

La cultura della mediazione quale strumento preventivo per l'analisi del diritto: il progetto CAEE

The Culture of Mediation as a Preventive Tool for Legal Analysis: the CAEE Project

Oswaldo Duilio Rossi Università di Teramo; [Dikaios International](#)

Pierre Fortin [Dikaios International](#)

Il Forum Internazionale del Gran Sasso

La prevenzione, via per un nuovo sviluppo

21 Giugno 2019, Università degli Studi di Teramo

Il linguaggio non solo *veicola* il pensiero, e non solo i modi del linguaggio *qualificano* i contenuti dei discorsi (Watzlawick/Beavin/Jackson 1967): il linguaggio *costruisce* il pensiero stesso e *organizza* il sapere (Jakobson/Halle 1956; Chomsky 1957 e 1965). Il linguaggio e i suoi modi esprimono la *struttura* del pensiero – i valori e le emozioni, i bisogni e gli interessi – di chi interagisce in una relazione sociale, anche quando la relazione implica un rapporto contrattuale, che può causare o risolvere un conflitto.

Chi ha il compito di aiutare qualcuno a risolvere un conflitto deve avere una sensibilità spiccata nell'analisi del linguaggio perché la soluzione amichevole di una controversia implica la comprensione reciproca dei bisogni, degli interessi, delle emozioni e dei valori delle parti in lite. Un'*analisi della domanda* (Carli/Paniccia 2003) è anche un'analisi linguistica che può e(sp)licitare le risorse pacificatrici occultate nelle pieghe del conflitto e dei suoi modi verbali; mentre trascurare di "analizzare la domanda" può incagliare le parti e i tecnici in condizioni di *impasse*. Ciò vale tanto per le persone fisiche quanto per le persone giuridiche, che pure partecipano ai conflitti "in persona di" qualcuno: qualcuno che esprime interessi e diritti della persona che rappresenta, utilizzando però il proprio linguaggio; un linguaggio che "parla" soprattutto del soggetto rappresentante, oltretutto del rappresentato.

Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (*alternative dispute resolutions, ADR*) sono anche strumenti di soluzione *appropriata* delle liti: strumenti adatti a situazioni specifiche e, soprattutto, *adattabili* a circostanze diverse in funzione della struttura di ciascun conflitto e dell'identità delle parti. Gli *ADR* si differenziano comunemente in funzione del *petitum* e della *causa petendi*, ma si possono differenziare anche in funzione della natura delle parti (persone fisiche o giuridiche, società di capitali o enti pubblici, ecc.) e del loro (r)apporto sociale (economico, affettivo, giuridico, ecc.).

Gli *ADR* aggiudicativi (per es., l'arbitrato) o quelli negoziali (per es., la conciliazione) o anche gli *ADR* misti (per es., la mediazione civile) in Italia dimostrano di offrire soluzioni valide in campi specifici del diritto da oltre un decennio (cfr. le analisi statistiche redatte dalla DGStat 2003-2018; 2012-2018), ma dimostrano anche gradi diversificati di efficacia in funzione della materia trattata e del valore della lite. Purtroppo l'*identità* delle parti passa spesso inosservata agli occhi dei tecnici, che preferiscono valutare l'appropriatezza degli *ADR* concentrandosi sulla *natura giuridica* delle parti. Comprendere l'identità delle parti, invece, può contribuire a orientare la gestione del contenzioso verso soluzioni amichevoli o giudiziali perché l'identità di una parte – o

della persona che la rappresenta¹ – si lega direttamente al suo linguaggio; e perciò ai suoi valori, ai suoi interessi e ai suoi bisogni.

Gli economisti e gli psicologi sanno (da relativamente poco tempo) che i processi decisionali dipendono tanto dalla razionalità quanto dall'irrazionalità e hanno dimostrato quanto sia difficile prendere decisioni basate esclusivamente sulla ragione o sull'impulsività (Kahneman 2011): le decisioni dipendono da “testi” complessi che parlano tanto la lingua della ragione quanto la lingua delle emozioni. Perciò il modo in cui ciascuna parte “semantizza l'esperienza” del conflitto determina la programmazione dei suoi obiettivi, le sue scelte operative, la sua propensione a concludere accordi o a infrangerli; e determina la costruzione complessiva del conflitto, come determina anche la capacità e la velocità di riconciliarlo. Gli umanisti e i filosofi lo sapevano molto prima che lo scoprissero gli scienziati: addirittura le fonti evangeliche hanno evidenziato l'importanza di evitare il ricorso alla giustizia ordinaria, esaltando invece la capacità dialogica e maieutica della comunicazione all'interno di una comunità come quella protocristiana (Mt. 5: 23-26; Mt. 18: 15-17; Pr.L.Cor. 6: 4-8).

Chi promuove (o almeno chi crede in) una *cultura della mediazione* deve comprendere la semantica che lega i diritti ai bisogni, alle emozioni e agli interessi delle parti, perché la riconciliazione dei litiganti – non solo giuridica – pretende una lettura funzionale – in termini linguistici – dei loro processi decisionali, prima ancora che delle loro pretese (giuridiche, economiche, morali, ecc.): “analizzare la domanda” significa proprio tradurre una mentalità nel linguaggio di un'altra mentalità.

Ogni cultura è un processo collettivo di significazione: perciò la *cultura della mediazione* ha rilevanza sociale o almeno comunitaria (per dirla con Tönnies 1887). Le comunità, da una parte, si organizzano intorno a una convivialità pragmatica: i loro membri agiscono invocando gli effetti tangibili che il patto sociale produce sulla loro vita quotidiana. La società, d'altra parte, si organizza intorno alle cause ideali che giustificano la costruzione del patto collettivo: i valori costitutivi (e costituzionali), l'etica (e l'estetica) che la storia dipana, la lingua identitaria che definisce un territorio (cfr. EC-DGCP 2008), ecc.. Tanto le comunità quanto la società implicano un confronto tra *stakeholders*, motivati da interessi e bisogni a volte contrastanti e perciò potenzialmente orientati a innescare la conflittualità, che la collettività è interessata a comporre rapidamente ed efficacemente per tutelare beni pubblici di varia natura (dall'efficienza dei mercati all'efficienza della giustizia, dall'efficienza della sicurezza interna all'efficienza dell'amministrazione pubblica). Ancora una volta le fonti evangeliche forniscono una testimonianza antica al riguardo (Mt. 5: 25-26; Pr.L.Cor. 6: 7), ponendo l'interesse pubblico (della comunità) di fronte a quello privato (dei singoli).

Una conflittualità elevata risulta come un'esternalità negativa che danneggia un sistema-paese tanto nella dimensione giuridica quanto in quella economica (WEF 2015); ma la conflittualità può anche essere abbattuta o, addirittura, può essere trasformata in un'esternalità positiva (Miyashiro/Rosenberg 2008; Rossi 2017), se le agenzie di socializzazione riescono a diffondere una cultura negoziale e conciliativa, come in Italia provarono a fare il Legislatore² e alcune Amministrazioni Pubbliche³ da oltre dieci anni.

La coltivazione e la diffusione di una cultura della mediazione nel lungo periodo assolvono a funzioni di prevenzione oltreché di risoluzione dei conflitti. E proprio la funzione preventiva può generare esternalità positive perché può abbattere il contenzioso e

1 Il tema della rappresentanza meriterebbe due approfondimenti: entro quali *limiti* sia possibile negoziare tramite rappresentanti e quanto sia *efficace* negoziare tramite rappresentanti. La sent. 8473/2019 Cass. sembra esprimersi favorevolmente alla partecipazione personale delle parti alle trattative.

2 Cfr. il D.Lgs. 5/2003 sulla *conciliazione societaria* (abrogato); il D.Lgs. 28/2010 sulla *mediazione civile e commerciale*, obbligatoria in molte materie (art. 5); la L. 3/2012 sulla *composizione delle crisi da sovraindebitamento*; il D.L. 132/2014 sulla *negoiazione assistita*.

snellire i procedimenti giudiziari (Rossi 2017) e, soprattutto, può diffondere modelli di dialogo cooperativo e di costruzione del consenso molto efficienti (immediati, anziché intermediati).

WEF (2015) ha chiarito quanto i tempi, i costi e l'incertezza della giustizia civile rappresentino un freno alle attività imprenditoriali, se non addirittura un deterrente a coltivare l'imprenditorialità nei Paesi inefficienti, incentivando la "fuga" altrove delle imprese, con conseguente deflusso di capitali e potenziale squilibrio in bilancia dei pagamenti. Le imprese stabilizzate nei Paesi con sistemi giudiziari inefficienti, del resto, ricorrono alla giustizia ordinaria solo come *extrema ratio*, preferendo utilizzare gli ADR o, addirittura, preferendo convertire il rischio con strumenti finanziari (come, per es., la cessione del credito): di fatto "rinunciando" al diritto.

Una logica molto simile possono esprimerla anche gli enti non lucrativi, che possono "rinunciare alla giustizia" nella speranza di evitare che i conflitti diventino di dominio pubblico, per tutelare la propria reputazione (non disponendo di risorse adeguate a curare campagne di comunicazione efficienti, come invece fanno abitualmente certe imprese), ma anche per una prudenza eccessiva, che è difficile distinguere dal timore circa l'incertezza degli esiti giudiziari.

Entrambe le condizioni – quella delle imprese e degli enti non lucrativi – possono risolversi in situazioni di conflittualità latente e irrisolta, che può condurre facilmente a registrare danni (patrimoniali e non patrimoniali) o, almeno, equivoci potenzialmente pericolosi nello sviluppo delle relazioni sociali, giuridiche ed economiche con i terzi.

Un esempio poco noto, ma indicativo, di come gestire una conflittualità così particolare è il progetto di *Conciliazione e Arbitrato per Enti Ecclesiastici* (CAEE), promosso dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato (AIA) e da [Dikaio International](#) col patrocinio della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università Gregoriana (10.05.2017). Il CAEE è uno spazio progettato per dirimere extragiudizialmente le controversie che coinvolgono *almeno* un ente ecclesiastico, che può doversi confrontare con altri enti ecclesiastici o con persone fisiche (anche laiche) oppure con imprese.

Gli enti ecclesiastici e le imprese sono soggetti per loro natura complessi che intrattengono relazioni altrettanto complesse, soprattutto perché possono coinvolgere giurisdizioni diverse, come quella civile di vari Stati e quella canonica. Le funzioni conciliative e arbitrali del CAEE hanno prevenuto, oltreché risolto, alcuni conflitti, in uno spirito di semplificazione di quella complessità; a volte tutelando anche gli interessi di collettività più ampie, come piccole comunità locali o interi segmenti di mercato, *stakeholder* di quegli enti e di quelle imprese.

Gli strumenti ADR come il CAEE coinvolgono professionisti consapevoli della delicatezza dei rapporti tra mondi che parlano linguaggi diversi e che esprimono valori, bisogni e interessi diversi; professionisti capaci di "coinvolgersi in modo neutro" nella semantizzazione dei conflitti, per aiutare le parti a conciliare le differenze nel rispetto delle loro identità; ma soprattutto per divulgare un approccio costruttivo alla gestione dei conflitti.

Ogni procedura conciliativa, infatti, si regge su tre pilastri comuni alle esigenze di ogni soggetto coinvolto nel conflitto (Rossi 2013-2019): (1) la tutela della riservatezza (che consente di proteggere il valore della reputazione e dell'identità delle parti); (2) l'adattamento alla relazione (giuridica, economica o sociale) che lega le parti e che può essere salvaguardata o interrotta minimizzando i costi di transazione; (3) l'accompagnamento nel percorso di cambiamento (più o meno traumatico) che deve affrontare ciascu-

3 Cfr. le Disp. 18/06/2009 della Banca d'Italia per la costituzione dell'*Arbitro Bancario e Finanziario*; i vari documenti elaborati dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Pubblica Amministrazione di Qualità 2013a-2013d); la relazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19/09/2013.

na parte quando ridefinisce tanto il proprio rapporto con l'altra parte quanto la propria condizione individuale. La capacità di "coinvolgersi in modo neutro" – che hanno i mediatori e gli arbitri impegnati nella divulgazione della cultura conciliativa – serve proprio a palesare e a tutelare gli interessi e i bisogni sostanziali che ciascuna parte in conflitto riconduce ai tre pilastri appena elencati. E gli egoismi individuali, orientati a tutelare questi tre valori, possono tutelare anche l'interesse collettivo – per dirla con Adam Smith (1759) – perché ciascuna parte si concentra sui valori della propria controparte, se si preoccupa della riservatezza (che implica una valutazione e una gestione della simmetria informativa), e se si preoccupa della relazione (che dipende necessariamente da due soggettività complesse), e se si preoccupa del cambiamento (che implica una ridefinizione, a volte omeostatica, delle posizioni reciproche).

Perciò l'uso del diritto – in questo quadro di complessità semantica – può esprimere anche qualcos'altro, oltre alla regolamentazione (pure complessa) dei rapporti giuridici: può definire un *modus vivendi* condiviso socialmente; può partecipare attivamente al processo di socializzazione. L'analisi del diritto perciò può – e forse dovrebbe – riguardare anche effetti non esclusivamente giuridici, ma comunque direttamente legati ad essi e significativi per la società.

Bibliografia

- Carli R., Paniccia R.M. (2003), *Analisi della domanda. Teoria e tecnica dell'intervento in psicologia clinica*, Bologna, il Mulino.
- Chomsky N. (1957), *Syntactic Structures*, Den Haag, Mouton.
- Chomsky N. (1965), *Aspects of the Theory of Syntax*, Cambridge, M.I.T. Press.
- DGStat, Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della Giustizia (2003-2018), *Monitoraggio della giustizia*, <<https://webstat.giustizia.it>>.
- DGStat, Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della Giustizia (2012-2018), *Statistiche sulla Mediazione civile ex D.Lgs. 28/2010*, <<https://webstat.giustizia.it>>.
- EC-DGCP, European Commission, Directorate-General for Communication Publications, *Speaking for Europe: Languages in the European Union*, Brussels.
- Jakobson R., Halle M. (1956), *Fundamentals of Language*, Mouton, Gravenhage.
- Kahneman D. (2011), *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar-Straus-Giroux.
- Miyashiro M.R., Rosenberg M. (2008), *Integrated Clarity: Energizing How We Talk and What We Talk about in Organizations*, in Holman P., Devane T., Cady S. (eds.) (2008: 118-134), *The Change Handbook 2nd Edition. The Definitive Resource on Today's Best Methods for Engaging Whole Systems*, Oakland, Berrett-Koehler.
- Presidenza del Consiglio dei Ministri (19/09/2013), *Destinazione Italia*.
- Pubblica Amministrazione di Qualità (2013a), *Benessere organizzativo. Come migliorare la qualità della vita sul luogo di lavoro attraverso la comunicazione*, Roma, Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.
- Pubblica Amministrazione di Qualità (2013b), *Cooperazione e negoziazione. Come spiegare l'adozione di strategie di comportamento collaborative nei contesti di lavoro*, Roma, Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.
- Pubblica Amministrazione di Qualità (2013c), *Customer satisfaction. Come migliorare la qualità dei servizi attraverso la rilevazione dei bisogni e della soddisfazione dei cittadini*, Roma, Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

- Pubblica Amministrazione di Qualità (2013d), *Comunicazione organizzativa. Come creare un'identità comune e condivisa all'interno di un'organizzazione*, Roma, Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.
- Rossi O.D. (2013-2019), *Cultura negoziale: come e perché conciliare un accordo amichevole*, Roma, IforMediate, <www.iformediate.com/cultura-negoziale-ebook.html>.
- Rossi O.D. (2017), *La mediazione stragiudiziale e l'Amministrazione Pubblica: comporre la conflittualità per abbattere le esternalità negative*, tesi di dottorato in "Multi-level governance", Università degli Studi di Teramo.
- Smith A. (1759), *The Theory of Moral Sentiments*, Edinburgh, Millar.
- Tönnies F. (1887), *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Lipsieg, Fues.
- Watzlawick P., Beavin J.H., Jackson, D.D. (1967), *Pragmatics of Human Communication*, New York, Norton.
- WEF, World Economic Forum (2015), *The Global Competitiveness Report 2014-2015*, Cologny/Geneva, <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/>>.