenza, si può rischiare che abbiano bisogno di tempo per adattarsi alle varie dinamiche della comediazione. Ciò pone in evidenza i vantaggi della mediazione singola condotta da un mediatore con esperienza nel campo delle controversie nei casi di sottrazione internazionale di minori, che dovrebbe essere meno costosa, può essere più facile da organizzare e non comporta il rischio che le metodologie di due mediatori che in precedenza non hanno mai partecipato a una comediazione siano in contrasto tra loro.
- 225 Ciononostante, tenuto conto dei vari vantaggi della comediazione, quando si prevede l'istituzione di un sistema di mediazione per i casi di sottrazione di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, deve essere valutata la possibilità di introdurre la comediazione per i casi di controversie molto conflittuali²⁵⁸.

255 Per le definizioni, cfr. la sezione relativa alla terminologia.

256 Cfr. per esempio la relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG riunite (cit. alla nota 97), pagg. 42-44, sull'esperienza dei mediatori nei casi di sottrazione internazionale di minori.

257 Nella relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG riunite (*ibid.*), a pag. 11, i mediatori raccomandavano altamente di condurre la mediazione come comediazione in tali casi.

258 Per gli Stati contraenti della Convenzione del 1980 in cui è disponibile la comediazione, cfr. anche i profili dei paesi (cfr. la precedente nota 121) nella sezione 19.1 d). La comediazione è disponibile, per esempio in **Australia, Belgio, Francia, Germania, Ungheria, Lituania, Slovenia, Regno Unito (Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord) e Stati Uniti d'America.**

6.2.3 CONCETTO DI MEDIAZIONE BICULTURALE E BILINGUE

- Se adeguato e fattibile, deve essere incoraggiato l'uso della mediazione biculturale e bilingue nei casi di sottrazione transfrontaliera di minori.
- L'autorità centrale o un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale devono mettere a disposizione delle parti interessate le informazioni sui possibili modelli e procedure di mediazione..

- 226 Una forma particolare di mediazione è quella biculturale e bilingue che risponde all'esigenza di una competenza interculturale e di capacità linguistiche nelle mediazioni tra due parti di Stati di origine diversi e con lingue madri diverse.
- 227 Secondo questo modello, la mediazione viene condotta da due mediatori familiari esperti: uno di ogni Stato di origine e contesto culturale delle parti. Qualora nello Stato di origine si parlino lingue diverse, i mediatori dispongono delle capacità linguistiche necessarie, sebbene sia opportuno sottolineare che almeno uno di loro deve avere una buona comprensione dell'altra lingua. Esistono altri due aspetti per i quali alcuni sistemi di mediazione istituiti per i casi di sottrazione internazionale di minori che utilizzano la mediazione binazionale cercano di trovare un punto di equilibrio, ossia il genere e l'esperienza professionale dei mediatori. In questi sistemi la mediazione viene condotta da due mediatori, un uomo e una donna, uno con competenze giuridiche e l'altro sociopsicologiche, consentendo di combinare l'esperienza professionale e la competenza culturale necessarie per gestire i vari problemi legati alla mediazione. I sistemi di mediazione che coinvolgono mediatori di generi e contesti professionali diversi potrebbero quindi essere definiti sistemi di mediazione biculturali, bilingui, bigenere e biprofessionali²⁵⁹.
- 228 Storicamente, lo sviluppo di sistemi di mediazione nel contesto delle sottrazioni di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori risale all'iniziativa parlamentare binazionale franco-tedesca sulla mediazione. Per fornire assistenza in casi di sottrazione particolarmente difficili tra Germania e Francia, in cui erano coinvolti cittadini di entrambi i paesi, nel 1998 i ministeri della Giustizia di Francia e Germania hanno deciso di costituire un gruppo di mediatori parlamentari e di finanziare la sua attività. Il gruppo, che comprendeva tre parlamentari francesi e tre tedeschi, ognuno dei quali era membro del Parlamento europeo, ha iniziato l'attività nel 1999. I casi erano trattati in mediazione da un mediatore francese e uno tedesco²⁶⁰. Nel 2003 il sistema parlamentare è stato sostituito da un sistema con mediatori professionisti non parlamentari di entrambi i paesi, che ha funzionato fino al 2006²⁶¹. Il passaggio dal coinvolgimento di parlamentari alla mediazione condotta da mediatori professionisti indipendenti ha rappresentato un passo avanti per evitare la politicizzazione e la caratterizzazione nazionalistica di alcune controversie familiari private²⁶².

259 Per esempio, i sistemi di mediazione attualmente accessibili tramite l'organizzazione senza scopo di lucro tedesca MiKK e.V.: il progetto **tedesco-polacco** (iniziato nel 2007), il progetto **tedesco-americano** (iniziato nel 2004), il progetto **tedesco-francese** che porta avanti l'attività del sistema di mediazione **franco-tedesco** organizzato e finanziato dai ministeri della Giustizia di **Francia e Germania** (2003-2006), il progetto **tedesco-britannico** in collaborazione con la ONG reunite (iniziato nel 2003/2004), per maggior informazioni cfr. la precedente nota 97. Cfr. anche la dichiarazione di Wroclaw del 2008 per i principi ai quali i sistemi di mediazione "biculturale" aspirano ad aderire, in S. Kiesewetter, C.C. Paul e E. Dobiejewska, *Breslauer Erklärung zur binationalen Kindschaftsmediation*, in FamRZ 8/2008, pag. 753 e seguenti; la dichiarazione di Wroclaw è anche disponibile all'indirizzo: <<http://www.mikk-ev.de/english/codex-and-declarations/wroclaw-declaration/>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

260 Per una breve descrizione del progetto di iniziativa parlamentare sulla mediazione, cfr. la relazione sulla mediazione binazionale professionale **franco-tedesca** in T. Elsen, M. Kitzing e A. Böttger, *Professionelle binationale Co-Mediation in familienrechtlichen Streitigkeiten (insbesondere Umgang) – Endbericht*, Hannover 2005. Nel progetto parlamentare sulla mediazione **franco-tedesco** sono stati coinvolti anche mediatori professionisti, cfr. *ibid.*

261 Cfr. anche *ibid.*, secondo i calcoli del ministero **tedesco** della Giustizia, il gruppo ha gestito circa 30 casi di mediazione per il periodo dalla sua istituzione nell'ottobre 2003 al suo scioglimento nel marzo 2006. Sapendo che i finanziamenti pubblici del progetto sarebbero finiti nel 2006, nel 2005 i mediatori professionisti coinvolti in tali casi hanno costituito un'associazione per la mediazione familiare binazionale in Europa – *Médiation familiale binationale en Europe* (MFBE) – per poter proseguire il progetto.

262 Purtroppo, molti dei casi di sottrazione internazionale di minori particolarmente difficili hanno anche accentrato su di sé l'attenzione dei mezzi di informazione, che hanno regolarmente enfatizzato in maniera eccessiva gli aspetti relativi alla nazionalità dei casi. Per il quadro giuridico internazionale pertinente, in particolare la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, ma anche altri strumenti come la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori e il regolamento Bruxelles II bis, la nazionalità delle parti non svolge un ruolo. Tali strumenti attribuiscono importanza alla residenza abituale del minore interessato.

- 229 In seguito alle esperienze positive del progetto di mediazione franco-tedesco²⁶³, in Germania sono stati avviati altri progetti di mediazione binazionale (uno con gli Stati Uniti d'America e un sistema di mediazione pilota binazionale polacco-tedesco).
- 230 È ovvio che non è la nazionalità dei mediatori professionali di per sé che li rende particolarmente adatti a condurre mediazioni insieme nei casi in cui sono coinvolte parti provenienti dai paesi di origine dei mediatori. Sono importanti piuttosto il contesto culturale del mediatore e la conseguente capacità di comprendere i valori e le aspettative di una parte e la capacità di tradurre la relativa comunicazione verbale e non verbale in modo da renderla più comprensibile per l'altra parte. È evidente che quest'ultima presuppone che il mediatore abbia una buona conoscenza della cultura dell'altra parte.
- 231 Riconoscendo che la cultura di una persona è influenzata da molti fattori, di cui la nazionalità è solo uno dei tanti, e che in un determinato caso altri aspetti come la religione e il legame con un gruppo etnico specifico potrebbero influire maggiormente sulla cultura di una persona rispetto alla cittadinanza, si potrebbe essere propensi a incoraggiare la mediazione "biculturale" come principio²⁶⁴.
- 232 Il grosso vantaggio della comediazione "biculturale" e "bilingue" è che può fornire un quadro favorevole al rafforzamento della fiducia tra le parti, creando un clima in cui le parti di sentono capite e assistite nella loro comunicazione da qualcuno proveniente dallo stesso contesto linguistico e culturale. Tenuto conto tuttavia del possibile rischio che una parte si identifichi con uno dei mediatori e consideri tale persona un rappresentante nella mediazione, i mediatori devono sottolineare il loro ruolo come terzi neutrali e imparziali.
- 233 Il modello di mediazione "biculturale" può essere utile anche se le parti provengono dallo stesso Stato di origine, ma hanno un'identità culturale diversa in quanto appartengono a comunità etniche o religiose diverse e se la mediazione potrebbe quindi essere condotta in comediazione da mediatori con lo stesso contesto culturale.
- 234 Gli svantaggi della comediazione "biculturale" e "bilingue" possono essere le implicazioni economiche. Inoltre, potrebbe essere ancora più difficile trovare mediatori disponibili e adeguati entro un breve periodo di tempo rispetto alla comediazione normale, in particolare quando la mediazione deve essere anche "biprofessionale".
- 235 È chiaro che nei casi in cui le parti provengono dallo stesso contesto culturale, la mediazione "biculturale" non porta un valore aggiunto; tuttavia, potrebbe essere utilizzata la comediazione "bigenera" o "biprofessionale", se fattibile.
- 236 Devono essere rese disponibili per le parti interessate informazioni sui possibili modelli di mediazione attraverso l'autorità centrale o un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale (cfr. il capitolo 4).

263 Per maggiori informazioni, cfr. la relazione sul progetto **tedesco** di mediazione professionale binazionale elaborato su richiesta del ministero **tedesco** della Giustizia: T. Elsen, M. Kitzing e A. Böttger (cit. alla nota 260); cfr. anche E. Carl, J.-P. Copin e L. Ripke, *Das deutsch-französische Modellprojekt professioneller Mediation*, KindPrax 2005, 25-28.

264 Cfr. anche S. Vigers, *Mediating International Child Abduction Cases – The Hague Convention* (cit. alla nota 95), pag. 34 e seguenti.

7 Coinvolgimento del minore

- 237 Nelle controversie familiari internazionali relative ai minori, il coinvolgimento del minore nella risoluzione della controversia può avere diversi scopi. In primo luogo, ascoltare le opinioni del minore consente di conoscerne in maniera più approfondita sentimenti e desideri, che possono costituire informazioni importanti quando si tratta di determinare se una soluzione è nell'interesse superiore del minore. In secondo luogo, può aprire gli occhi dei genitori riguardo ai desideri del figlio e aiutarli a distanziarsi dalle proprie posizioni allo scopo di trovare una soluzione comune accettabile²⁶⁵. In terzo luogo, il coinvolgimento del minore rispetta il diritto del minore di essere ascoltato²⁶⁶, fornendo nel contempo l'opportunità per il minore di essere informato sulla situazione.
- 238 Considerando entro quali limiti i minori possono e devono essere coinvolti nella mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, è utile esaminare brevemente il coinvolgimento dei minori nei procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia e nei procedimenti previsti dal diritto di famiglia in generale nei vari sistemi giuridici. Soprattutto quando si tratta di rendere un accordo raggiunto tramite mediazione giuridicamente vincolante e esecutivo, devono essere considerate le norme fissate dai sistemi giuridici interessati.

7.1 Coinvolgimento di un minore nei procedimenti di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia e nei procedimenti previsti dal diritto di famiglia

- 239 Nei procedimenti di ritorno nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, le opinioni del minore possono, a seconda della sua età e grado di maturità, influire sulla decisione del giudice. Particolare attenzione viene rivolta all'opposizione del minore al ritorno. L'articolo 13, paragrafo 2, della Convenzione del 1980 prevede che il tribunale può "rifiutarsi di ordinare il ritorno del minore qualora esso accerti che il minore si oppone al ritorno, e che ha raggiunto un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere"²⁶⁷.
- 240 Storicamente, questa disposizione doveva essere letta insieme all'articolo 4 della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, che limita l'applicazione della Convenzione ai minori di età inferiore a 16 anni e riconosce che una persona di età superiore a 16 anni in generale ha una sua mentalità che non può essere ignorata da un genitore o da entrambi o da un'autorità giudiziaria o amministrativa²⁶⁸. L'articolo 13, paragrafo 2 è stato introdotto per attribuire al tribunale il potere decisionale riguardo al provvedimento di ritorno se un minore di età superiore a 16 anni si oppone al proprio ritorno²⁶⁹.

265 Cfr. per esempio J. McIntosh, *Child inclusion as a principle and as evidence-based practice: Applications to family law services and related sectors*, Australian Family Relations Clearinghouse, 2007, pagg. 1-23.

266 Cfr. l'articolo 12 dell'UNCRC, che promuove il diritto del minore di essere ascoltato in qualsiasi procedimento giudiziario o amministrativo che lo riguarda, direttamente o tramite un rappresentante o un organismo adeguato, in maniera coerente con le norme procedurali del diritto nazionale; riguardo all'effettiva applicazione dell'articolo 12, cfr. l'osservazione generale n. 12 (luglio 2009) sul diritto dei minori di essere ascoltati, formulata dal Comitato per i diritti del fanciullo, disponibile all'indirizzo <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

267 Inoltre, interrogare il minore potrebbe essere importante per considerare se "sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, ai pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile", ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione del 1980.

268 Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention* (cit. alla nota 93), pag. 450, paragrafo 77; cfr. anche P. Beaumont e P. McElevy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999, pagg. 177 e 178.

269 Sull'ulteriore contesto dell'articolo 13, paragrafo 2, della Convenzione del 1980, cfr. E. Pérez-Vera (cit. alla nota 268). Cfr. anche P. McElevy, *INCADAT-Case Law Analysis Commentary: Exceptions to Return – Child's Objection – Requisite Age and Degree of Maturity*, disponibile all'indirizzo <www.incadat.com> nella sezione "Case Law Analysis".

- 241 Attualmente, tuttavia, questa disposizione viene sempre più considerata nel contesto più ampio del diritto del minore di essere ascoltato²⁷⁰, riconosciuto dall'UNCRC²⁷¹, dalla Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori²⁷² e da vari strumenti²⁷³ e iniziative²⁷⁴ regionali.
- 242 Tale sviluppo si riflette nelle informazioni fornite dagli Stati contraenti nei profili dei paesi²⁷⁵ nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori ed è stato discusso nella sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni del 1980 e del 1996. La Commissione speciale ha accolto con favore il massiccio sostegno manifestato a favore della concessione ai minori, compatibilmente con la loro età e grado di maturità, dell'opportunità di essere ascoltati nei procedimenti di ritorno nell'ambito della Convenzione del 1980 a prescindere dal fatto che sia stato invocato l'articolo 13, paragrafo 2²⁷⁶. La Commissione speciale ha anche riconosciuto la necessità per il minore di essere informato della procedura in corso e delle possibili conseguenze in maniera adeguata considerando l'età e il grado di maturità del minore²⁷⁷.

270 Cfr. P. Beaumont e P. McEleavy (cit. alla nota 268).

271 Cfr. l'articolo 12 dell'UNCRC (riportato nella nota 266) che promuove il diritto dei minori di essere ascoltati; riguardo all'applicazione effettiva dell'articolo 12, cfr. l'osservazione generale n. 12 (luglio 2009) relativa al diritto dei minori di essere ascoltati (cit. alla nota 266).

272 Prendendo spunto dall'articolo 12 dell'UNCRC, l'articolo 23, paragrafo 2, lettera b), della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori prevede che il riconoscimento di una misura adottata in uno Stato contraente può essere rifiutato se la misura è stata adottata, tranne in caso di urgenza, nel contesto di un procedimento giudiziario o amministrativo, senza che al minore sia stata data l'opportunità di essere ascoltato, in violazione dei principi di procedura fondamentali dello Stato interessato; cfr. anche P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention* (cit. alla nota 80), pag. 585, paragrafo 123.

273 Per esempio, nel 1996 il Consiglio d'Europa ha adottato la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, entrata in vigore il 1° luglio 2000, il cui scopo è tutelare l'interesse superiore dei minori attraverso alcune misure procedurali per consentire ai minori di esercitare i loro diritti, in particolare nei procedimenti giudiziari in materia familiare. La Convenzione è in vigore alla data della presente guida in **Austria, Croazia, Cipro, Repubblica ceca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Montenegro, Polonia, Slovenia, ex Repubblica jugoslava di Macedonia, Turchia e Ucraina**, cfr. <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?CL=ITA&CM=&NT=160&DF=05/12/2010&VL=>> (consultato da ultimo 16 Giugno 2012); inoltre, il regolamento Bruxelles II bis applicabile dal 1° marzo 2005 per tutti gli Stati membri dell'Unione europea tranne la **Danimarca**, che integra l'applicazione della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori in tali Stati, tiene conto dei rapidi sviluppi recenti nella promozione dei diritti dei minori nei procedimenti giudiziari. Basato in larga misura sulla Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori, il regolamento Bruxelles II bis incoraggia ancor più vigorosamente la considerazione della volontà dei minori.

274 Per esempio, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice* adottati il 17 novembre 2010 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, disponibile all'indirizzo <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1705197&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012); cfr. anche la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni su un programma UE per i diritti dei minori, COM(2011)60 definitivo del 15.2.2011, in particolare pag. 6, disponibile online all'indirizzo <http://ec.europa.eu/justice/policies/children/docs/com_2011_60_en.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012). Cfr. inoltre la relazione preparatoria di U. Kilkelly, *Listening to children about justice: Report of the Council of Europe on Child-friendly Justice*, disponibile all'indirizzo <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/CJ-S-CH%20_2010_%2014%20rev.%20E%205%20oct.%202010.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

275 Cfr. la sezione 10.4 dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

276 Cfr. le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 50.

277 *Ibid.*

- 243 Va aggiunto che la giurisprudenza in molti Stati contraenti tiene conto anche della maggiore consapevolezza della necessità di una rappresentanza separata del minore in alcuni difficili casi di sottrazione²⁷⁸.
- 244 Ciononostante, va detto che i provvedimenti presi dagli Stati per tutelare i diritti e gli interessi dei minori nei procedimenti giudiziari sono diversi e il modo in cui il minore può essere coinvolto o rappresentato nei procedimenti giudiziari, o i metodi con i quali possono essere accertati i pareri del minore, variano in misura considerevole²⁷⁹. In alcuni Stati i giudici nei procedimenti in materia familiare riguardanti la responsabilità genitoriale ascoltano i minori direttamente; il minore può essere interrogato in un'udienza normale o in un'udienza specifica, in cui il giudice interroga il minore da solo o in presenza di un assistente sociale e così via²⁸⁰. Tuttavia, anche tra i paesi che coinvolgono direttamente i minori nei procedimenti giudiziari, le opinioni sul limite di età minimo al quale un minore può essere coinvolto sono discordanti. In altri Stati, in cui i giudici sono riluttanti ad ascoltare i minori direttamente, l'opinione del minore potrebbe essere sottoposta al tribunale attraverso una relazione redatta, per esempio, da un assistente sociale o da uno psicologo che interroga il minore a tale scopo²⁸¹.
- 245 A parte la questione del modo in cui le opinioni del minore possono essere rese note al giudice adito, la questione separata dell'importanza da attribuire alle opinioni e ai desideri del minore dipende dall'oggetto del caso e dall'età e dal grado di maturità del minore.
- 246 Nel corso della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni del 1980 e del 1996, la Commissione speciale ha preso atto dei diversi orientamenti esistenti nel diritto nazionale (degli Stati) riguardo al modo in cui le opinioni dei minori possono essere ottenute e introdotte nel procedimento e ha sottolineato l'importanza di garantire che la persona che interroga il minore, sia essa il giudice, un esperto indipendente o un'altra figura, disponga per quanto possibile della formazione adeguata per tale compito²⁸².

278 Cfr. la sezione 10.4, lettera d), dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) e le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 51. Cfr. anche riguardo al **Regno Unito**, M. Freeman e A.-M. Hutchinson, *Abduction and the Voice of the Child: Re M and After*, IFL 2008, 163-167; cfr. anche, per esempio, in **Nuova Zelanda**, la nota pratica *Hague Convention Cases: Nuova Zelanda Family Court Guidelines*, disponibile all'indirizzo <<http://www.justice.govt.nz/courts/family-court/practice-and-procedure/practice-notes>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012) e sezioni 106 e 6 della legge n. 90 del 2004 della Nuova Zelanda sulla cura dei minori (al 29 novembre 2010), disponibile all'indirizzo <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2004/0090/latest/DLM317233.html>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

279 Cfr. per esempio un confronto dei vari Stati europei in M. Reich Sjögren, *Protection of Children in Proceedings*, nota preparata per la commissione giuridica del Parlamento europeo, Bruxelles, novembre 2010, PE 432.737.

280 Cfr., per esempio, la **Germania**: i minori devono essere ascoltati quando hanno un'età di 14 anni o inferiore se le opinioni del minore sono ritenute particolarmente rilevanti per il procedimento (§ 159 FamFG, cfr. la precedente nota 227, che sostituisce § 50 b FGG), come avviene di norma nel caso dei procedimenti relativi all'affidamento (in questo caso, talvolta i minori sono ascoltati quando hanno un'età di appena 3 o 4 anni); cfr. anche uno studio richiesto dal ministero della Giustizia sull'ascolto dei minori, M. Karle, S. Gathmann, G. Klosinski, *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50 b FGG*, 2010. In **Francia** i minori possono essere ascoltati dal giudice o da una persona designata dal giudice per ascoltare il minore ai sensi dell'articolo 388-1 del Codice civile **francese**.

281 Cfr., con ulteriori riferimenti, M. Reich Sjögren (cit. alla nota 279); nel **Regno Unito** un tribunale può richiedere una relazione di un assistente sociale esperto del *Children and Family Court Advisory and Support Service* (CAFCASS) nel contesto dei procedimenti relativi all'affidamento o ai contatti; cfr. anche M. Potter, *The Voice of the Child: Children's 'Rights' in Family Proceedings*, IFL 2008, pagg. 140-148, a pag. 143.

282 Cfr. le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 50.

7.2 La voce del minore nella mediazione

- Le opinioni del minore devono essere considerate nella mediazione in base all'età e al grado di maturità del minore.
- È necessario valutare con attenzione il modo in cui le opinioni del minore possono essere introdotte nella mediazione e se il minore deve essere coinvolto direttamente o indirettamente in base alle circostanze di ogni singolo caso.

- 247 Nella mediazione di una controversia familiare riguardante i minori, è necessario prendere in considerazione le opinioni dei minori²⁸³. Lo stesso vale per altri meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie. Tenuto conto in particolare degli sviluppi nel campo della tutela dei diritti e degli interessi dei minori nel contesto dei procedimenti giudiziari, deve esistere un rispetto parallelo per i diritti e gli interessi dei minori e, in particolare, per il diritto dei minori a far valere il proprio parere, nelle forme alternative di risoluzione delle controversie.
- 248 Confermando questo principio nelle sue discussioni sull'applicazione effettiva dell'articolo 12 dell'UNCRC, il Comitato per i diritti del fanciullo delle Nazioni Unite ha dichiarato nella sua osservazione generale del 2009 sul diritto dei minori di essere ascoltati che il diritto di essere ascoltato in un procedimento giudiziario o amministrativo riguardante un minore deve essere rispettato anche qualora i procedimenti comportino meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie come la mediazione e l'arbitrato²⁸⁴.
- 249 Quando si tratta di ascoltare la voce di un minore nella mediazione, esistono due differenze principali rispetto ai procedimenti giudiziari. In primo luogo, il modo in cui la voce del minore può essere introdotta nella procedura di mediazione può variare in misura considerevole da quello dei procedimenti giudiziari. In secondo luogo, esiste una differenza nel modo in cui le opinioni e i desideri del minore possono essere presi in considerazione.
- 250 Se e come la voce del minore può essere introdotta nella procedura di mediazione dipende in una certa misura dal consenso dato dai genitori riguardo a una determinata procedura. Ciò è dovuto al fatto che nella maggior parte delle giurisdizioni i mediatori non hanno il potere di interrogatorio, ossia, a differenza dei giudici, in generale i mediatori non possono convocare il minore a un'udienza o ordinare che un esperto interroghi il minore e venga redatta una relazione al riguardo. Il mediatore può solo richiamare l'attenzione dei genitori sull'importanza di ascoltare la voce del minore e indicare, se applicabile, che il tribunale cui viene richiesto di rendere l'accordo giuridicamente vincolante e esecutivo può esaminare se le opinioni del minore sono state prese in considerazione in misura sufficiente. Il mediatore deve raccomandare una procedura per introdurre la voce del minore nella mediazione tenendo in considerazione le circostanze di ogni singolo caso (ossia, l'età del minore, il rischio di una nuova sottrazione, se esistono episodi di violenza domestica e simili). Una possibilità è costituita dalla partecipazione diretta del minore a una o più sessioni di mediazione. Un'altra possibilità è organizzare un interrogatorio separato del minore e riferire in merito ai genitori²⁸⁵. Tuttavia, la persona che interroga il minore deve disporre di una formazione specifica²⁸⁶, per garantire che la consultazione del minore sia condotta in maniera adeguata sotto il profilo dello sviluppo

283 Cfr. anche *The Involvement of Children in Divorce and Custody Mediation – A Literature Review*, pubblicato dalla *Family Justice Services Division of the Justice Services Branch (British Columbia Ministry of Attorney General)*, marzo 2003, disponibile all'indirizzo <<http://www.ag.gov.bc.ca/dro/publications/index.htm>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

284 Cfr. l'osservazione generale n 12 (2009) sul diritto dei minori di essere ascoltati (cit. alla nota 266), pag. 12, paragrafo 33; cfr. anche pag. 15, paragrafo 52.

285 Nel progetto pilota per la mediazione del *Centrum Internationale Kinderontvoering* nei Paesi Bassi, un mediatore con una formazione specifica, che non conduceva la mediazione nel caso in questione, ha interrogato il minore interessato e ha presentato una relazione al riguardo; nel **Regno Unito**, i mediatori coinvolti nel programma per la mediazione della ONG riunite, ove opportuno, chiedono al tribunale adito per il procedimento di ritorno di ordinare che il minore sia interrogato da un funzionario del *Children and Family Court Advisory Support Service* e che la relazione sia messa a disposizione dei genitori e dei mediatori, cfr. la relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG riunite (cit. alla nota 97), pag. 10.

286 Per esempio, nel **Regno Unito (Inghilterra e Galles)**, il codice di buone prassi per i mediatori familiari del Consiglio per la mediazione familiare concordato dalle organizzazioni membri, 2010, disponibile all'indirizzo <www.familymediationcouncil.org.uk> (consultato da ultimo 16 giugno 2012), prevede che i mediatori possano intraprendere una consultazione diretta con i minori soltanto dopo aver completato con successo una formazione specifica approvata dalla loro organizzazione e/o al Consiglio e abbiano ricevuto un'autorizzazione specifica dall'Ufficio del casellario giudiziale (ai paragrafi 3.5 e 5.7.3); cfr. anche il successivo capitolo 14.

e offrendo il sostegno necessario e che lo stile della consultazione eviti e elimini qualsiasi onere decisionale per il minore²⁸⁷.

- 251 Dopo aver introdotto le opinioni del minore nella procedura di mediazione, anche il modo di prenderle in considerazione è diverso rispetto ai procedimenti giudiziari, nei quali il giudice trae le sue conclusioni dall'udienza e, a seconda dell'età e del grado di maturità del minore, ne prende in considerazione le opinioni quando adotta una decisione riguardo all'interesse superiore del minore. Per contro, un mediatore può soltanto richiamare l'attenzione delle parti sul punto di vista del minore o su aspetti che possono essere rilevanti per l'interesse e il benessere del minore, ma spetta interamente ai genitori decidere in merito al contenuto del loro accordo. Com'è già stato precisato in precedenza, va sottolineato che il mediatore "deve prestare particolare attenzione al benessere e all'interesse superiore dei minori (e) deve incoraggiare i genitori a concentrarsi sulle esigenze dei figli e rammentare ai genitori che sono i principali responsabili del benessere dei figli (...)"²⁸⁸.
- 252 A seconda dei sistemi giuridici interessati, il mediatore può anche dover rammentare ai genitori che l'approvazione giudiziaria dell'accordo può dipendere dall'adeguatezza della tutela dei diritti e dell'interesse dei figli.

8 Possibile coinvolgimento di terzi

→ **Con il consenso delle parti di una controversia, e se il mediatore lo ritiene fattibile e opportuno, la mediazione può essere aperta a terzi la cui presenza può essere utile per giungere a una soluzione concordata.**

- 253 Per trovare una soluzione sostenibile in una controversia familiare, talvolta può risultare utile includere nella procedura di mediazione una persona che abbia stretti legami con una delle parti o entrambe e la cui collaborazione è necessaria per attuare la soluzione concordata con successo. Può trattarsi, per esempio, del nuovo partner di uno dei genitori o di un nonno. A seconda del contesto culturale delle parti, queste ultime possono desiderare che un rappresentante autorevole della loro comunità partecipi alla mediazione.
- 254 Uno dei vantaggi della mediazione è che si tratta di una procedura abbastanza flessibile da consentire l'inclusione di persone che non sono legittimate ad agire nel caso in esame, ma che possono comunque avere una forte influenza su una risoluzione positiva della controversia. Il mediatore deve tuttavia decidere se l'inclusione di un terzo in una sessione di mediazione o in una sua parte sia fattibile e opportuna senza compromettere l'efficacia della mediazione. La partecipazione di un terzo a una sessione di mediazione o l'organizzazione dell'interrogatorio di un terzo da parte di un mediatore presuppone il consenso di entrambe le parti. L'inclusione di un terzo può costituire un problema soprattutto quando si tratta di garantire che non vi siano squilibri di potere tra le parti. Inoltre, in caso di partecipazione di un terzo alle comunicazioni nell'ambito di una mediazione, va affrontata la questione della riservatezza.
- 255 Per quanto riguarda la soluzione concordata cui si giunge nella mediazione, va sottolineato che si tratta di un accordo tra le parti e che il terzo, attraverso il suo coinvolgimento nella mediazione, non diventa parte dell'accordo. Tuttavia, in alcuni casi può essere utile se il terzo, dalla cui collaborazione dipende l'attuazione dell'accordo, approva l'accordo delle parti come dimostrazione del suo impegno a sostenerlo.

287 Cfr. J. McIntosh (cit. alla nota 265), pag. 5.

288 Cfr. la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione III (metodi di mediazione); in merito al principio di considerare l'interesse e il benessere dei minori, cfr. la sezione 6.1.6.

9 Organizzare i contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore durante la procedura di mediazione

- 256 La sottrazione di un minore comporta di norma un'interruzione improvvisa e totale dei contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il minore. È molto doloroso per entrambi e, a seconda della durata dell'interruzione, può causare alienazione. Per tutelare il minore da ulteriori pericoli e tenuto conto del diritto del minore di mantenere i contatti con entrambi i genitori, è importante ripristinare al più presto i contatti tra il minore e il genitore che ha subito la sottrazione. Vi sono vari modi per ripristinare i contatti provvisoriamente subito dopo la sottrazione. Possono essere presi in considerazione i mezzi di comunicazione moderni come la posta elettronica, la messaggia istantanea, le telefonate tramite Internet e simili²⁸⁹.
- 257 Se il genitore che ha subito la sottrazione si reca nello Stato interessato in occasione di un'udienza in tribunale in relazione al procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia o per un incontro di mediazione, si raccomanda vivamente di valutare le misure che possono consentire un incontro di persona tra il minore e il genitore che ha subito la sottrazione²⁹⁰. Si tratta di un passo importante verso l'attenuazione del conflitto. Soprattutto nella mediazione, in cui è determinante un dialogo costruttivo tra le parti, gli incontri di persona possono essere molto utili. I mediatori con esperienza di casi di sottrazione internazionale di minori riconoscono gli effetti positivi dei contatti di persona sulla stessa procedura di mediazione²⁹¹.

9.1 Garanzie/Prevenzione di un'altra sottrazione

→ Può essere necessario prevedere misure che garantiscano il rispetto dei termini e delle condizioni degli accordi relativi ai contatti provvisori per eliminare qualsiasi rischio di una nuova sottrazione.

Tali misure comprendono²⁹²:

- la consegna del passaporto o dei documenti di viaggio, richiedendo che i consolati/le ambasciate esteri non rilascino nuovi passaporti/documenti di viaggio per il minore;
- l'invito rivolto al genitore richiedente di presentarsi regolarmente alla polizia o ad altra autorità durante un periodo di contatto;
- il deposito di una garanzia monetaria o di una cauzione;
- la supervisione dei contatti da parte di un professionista o un membro della famiglia;
- limitazione dei luoghi in cui possono avvenire le visite e simili.

- 258 Per maggiori informazioni, cfr. la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri relativi ai minori²⁹³, capitolo 6, che tiene in considerazione anche gli obiettivi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali riguardanti i minori²⁹⁴.

289 Cfr. la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 6.7, pag. 33.

290 Cfr. anche S. Vigers, *Note on the development of mediation, conciliation and similar means* (cit. alla nota 11), sezione 6.1, pag. 20.

291 Cfr., per esempio, S. Kiesewetter e C.C. Paul, *Family Mediation in an International Context: Cross-Border Parental Child Abduction, Custody and Access Conflicts: Traits and Guidelines*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (cit. alla nota 8), pag. 47.

292 Cfr. la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 6.3, pagg. 31-32.

293 *Ibid.*, pp. 31 e seguenti.

294 CETS 192; il testo della Convenzione è disponibile all'indirizzo <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm>> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

9.2 Stretta collaborazione con le autorità centrali e le autorità giudiziarie e amministrative

→ Quando si organizzano i contatti tra il genitore che ha subito la sottrazione e il figlio sottratto nel corso della procedura di mediazione, può essere necessaria la collaborazione con le autorità per eliminare qualsiasi rischio per il minore, compreso quello di una nuova sottrazione.

- 259 In base alla Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, l'autorità centrale ha il compito di prendere tutti i provvedimenti necessari "se del caso, per consentire l'organizzazione o l'esercizio effettivo del diritto di visita" [cfr. l'articolo 7, paragrafo 2, lettera f); cfr. anche l'articolo 21]²⁹⁵. Nel contempo, l'articolo 7, paragrafo 2, lettera b), della Convenzione del 1980 obbliga le autorità centrali a prendere tutti i provvedimenti necessari "per impedire nuovi pericoli per il minore o pregiudizi alle parti interessate, adottando a tal fine, o facendo in modo che vengano adottate, misure provvisorie". Come riconosciuto nella sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni del 1980 e del 1996, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2, lettera b) e dell'articolo 21 della Convenzione del 1980, durante un procedimento di ritorno in corso uno Stato contraente interessato può consentire al richiedente nel procedimento di ritorno di avere contatti con i figli in un caso adeguato²⁹⁶.
- 260 Le autorità centrali sono invitate ad agire in maniera proattiva e diretta nello svolgimento delle rispettive funzioni nei casi internazionali di visita/contatto²⁹⁷. I mediatori devono essere consapevoli della considerevole assistenza che le autorità centrali possono fornire per l'organizzazione di contatti provvisori tra il genitore che ha subito la sottrazione e il figlio sottratto e dell'esigenza di una stretta collaborazione con le autorità centrali e altri organismi riguardo alla definizione delle misure di protezione necessarie. Per maggiori informazioni, si rimanda alla guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri riguardanti i minori²⁹⁸.

295 Per maggiori informazioni, cfr. la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 4.6, pag. 23.

296 Cfr. le conclusioni e raccomandazioni della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 20; cfr. anche la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16), sezione 4.4, pagg. 21 e 22.

297 Cfr. le conclusioni e le raccomandazioni adottate dalla prima parte della sesta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 38), raccomandazione n. 18; cfr. anche la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 296).

298 Cit. alla nota 16.

10 Mediazione e accuse di violenza domestica

- 261 La violenza domestica è purtroppo un fenomeno molto diffuso che può assumere varie forme, come gli abusi fisici o psicologici²⁹⁹; può essere rivolta contro un minore (“abuso minorile”)³⁰⁰ e/o contro il partner³⁰¹; può variare da un unico episodio isolato a una serie di abusi continui e ricorrenti. Qualora la violenza domestica sia ricorrente, un tipico ciclo di violenza è costituito da: (1) una fase di aumento della tensione con aggressioni di lieve entità; (2) un episodio acuto con un aumento della violenza; (3) una fase di riconciliazione in cui il colpevole spesso chiede di essere perdonato e promette di non essere mai più violento mentre la vittima cerca di credere alle sue assicurazioni, talvolta sentendosi anche responsabile del benessere psicologico di chi commette gli abusi³⁰². Una caratteristica della violenza ricorrente è che la vittima si sente intrappolata nel ciclo di violenza e impotente, credendo che la situazione non possa cambiare e temendo di lasciare il responsabile degli abusi per paura di una violenza di ritorsione³⁰³.
- 262 In casi di sottrazione internazionale di minori, le accuse di violenza domestica non sono rare. Alcune delle accuse possono rivelarsi infondate, tuttavia altre sono legittime e possono essere il motivo per cui il genitore responsabile della sottrazione lascia il proprio paese con il figlio. La violenza domestica è una questione molto delicata e deve essere trattata di conseguenza.
- 263 Esistono opinioni molto discordanti riguardo al fatto che le controversie familiari in cui esistono accuse di violenza domestica siano idonee per la mediazione. Alcuni esperti ritengono in generale la mediazione inopportuna in tali casi per vari motivi. Sottolineano che la mediazione può mettere la vittima a repentaglio. Sulla base della considerazione che quello della separazione dal responsabile degli abusi è il momento più pericoloso per la vittima, sostengono che un possibile contatto diretto con il responsabile degli abusi in tale momento comporta il rischio di ulteriore violenza o di una traumatizzazione³⁰⁴. Inoltre, si ritiene che la mediazione come mezzo per risolvere amichevolmente le controversie sia inefficace nei casi in cui esiste anche violenza domestica, in quanto la mediazione è basata sulla collaborazione³⁰⁵ e il suo successo dipende dal fatto che le parti abbiano lo stesso potere di trattativa. Si sostiene che, poiché le vittime di violenza domestica spesso hanno difficoltà a far valere i propri interessi quando si trovano di fronte al responsabile degli abusi, la mediazione è destinata a concludersi con un accordo ingiusto³⁰⁶. Alcuni di coloro che si oppongono all’uso della mediazione nei casi di violenza domestica sottolineano che la mediazione legittimerebbe la violenza domestica anziché punire chi ha commesso gli abusi.
- 264 Per contro, molti esperti sono contrari a un’esclusione generale della mediazione nei casi di violenza domestica, a condizione che siano coinvolti professionisti con un’adeguata formazione che conoscono il problema³⁰⁷. Pongono in evidenza il fatto che i casi di violenza domestica variano in misura considerevole e che è fondamentale una valutazione caso per caso: alcuni casi possono essere oggetto di una procedura di mediazione, mentre altri devono essere chiaramente trattati da un tribunale³⁰⁸. Qualora una vittima abbia ricevuto informazioni sufficienti per compiere una scelta con cognizione di causa, deve essere rispettata la volontà della vittima di partecipare a una procedura che potrebbe essere

299 Labuso fisico e psicologico può estendersi all’abuso sessuale, emozionale e anche finanziario. La violenza domestica è un fenomeno complesso e molto vario sotto il profilo culturale che supera i confini di genere, razza, etnia, età e condizioni socioeconomiche, cfr. J. Alanen, *When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense*, 40 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* 49 (2008-2009), pag. 64..

300 Riguardo alla violenza contro i minori, la guida distingue la violenza diretta da quella indiretta. La violenza diretta viene definita come violenza contro il minore e quella indiretta è la violenza contro un genitore o un altro membro della famiglia, che riguarda il minore. Cfr. anche la definizione di violenza domestica nella precedente sezione relativa alla terminologia e al successivo paragrafo 270.

301 Nella maggior parte dei casi, la donna in una coppia è la vittima di violenza domestica; cfr., per esempio, *Domestic Violence Parliamentary Report of the United Kingdom*, pubblicata nel giugno 2008, sintesi in *IFL 2008*, pagg. 136 e 137, secondo cui nella maggior parte degli episodi gravi e ricorrenti la violenza è stata commessa da uomini contro le donne; cfr. anche H. Joyce (cit. alla nota 228), pag. 449, le donne sono le vittime nel 95% dei casi denunciati di violenza domestica.

302 *Ibid.*, pagg. 499 e 450

303 *Ibid.*

304 Per maggiori riferimenti riguardo a questa opinione, cfr. *ibid.*, pag. 452.

305 Per maggiori riferimenti riguardo a questa opinione, cfr. *ibid.*

306 Per maggiori riferimenti riguardo a questa opinione, cfr. *ibid.*, pag. 451.

307 Cfr., per esempio, la relazione del 2006 sul programma pilota per la mediazione della ONG riunite (cit. alla nota 97), pag. 53.

308 Cfr., con ulteriori riferimenti, N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pag. 665.

vantaggiosa, se sicura³⁰⁹. Alcuni autori hanno affermato che il coinvolgimento di una vittima in una procedura di mediazione adeguata e correttamente gestita può responsabilizzare tale persona³¹⁰. Alle preoccupazioni riguardo alla sicurezza delle vittime nel corso della mediazione si può obiettare che la mediazione non deve necessariamente implicare lo svolgimento di sessioni di mediazione di persona, ma può anche essere condotta come conferenza telefonica o come mediazione indiretta.

- 265 In relazione alla procedura di mediazione, l'argomento è che vi sono molti modi per adattarla al fine di proteggere e responsabilizzare la vittima. Per esempio, le regole fissate per la sessione di mediazione possono vietare i comportamenti degradanti e prevedere l'immediata interruzione della sessione da parte del mediatore se le regole non sono rispettate. I professionisti della mediazione devono essere a conoscenza dei programmi di riabilitazione e di altre risorse che possono essere disponibili per un genitore violento.
- 266 Le varie opinioni si rispecchiano anche nella normativa. In alcune giurisdizioni le disposizioni legislative vietano esplicitamente l'uso della mediazione nelle controversie familiari riguardanti i minori in cui esistono prove di una "storia" di violenza domestica, o subordinano la mediazione in tali casi a determinate condizioni³¹¹.
- 267 Va sottolineato che la violenza domestica di per sé costituisce spesso un grave reato e, com'è ovvio, non è oggetto di mediazione; nella mediazione vengono trattati problemi quali l'affidamento dei figli e le visite, gli alimenti, e altre questioni di organizzazione familiare³¹².

10.1 Trattamento della violenza domestica nei procedimenti di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia

- 268 Prima di affrontare la questione della mediazione nei casi di sottrazione di minori che comportano accuse di violenza domestica, è importante accennare alle accuse di violenza domestica nei procedimenti di ritorno in base alla Convenzione dell'Aia in generale.
- 269 Qualora si verifichi la sottrazione di un minore, le autorità centrali hanno l'obbligo di "impedire nuovi pericoli per il minore o pregiudizi alle parti interessate, adottando a tal fine, o facendo in modo che vengano adottate, misure provvisorie" in base all'articolo 7, paragrafo 2, lettera b), della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori. Pertanto, se esiste il rischio che il genitore responsabile della sottrazione possa nuocere al minore, le autorità centrali potrebbero, a seconda dei poteri ad esse attribuiti dallo Stato contraente in questione, adottare misure provvisorie o fare in modo che vengano adottate dall'autorità competente. Questa disposizione va di pari passo con l'articolo 11 della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori che, in casi di urgenza, conferisce la competenza per adottare le misure di protezione necessarie alle autorità dello Stato contraente in cui il minore è presente.
- 270 Nella maggior parte dei casi, tuttavia, le accuse di violenza domestica non sono mosse contro il genitore responsabile della sottrazione, ma contro il genitore che ha subito la sottrazione³¹³. Un rischio immediato per la sicurezza del genitore responsabile della sottrazione e/o il minore viene affrontato dalle autorità nello Stato in questione conformemente al suo diritto procedurale. Le misure possono essere prese, per esempio, dall'autorità centrale e/o dal tribunale per evitare di rivelare il luogo in cui si trova la vittima di violenza domestica all'altro genitore, o per garantire altrimenti che le parti non si incontrino da sole³¹⁴.
- 271 Nel corso del procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia, le accuse di violenza domestica svolgono un ruolo quando si tratta di decidere se può essere stabilita un'eccezione al ritorno del minore ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori. In base a tale articolo, l'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato richiesto non è tenuta a ordinare il ritorno del minore qualora si dimostri che "sussiste un fondato rischio, per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, o comunque di trovarsi in una situazione intollerabile". La causa di tale rischio può essere non solo l'abuso del minore, ma anche la violenza domestica contro il genitore responsabile della sottrazione che indirettamente influisce sul minore. Tuttavia, le eccezioni dell'articolo 13, in linea con gli obiettivi della Convenzione del

309 Cfr., con ulteriori riferimenti, *ibid.*

310 J. Alanen (cit. alla nota 299), pag. 69, nota 69.

311 Cfr. anche H. Joyce (cit. alla nota 228), pag. 459 e seguenti.

312 J. Alanen (cit. alla nota 299), pagg. 87-88, nota 151.

313 L'articolo 7, paragrafo 2, lettera b) della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori è stato formulato principalmente allo scopo di evitare un'altra sottrazione del minore. Cfr. E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention* (cit. alla nota 93), paragrafo 91.

314 Cfr. anche il paragrafo 277.

1980, sono oggetto di un'interpretazione restrittiva³¹⁵. Se le condizioni per l'eccezione relativa a un grave rischio sono soddisfatte in un caso con accuse di violenza domestica dipende, oltre che dalle circostanze del singolo caso, dalla capacità di stabilire misure di protezione per garantire il ritorno sicuro³¹⁶ del minore e se possibile del genitore responsabile della sottrazione nello Stato di residenza abituale.

- 272 Anche se la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori tratta il ritorno dei minori, spesso il ritorno sicuro del genitore responsabile della sottrazione è una questione di cui deve occuparsi il tribunale adito per il procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia, in particolare se il genitore responsabile della sottrazione è l'unico ad avere l'affidamento effettivo del minore. L'organizzazione del ritorno sicuro del genitore responsabile della sottrazione può essere una condizione necessaria per ordinare il ritorno del minore, se la separazione del genitore e del minore dovuta all'incapacità del genitore responsabile della sottrazione di ritornare esporrebbe il minore a un grave pericolo. Cfr. anche la sezione 2.8 riguardo ai procedimenti penali come ostacolo per il ritorno del genitore responsabile della sottrazione.
- 273 Qualora si stabilisca che esporrebbe il minore a un grave pericolo fisico o psicologico o comunque al rischio di trovarsi in una situazione intollerabile, il tribunale adito per la richiesta di ritorno non ha l'obbligo di ordinare il rientro del minore³¹⁷. Nella maggior parte dei casi, una decisione di non ritorno comporta in definitiva il passaggio della competenza³¹⁸ in materia di affidamento allo Stato della nuova residenza abituale del minore³¹⁹.
- 274 Le accuse di violenza domestica nei procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia sono un argomento molto delicato da trattare e non possono essere generalizzate, in particolare se si tiene conto delle molte sfaccettature dei casi di violenza domestica. La sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni del 1980 e del 1996 ha sottolineato l'autonomia del tribunale adito per il procedimento di ritorno riguardo alla valutazione delle prove e alla determinazione dell'eccezione relativa alla sussistenza di un grave pericolo (articolo 13, paragrafo 1, lettera b), comprese le accuse di violenza domestica, tenendo debito conto dello scopo della Convenzione del 1980, per garantire il ritorno immediato e sicuro del minore³²⁰. Nel contempo, la Commissione speciale ha proposto misure per promuovere una maggiore coerenza dell'interpretazione dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b)³²¹. In seguito a tale proposta, nell'aprile 2012 il Consiglio ha deciso di istituire un gruppo di lavoro, composto da un'ampia serie di esperti, fra cui giudici, autorità centrali e esperti interdisciplinari, per realizzare una guida alle buone prassi sull'interpretazione e

315 Cfr. E. Pérez-Vera (*ibid.*), pag. 434, paragrafo 34; cfr. anche le conclusioni e le raccomandazioni della quarta riunione della Commissione speciale (cit. alla nota 34), n. 4.3, pag. 12, e le conclusioni e le raccomandazioni della quinta riunione della Commissione speciale (*id.*), n. 1.4.2, pag. 8.

316 Tra le misure che possono garantire il ritorno sicuro possono essere compresi gli "ordini speculari", gli ordini di approdo sicuro o altre misure di protezione. Cfr. inoltre la guida alle buone prassi sull'esecuzione (cit. alla nota 23), capitolo 9, pag. 35 e seguenti; cfr. anche J.D. Garbolino, *Handling Hague Convention Cases in U.S. Courts* (terza edizione), Nevada 2000, pag. 79 e seguenti.

317 Il regolamento Bruxelles II bis, che va di pari passo con la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, contiene l'ulteriore disposizione all'articolo 11, paragrafo 4, secondo cui "un'autorità giurisdizionale non può rifiutare di ordinare il ritorno di un minore in base all'articolo 13, lettera b), della convenzione dell'Aia del 1980 qualora sia dimostrato che sono previste misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno".

318 Riguardo alla questione della giurisdizione, cfr. il successivo capitolo 13; cfr. anche il capitolo 13 del manuale pratico sulla Convenzione dell'Aia del 1980 sulla protezione dei minori (cit. alla nota 223) riguardo a un cambiamento di giurisdizione in conformità all'articolo 7 della Convenzione del 1996.

319 In base all'articolo 11, paragrafo 8, del regolamento Bruxelles II bis, potrebbe essere necessario dover far rientrare il minore nonostante la decisione di non ritorno in caso di "una successiva decisione che prescrive il ritorno del minore emanata da un giudice competente ai sensi del presente regolamento".

320 Cfr. le conclusioni e raccomandazioni della seconda parte della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (25-31 gennaio 2012) (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section"), raccomandazione n. 80.

321 *Ibid.*, raccomandazioni n. 81 e n. 82, secondo cui la Commissione speciale raccomanda di intraprendere ulteriori azioni per promuovere la coerenza dell'interpretazione e dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b) comprese, ma non tassativamente, le accuse di violenza domestica e familiare. La Commissione speciale raccomanda che il Consiglio per gli affari generali e le politiche autorizzi l'istituzione di un gruppo di lavoro composto da giudici, autorità centrali e esperti interdisciplinari per elaborare una guida alle buone prassi relative all'interpretazione e all'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b), con una componente per fornire orientamenti specificamente rivolti alle autorità giudiziarie, tenendo conto delle conclusioni e raccomandazioni di precedenti riunioni della Commissione speciale e guide alle buone prassi.

l'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, lettera b) della Convenzione del 1980 sulla sottrazione di minori, con una componente per fornire orientamenti specificamente destinati alle autorità giudiziarie³²².

10.2 Garanzie nella mediazione/protezione della parte vulnerabile

- Il ricorso alla mediazione nei casi in cui esista un problema di violenza domestica deve essere valutato con molta attenzione. È necessaria un'adeguata formazione per poter valutare l'idoneità di un caso per la mediazione.
- La mediazione non deve mettere a repentaglio la vita o la sicurezza delle persone, soprattutto quelle della vittima di violenza domestica, dei familiari o del mediatore. La scelta tra mediazione diretta e indiretta, del luogo della mediazione, del modello e del metodo di mediazione deve essere adeguata alle circostanze proprie del caso concreto.
- Qualora il ricorso alla mediazione sia ritenuto opportuno in un caso in cui esiste un problema di violenza domestica, la mediazione deve essere condotta da mediatori esperti che hanno ricevuto una formazione specifica per svolgere una mediazione in tali circostanze.

275 L'idoneità della mediazione per un caso di sottrazione internazionale di un minore in cui vengono mosse accuse di violenza domestica contro uno dei genitori deve essere valutata con estrema attenzione. La persona che effettua la valutazione deve avere una formazione adeguata³²³. Anche in assenza di accuse di violenza domestica, la valutazione dell'idoneità del caso per la mediazione deve prendere in considerazione che la violenza domestica può comunque essere presente in un determinato caso.

276 I seguenti fattori possono essere particolarmente rilevanti quando si valuta l'idoneità di un caso specifico per il servizio di mediazione disponibile³²⁴: la gravità e la frequenza della violenza domestica³²⁵; l'obiettivo della violenza domestica; le modalità della violenza³²⁶; la salute fisica e mentale delle parti³²⁷; la possibile risposta del principale colpevole;³²⁸ la disponibilità di un servizio di mediazione concepito specificamente per i casi di violenza domestica; il modo in cui il servizio di mediazione disponibile può affrontare i problemi di sicurezza; se le parti sono rappresentate³²⁹. Va anche sottolineato che se nel corso della valutazione iniziale o successivamente nella procedura di mediazione viene a conoscenza di circostanze che lasciano presupporre che sia stato commesso un reato penale, come per esempio l'abuso sessuale di un minore, un mediatore ha l'obbligo in molte giurisdizioni di riferire in merito alle autorità, per esempio la polizia e gli enti di protezione dei minori. L'obbligo può esistere nonostante il principio di riservatezza della mediazione³³⁰.

277 La mediazione non deve mettere a repentaglio la vita o la sicurezza delle persone, soprattutto quelle della vittima di violenza domestica, dei familiari o del mediatore. Un incontro diretto, nel corso della mediazione o in un incontro preparatorio, deve essere convocato soltanto quando sia garantita la sicurezza. A seconda delle circostanze proprie del caso concreto, potrebbe essere necessaria l'assistenza delle autorità statali³³¹. In altri casi, può essere sufficiente evitare il rischio che le parti si incontrino da sole. In tali casi, per esempio, deve essere eliminata la possibilità che le parti si incontrino inavvertitamente mentre si recano nel luogo della mediazione, organizzando arrivi e partenze

322 Cfr. conclusioni e raccomandazioni adottate dal Consiglio nel 2012 (cit. alla nota 39), raccomandazione n. 6.

323 Riguardo all'importanza delle procedure di valutazioni qualificate, cfr. L. Parkinson, *Family Mediation – Appropriate Dispute Resolution in a new family justice system*, seconda edizione, Family Law 2011, capitolo 3, pag. 76 e seguenti.

324 Cfr. anche l'articolo 48 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica dell'11 maggio 2011, disponibile all'indirizzo <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/texts/Convention_en.pdf> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012), che richiede agli Stati di adottare le misure legislative o di altro tipo necessarie per vietare le procedure alternative di risoluzione delle controversie obbligatorie, fra cui la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza rientranti nell'ambito della Convenzione.

325 Cfr., con ulteriori riferimenti, N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pag. 665.

326 *Ibid.*

327 *Ibid.*

328 *Ibid.*

329 *Ibid.*

330 Riguardo alle eccezioni al principio di riservatezza, cfr. il precedente paragrafo 211.

331 Più gravi sono le circostanze, minori sono le probabilità che il caso sia idoneo per la mediazione.

separate³³². Tra le altre misure possono essere comprese un pulsante di emergenza nella stanza in cui è previsto lo svolgimento della sessione di mediazione. Nel corso della sessione di mediazione, le parti non devono mai essere lasciate da sole. A questo proposito, l'uso della comediazione può essere particolarmente utile. La presenza di due mediatori esperti rassicura la vittima e può contribuire ad allentare le tensioni. Se per qualsiasi motivo un mediatore deve lasciare la sessione, deve anche garantire che un mediatore esperto resti in presenza delle parti. Se del caso, può essere anche valutata la presenza di altre persone, come il legale o chi fornisce sostegno³³³.

- 278 Qualora il servizio di mediazione disponibile non consenta di eliminare i rischi per la sicurezza associati a un incontro diretto, o se tale incontro si riveli inopportuno per altri motivi, può essere valutata la possibilità di usare la mediazione indiretta attraverso incontri separati tra il mediatore e ciascuna delle parti (i cosiddetti incontri organizzativi) o la tecnologia moderna come i videocollegamenti o le comunicazioni tramite Internet.
- 279 Dopo aver previsto le garanzie necessarie contro il rischio di essere esposti a pericoli nella mediazione, devono essere adottate misure per garantire che la mediazione non sia pregiudicata da uno squilibrio dei poteri di trattativa³³⁴. La mediazione deve essere condotta da mediatori esperti e appositamente formati; i mediatori devono adattare la procedura di mediazione ai problemi di ogni singolo caso. Va prestata la debita attenzione alle questioni di sicurezza associate all'attuazione dell'accordo raggiunto tramite mediazione in una fase successiva.
- 280 In generale, una stretta collaborazione con le autorità giudiziarie e amministrative consente di evitare i rischi per la sicurezza³³⁵.
- 281 In generale, i mediatori devono prestare attenzione ai segni di violenza domestica e/o ai rischi di una futura violenza e devono essere in grado di riconoscerli³³⁶, anche quando una delle parti non ha formulato alcuna accusa, e devono essere disposti ad adottare le precauzioni e le misure necessarie³³⁷.

332 Cfr. anche L. Parkinson (cit. alla nota 323).

333 Cfr., con ulteriori riferimenti, N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pag. 666.

334 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione III (metodi di mediazione):

“Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi: (...)

ix. il mediatore dovrebbe prestare particolare attenzione rispetto alla possibilità che vi siano stati, o che possano verificarsi in futuro, episodi di violenza fra le parti e gli effetti che ciò può avere sulle posizioni delle parti nell'ambito della trattativa, e dovrebbe valutare se, in presenza di tali circostanze, la mediazione sia opportuna”.

335 Cfr. la sezione 19.4, lettere g) e h) dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121) per informazioni sulla disponibilità di alcune garanzie specifiche

336 Riguardo ai vari tipi di violenza e abuso, un mediatore dovrebbe essere in grado di riconoscerli e distinguerli, cfr. L. Parkinson (cit. nella nota 323).

337 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione III (metodi di mediazione):

“Gli Stati dovrebbero garantire meccanismi appropriati che consentano di gestire i metodi di mediazione secondo i seguenti principi: (...)

ix. il mediatore dovrebbe prestare particolare attenzione rispetto alla possibilità che vi siano stati, o che possano verificarsi in futuro, episodi di violenza fra le parti e gli effetti che ciò può avere sulle posizioni delle parti nell'ambito della trattativa, e dovrebbe valutare se, in presenza di tali circostanze, la mediazione sia opportuna”.

10.3 Informazioni sulle misure di protezione

→ **Devono essere disponibili informazioni riguardo alle possibili misure di protezione per il genitore e il minore nelle giurisdizioni interessate.**

282 Devono essere disponibili informazioni riguardanti le possibili misure di protezione che possono essere adottate per il genitore e il minore nello Stato in cui il minore risiedeva prima della sottrazione e nello Stato in cui il minore è stato portato dopo la sottrazione, allo scopo di favorire la discussione nella sessione di mediazione. La fornitura di tali informazioni potrebbe essere facilitata dall'autorità centrale o da un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale³³⁸. Inoltre, i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori possono essere un'utile fonte di informazioni riguardo alle misure di protezione disponibili³³⁹.

11 I termini dell'accordo raggiunto tramite mediazione – Verifica oggettiva dei fatti

→ **I termini dell'accordo raggiunto tramite mediazione devono essere definiti in modo realistico e tenere in considerazione tutte le relative questioni pratiche, soprattutto per quanto riguarda l'organizzazione dei contatti e delle visite.**

283 Quando si profila una soluzione concordata, il mediatore deve assistere le parti a definire i dettagli dell'accordo. In molti casi è il mediatore che redige "l'accordo" o il "memorandum d'intesa" effettivo conformemente alla volontà delle parti³⁴⁰.

284 Come indicato nel capitolo 5 sull'ambito della mediazione, gli accordi raggiunti tramite mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori potrebbero includere i seguenti punti: un accordo sul rientro o il non rientro del minore e in quest'ultimo caso un accordo sul luogo in cui il minore deve stabilire la sua nuova residenza; con chi il minore vivrà; la questione delle responsabilità genitoriali e il loro esercizio. Inoltre, l'accordo dovrebbe riguardare alcune questioni finanziarie come le spese di viaggio, ma anche, in alcuni casi, gli alimenti per i figli e il coniuge.

285 È importante che l'accordo raggiunto tramite mediazione sia redatto in conformità al quadro normativo applicabile, in modo che se ne possa ottenere il valore giuridico in entrambe (tutte) le giurisdizioni interessate. A questo proposito, sebbene sia chiaro che non è suo compito fornire consulenza legale, il mediatore può invitare le parti a far riferimento al quadro giuridico nazionale o internazionale pertinente. In ogni caso, il mediatore deve richiamare l'attenzione delle parti sull'importanza di consultare i propri rappresentanti legali esperti in materia o di ottenere altrimenti una consulenza legale specifica sulla situazione giuridica del loro caso.

286 Dopo aver redatto l'accordo, può essere auspicabile concedere "un tempo di riflessione limitato (...) prima della firma"³⁴¹, che dovrebbe servire anche per effettuare le indagini giuridiche necessarie³⁴².

287 L'accordo raggiunto tramite mediazione deve essere realistico e per quanto possibile dettagliato riguardo a tutti gli obblighi e i diritti ai quali fa riferimento. Questo aspetto è importante non solo per garantire un'attuazione dell'accordo senza problemi, ma anche per rendere l'accordo esecutivo (cfr. anche il capitolo 12). Per esempio, se i genitori si accordano sul ritorno del minore, devono essere definite le modalità del ritorno, la questione dei costi di viaggio e con chi il minore deve effettuare il viaggio di ritorno e il luogo in cui il minore resterà subito dopo il ritorno³⁴³. Qualora i genitori risiedano in Stati diversi, deve essere disciplinato in maniera realistica l'esercizio transfrontaliero delle

338 Per il ruolo dei punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale nella facilitazione della fornitura di informazioni, cfr. la precedente sezione 4.1.

339 Cfr. la sezione 11.2 dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

340 Cfr. K.K. Kovach (cit. alla nota 110), a pag. 205.

341 Cfr. la raccomandazione Rec (2002)10 del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia civile (cfr. la precedente nota 53), principio VI (accordi raggiunti tramite mediazione), secondo cui per la definizione dell'oggetto, delle finalità e delle conclusioni dell'accordo, di norma dovrebbe essere predisposto un documento scritto al termine di ogni procedura di mediazione. Alle parti dovrebbe essere concesso, con l'accordo delle stesse, un tempo di riflessione limitato dopo la redazione del documento e prima della firma dello stesso.

342 Cfr. il capitolo 12 sull'esigenza di rendere l'accordo giuridicamente vincolante ed esecutivo.

343 Riguardo ai dati che devono essere inclusi nel provvedimento di ritorno, cfr. il capitolo 4 della guida alle buone prassi sull'esecuzione (cit. alla nota 23), pag. 21 e seguenti.

responsabilità genitoriali³⁴⁴. Quando si redigono gli accordi contrattuali transfrontalieri, per esempio, devono essere incluse date e periodi di tempo specifici per tenere conto delle vacanze scolastiche e simili. Devono essere considerate anche le spese di viaggio. È importante eliminare per quanto possibile qualsiasi fonte di incomprensione e gli ostacoli pratici all'uso dell'accordo contrattuale. In un caso, per esempio, in cui un genitore che ha subito la sottrazione accetta che il figlio possa restare con il genitore responsabile della sottrazione nello Stato in cui il figlio è stato condotto, a condizione che siano sufficientemente garantiti i suoi diritti di contatto, i genitori potrebbero decidere di comune accordo che il genitore responsabile della sottrazione acquisti i biglietti per il viaggio aereo per il figlio per consentirgli di trascorrere le vacanze scolastiche nello Stato di residenza precedente con il genitore che ha subito la sottrazione. Devono essere affrontate le future possibilità finanziarie e, per evitare all'ultimo momento difficoltà ad acquistare i biglietti, i genitori, per esempio, potrebbero decidere di depositare una determinata somma di denaro prima del viaggio per consentire al genitore che ha subito la sottrazione di organizzare il viaggio³⁴⁵.

- 288 È necessario esercitare la dovuta cautela riguardo alle condizioni che esulano dalla sfera di influenza delle parti. Per esempio, un accordo non deve chiedere a una delle parti che ritiri il procedimento penale se, nel sistema giuridico pertinente interessato, i procedimenti penali, una volta iniziati, possono essere annullati da un procuratore o da un tribunale³⁴⁶.

12 Rendere l'accordo giuridicamente vincolante ed esecutivo

- I termini dell'accordo raggiunto tramite mediazione devono essere formulati in modo tale che l'accordo possa avere valore giuridico e diventare esecutivo nelle giurisdizioni pertinenti.
- Si raccomanda vivamente di concedere alle parti, prima della definizione dell'accordo, un periodo di tempo di riflessione limitato per consentire loro di ottenere una consulenza legale specifica su tutte le conseguenze giuridiche e sulla conformità del contenuto del loro "accordo provvisorio" alla normativa applicabile nei vari sistemi giuridici interessati.
- Le misure necessarie per conferire valore giuridico all'accordo e renderlo esecutivo nelle giurisdizioni pertinenti devono essere adottate con la dovuta tempestività e prima dell'attuazione dell'accordo.
- L'accesso alle informazioni sulle procedure pertinenti nelle giurisdizioni interessate deve essere facilitato dalle autorità centrali o dai punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale.
- Può essere necessaria una collaborazione tra le autorità giudiziarie e amministrative per favorire l'esecutività dell'accordo in tutti gli Stati interessati.
- I tribunali sono incoraggiati a far ricorso alle reti giudiziarie nazionali, regionali³⁴⁷ e internazionali, come la rete internazionale dei giudici dell'Aia e a farsi assistere dalle Autorità centrali se opportuno³⁴⁸.
- Se necessario, gli Stati devono esaminare l'opportunità di introdurre disposizioni legislative o regolamentari per facilitare le procedure per rendere esecutivi gli accordi raggiunti tramite mediazione.

- 289 Per poter essere utilizzata come base per una risoluzione sostenibile di una controversia, la soluzione concordata deve soddisfare i requisiti previsti per ottenere il conferimento di valore giuridico negli Stati interessati e deve essere resa giuridicamente vincolante e esecutiva in tali Stati prima di iniziare ad attuarla nella pratica. L'esecutività in (tutti) i sistemi giuridici interessati è particolarmente importante quando la soluzione concordata comporta l'esercizio transfrontaliero della responsabilità genitoriale. Il minore interessato deve essere protetto dalla possibilità che in futuro la sottrazione si possa ripetere o da altri pericoli determinati dal mancato rispetto dell'accordo da parte dei genitori. Nel contempo,

344 Cfr. i principi per la creazione di strutture di mediazione nell'allegato I, parte B.3.

345 Cfr. anche la guida alle buone prassi sui contatti transfrontalieri (cit. alla nota 16).

346 Riguardo al problema specifico dei procedimenti penali, cfr. la precedente sezione 2.8.

347 Un esempio di rete regionale è la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, per maggiori informazioni cfr. <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_it.htm> (consultato da ultimo il 16 giugno 2012).

348 Cfr. la guida alle buone prassi sull'esecuzione (cit. alla nota 23), principio 8.2.

dopo che i genitori lo hanno deciso di comune accordo, il ritorno del minore deve avvenire quanto prima possibile per evitare ulteriore confusione o alienazione per il minore.

- 290 In primo luogo, la soluzione raggiunta tramite mediazione deve essere documentata per iscritto e firmata da entrambe le parti. A seconda degli aspetti trattati nell'accordo delle parti e della normativa applicabile, un accordo potrebbe costituire un contratto giuridicamente vincolante tra le parti dal momento della sua conclusione. Molti sistemi giuridici limitano tuttavia in una certa misura l'autonomia delle parti nel diritto familiare, in particolare per quanto riguarda la responsabilità genitoriale³⁴⁹. A questo proposito, molti Stati ritengono che i diritti e il benessere del minore interessato debbano essere tutelati con il coinvolgimento di autorità giudiziarie o amministrative. Gli accordi relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, che sono comunque incoraggiati dalla maggior parte dei sistemi giuridici, potrebbero, per esempio, richiedere l'approvazione di un tribunale per verificarne il rispetto dell'interesse superiore del minore al fine di ottenere il conferimento del valore giuridico³⁵⁰.
- 291 Inoltre, possono essere previste limitazioni all'autonomia delle parti riguardo ad altre questioni di diritto familiare come gli alimenti per i figli. Alcuni sistemi giuridici, per esempio, limitano la possibilità per i genitori di sottrarsi agli obblighi degli alimenti a favore dei figli derivanti dalla normativa applicabile.
- 292 Va anche sottolineato che può verificarsi una situazione in cui tra i vari aspetti trattati nell'accordo raggiunto tramite mediazione alcuni sono liberamente a disposizione delle parti e alcuni non lo sono, e che in base alla normativa applicabile l'accordo diventa immediatamente vincolante per le parti in relazione agli aspetti menzionati, mentre l'ultima parte dell'accordo dipende dall'approvazione di un tribunale³⁵¹. Può trattarsi di una situazione problematica se non si ottiene (o non è ottenibile) l'approvazione del tribunale per la parte restante dell'accordo, in quanto di norma le parti si accordano su tutto il "pacchetto" e un accordo parzialmente vincolante potrebbe favorire una delle parti³⁵².
- 293 Poiché la situazione giuridica nelle controversie familiari internazionali è spesso complessa, si raccomanda vivamente che, prima del completamento dell'accordo raggiunto tramite mediazione, sia previsto un periodo di sospensione per consentire alle parti di ottenere una consulenza legale specifica riguardo a tutte le conseguente giuridiche di ciò che stanno per concordare e sulla conformità del contenuto del loro "accordo provvisorio" alla normativa applicabile in materia nei vari sistemi giuridici interessati. Un genitore potrebbe non sapere che con l'accordo rinuncia ad alcuni diritti o che l'attuazione pratica dell'accordo può comportare il cambiamento (a lungo termine) della giurisdizione e della normativa applicabile a determinati aspetti. Per esempio, qualora un genitore che ha subito una sottrazione accetti il trasferimento del figlio e del genitore responsabile della sottrazione, la conseguenza sarà prima o poi il cambiamento della "residenza abituale" del figlio³⁵³, che potrebbe comportare un cambiamento della giurisdizione e della normativa applicabile riguardo ad alcune questioni relative al figlio³⁵⁴.
- 294 Se la validità dell'accordo dipende in parte o in tutto dall'approvazione di un tribunale, i termini dell'accordo devono prevedere che l'entrata in vigore sia subordinata all'ottenimento dell'approvazione del tribunale. In questi casi, può essere opportuno definire l'esito della mediazione "accordo provvisorio" e tenerne conto nel titolo e nel testo del documento di registrazione della soluzione concordata. In alcuni sistemi giuridici, i mediatori definiscono l'esito della mediazione "memorandum d'intesa" anziché "accordo" per evitare che si possa presumere che in quella fase l'accordo sia vincolante.

349 Cfr. anche lo studio di fattibilità sulla mediazione transfrontaliera in materia familiare (cit. alla nota 13), paragrafo 5.4, pag. 23.

350 Per esempio la **Francia**, cfr. gli articoli 376 e 373-2-7 del codice civile o la **Germania**, cfr. capitolo 156, paragrafo 2, FamFG (cfr. la precedente nota 227); cfr. anche le risposte al questionario II del gruppo di lavoro sulla mediazione nel contesto del processo di Malta (cfr. la precedente nota 42); cfr. anche M. Lloyd, *The Status of mediated agreements and their implementation*, in *Family mediation in Europe – proceedings*, quarta conferenza europea sul diritto familiare, Palazzo d'Europa, Strasburgo, 1-2 ottobre 1998, pubblicazione del Consiglio d'Europa, aprile 2000, pagg. 87-96.

351 Cfr. anche il precedente paragrafo 41.

352 È ovvio che i problemi si presentano soltanto qualora la parte favorita escluda i propri diritti dall'accordo parziale e molti sistemi giuridici pongono rimedio a questa situazione, tuttavia è necessario ricorrere a un procedimento giudiziario.

353 A condizione che la residenza abituale del minore non sia già cambiata; per maggiori informazioni sul significato di "residenza abituale", cfr. P. McEleavy, *INCADAT-Case Law Analysis Commentary: Aims and Scope of the Convention – Habitual Residence*, disponibile all'indirizzo <www.incadat.com> nella sezione "Case Law Analysis".

354 Cfr. il successivo capitolo 13.

- 295 Va sottolineato che non tutti gli accordi giuridicamente vincolanti per le parti in un sistema giuridico sono anche automaticamente eseguibili nello stesso sistema giuridico. Tuttavia, nei sistemi giuridici in cui gli accordi relativi alla responsabilità genitoriale richiedono l'approvazione delle autorità giudiziarie o amministrative per diventare giuridicamente vincolanti, spesso la misura con cui si concede l'approvazione (per esempio, l'inclusione dei termini dell'accordo in un ordine giudiziale) è anche la misura con cui si rende esecutivo l'accordo nella stessa giurisdizione³⁵⁵. D'altro canto, un accordo tra genitori che alla sua conclusione è giuridicamente vincolante in un sistema giuridico può richiedere una certificazione o l'omologazione da parte di un tribunale, per renderlo esecutivo, salvo che la normativa dello Stato interessato stabilisca altrimenti. Per le formalità necessarie per rendere gli accordi raggiunti tramite mediazione eseguibili da parte degli Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, i profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 possono servire come utile fonte di informazioni³⁵⁶.
- 296 Per quanto riguarda l'esigenza di rendere un accordo che è diventato esecutivo (tramite l'integrazione in un provvedimento giudiziale o altrimenti) in un sistema giuridico (Stato A), giuridicamente vincolante ed esecutivo nell'altro sistema giuridico pertinente (Stato B), in generale esistono due possibilità.

(1) Il riconoscimento e l'esecuzione nello Stato B:

Un ordine giudiziale ottenuto nello Stato A che integra l'accordo può essere riconosciuto nello Stato B, poiché uno strumento internazionale, regionale o bilaterale lo prevede o un provvedimento giudiziale estero può altrimenti essere riconosciuto in tale sistema giuridico in conformità alla normativa dello Stato B. Quando si tratta di eseguire in concreto la soluzione concordata, può essere necessaria un'ulteriore dichiarazione di esecutività o la registrazione nello Stato B. In questa situazione possono sorgere problemi quando i tribunali dello Stato B ritengono che i tribunali dello Stato A non dispongano della competenza internazionale richiesta per emettere una decisione in materia (per maggiori informazioni sui problemi giurisdizionali nei casi di sottrazione internazionale di minori, cfr. il capitolo 13). Un'altra opzione possibile è che non si può escludere che tra lo Stato A e lo Stato B si applichino norme che prevedono il riconoscimento nello Stato B di un accordo esecutivo nello Stato A senza integrarlo in un ordine giudiziale³⁵⁷.

(2) Portare l'accordo nello Stato B e prendere i provvedimenti necessari per renderlo vincolante ed esecutivo nello Stato B.

Le parti potrebbero rivolgersi alle autorità dello Stato B con il loro accordo chiedendo di renderlo giuridicamente vincolante ed esecutivo in base alle procedure nazionali nello Stato B. Ciò significa che procederebbero in tal senso a prescindere dallo stato giuridico che il loro accordo ha (ottenuto) nello Stato A. Possono sorgere problemi riguardo a questa soluzione per motivi giurisdizionali. Per esempio, le autorità dello Stato B potrebbero ritenere di non disporre della competenza (internazionale) richiesta per trasformare l'accordo in un ordine giudiziale o per intraprendere altre azioni necessarie per rendere l'accordo vincolante, in quanto ritengono che le autorità dello Stato A abbiano la competenza esclusiva per trattare le questioni oggetto dell'accordo.

355 I dettagli dipendono dal diritto procedurale pertinente.

356 Cfr. la sezione 19.5 b) dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121). In alcuni Stati, esistono più possibilità. I seguenti Stati hanno precisato che per rendere l'accordo esecutivo è necessaria l'approvazione di un tribunale: **Argentina, Australia, Belgio, Brasile, Burkina Faso, Canada (Manitoba, Nova Scotia), Cina (Hong Kong SAR), Costa Rica, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia** (da parte del Comitato di azione sociale), **Francia, Grecia, Honduras, Ungheria** (da parte dell'Autorità per le tutele), **Irlanda, Israele, Lettonia, Lituania, Mauritius, Messico, Norvegia, Paraguay, Polonia, Romania, Slovenia, Spagna, Svezia** (da parte del Comitato di azione sociale), **Svizzera, Regno Unito (Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord), Stati Uniti d'America e Venezuela**; la certificazione è una possibilità in **Belgio, Burkina Faso, Danimarca, Estonia, Ungheria, Romania, Slovenia** e la registrazione presso un tribunale è una possibilità in **Australia, Burkina Faso, Canada (British Columbia, Nova Scotia, Saskatchewan), Estonia, Grecia, Honduras** (profili dei paesi – giugno 2012).

357 Cfr. per esempio l'articolo 46 del regolamento europeo Bruxelles II bis in base al quale "gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro (dell'Unione europea) di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni (ai sensi del regolamento)". Cfr. anche l'articolo 30, paragrafo 1, della Convenzione dell'Aia del 2007 sull'esecuzione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia secondo cui agli accordi sugli alimenti conclusi in uno Stato contraente va attribuito il riconoscimento e l'esecutività di una decisione, a condizione che sia esecutivo come decisione nello Stato di origine.

- 297 La situazione ideale è quella in cui uno strumento internazionale, regionale³⁵⁸ o bilaterale prevede una semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione dei provvedimenti giudiziari da uno Stato all'altro. La Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori costituisce un esempio di tali strumenti. In base alla Convenzione del 1996, un provvedimento giudiziale che integra un accordo relativo all'affidamento o ai contatti in uno Stato contraente costituisce una "misura di protezione" e in quanto tale è riconosciuta per legge e eseguibile in tutti gli Stati contraenti. Ciò significa che non sarà necessario far ricorso a un procedimento per ottenere il riconoscimento³⁵⁹ in altri Stati contraenti. Riguardo all'applicazione effettiva della misura, diventa tuttavia necessaria una dichiarazione di esecutività o di registrazione (articolo 26, paragrafo 1). La Convenzione del 1996 obbliga tuttavia gli Stati contraenti ad applicare una *procedura semplice e rapida* a questo proposito (articolo 26, paragrafo 2, il corsivo è stato aggiunto). La dichiarazione di esecutività o di registrazione può essere negata soltanto quando si applica uno dei motivi restrittivi di non riconoscimento di cui all'articolo 23, paragrafo 2. Fra i motivi di diniego sono compresi, per esempio, il fatto che la misura è stata adottata da un'autorità la cui competenza non è basata su uno dei motivi previsti" nella Convenzione del 1996 e che la misura è stata adottata, tranne in caso di urgenza, nel contesto di un procedimento giudiziario o amministrativo, senza che al minore sia stata data l'opportunità di essere ascoltato, in violazione dei principi procedurali fondamentali dello Stato richiesto.
- 298 I possibili dubbi riguardo ai motivi del mancato riconoscimento possono essere dissipati in una fase iniziale utilizzando la procedura del "riconoscimento anticipato" di cui all'articolo 24 della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori. In base a tale articolo, le persone interessate possono richiedere alle autorità competenti di uno Stato contraente che decidano in merito al riconoscimento o al mancato riconoscimento di una misura adottata in un altro Stato contraente (cfr. il manuale pratico per maggiori informazioni sulla Convenzione del 1996³⁶⁰).
- 299 Va sottolineato che nei casi di sottrazione di minori la situazione giuridica è molto complessa³⁶¹. La Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori sono entrambe basate sull'idea che, in una situazione di sottrazione di un minore, le autorità dello Stato in cui il minore è stato sottratto (Stato richiesto) ha la competenza per decidere in merito al ritorno del minore, ma non in merito all'affidamento³⁶². Il tribunale adito per il procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia nello Stato richiesto ha pertanto difficoltà a trasformare un accordo raggiunto tramite mediazione in un provvedimento giudiziale se l'accordo riguarda anche, oltre alla questione del ritorno, l'affidamento o altri aspetti sui quali il tribunale adito per il procedimento in base alle convenzioni dell'Aia non dispone della competenza (internazionale) necessaria (per maggiori informazioni sulla situazione giuridica specifica nei casi di sottrazione internazionale di minori, cfr. il capitolo 13).
- 300 Un'ulteriore complicazione della situazione giurisdizionale può derivare dall'inclusione nell'accordo di altri aspetti, come gli alimenti a favore del coniuge e del figlio. Ne consegue che potrebbe diventare necessario il coinvolgimento di varie autorità, probabilmente in Stati diversi, per rendere tutto l'accordo giuridicamente vincolante ed esecutivo nei sistemi giuridici interessati. In tali casi può essere necessaria una consulenza legale sulle azioni da intraprendere e in quale degli Stati interessati.
- 301 L'accesso alle informazioni riguardo alla consulenza legale specifica e alle azioni richieste per rendere un accordo esecutivo negli Stati interessati potrebbe essere facilitato dalle autorità centrali o da un altro organismo con funzioni di punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale nelle giurisdizioni pertinenti³⁶³.
- 302 Può essere necessaria una collaborazione tra le autorità amministrative/giudiziarie dei vari Stati interessati quando si tratta di garantire l'esecutività dell'accordo nelle varie giurisdizioni.
- 303 I tribunali devono per quanto possibile favorire la sostenibilità della soluzione concordata assistendo le parti negli sforzi compiuti per rendere l'accordo giuridicamente vincolante ed esecutivo nei vari

358 Analogamente alla Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori, il regolamento Bruxelles II bis contiene disposizioni sulla semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriali. Inoltre, l'articolo 46 del regolamento Bruxelles II bis prevede il riconoscimento e l'esecuzione degli stessi accordi, a condizione che siano eseguibili nello Stato membro in cui sono stati conclusi, cfr. la precedente nota 357.

359 Cfr. P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention* (cit. alla nota 80), pag. 585, paragrafo 119.

360 Cit. alla nota 223.

361 Cfr. per maggiori informazioni il capitolo 13.

362 Cfr. l'articolo 16 della Convenzione del 1980; articolo 7 della Convenzione del 1996.

363 Cfr. i principi per la creazione di strutture di mediazione nell'allegato I, parte C (rendere gli accordi raggiunti tramite mediazione giuridicamente vincolanti). Cfr. la precedente sezione 4.1 per maggiori informazioni su ruolo dei punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale.

sistemi giuridici interessati. A tale scopo possono essere utilizzati gli ordini speculari o gli ordini di approdo sicuro³⁶⁴. Inoltre, i tribunali, se possibile e opportuno, devono utilizzare le reti giudiziarie esistenti³⁶⁵ e richiedere l'assistenza delle autorità centrali. Una rete giudiziaria particolarmente rilevante a questo proposito è la rete internazionale dei giudici dell'Aia specializzata in materia familiare e creata³⁶⁶ per facilitare la comunicazione e la collaborazione tra i giudici a livello internazionale e per contribuire a garantire l'effettivo funzionamento degli strumenti internazionali nel campo della protezione dei minori, fra cui la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori³⁶⁷. Grazie all'uso delle comunicazioni giudiziali dirette, un giudice adito per un procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia può coordinare gli sforzi compiuti per favorire il raggiungimento di un accordo tra i genitori riguardante la questione dell'affidamento con il giudice competente in materia di affidamenti nello Stato di ritorno³⁶⁸.

- 304 Gli Stati devono facilitare semplici procedure attraverso le quali gli accordi raggiunti tramite mediazione possano, su richiesta delle parti, essere approvati e/o resi eseguibili dall'autorità competente³⁶⁹. Se non esistono procedure di questo tipo, gli Stati devono valutare l'opportunità di introdurre disposizioni regolamentari o legislative per facilitarle³⁷⁰.

364 Con l'espressione "ordine speculare" si intende un ordine emesso dai tribunali nello Stato richiedente che è identico o simile (ossia "speculare") a un ordine emesso nello Stato richiesto. Un "ordine di approdo sicuro" è quello emesso da un tribunale nello Stato richiedente, spesso su richiesta del genitore che ha subito la sottrazione, allo scopo di garantire il rispetto dei termini del rientro. Per maggiori informazioni sull'uso degli ordini speculari e degli ordini di approdo sicuro nei casi di sottrazione internazionale di minori, cfr. la guida alle buone prassi sull'esecuzione (cit. alla nota 23), capitolo 5 (promozione della conformità volontaria) e capitolo 8 (cooperazione transfrontaliera per garantire un ritorno sicuro). Cfr. anche per alcuni esempi, E. Carl e M. Erb-Klünemann, *Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (cit. alla nota 98), pag. 59 e seguenti, a pag. 72; cfr. anche K. Nehls, *Cross-border family mediation – An innovative approach to a contemporary issue*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (*ibid.*), pag. 18 e seguenti, pag. 27.

365 Riguardo all'uso delle comunicazioni giudiziarie dirette per garantire il riconoscimento giuridico e l'esecutività degli accordi nei casi di sottrazione internazionale di minori, cfr. la relazione di due giudici tedeschi, E. Carl e M. Erb-Klünemann, *Integrating Mediation into Court Proceedings in Cross-Border Family Cases*, in S. Kiesewetter e C.C. Paul (Eds) (cit. alla nota 98), pag. 59 e seguenti, alle pagine 72 e 73.

366 La rete è stata creata in seguito a una proposta del seminario De Ruwenberg del 1998 per i giudici sulla protezione internazionale dei minori; per maggiori informazioni cfr. <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section". Per maggiori informazioni sulla rete internazionale di giudici dell'Aia e il funzionamento delle comunicazioni giudiziarie dirette, cfr. la precedente nota 128.

367 Cfr. le conclusioni e raccomandazioni della conferenza giudiziaria congiunta UE-HCCH, 15-16 gennaio 2009, disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section"; adottate con il consenso di più di 140 giudici di più di 55 giurisdizioni.

368 Cfr., per esempio, la dichiarazione di un esperto **australiano** nel corso della sesta riunione della Commissione speciale, conclusioni e raccomandazioni e relazione della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (1-10 giugno 2011), redatte dall'Ufficio permanente, doc. prel. n. 14 di novembre 2011 per la riunione della Commissione speciale di gennaio 2012 sul funzionamento pratico delle Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori and the Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (disponibile all'indirizzo <www.hcch.net> nella sezione "Child Abduction Section"), al paragrafo 252; cfr. anche E. Carl and M. Erb-Klünemann (cit. alla nota 364), pag. 59 e seguenti, a pag. 72.

369 Riguardo allo sviluppo nell'Unione europea, cfr. l'articolo 6 della direttiva europea sulla mediazione (cfr. la precedente nota 5), secondo cui gli Stati membri dell'Unione europea "assicurano che le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo". Le eccezioni menzionate dall'articolo 6 sono i casi in cui "il contenuto dell'accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l'esecutività". L'articolo 6 sottolinea che "nessuna disposizione del presente articolo pregiudica le norme applicabili al riconoscimento e all'esecuzione in un altro Stato membro di un accordo reso esecutivo in conformità del (presente articolo)". Riguardo alle misure adottate negli Stati membri dell'Unione europea per conformarsi alla direttiva, cfr. l'atlante giudiziario europeo (cfr. la precedente nota 60).

370 Cfr. anche la raccomandazione n. R (98) 1 del Consiglio d'Europa sulla mediazione familiare (cfr. la precedente nota 52), sezione IV (il valore giuridico dell'accordo raggiunto tramite mediazione):

"Gli Stati dovrebbero facilitare la ratifica dell'autorità giudiziaria o di altra autorità competente di accordi mediati qualora le parti ne facciano richiesta e dovrebbero prevedere meccanismi atti a rafforzare tali accordi secondo la legge nazionale".

13 Questioni relative a giurisdizione e normative applicabili

- Quando si redige l'accordo raggiunto tramite mediazione devono essere prese in considerazione le questioni relative alla competenza giurisdizionale e al diritto applicabile.
- Le autorità giudiziarie e amministrative dello Stato richiesto e dello Stato richiedente devono per quanto possibile collaborare tra loro per superare le eventuali difficoltà che ostacolano il raggiungimento di un accordo volto a risolvere in via amichevole una controversia su una sottrazione internazionale di un minore, che sia giuridicamente vincolante ed esecutivo in entrambi gli Stati. Le comunicazioni giudiziarie dirette possono essere particolarmente utili a questo proposito.

- 305 Come è stato sottolineato nel capitolo 12, la considerazione della giurisdizione e della normativa applicabile è determinante nelle controversie familiari internazionali quando si tratta di garantire l'esecutività degli accordi raggiunti tramite mediazione nei vari Stati interessati. Può capitare che l'ambito della mediazione debba essere adattato in seguito a questa considerazione a causa delle complicazioni derivanti dall'inclusione di alcuni altri aspetti, come gli alimenti³⁷¹.
- 306 Riguardo alla giurisdizione nelle controversie familiari transfrontaliere, la questione della giurisdizione internazionale (ossia lo Stato competente) deve essere distinta dalla questione della giurisdizione interna (ossia il tribunale o l'autorità è competente per alcune materie in uno Stato). I trattati multilaterali contengono disposizioni sulla giurisdizione che affrontano regolarmente soltanto la giurisdizione internazionale, lasciando la regolamentazione della giurisdizione interna ai singoli Stati.
- 307 Riguardo alla giurisdizione internazionale nei casi di sottrazione internazionale di minori, va prestata particolare attenzione alle implicazioni che possono derivare dalla combinazione delle due questioni regolarmente trattate negli accordi raggiunti tramite mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori, vale a dire (1) il ritorno o il mancato ritorno del minore e (2) la regolamentazione dei diritti di affidamento e di contatto da attuare in seguito al ritorno o al mancato ritorno. Il trasferimento o il mancato ritorno illeciti stessi creano una situazione giurisdizionale particolare nei casi di sottrazione internazionale di minori che rientra nel campo di applicazione della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e/o della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori. Secondo un principio della giurisdizione internazionale ampiamente applicato, ad avere la competenza per adottare decisioni a lungo termine riguardo all'affidamento e ai contatti con il minore, e decisioni sul trasferimento transfrontaliero della famiglia, è che il tribunale del luogo di residenza abituale del minore. Questo principio è sancito dalla Convenzione del 1996³⁷², che va di pari passo con la Convenzione del 1980, e dagli strumenti regionali pertinenti³⁷³. Il principio è basato sulla considerazione che il tribunale del luogo di residenza abituale del minore è in generale la sede più appropriata per decidere in merito alla questione dell'affidamento in quanto è il tribunale che ha i legami più stretti con l'ambiente normale del minore, ossia il tribunale che può avere facilmente accesso alle condizioni di vita del minore ed è più adatto per adottare una decisione nell'interesse superiore del minore. In una situazione di sottrazione, la Convenzione del 1980 tutela gli interessi del minore evitando che un genitore stabilisca legami giurisdizionali artificiosi a livello internazionale, allo scopo di ottenere l'affidamento (esclusivo) di un minore³⁷⁴. In questo spirito, l'articolo 16 della Convenzione del 1980 garantisce che "dopo aver ricevuto notizia di un trasferimento illecito di un minore o del suo mancato ritorno" i tribunali dello Stato richiesto non possono "deliberare per quanto riguarda il merito dei diritti di affidamento, fino a quando non sia stabilito che le condizioni della presente Convenzione, relativa al ritorno del minore sono soddisfatte, a meno che non venga presentata una istanza, in applicazione della presente Convenzione, entro un periodo di tempo ragionevole a seguito della ricezione della notizia".

371 Nessuna disposizione impedisce alle parti di ritornare alla mediazione dopo la risoluzione del caso di sottrazione del minore per trattare questi aspetti aggiuntivi.

372 La residenza abituale è il principale fattore di connessione in tutte le convenzioni dell'Aia moderne in materia familiare, come lo è in molti strumenti regionali relativi alla protezione dei minori come il regolamento Bruxelles II bis.

373 Per esempio, il regolamento Bruxelles II bis.

374 Cfr. E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention* (cit. alla nota 93), pag. 428, paragrafo 11.

- 308 Nello stesso spirito, rafforzando la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, l'articolo 7 della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori prevede che, in caso di trasferimento illecito di un minore o del suo mancato ritorno, le autorità dello Stato in cui il minore aveva la sua residenza abituale prima del trasferimento o del mancato ritorno mantengano la competenza in materia di affidamento fino a quando non siano soddisfatte alcune condizioni³⁷⁵.
- 309 Per quanto riguarda la combinazione di questioni nell'accordo tra genitori menzionata in precedenza, il tribunale adito per il procedimento di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia non ha la competenza per trattare la parte (1) dell'accordo, ossia il ritorno o il mancato ritorno, e non ha la competenza internazionale per approvare la parte (2) dell'accordo sui diritti di affidamento e di contatti a lungo termine. Qualora il tribunale includa comunque interamente l'accordo dei genitori nel suo ordine giudiziale con il quale conclude il procedimento di ritorno sulla base delle convenzioni dell'Aia, l'ordine giudiziale non può essere vincolante per i tribunali nello Stato richiedente (ossia lo Stato dal quale il minore è stato sottratto) per quanto riguarda la questione dell'affidamento a lungo termine per la mancanza di competenza internazionale in materia.
- 310 Un esempio illustra le difficoltà che tali questioni giurisdizionali possono causare nella pratica.

- *In seguito a gravi problemi relazionali, una giovane coppia sposata, con un figlio di otto anni, decide di divorziare. I coniugi, originari dello Stato B, risiedono abitualmente nello Stato A dalla nascita del figlio. Mentre sono in corso le procedure di divorzio nello Stato A, la madre (M) trasferisce illecitamente il figlio nello Stato B (Stato richiesto), temendo di poter perdere l'affidamento congiunto del figlio. Su richiesta del padre (P), nello Stato B viene avviato il procedimento di ritorno in base alla Convenzione del 1980. Nel frattempo a F viene concesso l'affidamento esclusivo provvisorio del figlio da un tribunale dello Stato A (Stato richiedente). Mentre P è presente nello Stato B per partecipare all'udienza in tribunale, ha successo un tentativo di mediazione. Nel corso delle sessioni di mediazione, i genitori definiscono un accordo elaborato, in base al quale accettano l'affidamento congiunto e una residenza alternate del figlio. Concordano inoltre che ritorneranno nello Stato A e che M pagherà le spese di viaggio.*

M e P vogliono rendere l'accordo giuridicamente vincolante prima della sua attuazione. In particolare, poiché al padre è stato concesso l'affidamento esclusivo provvisorio del figlio nello Stato A in seguito al trasferimento illecito, la madre vuole ricevere l'assicurazione che i tribunali nello Stato A rispetteranno l'accordo tra i genitori.

Vengono a sapere che il tribunale adito per il procedimento in base alle convenzioni dell'Aia nello Stato B può includere soltanto la parte dell'accordo relative al ritorno e alle sue modalità in un ordine giudiziale, ma che i termini relative al merito dell'affidamento non possono essere inclusi, o almeno non in modo tale da essere vincolanti per le autorità dello Stato A. In particolare, M non si accontenta di un'approvazione parziale dell'accordo. M e P valutano pertanto la possibilità di rivolgersi alle autorità dello Stato A che hanno competenza internazionale in materia di affidamento. Vengono tuttavia a sapere che il tribunale competente nello Stato A, sebbene sia probabile che approva un accordo tra i genitori, in generale insiste sulla presenza di entrambe le parti e sull'ascolto del figlio, nell'ambito del suo compito istituzionale di tutelare l'interesse superiore del minore in materia di affidamento. M non è tuttavia disposta a ritornare nello Stato A con il figlio fino a quando non riceverà l'assicurazione che l'accordo sarà rispettato dalle autorità dello Stato A. ■

375 In base all'articolo 7, paragrafo 1, della Convenzione del 1996

“in caso di trasferimento o di mancato ritorno illecito del minore, le autorità dello Stato contraente in cui il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato ritorno conservano la competenza fino al momento in cui il minore abbia acquisito una residenza abituale in un altro Stato, e

a) qualsiasi persona, istituzione o altro ente avente il diritto di affidamento abbia acconsentito al trasferimento o al mancato ritorno; o

b) il minore abbia risieduto nell'altro Stato per un periodo di almeno un anno a decorrere da quando la persona, l'istituzione o qualsiasi altro ente avente il diritto di affidamento ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere il luogo in cui si trovava il minore, nessuna domanda in vista del ritorno presentata in quel periodo sia in corso di esame e il minore si sia integrato nel suo nuovo ambiente”.

- 311 Le difficoltà pratiche che possono derivare dalla situazione giurisdizionale particolare nei casi di sottrazione internazionale di minori sono state discusse in maniera approfondita nel giugno 2011 nella prima parte della sesta riunione della Commissione speciale sull'esame del funzionamento pratico della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori³⁷⁶. Un'ulteriore riflessione sulla questione è contenuta anche nel documento preliminare n. 13 di novembre 2011³⁷⁷, redatto in vista della seconda parte della sesta riunione della Commissione speciale tenutasi nel gennaio 2012, in cui l'argomento è stato riesaminato nel contesto più ampio delle discussioni sulla possibile necessità di un semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione degli accordi nel diritto familiare³⁷⁸.
- 312 Nell'attuale situazione giuridica, la sostenibilità di una soluzione concordata raggiunta in un caso di sottrazione internazionale di minori dipende in larga misura dalla collaborazione delle autorità giudiziarie nello Stato richiesto e quelle nello Stato richiederne nell'assistere le parti negli sforzi compiuti per rendere l'accordo giuridicamente vincolante e esecutivo in entrambi gli Stati. Come menzionato nel capitolo 12, vi sono alcune misure che il tribunale adito per il procedimento di ritorno e i tribunali dello Stato richiedente possono adottare per favorire l'accordo (per maggiori informazioni sugli ordini speculari e gli ordini di approdo sicuro e simili, cfr. in precedenza). L'uso delle comunicazioni giudiziarie dirette può essere particolarmente utile in tali casi³⁷⁹.
- 313 Per superare i problemi giurisdizionali descritti in precedenza, può anche essere preso in considerazione il trasferimento di giurisdizione ai sensi degli articoli 8 e 9 della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori se i due Stati interessati sono Stati contraenti della Convenzione del 1996 (per maggiori informazioni sul trasferimento di giurisdizione, cfr. il manuale pratico sulla Convenzione del 1996.)
- 314 Tenuto conto della complessità, menzionata in precedenza, di rendere giuridicamente vincolante gli accordi nei casi di sottrazione internazionale di minori, si raccomanda vivamente che i genitori ottengano una consulenza legale specifica riguardo al loro caso. Le autorità centrali devono assistere per quanto possibile le parti e i tribunali fornendo loro informazioni e sostenendo gli sforzi compiuti per superare gli ostacoli giurisdizionali esistenti quando si tratta di rendere l'accordo raggiunto tramite mediazione giuridicamente vincolante e eseguibile nello Stato richiesto e in quello richiedente.
- 315 Oltre a quella giurisdizionale, la questione della normativa applicabile può svolgere un ruolo importante nella mediazione nel diritto familiare internazionale. L'accordo raggiunto tramite mediazione deve essere compatibile con la normativa applicabile per poter essere utilizzato quale base sostenibile per la risoluzione delle controversie. Le parti di una controversia familiare internazionale devono essere informate che la normativa applicabile a determinati aspetti trattati nell'ambito di una mediazione non è necessariamente la normativa dello Stato in cui si svolge la mediazione. Devono sapere che esiste anche la possibilità che ai vari aspetti discussi nella mediazione si applichino normative di Stati diversi.
- 316 In un caso di sottrazione internazionale di minori, per esempio, in cui la mediazione si svolge nello Stato richiesto (ossia lo Stato in cui è stato portato il minore) insieme al procedimento di ritorno in base alla convenzioni dell'Aia, il diritto sostanziale applicabile al merito dell'affidamento non è di norma il diritto dello Stato in questione, ma molto probabilmente quello dello Stato richiedente (ossia lo Stato di residenza abituale del minore immediatamente prima della sottrazione). È ovvio che una

376 Cfr. le conclusioni e raccomandazioni e la relazione della prima parte della sesta riunione della Commissione speciale, doc. prel. n. 14 di novembre 2011 (cit. alla nota 368), al paragrafo 247 e seguenti.

377 Cfr. *Guide to Part II of the Sixth Meeting of the Special Commission and Consideration of the desirability and feasibility of further work in connection with the 1980 and 1996 Conventions*, redatta dall'Ufficio permanente, doc. prel. n. 13 di novembre 2011 per la riunione della Commissione speciale di gennaio 2012 sul funzionamento pratico delle Convenzioni dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori (disponibile all'indirizzo <www.hchc.net> nella sezione "Child Abduction Section"), in particolare il paragrafo 29 e seguenti.

378 In seguito a una raccomandazione della sesta riunione della Commissione speciale sul funzionamento pratico delle Convenzioni del 1980 e del 1996 (cfr. le conclusioni e raccomandazioni della seconda parte della sesta riunione della Commissione speciale, cit. alla nota 320, raccomandazione n. 77), nel 2012 il Consiglio 2012 ha incaricato la Conferenza dell'Aia di istituire un gruppo di esperti per eseguire ulteriori ricerche esplorative sul riconoscimento e l'esecutività transfrontalieri degli accordi raggiunti nel corso delle controversie internazionali riguardanti i minori, compresi quelli raggiunti tramite mediazione, tenendo conto dell'attuazione e dell'uso della Convenzione del 1996, indicando che tale lavoro deve comprendere l'identificazione della natura e della portata dei problemi giuridici e pratici, fra cui quelli giurisdizionali, e la valutazione dei vantaggi di un nuovo strumento, vincolante o non vincolante, in questo settore, cfr. le conclusioni e raccomandazioni adottate nel 2012 dal Consiglio (cit. alla nota 39), raccomandazione n. 7.

379 Cfr. la precedente nota 368; per maggiori informazioni sulle comunicazioni giudiziarie dirette, cfr. la precedente nota 128.

generalizzazione a questo proposito è difficile, in quanto la situazione del diritto applicabile in un caso particolare dipende dai trattati internazionali, regionali o bilaterali in vigore negli Stati pertinenti e, in mancanza di tali trattati, le norme sui conflitti di legge nazionali pertinenti. Se la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori è applicabile in tali casi, il tribunale competente sul merito dell'affidamento nella situazione immediatamente successiva alla sottrazione di un minore (che, come indicato in precedenza, è un tribunale nello Stato richiedente) applicherà come principio generale, in conformità alla Convenzione del 1996, il proprio diritto (cfr. l'articolo 15 della Convenzione del 1996). In questa situazione, le disposizioni dell'accordo raggiunto tramite mediazione, poiché riguardano questioni di affidamento e di contatti a lungo termine, devono pertanto essere compatibili con il diritto sostanziale dello Stato di residenza abituale del minore (per maggiori informazioni, cfr. il manuale pratico sulla Convenzione del 1996).

- 317 Per quanto riguarda altre materie trattate nell'accordo raggiunto tramite mediazione, per esempio le disposizioni relative agli alimenti a favore dei figli o al mantenimento del coniuge, le norme inerenti alla giurisdizione e alla normativa applicabile possono variare. A seconda delle circostanze del caso e delle disposizioni del diritto internazionale private applicabili al caso, le questioni degli alimenti possono essere regolamentate da un tribunale diverso da quello competente in materia di affidamento che ha competenza in materia di alimenti e può essere una legge sostanziale diversa da quella applicabile all'affidamento. Si tratta di un'ulteriore complicazione, che ancora una volta pone in evidenza la necessità per le parti di ottenere una consulenza legale specifica riguardo al loro singolo caso.

14 L'uso della mediazione per prevenire le sottrazioni di minori

- La promozione degli accordi volontari e della mediazione in relazione alla questioni dell'affidamento o dei contatti/delle visite può contribuire a evitare successive sottrazioni³⁸⁰.
- Possono essere presi in considerazione i vantaggi della mediazione specializzata per le coppie nelle relazioni interculturali³⁸¹.

- 318 Riconoscendo che la fine di una relazione tra persone di Stati diversi è al centro di molti casi di sottrazione internazionale di minori, garantire il raggiungimento di un accordo volontario nella fase in cui i genitori si stanno separando o discutono le questioni dell'affidamento o dei contatti/delle visite costituisce un'utile misura di prevenzione³⁸².
- 319 Per esempio, se un genitore intende trasferirsi in un altro Stato in seguito alla separazione dal partner, può essere particolarmente utile introdurre la mediazione in una fase iniziale. La mediazione specializzata può consentire ai genitori di comprendere in maniera più adeguata i punti di vista reciproci e di trovare una soluzione concordata tenendo conto delle esigenze dei figli. L'esito varia a seconda delle circostanze di ogni singolo caso, fra cui il trasferimento di entrambi i genitori nel nuovo Stato, entrambi i genitori restano nello stesso Stato o è assicurato in misura sufficiente il trasferimento di un genitore con i diritti di contatto dell'altro genitore.
- 320 Nel contempo, l'uso della mediazione al fine di garantire il rispetto delle disposizioni relative ai contatti, entro i confini di uno Stato o in un altro Stato, può consentire di prevenire situazioni che possono comportare la sottrazione internazionale di un minore. Per maggiori informazioni sulle situazioni in cui può sussistere un rischio maggiore di sottrazione di minori, cfr. la guida alle buone prassi relative alle misure di prevenzione³⁸³, al paragrafo 2.1.
- 321 Facilitare la fornitura di informazioni sulla mediazione e le misure che sono necessarie per rendere un accordo raggiunto tramite mediazione eseguibile nelle due giurisdizioni in questione tramite le autorità centrali o i punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale contribuisce a promuovere la mediazione come misura per la prevenzione della sottrazione di minori³⁸⁴.
- 322 È ovvio che la mediazione resta soltanto una delle molte possibilità. L'accesso ai procedimenti giudiziari per il trasferimento non deve essere subordinato alla partecipazione delle parti a sessioni di mediazione³⁸⁵.

380 Cfr. i principi tratti dalla guida alle buone prassi relative alle misure di prevenzione (cit. alla nota 23), paragrafo 2.1, pag. 15.

381 Cfr. i principi tratti dalla guida alle buone prassi relative alle misure di prevenzione, *ibid.*

382 *Ibid.*

383 *Ibid.*

384 Per il ruolo delle autorità centrali e di altri organismi nella facilitazione della fornitura di tali informazioni, cfr. la precedente sezione 4.1.

385 Cfr. la dichiarazione di Washington sul trasferimento familiare internazionale (cfr. la precedente nota 160).

15 Altre procedure da utilizzare per raggiungere soluzioni concordate

- A parte la mediazione, deve essere incoraggiato l'uso di altre procedure per raggiungere soluzioni concordate nelle controversie familiari internazionali riguardanti i minori.
- L'uso delle procedure da utilizzare per raggiungere soluzioni concordate disponibili per i casi nazionali deve essere preso in considerazione solo nelle controversie familiari internazionali se è possibile l'adeguamento alle esigenze specifiche delle controversie internazionali.
- Gli Stati devono fornire informazioni sulle procedure da utilizzare per raggiungere soluzioni concordate che sono disponibili nella propria giurisdizione per i casi di sottrazione internazionale di minori.

- 323 La presente guida intende incoraggiare l'uso delle procedure che consentono di raggiungere soluzioni concordate per la composizione amichevole delle controversie familiari internazionali riguardanti i minori.
- 324 A parte la mediazione, sono state definite molte altre procedure per raggiungere soluzioni concordate che sono applicate con successo alle controversie familiari nei vari paesi³⁸⁶. Alcuni esempi sono la “conciliazione”, il “coordinamento dei compiti genitoriali”, la “valutazione neutrale preliminare” e i modelli di promozione di sistemi di risoluzione delle controversie come il “diritto collaborativo” o il “diritto cooperativo”.
- 325 La “**conciliazione**”, spesso condotta nel corso di un procedimento giudiziario dal giudice dal giudica in carica, è una delle procedure di risoluzione delle controversie più direttiva dell'elenco. Come è stato sottolineato in precedenza nella sezione relativa alla terminologia, talvolta si confonde la conciliazione con la mediazione. Nella mediazione, il terzo neutrale non può essere una persona che può adottare una decisione per le parti; il mediatore si limita a facilitare la comunicazione tra le parti, aiutandole a trovare una risoluzione responsabile della loro controversia. Per contro, nella conciliazione, il terzo neutrale ha di norma un'influenza molto maggiore sulla soluzione della controversia³⁸⁷. La conciliazione è utilizzata regolarmente in molti paesi nei procedimenti giudiziari riguardanti le controversie familiari, soprattutto nei procedimenti di divorzio e in quelli relativi alla responsabilità genitoriale³⁸⁸. La conciliazione condotta dal giudice adito può essere facilmente applicata nei procedimenti di ritorno in base alle convenzioni dell'Aia, se ritenuto opportuno e fattibile, per ottenere una transazione giudiziaria, senza rischiare ritardi.
- 326 Negli Stati Uniti d'America, alcune giurisdizioni offrono programmi di “**coordinamento dei compiti genitoriali**” per i casi relativi a affidamento e visite molto conflittuali in cui i genitori hanno già dimostrato in maniera ricorrente la loro incapacità o mancanza di volontà di rispettare i provvedimenti giudiziari o gli accordi tra genitori³⁸⁹. Il “coordinamento dei compiti genitoriali” è una procedura alternativa di risoluzione delle controversie incentrata sui figli in cui un professionista legale o psicologo con esperienza o una formazione in materia di mediazione aiuta i genitori molto conflittuali ad attuare il loro piano di svolgimento dei compiti genitoriali, facilitando la risoluzione delle loro controversie in maniera tempestiva, educando i genitori sulle esigenze dei figli e, con l'approvazione

386 Per maggiori informazioni sulle procedure alternative di risoluzione delle controversie disponibili nei vari Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, cfr. il capitolo 20 dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

387 Per maggiori informazioni sulla distinzione tra mediazione e conciliazione, cfr. la precedente sezione relativa alla terminologia, alla voce “Mediazione”.

388 Per esempio, in **Marocco**, prima che un tribunale decida in merito a un divorzio, viene compiuto un tentativo di “ri”conciliazione dei coniugi, cfr. l'articolo 81 e seguenti del codice di famiglia **marocchino** (*Code de la Famille – Bulletin Officiel No 5358 du 2 ramadan 1426*, 6 ottobre 2005, pag. 667), disponibile all'indirizzo <www.justice.gov.ma>. Analogamente, in **Italia**, il tentativo di riconciliazione tra i coniugi è obbligatorio nei procedimenti di separazione e di divorzio, cfr. l'articolo 708 del Codice di procedura civile e gli articoli 1 e 4.7 della legge **italiana** sul divorzio (Legge 1 dicembre 1970, n. 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 306 del 3 dicembre 1970).

389 Cfr. N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pagg. 663 e 664.

- preventiva delle parti e/o di un tribunale, adottando decisioni nell'ambito di un provvedimento giudiziario o di un contratto di nomina³⁹⁰.
- 327 Il coordinatore dei compiti genitoriali è nominato dal tribunale competente per i procedimenti relativi all'affidamento. Il coordinamento dei compiti genitoriali è stato istituito in seguito a una raccomandazione di una conferenza interdisciplinare sulle controversie relative all'affidamento molto conflittuali finanziata dall'*American Bar Association* nel 2000.
- 328 Un ulteriore mezzo per incoraggiare il raggiungimento di una soluzione concordata delle controversie familiari è la "**valutazione neutrale preliminare**"³⁹¹, con la quale le parti ricevono una valutazione non vincolante della loro situazione effettuata da un esperto, in seguito alla quale hanno l'opportunità di negoziare una soluzione concordata³⁹². Questa procedura è diventata disponibile, per esempio, in alcune giurisdizioni degli Stati Uniti d'America, in cui le sessioni di "valutazione neutrale preliminare" durano da due a tre ore, sono condotte da uno o più esperti e sono riservate³⁹³.
- 329 La promozione delle procedure che consentono di raggiungere soluzioni concordate nei vari sistemi giuridici si riflette anche nel cambiamento del modo in cui i legali promuovono il diritto di famiglia. Attualmente i legali tendono a concentrarsi maggiormente sulla conclusione di accordi considerata come l'esito migliore possibile per i clienti.
- 330 La prima di due procedure interessanti che vanno menzionate a questo proposito è il modello del "**diritto collaborativo**". In base a tale modello, che è in uso in alcune giurisdizioni³⁹⁴, le parti ricevono l'assistenza di "avvocati collaborative" che utilizzano tecniche di risoluzione dei problemi basate sugli interessi delle parti per dirimere una controversia senza procedere in giudizio³⁹⁵. Qualora non si raggiunga un accordo e il caso debba essere risolto in un procedimento giudiziario, gli avvocati collaborativi non possono continuare a svolgere la funzione di rappresentanti; in questo caso le parti hanno bisogno di una nuova rappresentanza. In alcune giurisdizioni, come in alcune parti degli Stati Uniti d'America, il modello del diritto collaborativo viene usato con successo da qualche tempo. Alcuni dei sistemi giuridici in questione hanno nel frattempo introdotto una normativa, o un "parere etico", sul "diritto collaborative"³⁹⁶.
- 331 Il secondo modello di promozione di una risoluzione amichevole delle controversie è quello del "**diritto cooperativo**", che segue i principi del modello del "diritto collaborativo", salvo che i rappresentanti non sono esonerati da tale funzione quando il caso deve essere deferito a un tribunale³⁹⁷.
- 332 Nelle controversie familiari internazionali devono essere prese in considerazione le procedure disponibili utilizzate per raggiungere soluzioni concordate nelle controversie familiari nazionali. Le procedure devono tuttavia essere adeguate ai problemi specifici delle controversie familiari internazionali, e in particolare ai problemi specifici dei casi di sottrazione internazionale di minori, come descritto in precedenza in relazione alla mediazione. Per esempio, l'uso del modello del diritto collaborativo nei casi di sottrazione internazionale di minori potrebbe non essere auspicabile qualora le parti rischino di avere bisogno di un secondo paio di rappresentanti se per rendere l'accordo raggiunto in questo tipo di procedura è necessario rivolgersi a un tribunale e pertanto i rappresentanti sono obbligati a rinunciare all'incarico.
- 333 Le buone prassi illustrate nella presente guida in relazione alla mediazione devono essere adeguate alle altre procedure menzionate.
- 334 Gli Stati sono invitati a mettere a disposizione nelle loro giurisdizioni informazioni sulle procedure per raggiungere soluzioni concordate che possono essere applicate ai casi di sottrazione internazionale di minori. Le informazioni potrebbero essere fornite tramite le autorità centrali e i punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale³⁹⁸.

390 Cfr. *Guidelines for Parenting Coordination*, elaborate dall'*Association of Family and Conciliation Courts (AFCC) Task Force on Parenting Coordination*, maggio 2005, disponibile all'indirizzo <<http://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/Guidelines/AFCCGuidelinesforParentingcoordinationnew.pdf>> (consultato da ultimo il 14 giugno 2012).

391 Per maggiori informazioni, cfr., tra gli altri, N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pag. 663.

392 *Ibid.*

393 *Ibid.* La valutazione neutrale preventiva è disponibile anche in **Canada (Manitoba)**, cfr. la sezione 20 a) dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

394 Il modello di diritto collaborativo viene attualmente utilizzato, tra gli altri, in **Canada (Alberta, British Columbia, Manitoba, Nova Scotia, Saskatchewan)**, **Israele**, **Regno Unito (Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord)** e **Stati Uniti d'America**, cfr. la sezione 20 a) dei profili dei paesi nell'ambito della Convenzione del 1980 (cfr. la precedente nota 121).

395 Per maggiori informazioni, cfr., tra gli altri, N. ver Steegh (cit. alla nota 8), pag. 667.

396 *Ibid.*, pagg. 667 e 668

397 *Ibid.*, pag. 668.

398 Sul ruolo delle autorità centrali e di altri organismi nella facilitazione della fornitura di tali informazioni, cfr. la precedente sezione 4.1.

16 L'uso della mediazione e di procedure simili per raggiungere soluzioni concordate nei casi non rientranti nell'ambito della Convenzione dell'Aia

- L'uso della mediazione e di procedure simili per raggiungere soluzioni concordate deve essere incoraggiato anche nelle controversie familiari internazionali riguardanti i minori, soprattutto nei casi di sottrazione di minori ai quali non si applicano la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori o altri strumenti equivalenti.
- Gli Stati devono promuovere l'istituzione di strutture di mediazione per tali casi, come stabilito nei principi per la creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta³⁹⁹.
- In particolare, gli Stati devono valutare la possibilità di designare i punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale per facilitare la divulgazione di informazioni sui servizi di mediazione disponibili e altri servizi pertinenti, sulla promozione delle buone prassi relative alla formazione specifica per la mediazione familiare internazionale e sulla procedura di mediazione internazionale. Nel contempo, deve essere fornita assistenza volta a rendere gli accordi raggiunti tramite mediazione vincolanti nei sistemi giuridici interessati.
- Se necessario, i paesi devono esaminare l'opportunità di introdurre disposizioni legislative o regolamentari per l'esecuzione degli accordi raggiunti tramite mediazione⁴⁰⁰.

335 Qualora le controversie familiari internazionali riguardanti i minori coinvolgano due Stati tra i quali non siano in vigore la Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, la Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori o un altro quadro giuridico internazionale o regionale pertinente, la mediazione o altre procedure per raggiungere soluzioni concordate possono essere l'unica risorsa e l'unico modo per aiutare i minori interessati a mantenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, che è un diritto promosso dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (UNCRC)⁴⁰¹.

399 Cfr. l'allegato I.

400 *Ibid.*

401 Cfr. l'articolo 10, paragrafo 2, dell'allegato I.

- 336 È ovvio che la non applicabilità degli strumenti regionali o internazionali pertinenti non pregiudica l'uso da parte dei genitori dei mezzi di ricorso giuridici previsti dalla normativa nazionale. Tuttavia, qualora si verifichi una sottrazione internazionale di un minore o sia in corso un'altra controversia transfrontaliera relativa all'affidamento e ai contatti con i figli, la mancanza di un quadro giuridico regionale o internazionale applicabile comporta di norma l'adozione di decisioni contrastanti nelle varie giurisdizioni interessate e spesso compromette le possibilità di giungere a una soluzione giuridica della controversia.
- 337 Come indicato in precedenza⁴⁰², il gruppo di lavoro sulla mediazione nel contesto del processo di Malta ha elaborato alcuni principi per la creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta. Gli Stati devono promuovere l'istituzione di strutture di mediazione secondo quanto stabilito in tali principi. In particolare, gli Stati devono valutare la possibilità di designare punti di contatto centrali per la mediazione familiare internazionale per favorire la divulgazione di informazioni sui servizi di mediazione disponibili e altre informazioni pertinenti. Inoltre, gli Stati devono promuovere le buone prassi relative alla formazione dei mediatori per la mediazione familiare internazionale e alla procedura di mediazione internazionale.
- 338 Le buone prassi illustrate nella presente guida riguardo alla mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori sono altrettanto applicabili a tali casi. Come nei casi di sottrazione internazionale di minori nell'ambito della Convenzione del 1980, la mediazione deve essere condotta con la massima attenzione e l'accordo raggiunto tramite mediazione deve essere definito in modo tale da essere compatibile e esecutivo nelle giurisdizioni in questione. Anche il tempo è un fattore essenziale qualora non sia applicabile un quadro giuridico regionale o internazionale nei casi di sottrazione internazionale; i contatti tra il figlio e il genitore che ha subito la sottrazione devono essere ripristinati nel più breve tempo possibile per evitare l'alienazione.
- 339 Nel complesso, la mediazione nei casi di sottrazione internazionale di minori in mancanza di un quadro giuridico regionale o internazionale applicabile viene condotta in condizioni molto specifiche. Non esiste la possibilità di giungere a una soluzione tramite un procedimento giudiziario se la mediazione fallisce, o quando l'accordo raggiunto tramite mediazione viene reso esecutivo nelle giurisdizioni pertinenti, ma qualcosa va male nella sua attuazione pratica. È pertanto fondamentale che qualsiasi soluzione concordata raggiunta in tali casi sia resa giuridicamente vincolante ed esecutiva nei vari sistemi giuridici interessati prima di iniziarne l'attuazione pratica. In questo modo, la mediazione può superare la situazione conflittuale dei vari sistemi giuridici interessati; l'accordo raggiunto tramite mediazione serve quindi come base per un parere giuridico uniforme sul caso nei vari sistemi giuridici interessati.
- 340 Alle parti di una controversia familiare transfrontaliera deve essere fornita tutta l'assistenza possibile per consentire di rendere l'accordo raggiunto tramite mediazione vincolante ed esecutivo nei sistemi giuridici pertinenti. Deve essere promossa la fornitura di informazioni da parte di un organismo centrale, come un punto di contatto centrale per la mediazione internazionale, sulle azioni che devono essere intraprese per conferire valore giuridico a un accordo⁴⁰³. Se necessario, gli Stati devono esaminare l'opportunità di introdurre disposizioni legislative o regolamentari per l'esecuzione degli accordi raggiunti tramite mediazione⁴⁰⁴.
- 341 I mediatori nelle controversie familiari internazionali relative all'affidamento e ai contatti con i figli alle quali non si applica alcun quadro giuridico regionale o internazionale deve essere consapevole dell'ambito delle loro responsabilità. Devono richiamare l'attenzione delle parti sulle implicazioni giuridiche della non applicabilità degli strumenti giuridici regionali o internazionali pertinenti e sulla necessità di ottenere una consulenza legale specifica e di rendere l'accordo esecutivo nei sistemi giuridici pertinenti prima di iniziare ad attuarlo nella pratica. Le parti devono essere informate delle future implicazioni particolari della mancanza di norme sovranazionali sul riconoscimento e l'esecutività delle decisioni relative all'affidamento e ai contatti. Devono comprendere che, anche se il loro accordo è stato reso esecutivo in entrambe (tutte) le giurisdizioni interessate in seguito alla mediazione, un cambiamento delle circostanze può influire in futuro sull'esecutività dell'accordo. Qualsiasi adeguamento del contenuto dell'accordo deve essere riconosciuto da entrambi (tutti) i sistemi giuridici e tale processo richiede la collaborazione delle parti.

402 Cfr. i paragrafi 14, 112 e seguenti.

403 Per maggiori informazioni sul ruolo dei punti di contatto centrali per la mediazione internazionale, cfr. i principi per la creazione di strutture di mediazione nell'allegato I e anche la precedente sezione 4.1.

404 Cfr. i principi per la creazione di strutture di mediazione (*ibid.*).

Allegati

Allegato I

PRINCIPI PER LA CREAZIONE DI STRUTTURE DI MEDIAZIONE NEL CONTESTO DEL PROCESSO DI MALTA

redatto dal Gruppo di lavoro con l'assistenza dell'Ufficio permanente

A PUNTO DI CONTATTO CENTRALE

Gli Stati stabiliscono/designano un punto di contatto centrale per la mediazione familiare internazionale che deve svolgere, direttamente o attraverso un intermediario, i compiti di seguito specificati.

- Servire come punto di contatto per le single persone e nel contempo come punto di una rete per i mediatori che si occupano di controversie familiari transfrontaliere.
- Fornire informazioni sui servizi di mediazione familiare nel paese interessato, come per esempio:
 - > elenco di mediatori familiari, compresi i dati di contatto e informazioni sulla loro formazione, le competenze linguistiche e le esperienze acquisite;
 - > elenco di organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nelle controversie;
 - > informazioni sui costi della mediazione;
 - > informazioni sui modelli di mediazione utilizzati/disponibili;
 - > informazioni sul modo di condurre una mediazione e sugli argomenti che possono essere inclusi nella mediazione.
- Fornire informazioni che aiutino a localizzare l'altro genitore/il minore nel paese interessato.
- Indicare a chi occorre rivolgersi per ottenere consulenza sul diritto di famiglia e le procedure giuridiche.
- Fornire informazioni sulle modalità per conferire un effetto vincolante all'accordo raggiunto tramite mediazione.
- Fornire informazioni sull'esecuzione del contratto mediato.
- Fornire informazioni sul sostegno disponibile per garantire la sostenibilità a lungo termine dell'accordo.
- Promuovere la collaborazione tra i vari esperti promuovendo la creazione di reti, i programmi di formazione e lo scambio delle migliori prassi.
- Fermo restando il principio di riservatezza, raccogliere e mettere a disposizione del pubblico periodicamente informazioni sul numero e il carattere dei casi trattati con i punti di contatto centrali, le azioni intraprese e gli esiti compresi i risultati della mediazione.

Le informazioni devono essere fornite nella lingua ufficiale dello Stato interessato e in inglese o francese.

L'Ufficio permanente della Conferenza dell'Aia deve essere informato dei dati di contatto pertinenti del punto di contatto centrale, tra cui l'indirizzo postale, il numero di telefono, l'indirizzo di posta elettronica e i nomi delle persone responsabili e le lingue da esse parlate.

Le richieste di informazioni o assistenza indirizzate al punto di contatto centrale devono essere trattate con tempestività.

Se fattibile, il punto di contatto centrale deve riportare le informazioni pertinenti sui servizi di mediazione su un sito Internet nella lingua ufficiale e in inglese o francese. Qualora un punto di contatto non possa fornire questo servizio, l'Ufficio permanente potrebbe rendere le informazioni ricevute dal punto di contatto centrale disponibili online.

B MEDIAZIONE

1 Caratteristiche dei mediatori/delle organizzazioni di mediazione individuate dai punti di contatto centrali

Quelle che seguono sono alcune delle caratteristiche di cui il punto di contatto centrale deve tenere conto quando identifica e elenca i mediatori familiari internazionali e le organizzazioni di mediazione.

- Un comportamento professionale e una formazione adeguata in mediazione familiare (compresa la mediazione familiare internazionale)
- Un'esperienza significativa in controversie familiari internazionali interculturali
- Conoscenza e comprensione degli strumenti giuridici internazionali e regionali pertinenti
- Accesso alla rete di contatti pertinente (nazionale e internazionale)
- Conoscenza dei vari sistemi giuridici e del modo in cui gli accordi raggiunti tramite possono essere resi eseguibili o vincolanti nelle giurisdizioni interessate
- Accesso al supporto amministrativo e professionale
- Un approccio strutturato e professionale all'amministrazione, alla tenuta dei registri e alla valutazione dei servizi
- Accesso alle risorse pertinenti (materiali/comunicazioni e simili) nel contesto della mediazione familiare internazionale
- Il servizio di mediazione è giuridicamente riconosciuto dallo Stato in cui opera, ossia se esiste tale sistema
- Competenza linguistica

Si riconosce che, negli Stati in cui lo sviluppo di servizi di mediazione internazionale è in una fase iniziale, molte delle caratteristiche elencate in precedenza rappresentano solo obiettivi cui aspirare e, a questo punto, non possono essere realisticamente pretese.

2 Procedura di mediazione

Si riconosce che nei vari paesi si utilizza una gran varietà di procedure e metodologie nella mediazione familiare. Esistono tuttavia alcuni principi generali che, fatta salva la normativa applicabile alla procedura di mediazione, devono costituire la base della mediazione:

- Valutazione dell'idoneità della mediazione in un caso particolare
- Consenso informato
- Partecipazione volontaria
- Aiutare i genitori a raggiungere un accordo che tenga conto degli interessi e del benessere del minore
- Neutralità
- Equità

- Uso della lingua madre o delle lingue madri con cui i partecipanti si sentono a loro agio
- Riservatezza
- Imparzialità
- Competenza interculturale
- Processi decisionali in conoscenza di causa e accesso adeguato alla consulenza legale

3 Accordo raggiunto tramite mediazione

Quando si fornisce assistenza per redigere gli accordi nelle controversie familiari transfrontaliere, i mediatori devono sempre tenere presente l'esercizio effettivo dell'accordo. L'accordo deve essere compatibile con i sistemi giuridici pertinenti. Gli accordi relative all'affidamento e ai contatti devono essere per quanto possibile concreti e tenere in considerazione gli aspetti pratici rilevanti. Qualora l'accordo sia legato a due giurisdizioni con lingue diverse, l'accordo deve essere redatto nelle due lingue, se ciò semplifica la procedura per renderlo giuridicamente vincolante.

C RENDERE VINCOLANTE L'ACCORDO RAGGIUNTO TRAMITE MEDIAZIONE

I mediatori che trattano le controversie familiari internazionali relative all'affidamento e ai contatti devono avere un rapporto di stretta collaborazione con i rappresentanti legali delle parti.

Prima di iniziare ad attuarlo, l'accordo deve essere reso esecutivo o vincolante nelle giurisdizioni pertinenti.

I punti di contatto centrali nelle giurisdizioni interessate devono fornire alle parti informazioni sulle procedure pertinenti.

Se necessario, i paesi possono esaminare l'opportunità di introdurre disposizioni legislative o regolamentari per l'esecuzione degli accordi raggiunti tramite mediazione.

Allegato II

RELAZIONE SUI PRINCIPI PER LA CREAZIONE DI STRUTTURE DI MEDIAZIONE NEL CONTESTO DEL PROCESSO DI MALTA

redatta dal Gruppo di lavoro con l'assistenza dell'Ufficio permanente

CONTESTO

Nella riunione tenuta dal 31 marzo al 2 aprile 2009, il Consiglio per gli affari generali e le politiche della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato ha autorizzato, nel contesto del processo di Malta, l'istituzione di un gruppo di lavoro per promuovere la creazione di strutture di mediazione allo scopo di contribuire alla risoluzione delle controversie familiari transfrontaliere riguardanti l'affidamento di minori o i contatti con i minori, fra cui i casi di trasferimento unilaterale di un minore in un altro Stato, in cui non si applicano la *Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* e la *Convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori*.

La raccomandazione di istituire il gruppo di lavoro deriva dalla terza Conferenza giudiziaria sulle questioni transfrontaliere del diritto di famiglia tenutasi a St. Julian's, Malta, dal 23 al 26 marzo 2009.

Nel giugno 2009, un numero limitato di Stati contraenti della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e di Stati non contraenti, scelti sulla base di fattori demografici e di diverse tradizioni giuridiche, è stato invitato a designare un esperto. Gli Stati erano Australia, Canada, Egitto, Francia, Germania, India, Giordania, Malaysia, Marocco, Pakistan, Regno Unito e Stati Uniti d'America. Inoltre, è stato invitato a unirsi al gruppo di lavoro un numero limitato di esperti di mediazione indipendenti.

Il gruppo di lavoro ha tenuto due riunioni telefoniche, di cui una il 30 luglio 2009 e una il 29 ottobre 2009, e una riunione di persona l'11 e 12 maggio 2010 a Ottawa, Canada. Le riunioni sono state copresiedute da Lillian Thomsen (Canada) e dal giudice Tassaduq Hussain Jilani (Pakistan). In tutte le riunioni erano disponibili servizi di interpretazione simultanea in inglese, francese e arabo. Sono stati distribuiti due questionari sulle strutture di mediazione esistenti e sull'esecutività degli accordi raggiunti tramite mediazione in vista delle riunioni telefoniche del gruppo di lavoro; le risposte sono disponibili sul sito Internet della Conferenza dell'Aia all'indirizzo < www.hcch.net > nella sezione "Work in progress", quindi "Child Abduction".

Nella prima riunione telefonica, il Gruppo di lavoro ha concluso che sarebbe stata importante l'istituzione di punti di contatto centrali in ogni paese per fornire informazioni sui servizi di mediazione disponibili nelle rispettive giurisdizioni. In seguito alla seconda riunione telefonica, il Gruppo di lavoro ha iniziato a lavorare al progetto di principi per la creazione di strutture di mediazione che è stato completato dopo una discussione approfondita e una riunione di persona svoltasi in Canada l'11 e 12 maggio 2010 e successive consultazioni con gli esperti che non hanno potuto partecipare alla riunione in Canada.

I principi per la creazione di strutture di mediazione nel contesto del processo di Malta

I principi sono stati definiti per creare efficaci strutture di mediazione per le controversie familiari transfrontaliere riguardanti i minori in cui sono coinvolti Stati che non hanno aderito alla Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e alla Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori o ad altri strumenti pertinenti. In mancanza di un quadro giuridico internazionale o regionale applicabile, la mediazione o metodi simili di risoluzione consensuale delle controversie sono spesso l'unico mezzo per trovare una soluzione che consenta ai minori interessati di mantenere contatti continui con entrambi i genitori.

Va sottolineato che la creazione di strutture per la mediazione familiare transfrontaliera sarà rilevante anche per le controversie familiari transfrontaliere rientranti nell'ambito della Convenzione dell'Aia del 1980 sulla sottrazione di minori e della Convenzione dell'Aia del 1996 sulla protezione dei minori. Entrambe le Convenzioni promuovono la risoluzione amichevole delle controversie familiari attraverso la mediazione o metodi simili. I principi possono pertanto essere utili per integrare il quadro giuridico internazionale stabilito dalle Convenzioni.

I “principi”

I “principi” richiedono che sia istituito un punto di contatto centrale, che faciliti la fornitura di informazioni, tra gli altri, sui servizi di mediazione disponibili nelle rispettive giurisdizioni, sull'accesso alla mediazione e su altri importanti aspetti correlati, come le informazioni giuridiche pertinenti.

PARTE A

La parte A dei “principi” stabilisce le informazioni che devono essere fornite e il modo in cui le informazioni devono essere rese accessibili attraverso i punti di contatto centrali.

Le informazioni sui servizi di mediazione nel diritto di famiglia internazionale devono includere, in primo luogo, gli elenchi dei mediatori o delle organizzazioni di mediazione che forniscono tali servizi. Gli elenchi devono comprendere informazioni sulla formazione, le competenze e l'esperienza linguistiche e i dati di contatto dei mediatori. Il punto di contatto centrale deve inoltre fornire informazioni sui costi della mediazione, compresi gli onorari e altri costi connessi. Il punto di contatto centrale deve inoltre fornire informazioni sulla stessa procedura di mediazione, ossia i modelli di mediazione utilizzati o disponibili, il modo in cui la mediazione viene condotta e gli argomenti che possono essere oggetto di mediazione. Le informazioni devono essere per quanto possibile particolareggiate; devono essere incluse informazioni sulla disponibilità della mediazione, e sulle sue forme specifiche, come la mediazione binazionale.

Il punto di contatto centrale deve inoltre fornire informazioni per la sistemazione dell'altro genitore/ del minore nel paese interessato. Analogamente, devono essere fornite informazioni riguardo a chi è necessario rivolgersi per ottenere consulenza sul diritto di famiglia e sui procedimenti giuridici, sul modo in cui gli accordi raggiunti tramite mediazione possono essere resi vincolanti e eseguibili. Tenuto conto delle risorse spesso limitate delle parti di una controversia familiare, devono essere inclusi dati sui costi; va richiamata l'attenzione sui servizi gratuiti o sui servizi che offrono consulenza legale a basso costo, se disponibili. Il punto di contatto centrale deve anche fornire informazioni sull'eventuale assistenza disponibile per garantire la sostenibilità a lungo termine degli accordi raggiunti tramite mediazione.

Il punto di contatto centrale deve migliorare e consolidare la cooperazione transfrontaliera riguardo alla risoluzione amichevole delle controversie familiari internazionali promuovendo la cooperazione tra i vari esperti attraverso la creazione di reti, programmi di formazione e lo scambio delle migliori prassi. Infine, fatto salvo il principio di riservatezza, il punto di contatto centrale deve raccogliere e pubblicare dati statistici dettagliati sui casi trattati.

PARTE B

Nella parte B, i “principi” fanno riferimento (1) ad alcuni criteri per l’identificazione dei servizi di mediazione internazionali da parte dei punti di contatto centrali, (2) alla procedura di mediazione e (3) all’accordo raggiunto tramite mediazione.

Al punto B, paragrafo 1, i “principi” stabiliscono alcune caratteristiche dei mediatori o delle organizzazioni di mediazione che i punti di contatto centrali devono considerare quando identificano e elencano i servizi di mediazione internazionali. Nel contempo, i “principi” riconoscono che molti Stati sono ancora nelle fasi iniziali di istituzione di servizi di mediazione internazionali in materia familiare e che alcune delle caratteristiche elencate sono obiettivi cui aspirare. È tuttavia auspicabile che gli Stati che applicano i “principi” incoraggino lo sviluppo di servizi di mediazione con queste caratteristiche.

Il punto B, paragrafo 2, elenca alcuni principi generali che, fatte salve le normative applicabili alla procedura di mediazione, devono essere rispettati nella mediazione familiare internazionale. Riconoscendo che tali principi possono avere un’interpretazione leggermente diversa nei vari sistemi giuridici e allo scopo di consentire lo sviluppo di buone prassi, il documento si astiene dall’attribuire definizioni fisse a questi principi generali. Va sottolineato che la guida alle buone prassi nell’ambito della Convenzione dell’Aia del 1980 sulla sottrazione di minori, attualmente in fase di preparazione, tratta in modo molto più approfondito le buone prassi relative a questi principi generali.

Il punto B, paragrafo 3, pone in evidenza alcuni aspetti importanti da prendere in considerazione per quanto riguarda gli accordi raggiunti tramite mediazione, in modo che sia possibile renderlo vincolante nei sistemi giuridici interessati. Per maggiori informazioni sulle buone prassi relative alla definizione degli accordi raggiunti tramite mediazione, si rimanda ancora una volta alla prossima guida alle buone prassi relative alla mediazione nell’ambito della Convenzione dell’Aia sulla sottrazione di minori.

PARTE C

La parte C riconosce l’importanza di rendere gli accordi raggiunti tramite mediazione vincolanti o eseguibili in tutti i sistemi giuridici interessati prima della loro attuazione. Pone inoltre in evidenza la necessità di una stretta collaborazione con i rappresentanti legali delle parti. Nel contempo, il punto di contatto centrale è chiamato a sostenere le parti fornendo informazioni sulle procedure pertinenti.

Nota finale

Il Gruppo di lavoro ha chiesto di includere nella presente relazione una dichiarazione volta ad incoraggiare gli Stati non aderenti a considerare attentamente i vantaggi della *Convenzione dell’Aia del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l’esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori* e della *Convenzione dell’Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori* o dell’adesione alle stesse.

Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato

Ufficio permanente

6, Scheveningseweg

2517 KT L'Aia

Paesi Bassi

Telefono: +31 70 363 3303

Fax: +31 70 360 4867

E-mail: secretariat@hcch.net

Sito Internet: www.hcch.net



ISBN 978-92-79-32401-7



doi:10.2838/57023