La mediazione stragiudiziale e l'Amministrazione Pubblica:

comporre la conflittualità per abbattere le esternalità negative

Osvaldo Duilio Rossi

Università degli Studi di Teramo

Dottorato di ricerca XXIX ciclo

Multi-level governance: analisi critica dell'azione pubblica e delle sue trasformazioni

Tutor

Prof.ssa Marina D'Orsogna

Co-tutor

Prof.ssa Giovanna Morelli

Prof. Paolo Savarese

Tesi discussa il
25 Settembre 2017

I n d i c e

Premessa. Razionalità e ragionevolezza

1. Un ossimoro 1
2. Complessità del benessere 3
3. La parola come alternativa 5
4. Comunicare per fare 8
5. Alternative disponibili 10
6. La logica del buonsenso 13

1. Il diritto di negoziare

1. Gli *ADR* negoziali 17
   (a) Conciliazione societaria 23
   (b) Mediazione civile e commerciale stragiudiziale 25
   (c) Negoziazione assistita 33
   (d) Gestione della crisi da sovraindebitamento 35
2. L'Amministrazione Pubblica e gli *ADR* 39
   (a) Esperienza americana 43
   (b) Condizioni italiane 48
   (c) Il dovere di negoziare 50
3. Il caso del TAR Lazio 57

2. I numeri della giustizia

1. Quanto costa un conflitto 61
   (a) Internalizzare i costi di gestione del conflitto 63
   (b) Esternalità negative 68
2. La giustizia come servizio pubblico e fonte di valore 73
3. Efficienza e qualità della giustizia 83

(a) I dati dell'European Commission for the Efficiency of Justice 85

(b) I dati della Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia 88

4. Competitività e Amministrazione Pubblica 90

3. Le tecniche negoziali

1. Presupposti di un accordo negoziato 97

(a) Modalità negoziali 99

(b) Complessità del conflitto 108

(c) Litigare per stare insieme 114

(d) Comunicare per mediare 117

2. Complessità di relazioni ed emozioni 123

(a) Ascolto attivo ed empatia 127

(b) Ristrutturazione semantica e comunicazione non-violenta 134

3. Struttura di un procedimento di mediazione 137

(a) Pretese e proposte 142

(b) Analisi delle alternative 144

Conclusioni. Un'irrazionalità ragionevole

1. Politiche negoziali 147

2. Prospettive europee 150

3. Orizzonti futuri 152

Riferimenti bibliografici 155

Riferimenti giuridici 175

Premessa

Razionalità e ragionevolezza

1. Un ossimoro

Alcune scelte razionali (degli operatori singoli) possono produrre, a volte, risultati irragionevoli (per la collettività): una società civile che perda la capacità di integrare le istanze dei segmenti vari che la compongono «porta la razionalità a girare a vuoto. Essa diventa irragionevole» (Latouche, 2000: 79-80) quando i suoi componenti agiscono nell'interesse isolato dei propri fini (seppur istituzionali) a scapito degli interessi altrui o trascurando gli effetti prodotti sugli altri. Latouche, insomma, riedita la teoria del benessere di Bergson (1938) e Samuelson (1947) in chiave sociologica: il benessere collettivo aumenta quando quello di un individuo aumenta a sua volta, senza che peggiorino le condizioni di qualcun altro. Aime (2014), così, smaschera l'irragionevolezza delle politiche (razionali) di alcune istituzioni italiane, come quelle che fanno partire treni vuoti per evitare di pagare una penale (distraendo, di fatto, il servizio da rendere ai pendolari) o quelle che rinnovano gli spazi pubblici con strutture che soddisfano gli interessi delle agenzie pubblicitarie (anziché dei cittadini, fruitori in prima istanza di quegli spazi) o, ancora, quelle che sanzionano alacremente le mancanze dei cittadini, ma li dissuadono dal pretendere rimborsi, riparazioni o giustizia (ostacolando il disbrigo delle pratiche amministrative quando il cittadino subisce un disservizio):

> il concetto di responsabilità si fa sempre più evanescente se è l'azienda a essere implicata. Ogni persona interpellata rimanda a un'altra funzione e il cittadino non riesce, o riesce con fatica, a identificare chi è responsabile del danno nei suoi confronti (Aime 2014: 50).

Savarese (2000: 14-17) scrive in tal senso di *misconoscimento* – come negazione parziale della soggettività – del cittadino vittima degli eccessi della burocrazia: l'Amministrazione Pubblica (AP) o, meglio, un rappresentante dell'AP che comunica con l'utente

può arrivare a riconoscere unicamente i doveri del cittadino, rifiutando o ignorando di riconoscere i disagi soggettivi sottostanti alle sue lamentele; disconoscendo, di conseguenza, i suoi diritti e bisogni. Un'asimmetria dei rapporti tra le parti del contratto sociale che il diritto (amministrativo) può riequilibrare difficilmente. Apthorpe (2005), anzi, considera proprio le *policy* di regolamentazione – che dovrebbero regolare l'equilibrio di quei rapporti – come una manifestazione del potere e, soprattutto, delle sue logiche: un linguaggio specifico che identifica generi antropologici e categorie sociali; che esprime addirittura i limiti entro cui "usare i corpi" (per dirla con Foucault, 2005); che nasconde obiettivi a volte personali dietro altri apparentemente collettivi (cap. 3.1.a).

Un'AP disfunzionale concentra le proprie attenzioni esclusivamente sul *petitum* formalizzato o, in altri termini, sulla domanda "superficiale" proposta dall'utente, ignorandone gli aspetti soggettivi (come il disagio emotivo, il bisogno di riconoscimento individuale, i problemi latenti che gravitano intorno a quello manifesto, ecc.) oppure evitando di dimostrare di averli compresi. Atteggiamento giustificato (forse) dagli scopi istituzionali che possono limitare l'azione di un'AP, ma forse anacronistico, se accettiamo la tesi multidisciplinare di Rifkin (2010), secondo cui abbiamo raggiunto lo stadio evolutivo dell'*homo empaticus* perché intendiamo l'esistenza e il benessere come forme di socializzazione, condivisione e cura reciproca.

L'AP quindi potrebbe riconoscere l'evoluzione delle istanze sociali e adattare ad esse le proprie *policy* nell'interesse collettivo, anche gestendo i conflitti (e le relazioni in genere) con metodi più "civili" di quelli strettamente procedurali, circoscritti alla dimensione "oggettiva" del *petitum*; potrebbe, invece, preoccuparsi anche del benessere soggettivo degli individui.

Il legislatore ha già iniziato ad accogliere tali istanze: prevedendo, per es., lo sviluppo *qualitativo* delle relazioni con i cittadini per migliorare la *performance* dell'AP (D.Lgs. 150/2009, art. 8); ma anche introducendo l'istituto della mediazione civile stragiudiziale (D.Lgs. 28/2010), che cura gli aspetti relazionali con più attenzione rispetto al tentativo di conciliazione endoprocessuale (art. 185 C.p.c., spesso ignorato o distorto nelle aule di giustizia, secondo Cosi, 2001); o, ancora, introducendo la composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 3/2012), che ha conferito esclusivamente all'AP la facoltà di negoziare gli accordi tra debitori e creditori, per esplorare i loro bisogni e interessi e per aiutarli a comunicare tra di loro e con i giudici.

L'AP e i suoi funzionari, insomma, dovrebbero iniziare ad affrontare i conflitti e i problemi dei cittadini con l'atteggiamento e gli strumenti di chi gestisce professional-

mente le relazioni interpersonali difficili, per consentire alle parti di considerare la dimensione oggettiva di una relazione *insieme a* quella soggettiva. Una "negoziazione concettuale" che fornisce gli strumenti per la transizione da una certa concezione della realtà a un'altra (Casati, 2011); da quella procedurale del *bureau*, per es., a quella pragmatica dell'individuo; dalla razionalità formale del diritto positivo a una ragionevolezza basata sul buonsenso, in grado di agevolare i rapporti sociali (Crespi, 1996/2003: 164-165). Il diritto, infatti, consente di comporre i conflitti solo in seconda battuta; mentre «per certi aspetti, produce situazioni conflittuali», scrive Tomeo (1981: 10), perché (in prima battuta) rappresenta la struttura stessa del conflitto, ne impone la misura e, soprattutto, ne determina i moventi.

2. Complessità del benessere

Le persone coinvolte in una lite o in un colloquio difficile reagiscono "naturalmente" al disagio altrui rifiutandolo[1] o aggredendo l'interlocutore[2] perché il malessere spaventa le persone e minaccia di "contagiarle", portandole quindi ad attivare strategie difensive come la fuga o l'aggressione che, però, alimentano quel disagio e, paradossalmente, innescano o riproducono il conflitto (Stone/Patton/Heen, 2010). Chi subisce un rifiuto o un'aggressione percepisce l'impossibilità di sfogare e gestire il proprio disagio; quindi accresce l'intensità del conflitto affinché l'altra parte dimostri di comprendere le sue esigenze, oltreché per (tentare di) modificare i comportamenti altrui. Un atteggiamento che, però, spinge l'interlocutore a rinforzare le proprie difese, avviando così un circolo vizioso in cui ciascuna parte concentra la propria attenzione sulle proprie esigenze, evitando di fornire all'altra il segnale di comprensione che potrebbe stemperare l'intensità della lite: i toni del conflitto quindi crescono perché ciascuno insiste egoisticamente a perseguire il raggiungimento dei propri obiettivi (Cosi, 2001 e 2012). «È raro che un essere umano possa rimanere concentrato sui nostri bisogni quando noi li esprimiamo tramite immagini che implicano che lui è in torto», scrive Rosenberg (2003: 180).

Chi sviluppa la relazione con l'altro esclusivamente sul piano del *petitum* (come accade in giudizio o in molti uffici pubblici) ostacola l'elaborazione dei moventi sottostan-

1 Le strategie più comuni per evitare stimoli o sintomi linguistici scomodi consistono nell'introdurre argomenti di discussione che depistino l'attenzione (cd. *topic shifting*); minimizzare le doglianze altrui; abbandonare il dialogo.

2 Le aggressioni tipiche della "comunicazione violenta" consistono nell'accusare o colpevolizzare l'interlocutore; rimproverarlo; sottrargli il turno di parola.

ti al conflitto che coinvolgono gli interessi più profondi delle parti e che definiscono la condizione di benessere o malessere percepita dall'individuo.

Carli/Paniccia (2003) definiscono «collusiva» l'adesione rigorosa al *petitum* con cui una parte finisce per "giocare" la relazione secondo le regole dettate dall'altra (o da se stessa), rifiutando di costruirle insieme e, soprattutto, rifiutando di comprendere e comunicare i bisogni che giustificherebbero l'adozione di una regola (Rosenberg, 1998). L'oggetto del contendere così, «invece di mediare relazionalmente il dipanarsi dei rapporti, determina l'impossibilità dell'incontro» (Savarese, 2000: 172).

L'interazione quotidiana tra individui e AP contribuisce a qualificare e a determinare il benessere di un sistema-Paese perché regola le modalità della convivenza e produce effetti economici, ma anche psichici[3], diffondendo di conseguenza convinzioni e prassi virtuose o, al contrario, inefficienti per la collettività, benché (apparentemente) funzionali per il singolo (Gurrieri/Lorizio, 2014).

Economia e psicologia contribuiscono insieme a definire il benessere: chi studia l'azione pubblica per progettarne le *policy* e i modelli di *governance* dovrebbe considerare questa convergenza trasversale, proprio come fa chi studia i conflitti per risolverli con strumenti negoziali, che sintetizzano nozioni di diritto ed economia, strategia e comunicazione, sociologia e psicologia. L'approccio multidisciplinare, infatti, consente di cogliere la complessità dei valori e degli interessi, delle azioni e delle reazioni, dei moventi e dei bisogni implicati nella relazione tra i soggetti. Una complessità che definisce un legame improntato al benessere o, invece, al malessere.

Ridurre l'azione pubblica a una politica di espressione del diritto significa disconoscere la complessità dell'individuo in relazione alle istituzioni perché «il diritto non è l'unico modo in cui i soggetti entrano in rapporto, né l'unico modo in cui i soggetti si riconoscono» (Savarese, 2000: 13). Il diritto regolamenta gli egoismi individuali e ne limita gli eccessi, ma:

> se il principio originario del diritto consiste essenzialmente in una radicale alternativa di metodo alla violenza, tuttavia niente impedisce – se non il riconoscimento, necessariamente meta-giuridico, della presenza nell'"altro" di un identico rango ontologico – che col diritto si continuino a perseguire gli stessi scopi di prevaricante affermazione dell'esserci, tipici della violenza. Se la presenza del diritto è la discriminante forse fondamentale per rendere possibile un'umana esistenza, un'esistenza che voglia dirsi veramente umana non potrà mai passare esclusivamente attraverso di esso. Il diritto possiede dunque dei limiti ontologici.

3 Cfr. Carli (2002) quando spiega che la convivenza passa per la «simbolizzazione affettiva» e per l'elaborazione di «emozioni collettive».

> Questi limiti emergono soprattutto in relazione alla sua capacità di essere o meno un efficace strumento di pacificazione nei rapporti sociali (Cosi, 2001).

Ridurre il rapporto che intercorre tra i privati e l'AP – come anche quello tra le risorse umane dell'AP stessa – a una relazione meramente giuridica, tralasciandone gli altri aspetti, significa voler ignorare lo scopo precipuo dell'azione pubblica: amministrare gli interessi pubblici, intesi *anche* come qualità delle relazioni interpersonali e della vita; come armonia della collettività essenziale al benessere. Savarese (2000: 37-38), infatti, ribadisce che ogni individuo mira «a riconoscere e a lottare per essere riconosciuto, per non farsi escludere»; ma anche che il diritto manifesta solo «*una* delle forme della prassi, che non esaurisce certo la ricchezza e la profondità della soggettività e della relazionalità interumana».

3. La parola come alternativa

Gli *ADR* (*Alternative Dispute Resolutions*, strumenti di risoluzione dei conflitti alternativi alla giustizia ordinaria) hanno un significato chiave per questa ricerca perché propongono una prassi "alternativa" al diritto con cui interpretare e gestire le relazioni, adottando la prospettiva del riconoscimento reciproco tra le parti.

Gli *ADR*, però, conferiscono risultati soddisfacenti solo quando tutti i soggetti coinvolti nel conflitto vogliano usare lo strumento alternativo alla giustizia ordinaria (a cui le parti, per l'appunto, devono voler derogare) proprio perché ne ri-conoscono l'efficacia. L'AP ha il compito fondamentale di "istruire" la collettività all'uso di questi strumenti perché ha la capacità (e forse il dovere) di diffondere nel tessuto sociale una cultura "alternativa", informando la collettività, per un verso, ma anche usando essa stessa gli *ADR*, per altro verso, dimostrandone l'efficacia ai cittadini e abituandoli ad usarli.

Sembra, infatti, paradossale che il legislatore abbia introdotto, per es., la mediazione stragiudiziale come condizione di procedibilità dell'azione civile (D.Lgs. 28/2010, art. 5) e che, però, l'AP rifiuti in genere di aderire alle procedure di mediazione (cap. 1.2), innescando così una prassi burocratica irragionevole che sabota la razionalità giuridica e che abbandona i cittadini nell'entropia e nella lentezza disfunzionale del diritto interpretativo; che pone gli interessi dell'Amministrazione davanti a quelli dell'individuo, anziché accompagnarlo in un percorso risolutivo chiaro ed efficace.

L'individuo disconosciuto o misconosciuto, ridotto a un mero componente intercettato dal dispositivo pubblico (un utente o un funzionario indifferentemente), vive una relazione paradossale, improntata, a volte, alla logica del *doppio legame* rilevata da Watzlawick/Beavin/Jackson (1971:202), per cui qualsiasi scelta può risultare inefficiente e frustrante: accettare una relazione paradossale (subendo, per es., un torto potenziale) confermerebbe il disconoscimento dell'identità individuale; fuggire dalla relazione (con la contumacia o con atteggiamenti dilatori) impedirebbe di tutelare gli interessi soggettivi; confutare la relazione (proponendo, per es., un'opposizione agli atti ritenuti ingiusti) implicherebbe instaurare un'altra relazione con un'altra istituzione e, comunque, rifiutare l'interlocutore primario, innescando un circolo vizioso di disconferme reciproche.

L'AP che interagisse con l'individuo unicamente rispetto al diritto – ignorando o rifiutando i *modi* della relazione comunicativa – destituirebbe quell'individuo della sua complessità psicosociale, con l'effetto (piuttosto prevedibile) di portarlo a rifiutare, a sua volta, l'AP medesima. Due modalità relazionali omologhe che possono strutturare posizioni basate sull'esercizio del potere (anziché sul riconoscimento dell'identità) o che, quantomeno, possono indurre a percepire le relazioni con l'AP come riedizioni di modelli ritenuti ormai "ingiusti" o "incivili".

I modelli psicosociali con cui pensiamo le relazioni (quindi anche i conflitti) determinano i comportamenti, cioè i modi della comunicazione. Cosi (2006), anzi, rileva che le società avanzate tecnologicamente tendono a considerare il conflitto come un evento patologico, da superare cercandone le cause con lo scopo di attribuire qualche responsabilità a qualcuno, senza però capire gli scopi del conflitto né quali possibilità possa mettere a disposizione delle parti. Le professioni giuridiche, così, diventano soprattutto professioni della patologia, con una prevalenza degli aspetti "terapeutici" rispetto a quelli "preventivi" o "gestionali". Precondizione che determina di per sé un malessere connaturato alla società, i cui membri maturano sempre più spesso e più facilmente l'abitudine di pensare l'altro – nella relazione problematica – come un nemico da sconfiggere (da annientare), anziché un avversario con cui confrontarsi.

> Tale è in realtà l'esito di ogni vittoria, anche processuale. Perché anche il processo opera secondo la logica vittoria/sconfitta. La pacificazione assicurata dal diritto, rimanendo alla "superficie" degli eventi, si dimostra spesso carente sia sul piano etico generale, sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto: sul piano etico, non solo non spinge i contendenti alla consapevolezza delle proprie reali motivazioni, ma non va oltre la mera tolleranza, senza pervenire a un vero riconoscimento dell'altro; sul piano pratico, confonde quasi

> sempre la verità con la vittoria, lasciando lo sconfitto solo col suo rancore e il suo desiderio di rivalsa. Ciò perché essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell'avversario (Cosi, 2006: 725).

Il tasso di litigiosità giudiziaria in Italia[4] lascia intendere che il fenomeno abbia già fatto il suo corso. I numeri dei processi, infatti, indicano che gli italiani prediligono il diritto (e quindi l'uso legittimo della forza) quale prassi primaria con cui gestire le relazioni conflittuali e che, invece, rifiutano gli strumenti alternativi, basati sul dialogo e sul riconoscimento reciproco dell'identità. Sembrerebbe, insomma, che abbiamo già innescato un circolo vizioso in cui:

1) un soggetto chiede (in tribunale) che un altro soggetto (la controparte) riconosca i diritti del richiedente tramite l'intervento di un terzo (il giudice);
2) la domanda (posta indirettamente alla controparte tramite il terzo giudicante) induce la controparte a disconoscere la domanda stessa e, anzi, a porne un'altra speculare o riconvenzionale;
3) un'*analisi della domanda* (cfr. Carli, 2003 e Searle, 1979) appena smaliziata svelerebbe che ciascuna parte chiede alla controparte un riconoscimento della propria identità tramite il riconoscimento (strumentale) dei propri diritti;
4) la richiesta occulta (il riconoscimento dell'identità) troverebbe riscontro in una modalità relazionale (instaurata direttamente tra le parti, con esclusione del terzo giudicante) diversa da quella del diritto (ormai già attivata);
5) la risposta di diritto (la sentenza) risulta insoddisfacente per sua natura stessa poiché incoerente con la domanda occulta dell'istante (risponde rispetto al diritto, anziché rispetto all'identità), oltreché fornita da un soggetto terzo (il giudice) rispetto a quello da cui l'istante avrebbe desiderato una risposta (la controparte stessa) (Cosi, 2001);
6) la risposta insoddisfacente istiga a proporre altre domande (secondo e terzo grado di giudizio) a loro volta incoerenti con l'esigenza di fondo (disconosciuta e insoddisfatta) (Cosi, 2001).

I conflitti fondati sull'identità delle parti e sulle incompatibilità relazionali procurano un'insoddisfazione esponenziale quando le persone usano strumenti inappropriati a risolverli. L'acronimo *ADR*, appunto, significa anche *Appropriate Dispute Resolutions*: strumenti appropriati per la risoluzione dei conflitti.

Un commento illuminante giunge da Savarese (2000: 101), secondo cui la «lotta per il riconoscimento […] può essere vinta insieme o viene persa da tutti». La lite assume perciò un significato paradossale perché riguarda la convivenza: le persone litigano per trovare il modo migliore di vivere insieme; ignorando a volte il confronto (e rendendo

4 L'Italia dimostra un tasso anomalo di litigiosità, rispetto a quello degli altri Stati membri dell'UE (cfr. cap. 2.4).

equivoche le relazioni) oppure reindirizzandolo verso risultati secondari (oggettivi, esplicitati nella domanda) che fungono da metafore di quelli primari (soggettivi, dimenticati all'origine del conflitto). La conflittualità esplode negli ambiti più disparati e "normali", ma merita l'attenzione di soggetti addestrati a gestirla proprio per le sue caratteristiche mimetiche e polimorfe.

Questa ricerca, perciò, affronta solo in parte gli aspetti giuridici degli *ADR* (cap. 1), ma ne indaga anche gli aspetti economico-sociali (cap. 2) e relazionali (cap. 3), per analizzare la complessità delle *policy* di azione pubblica, da calibrare nel rispetto degli interessi altrettanto complessi della collettività. Ciascun individuo, infatti, può pretendere che le istituzioni (tramite i loro rappresentanti) riconoscano la sua identità, oltreché i suoi diritti, quando chiede di instaurare un dialogo con l'AP. Dialogo che può sfociare in un conflitto quando la prassi limita l'interazione con l'individuo al registro giuridico, disconoscendo quello relazionale, che pure ha il suo peso: a volte ne ha fin troppo e alimenta "questioni di principio" irragionevoli benché apparentemente razionali.

4. Comunicare per fare

La *qualità* del registro relazionale dipende dai *modi* di comunicare che usano gli agenti per strutturare una relazione. La comunicazione pragmatica, insomma, definisce la qualità della relazione sociale. Jodorowsky (2010: 20) scrive che «viviamo in una lingua», anziché nel mondo, perché ciascuno di noi usa la lingua per ri-costruire simbolicamente la propria "mappa del mondo" (Korzybski, 1933): i legami semantici e sintattici correlano le informazioni sensoriali tra loro e organizzano una mappa di informazioni che riassume il nostro bagaglio di significati.

Tre insiemi informativi quindi definiscono l'esperienza umana:

1) **Realtà** (*R*), che convoglia tutte le informazioni percepite dall'individuo tramite i cinque sensi (o canali di *input*).
2) **Rappresentazione Interna** (*RI*) che ciascun individuo ha della realtà (*R*) o "mappa del mondo" o "cornice semantica" (in ingl. *frame*, nella terminologia di Bandler/Grinder, 1975 e Bodenhamer/Hall, 1997 e 1999).
3) **Rappresentazione Esterna** (*RE*) della propria rappresentazione interna (*RI*) che ciascun individuo propone agli altri quando comunica (*output*) e che gli altri percepiscono come una porzione della realtà (*R*).

La *RE* proietta nella *R* le informazioni contenute nella *RI*, generalizzandole e/o distorcendole e/o cancellandole (Bandler/Grinder, 1975). La *RI*, a sua volta, può generalizzare e/o distorcere e/o cancellare le informazioni raccolte dalla *R*. Korzybski (1933: 750), perciò, scriveva che «la mappa non è il territorio». Chomsky (1957 e 1965), d'altro canto, individuava una struttura superficiale (RE_1) e una struttura profonda (RE_2) degli enunciati che produciamo per rappresentare le nostre idee (*RI*).

Gli insiemi informativi, inoltre, differiscono tra loro rispetto alla quantità e alla qualità delle informazioni che contengono: $R > RI > RE_2 > RE_1$ o, in altri termini, la struttura superficiale di un enunciato (RE_1) presenta meno informazioni (e/o informazioni meno precise) di quelle organizzate nella struttura profonda da cui dipende (RE_2), che a sua volta rappresenta un po' più specificamente la *RI*, che (ancora una volta) dipende dai dati sensoriali (semplificati) raccolti nell'esperienza reale (*R*).

La *RE* prodotta da un individuo differisce dalla sua *RI* e fa parte della realtà (*R*) percepita dagli altri. Gli scambi comunicativi, perciò, possono rilevare difformità tra le *RE* e le *RI* di individui diversi, con la conseguenza le persone possono inferire una diversità strutturale dei loro pensieri: $[RE_i \neq RI_j] \rightarrow [RI_i \neq RI_j]$, benché $[RI_i \approx RI_j]$. I malintesi superficiali, perciò, possono addirittura innescare conflitti profondi. Un modo efficace di comunicare, invece, può ristrutturare i conflitti semantici: $[RE_i = RE_j] \rightarrow [RE_i = RI_j] \rightarrow [RI_i = Ri_j]$ (cap. 3.2.a).

Simmel (2014: 44-45) e Sartre (1943) ritengono che ogni relazione nasconda un conflitto:

> un certo grado di conflitto rappresenta, pertanto, un elemento essenziale nella formazione e alla persistenza del gruppo. L'elemento dissociante è costituito, semmai, dalle cause della lotta: l'odio e l'invidia, la necessità e l'avidità (Tonarelli, 2014: 17).

Le persone entrano naturalmente in conflitto – anche quando sembra che vadano d'accordo – perché gli interlocutori negoziano (a volte inefficacemente) i turni di parola e avvicendano mosse relazionali cooperative o conflittuali (cfr. cap. 3.1.c; Sacks/Schegloff, 1979; Levinson, 1983; Hutchby/Wooffit, 1998; Trevisani, 2005); perciò possono fraintendere le intenzioni reciproche e quindi provare emozioni o stati mentali che, a loro volta, possono distorcere le percezioni, modificare i comportamenti individuali e i risultati della relazione. Le persone entrano in modalità offensiva o difensiva quando *percepiscono* che qualcuno oppone resistenza alle loro intenzioni, disconosciute, misconosciute o trascurate dagli interlocutori (Stone/Patton/Heen, 2010).

Latouche (2000) e Aime (2014) hanno sollevato un problema etico, economico e politico che manifesta i suoi effetti nella pragmatica comunicativa della relazione tra i cittadini e le istituzioni o, più specificamente, tra i cittadini che interpellano le istituzioni e quelli che le rappresentano. La dimensione relazionale e comunicativa fonda tutti i rapporti sociali: gli agenti devono comunicare per pretendere o proporre, per minacciare o promettere, per concedere o punire, ecc. I diritti e i doveri perciò emergono come conseguenza delle relazioni sociali e comunicative. Relazioni che oggi affermano sempre più spesso un andamento unidirezionale o un'impostazione unilaterale, anziché condivisa, delle scelte pubbliche e dell'esercizio del potere dello Stato; col risultato di diffondere un modello di «gestione amministrativa che tende ad ignorare i *cittadini*, in nome delle esigenze dei *poteri forti*» (Carli, 2002: 4), oltreché di marcare l'alterità e la diversità, sperequando i diritti dei soggetti, anziché consolidando ed esercitando la democrazia. Una percezione sociale registrata, tra l'altro, dal World Economic Forum (2015).

Gli *ADR* trovano posto in questo discorso per due ragioni essenziali: hanno dimostrato di poter risolvere alcuni problemi e disfunzioni della giustizia (Azzato, 2006) e fondano il riconoscimento dell'identità come presupposto di qualsiasi atto negoziale (Rosenberg, 1998; Fisher/Shapiro, 2006; Stone/Patton/Heen, 2010).

5. Alternative disponibili

Gli *ADR* hanno consentito di sviluppare il *multi-door courthouse* ("tribunale multi-porta") statunitense, su impulso dell'intervento di Sander (1979) alla *Conferenza nazionale sulle cause dell'insoddisfazione popolare rispetto all'amministrazione della giustizia* (c.d. *Pound Conference*) del 1976, indetta per proporre soluzioni utili a superare la crisi della giustizia nordamericana (allora inviluppata in formalità e lungaggini processuali) con un approccio pragmatico, che consentisse a cittadini e imprese di "riappropriarsi del diritto" (Levin/Wheeler, 1979).

Un tribunale multi-porta, innanzitutto, informa le parti e quindi consente loro di scegliere quale strumento (giudiziale o stragiudiziale) usare rispetto alle loro preferenze personali; oppure quello più adatto a gestire un certo tipo di problema giuridico; o quello più economico. Si parla, perciò, di *Appropriate* (oltreché *Alternative*) *Dispute Resolutions* (Azzato, 2006).

Il *multi-door courthouse* distingue gli *ADR* in tre categorie:

Aggiudicativi

- **Arbitrato.** Un giudice monocratico, nominato dalle parti, o un collegio arbitrale decide secondo diritto o secondo equità, rispettando una procedura concordata dalle parti o secondo le regole di cui agli artt. 806-840 del C.p.c.
- **Arbitraggio.** Un terzo, incaricato dalle parti, determina in tutto o in parte l'oggetto di un contratto stipulato tra le parti stesse (cfr. art. 1349 del C.c.), secondo equità (*arbitrium boni viri*) o secondo criteri propri (*merum arbitrium*).
- **Perizia contrattuale.** Un terzo, incaricato dalle parti, esprime un giudizio tecnico (anziché giuridico) secondo i criteri della scienza, dell'arte o della tecnica relativi al *petitum*.
- ***Rent a judge.*** Le parti nominano un giudice privato che valuta le prove e le argomentazioni per rendere una decisione vincolante, con la stessa efficacia di una sentenza pronunciata in un giudizio ordinario (quindi esecutiva e appellabile).
- ***Early neutral evaluation.*** Un esperto valuta il caso e indica le soluzioni alternative, migliori e peggiori (cfr. MAAN e PAAN al cap. 3.1.a), per suggerire un accordo negoziato che le parti possono accettare o rifiutare[5].

Negoziali

- **Conciliazione.** Può indicare procedure diverse, a seconda del luogo e del periodo storico di riferimento; contempla comunque lo scambio (diretto o mediato) di comunicazioni che consentano alle parti di porre fine a una lite salvaguardando i loro rapporti interpersonali.
- **Mediazione.** Un terzo facilita l'accordo conciliativo tra le parti tentando di ricomporre anche la loro relazione interpersonale, esplorando interessi e bisogni reciproci oppure suggerendo una soluzione che le parti possono liberamente accettare o rifiutare.
- **Transazione.** Contratto con cui le parti interrompono una lite facendosi concessioni e rinunce reciproche, che possono vertere anche su rapporti diversi dall'oggetto della controversia (cfr. art. 1965 C.c.).
- ***Ombudsman.*** Un terzo, affiliato a un'organizzazione, esplora i problemi che l'organizzazione stessa ha con i propri clienti e cerca di prevenirli o risolverli amichevolmente.
- ***Mini trial.*** Imprese e governo federale svolgono un processo semplificato, condotto dai loro rappresentanti, per valutare la possibilità di raggiungere un accordo amichevole basato sul rispetto degli interessi reciproci.
- ***Summary jury trial.*** Un giudizio simulato (*mock trial*), con presentazione semplificata delle prove addotte per il giudizio reale, che consente alle parti di concludere un accordo basato sul rispetto degli interessi reciproci.

Misti

- ***Arb-med.*** Un arbitro rende un giudizio segreto; un mediatore (poi o nel frattempo) negozia tra le parti, che eseguiranno il lodo solo se la mediazione fallisse. Il lodo già reso incentiva le parti a conciliare per evitare di subire la decisione sconosciuta

5 La fase "valutativa" della mediazione civile disciplinata dal D.Lgs. 28/2010 (artt. 11 e 13) ricalca l'*early neutral evaluation*.

dell'arbitro.

- ***Dispute review board.*** Un collegio tecnico incaricato di risolvere i conflitti che possano insorgere durante l'esecuzione di appalti, lavori e opere (pubbliche), anche suggerendo consigli vincolanti[6].
- ***Med-arb.*** Un mediatore negozia tra le parti e poi assume il ruolo di arbitro, nel caso in cui fallisca la mediazione[7].
- ***Med-rec*** *(mediation-recommendation).* Un mediatore negozia tra le parti e poi esprime un parere da far conoscere al giudice, nel caso in cui fallisca la mediazione[8].
- ***Med then arb.*** Le parti deferiscono a un arbitro tutte le questioni eventualmente pendenti al termine di una mediazione che abbia conciliato una porzione limitata della lite tra le parti.

Gli *ADR* negoziali hanno acquisito una rilevanza predominante nel mondo anglosassone e continuano a farlo perché il successo della soluzione amichevole di una lite – e quindi l'accettazione di regole e comportamenti comuni, diritti e doveri, o delle «regole del gioco», per dirla con Carli (2002) – passa per la condivisione e la comprensione degli obiettivi e dei bisogni reciproci delle parti, delle loro emozioni e idee, della loro identità; passa per il riconoscimento reciproco della complessità dei soggetti: «da una parte la cura dei bisogni e la regolamentazione dei gesti relativi al loro appagamento […]; dall'altra il desiderio di ciascuno di essere trattato come *parlante*», scrive Savarese (2000: 90) per l'appunto.

Chi volesse ripensare le *policy* dell'azione pubblica nell'ottica di prevenire e gestire i conflitti (c.d. *conflict management*) o, comunque, le relazioni difficili, dovrebbe considerare più generalmente gli atti e gli strumenti della *negoziazione* (Id.: 97-101; Casati, 2011), anziché i soli *ADR* negoziali. Chi partecipa a una relazione sociale – come fa ciascuna parte di un contratto o di un conflitto – accetta o rinegozia il patto (anche nei suoi aspetti sociali e relazionali) quando riconosce e comprende l'alterità e, allo stesso tempo, riceve una prova di comprensione della propria identità da parte degli altri; quando partecipa attivamente a uno scambio in un'ottica di reciprocità. Negoziare implica proprio questo impegno a dialogare dimostrando di comprendere l'identità, la psiche e, a volte, l'affettività altrui. Una prospettiva esclusa a priori dalla giustizia civile e dagli *ADR* aggiudicativi.

La complessità delle relazioni sociali (che pretendono di soddisfare interessi e biso-

6 Il collegio consultivo tecnico di cui al D.Lgs. 50/2016 (artt. 205-206) ricalca il *dispute review board*.

7 L'arbitrato che segue la mediazione fallita produce effetti diversi dalla soluzione tecnica proposta dal mediatore ai sensi del D.Lgs. 28/2010 (artt. 11 e 13).

8 La giurisprudenza più recente (citata *infra*) considera la proposta del mediatore resa ai sensi del D.Lgs. 28/2010 (artt. 11 e 13) proprio alla stregua di una *med-rec*.

gni concreti, ma anche emotivi o soggettivi), perciò, mette in gioco la razionalità (necessaria per produrre effetti giuridici coerenti con la complessità dell'ordinamento) insieme alla ragionevolezza (necessaria per adattare le scelte razionali alla complessità delle esigenze "irrazionali"): due frammenti dello stesso simbolo[9] che devono combaciare affinché la relazione manifesti il suo significato per le parti. Che senso avrebbe, altrimenti, un patto razionale ma irragionevole (che, per es., arricchisse le parti, ma impedisse loro di godere della ricchezza) o ragionevole ma irrazionale (che, per es., pacificasse le parti, ma con rinunce sostanziali)? Una negoziazione, appunto, serve a far parlare le parti degli interessi e dei bisogni reciproci (oggettivi e soggettivi) per cercare e trovare un modo ragionevole e razionale di soddisfarli.

6. La logica del buonsenso

Berne (1953) aveva già svelato la natura negoziale della comunicazione, considerata come una transazione di informazioni oggettive (digitali) e soggettive (analogiche) che qualificano le interazioni. Comunicare implica negoziare. Una negoziazione efficace, viceversa, implica una comunicazione altrettanto efficace. La letteratura (Simkin, 1971; Waldman, 1997; Rosenberg, 1998; Fisher/Ury/Patton, 2005; Fisher/Shapiro, 2006; Mnookin, 2010; Stone/Patton/Heen, 2010; Rooney/Ross, 2012) ha dimostrato di poter utilizzare le tecniche di comunicazione e negoziazione tanto per risolvere i problemi giuridici (principalmente quelli relativi ai diritti disponibili), quanto per accrescere il benessere economico e psichico (che riguarda la vita emotiva e affettiva, come anche le condizioni di stress e il rispetto dei valori personali) dei soggetti coinvolti nelle trattative orientate a prevenire o conciliare un conflitto. Ciascuno dei due insiemi socio-economici – il diritto, da una parte, e il benessere personale, dall'altra – produce effetti sull'altro, modificandolo nel tempo.

Possiamo quindi riformulare il problema posto da Latouche (2000) e Aime (2014) in termini di *policy* negoziali e comunicative, sociali e istituzionali poiché strutturate in seno all'azione pubblica nell'interesse della collettività; *policy* che potrebbero indicare linee di condotta pragmatiche, orientate a produrre risultati o "beni comuni", intesi nell'accezione più ampia possibile; *policy* che considerino la *qualità* delle relazioni sociali come una delle tante variabili che definiscono il benessere.

9 Il σύμβολον greco: la tessera di cui ciascuna parte di un accordo conservava una porzione.

Gli *ADR* negoziali (come la mediazione stragiudiziale che ha preso piede in Italia negli ultimi anni) devono la loro efficacia alla capacità di "ristrutturare" (in ingl. *to reframe*) il modo in cui le parti in lite considerano i problemi, anche sul piano emotivo (oltreché per individuare opportunità e risultati coerenti con gli interessi individuali), anziché accettarne l'impostazione aprioristica in termini di processo giudiziario (orientato a individuare colpe e intenzioni, responsabilità, diritti e doveri di ciascuno).

I negoziati esprimono una potenzialità duplice: reale, da una parte, per quanto attiene la risoluzione o la prevenzione dei conflitti; psicologica, dall'altra parte, per quanto riguarda le relazioni interpersonali e sociali. Entrambi gli aspetti appena indicati contribuiscono a definire il benessere dei singoli e della collettività, ma definiscono anche la relazione che intercorre tra gli aspetti oggettivi e soggettivi di un conflitto: le scelte operate dagli agenti dipendono tanto da informazioni oggettive e da processi decisionali razionali, quanto da condizionamenti analogici e impressioni irrazionali che possono distorcere la percezione della realtà, inducendo a volte le parti a optare per scelte inefficienti o irragionevoli. La negoziazione – per questi aspetti – dimostra ancora una volta un'analogia diretta con la comunicazione, proprio perché negoziare implica comunicare: una negoziazione efficace quindi implica una comunicazione efficace e (molto spesso) il fallimento di un negoziato dipende da una comunicazione inefficace.

La negoziazione efficiente, inoltre, stimola un sentimento di responsabilità verso le decisioni prese o da prendere perché aiuta le parti a valutare in prima persona le conseguenze delle proprie azioni; le aiuta a ideare proposte concrete e a decidere consapevolmente quali obbligazioni contrarre e quali offerte rifiutare. Un accordo negoziato ha il pregio di risultare soddisfacente proprio perché condiviso, ma anche perché elaborato in prima persona dagli interessati, che traggono dalle proprie decisioni una gratificazione "responsabile" (Aime, 2014: 93).

Voltaire già nel 1742 (cfr. Scialoja, 1857: 10) spiegava la «follia» irresponsabile di chi invoca la giustizia, anziché tentare un percorso conciliativo:

> *La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des* conciliateurs*, appelés* feseur de paix. *Si les parties arrivent avec un avocat et un procureuer, on fait d'abord retirer ces dernier, comme un ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les* feseur de paix *disent aux parties: Vous êtes de grand fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellment malheureux; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien.*

Si la rage de la chicane est trop forte dans ces plaideurs, on les remet è un autre jour, afin que le temps adoucisse les symptômes de leur maladie. Ensuite les juges les envoient chercher une seconde, une troisième fois. Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne au fer des chirurgiens des membres gangrenés: alors la justice faite sa main (Arouet 1827: 29-30)[10].

La normativa italiana sulla mediazione stragiudiziale civile e commerciale (D.Lgs. 28/2010 e D.M. 180/2010, come modificati nel corso degli anni) ha (re)introdotto un tentativo di mediazione preventivo della lite giudiziaria organizzato sulla scia delle consuetudini olandesi riferite da Voltaire come le "più eccellenti e utili" per i cittadini. Le istituzioni, da parte loro, possono (e forse dovrebbero, per coerenza) adottare proprio quelle modalità di composizione dei conflitti (o, meglio, di gestione delle relazioni sociali) che loro stesse impongono ai cittadini di usare, maturando politiche conciliative e comunicative efficaci, come già fanno le aziende (che negoziano costituzionalmente) e i cittadini stessi (che pure incarnano le istituzioni).

Possiamo leggere nell'*EGZPO* (2014) tedesco un esempio della possibilità concreta di introdurre e diffondere *policy* che rivolgano l'attenzione dei litiganti e dell'AP verso gli elementi qualitativi delle relazioni sociali e verso il contenuto "affettivo" del patto sociale. Il ricorso giudiziario negli Stati federati tedeschi, infatti, può procedere solo dopo un tentativo di conciliazione per cause di valore inferiore a € 750,00, per conflitti di vicinato, per diffamazione diversa da quella mediatica, per discriminazione (diretta o indiretta) e per molestie (anche sessuali). La norma, insomma, prevede una condizione di procedibilità che investe anche un potere pubblico in materie assolutamente lontane da quelle negoziate *iure privatorum* (Calcagno, 2015). Le agenzie pubbliche statunitensi, d'altro canto, ricorrono agli *ADR* negoziali sin dai primi anni Ottanta, come hanno documentato Harter (1983) e Perritt (1987).

Carli (2002) ha suggerito più di recente che l'AP italiana potrebbe adottare *policy* relazionali e comunicative con cui contribuire al benessere collettivo; scelta che consentirebbe, da una parte, di abbattere la conflittualità sociale e, dall'altra, di migliorare le

10 La legge migliore, l'usanza più eccellente ed utile che io abbia mai visto è in Olanda. Quando due uomini vogliono litigare l'un contro l'altro sono obbligati ad andare prima dinanzi al tribunale dei *conciliatori* chiamati *fautori di pace*. Se le parti arrivano con un avvocato ed un procuratore, si fanno innanzi tutto ritirare questi ultimi, come si leverebbe la legna da un fuoco che si volesse spegnere. I *fautori di pace* dicono alle parti: «Voi siete dei gran pazzi a voler consumare il vostro denaro per rendervi scambievolmente infelici; noi vi accomoderemo senza che vi costi nulla». Se la forza del litigio è troppo viva in questi contendenti, li si rinvia ad altro giorno, affinché il tempo lenisca i sintomi della loro malattia. Allora i giudici li mandano a chiamare una seconda ed una terza volta. Se la loro follia è incurabile, si permette loro di litigare, come si abbandonano le membra incancrenite ai ferri del chirurgo: allora la giustizia fa il suo corso.

prestazioni istituzionali anche in termini di produttività. Migliorare le prestazioni e l'efficienza delle prassi organizzative e amministrative in tal modo promuoverebbe la competitività del Paese anche nel panorama internazionale.

Capitolo 1

Il diritto di negoziare

1. *Gli* ADR *negoziali*

Il legislatore italiano ha dedicato la propria attenzione agli *ADR* negoziali con interesse crescente sin dall'anno 1993, quando attribuì alle Camere di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura la facoltà di costituire commissioni conciliative e arbitrali (L. 580/1993, art. 2, c. 2, lett. *g*); regolando nel 1995 i servizi di utilità pubblica e le procedure conciliative e arbitrali presso le Autorità garanti (L. 481/1995, art. 2, c. 24, lett. *b*); disciplinando nel 1998 la conciliazione in materia di subfornitura nelle attività produttive (L. 192/1998, art. 10); redigendo nel 1998 e riformando nel 2005 il codice del consumo (L. 281/1998 abrogata dal D.Lgs. 206/2005 di riforma), il cui art. 141 disciplina la composizione stragiudiziale delle controversie; redigendo nel 2001 e riformando nel 2011 il codice del turismo (L. 135/2001 abrogato dal D.Lgs. 79/2011 di riforma), il cui art. 67 disciplina la composizione stragiudiziale delle controversie.

Il legislatore, tuttavia, ha manifestato solo un decennio più tardi un segnale chiaro del suo interesse per gli *ADR*, quando nell'anno 2003 ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano un tentativo di conciliazione stragiudiziale gestito da organismi privati (anziché pubblici o para-statali) in materia societaria, finanziaria, bancaria e creditizia (D.Lgs. 5/2003, artt. 38-40), riformato poi col D.Lgs. 28/2010.

La normativa sugli *ADR* evolve continuamente, ma affonda le radici molto lontano. Il diritto romano già prevedeva come regola di cortesia un tentativo di composizione amichevole, che le parti potevano svolgere prima di interpellare il pretore. Gli statuti e gli ordinamenti successivi, d'ispirazione romana, conservavano quella prassi in tutta l'Europa. Gli ordinamenti cinesi precedenti al comunismo, d'altra parte, contemplavano la ricomposizione dell'equilibrio sociale e dell'armonia (tra polarità opposte) come espressione dell'ordine cosmico da cui discende il diritto (Zweigert/Kötz, 1998: 359-

372). Bacon (1597/1908: 225-227) in Inghilterra consigliava di negoziare faccia a faccia, ma con la mediazione di un terzo che consentisse di problematizzare i conflitti progressivamente, anziché immediatamente, perché la negoziazione dovrebbe scoprire continuativamente e gradualmente gli obiettivi e i punti deboli delle parti. Voltaire (1742) commentava i giudici conciliatori olandesi, come già riferito in premessa. Wolff (1765: 306) descriveva un istituto del diritto consuetudinario albanese:

> *Mediator est, qui ad rem controversam inter alios componendam operam suam confert, jure eam componendi destitutus. Actus autem, quo compositio a tertio vel perficitur, vel tentatur Mediatio vocatur.*
> *Differt a judice, qui jure a superiore in ipsum translato rem controversam decidit, quemadmodum suo loco patebit. Differt etiam ab arbitro, qui consensu partium rem controversam decidit aut suam de ea sententiam exponit, prouti mox videbimus. Parum autem refert, utrum mediator a parte altera, vel ab utraque rogatus hoc faciat, an sponte sua non rogatus se offerat*[11].

Il legislatore italiano, tra la fine dell'Ottocento e durante tutto il Novecento, ha disciplinato molti strumenti di soluzione amichevole dei conflitti nel codice di procedura civile e in altre norme (cfr. *infra*), ma senza definire lo spirito o le modalità di svolgimento delle procedure conciliative; considerandole, forse, connaturate alla cultura cattolica nazionale. Il codice del diritto canonico (can. 1733 §1, ma anche can. 1446 §2) prescrive esplicitamente la conciliazione, svolta direttamente tra le parti o mediata da un terzo, per i conflitti amministrativi di natura gerarchica:

> *Valde optandum est ut, quoties quis gravatum se decreto putet, vitetur inter ipsum et decreti auctorem contentio atque inter eos de aequa solutione quaerenda communi consilio curetur, gravibus quoque personis ad mediationem et studium forte adhibitis, ita ut per idoneam viam controversia praecaveatur vel dirimatur*[12].

La locuzione «*gravatum se decreto putet*» riassume le premesse e gli scopi della mediazione, che esula dal diritto perché il confronto tra le parti dipende da un'"impressio-

11 Il mediatore è colui il quale presta la sua opera per conciliare una controversia fra altri, senza il mandato di comporla secondo il diritto. Si chiama mediazione, d'altra parte, l'atto con cui riesce o si tenta la riconciliazione tramite un terzo. Il mediatore differisce dal giudice, che decide una controversia secondo il diritto determinato a priori, come se prendesse il suo posto. Differisce anche dall'arbitro, che decide col consenso delle parti una controversia o rende una sua sentenza sulla stessa, come presto potremo vedere. Poco importa, invece, che il mediatore agisca perché richiesto da una parte o dall'altra o da entrambe oppure che egli si offra spontaneamente, senza che alcuno lo abbia richiesto.

12 È assai desiderabile che, ogniqualvolta qualcuno si ritenga onerato da un decreto, non vi sia contesa tra di lui e l'autore del decreto, ma tra di loro si provveda di comune accordo a ricercare un'equa soluzione, ricorrendo anche a persone autorevoli per la mediazione e lo studio, così che per via idonea si eviti o si componga la controversia.

ne" soggettiva (combinata con quei «*putet*» e «*gravatum*») che sfugge alle tassonomie giuridiche come quella del *gravamen* processuale, che riguarda tutt'altra fattispecie.

La mediazione dovrebbe risolvere i malintesi circa le intenzioni delle parti per "alleggerire" le relazioni appesantite da attriti soggettivi e trasformarle in rapporti trasparenti, soprattutto in ambienti comunitari come quello ecclesiastico. Il can. 1733 §1 assume un significato ancora più esplicito se combinato col can. 50, che impone all'autorità di ricercare notizie sul destinatario di un decreto: perciò di conoscerne la sfera personale prima di emanare un atto che potrebbe lederne i diritti; per commisurare le procedure amministrative rispetto all'impatto che le stesse potrebbero avere sulla vita delle persone e, insomma, ponendo l'individuo al centro dell'azione amministrativa. Peccato, però, che la Conferenza Episcopale abbia evitato di costituire gli uffici e i consigli di conciliazione previsti dal can. 1733 §2. Decisione giustificata da considerazioni che invertono addirittura l'ossimoro di cui alla premessa di questa tesi, svelando una ragionevolezza irrazionale:

> La rivendicazione dei propri diritti può costituire un'esigenza di giustizia, ma non è un essenziale elemento della condotta cristiana. La prudenza, la pazienza e soprattutto la carità possono rendere preferibile cristianamente subire un torto che difendere un diritto (Castrillo Lara, 1988: XVII).

Un'opinione razionale può apparire irragionevole, se pone in conflitto principi e valori di culture diverse, come quella di un presbitero cattolico e di un giurista laico. Posizioni che, benché culturalmente (e quindi radicalmente) distanti, i mediatori possono comunque conciliare, come fanno da decenni negoziando il contenuto delle convenzioni e dei trattati ONU che coinvolgono parti provenienti da tradizioni eterogenee e con intenzioni divergenti, conciliate spesso da mediatori a loro volta estranei agli interessi in gioco. Si pensi, per es., all'intervento diplomatico della Santa Sede nella Conferenza del Cairo su popolazione e sviluppo (1994) che interessava principalmente Paesi musulmani e latinoamericani (Weigel, 1995).

L'UE ha dimostrato una sensibilità (forse) più spiccata di quella vaticana quando ha pubblicato la R. 99/19 CE, in cui ha definito l'opera del mediatore addirittura in materia penale (art. 1):

> *any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an*

impartial third party (mediator)[13].

Il Consiglio dell'UE ha poi ribadito il ruolo del mediatore penale nella decisione-quadro F.D. 2001/220/JHA (art. 1, *e*):

> *the search, prior to or during criminal proceedings, for a negotiated solution between the victim and the author of the offence, mediated by a competent person*[14].

Società diverse in luoghi e tempi diversi hanno pensato sempre al mediatore (o conciliatore) come a un soggetto che componesse le controversie evitando di ricorrere agli strumenti giuridici; funzione che, altrimenti, coinciderebbe con quella del giudice o dell'arbitro, le cui decisioni i litiganti, a volte, possono voler evitare. Gli antropologi hanno riscontrato che la mediazione svolge la stessa funzione in tutte le civiltà: «il mediatore, più che imporre una soluzione alle parti, aiuta queste ultime a trovarne una» (Rouland, 1992: 297).

Rinunciare agli strumenti giuridici per ricorrere, invece, a quelli negoziali ha senso quando il diritto risulta insufficiente a risolvere il «guasto relazionale tra le parti»:

> La *iuris dictio* si arresta alle soglie degli aspetti più personali della relazione, ripristinando le condizioni istituzionali del suo costituirsi, ma non può sostituire l'esercizio della soggettività personale (Savarese, 2000: 252).

La mediazione serve quasi incidentalmente a ricostituire la relazione giuridica perché primariamente mira a ricostituire o a risolvere (chiarendola) la relazione intersoggettiva tra le parti, che fonda tutte le altre interazioni sociali e, quindi, anche i negozi giuridici (Sander, 1979: 74-77).

Il diritto italiano, invece, ha inquadrato storicamente la conciliazione tra privati nella logica dei procedimenti giudiziari (potenziali o effettivi) o delle funzioni di organismi costituiti presso enti e autorità pubbliche con le competenze più disparate[15]; finché il D.Lgs. 5/2003 (ormai superato) ha consentito ai privati di costituire gli organismi professionali di conciliazione stragiudiziale, caratterizzati da uno spirito più fedele a quello degli *ADR* negoziali anglosassoni. La storia della conciliazione in Italia quindi individua

13 Qualsiasi procedura in cui la vittima e l'offensore abbiano la possibilità, se vi acconsentano liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione di questioni sorte dal crimine con l'aiuto di una terza parte imparziale (mediatore).

14 La ricerca, prima o durante un procedimento penale, di una soluzione negoziata tra la vittima e l'autore dell'offesa, mediata da una persona competente.

15 Si pensi alle tante autorità di garanzia per gli utenti dei servizi pubblici, a quelle di sostegno alle imprese o alle commissioni del lavoro.

due periodi distinti: l'uno precedente e l'altro successivo al Gennaio 2003.

La funzione conciliativa giurisdizionale appare in Italia tra la fine del 1700 e il primo Ottocento, nel Regno delle due Sicilie, mutuata dall'esperienza francese. Il giudice di pace nacque allora insieme a un tentativo preliminare di conciliazione «forzoso ed universale» (Picardi, 1989) che non sembra però abbia dato frutti considerevoli.

Il conciliatore, quale giudice delle controversie minori, compare per snellire il funzionamento della macchina giudiziaria nella seconda metà del 1800, sempre nel Regno delle due Sicilie. L'istituto stesso del giudice conciliatore attecchì nella legislazione unitaria del 1865 sul piano nazionale, in considerazione del successo sperimentale riscosso al sud, recependone anche la struttura processuale. I collegi dei probiviri, inoltre, istituiti con L. 295/1893, componevano le controversie di modico valore tra industriali ed operai (Assanti, 1980), come anche le commissioni arbitrali per l'impiego privato (D.L. 490/1916) e le commissioni interprovinciali per la decisione delle controversie individuali nelle aziende esercenti pubblici servizi di trasporto (R.D.L. 2311/1923).

Quell'assetto rimase pressoché invariato anche con l'entrata in vigore del C.p.c. (R.D. 1443/1940, modificato *ex* L. 399/1984), che istituisce le funzioni dei conciliatori (art. 7): cittadini estranei alla carriera dei magistrati professionali e che, temporaneamente e a titolo gratuito, ricevono l'incarico di giudicare secondo equità (artt. 113, c. 2, e 114 C.p.c.), su base comunale e per funzioni giurisdizionali di valore modico. Il conciliatore in sede contenziosa (art. 320 C.p.c.) può convocare le parti e tentare di conciliarle. La parte interessata, in alternativa, può proporre la conciliazione stragiudiziale (art. 321 C.p.c.). La conciliazione verbalizzata costituisce titolo esecutivo (art. 185 C.p.c.) se la controversia rientra nella competenza del giudice; il processo verbale, altrimenti, ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio (art. 322 C.p.c., con riconoscimento tacito della scrittura privata *ex* art. 215 C.p.c.).

L'istituto appena riassunto ha prodotto risultati scarsi: i conciliatori nel 1890 conciliavano le parti nel 18,38% dei casi; percentuale scesa al 6,20% nel 1973 (Picardi, 1989). Involuzione che Picardi imputa alla durata del processo[16]; ai costi processuali, inversamente proporzionali al valore della causa[17]; all'aumento del reddito *pro capite*, che ha reso le cause di competenza del conciliatore meno importanti rispetto alle disponibilità personali; alla disorganizzazione distributiva[18]; alla crisi generale di credibilità dell'isti-

16 La durata dei processi aumentò da 3 a 6,6 giorni nel periodo 1880-1889; 180,3 giorni nel periodo 1950-1959; 419 giorni negli anni '70.

17 Picardi (1989) riferisce che negli anni '70 i costi processuali rappresentavano l'82% del valore del conflitto per la parte difesa personalmente; 162% per la parte assistita da un difensore.

18 L'88,6% dei conciliatori operava nel 1970 in comuni piccoli e solo l'11% nei comuni maggiori, con il

tuto conciliativo.

La L. 374/1991 (e poi la L. 69/2009) ha sostituito il conciliatore con il Giudice di Pace: un organo giurisdizionale competente per materia e per valore che decide secondo equità e che tenta la conciliazione (art. 320 C.p.c., c. 1) con efficacia esecutiva (art. 185 C.p.c.). Il legislatore italiano, insomma, ha sempre inteso la conciliazione come uno strumento aggiudicativo, anziché negoziale, oppure ha evitato di precisarne la natura facilitativa, anziché valutativa, anche in relazione a molte altre fattispecie:

A) **Controversie in materia contabile** (artt. 198, 199 e 329 C.p.c.) conciliate dal Consulente Tecnico d'Ufficio nominato dal giudice.

B) **Opposizione a decreto ingiuntivo** (art. 652 C.p.c.) in cui le parti concilino spontaneamente.

C) **Controversie individuali di lavoro** (art. 409 C.p.c.; obbligatorio *ante* riforma *ex* L. 183/2010) presso la commissione di conciliazione (art. 410 C.p.c.).

D) **Locazioni immobiliari urbane e abitative** (art. 44 L. 392/1978 poi abrogato dall'art. 89 L. 353/1990), per controversie sulla misura dei canoni, in fase pre-giudiziale, davanti al giudice competente per la trattazione giudiziale della causa. L'art. 30 di tale legge sopravvive dopo le abrogazioni di buona parte di essa (anche *ex* L. 431/1998), imponendo al giudice di esperire il tentativo di conciliazione in sede di opposizione del convenuto alla domanda di accertamento della cessazione del rapporto locatizio non abitativo. La L. 431/98, che ha dettato la disciplina delle locazioni degli immobili abitativi, impone con formulazione infelice, quale norma transitoria e comunque imperfetta poiché sprovvista di sanzione, l'obbligo di trattative per il rinnovo contrattuale in pendenza di provvedimento esecutivo di rilascio per finita locazione, prorogato temporaneamente (art. 6).

E) **Locazione e di comodato di immobili urbani e affitto di aziende** (art. 447 *bis* C.p.c. *ex* art. 87, c. 1, lett. a, D.Lgs. 51/1998, e artt. 414 e ss. C.p.c.), con obbligo del giudice di tentare la conciliazione, la cui omissione, comunque, non incide sulla validità dello svolgimento del rapporto processuale (art. 156 C.p.c.).

F) **Contratti agrari** (L. 203/1982) in via obbligatoria e stragiudiziale dinanzi all'ispettorato provinciale agrario competente per territorio (art. 46), a pena di proponibilità della domanda giudiziaria, oltreché la procedura arbitrale presso Agenzia er le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) *ex* D.M. 743/2002.

G) **Separazione personale** (art. 708 C.p.c.) e **scioglimento del matrimonio** (art. 4 L. 898/1970). **Durante la vita matrimoniale**, invece, in caso di disaccordo sull'indirizzo della vita della famiglia, ciascun coniuge può chiedere (art. 145 C.c.) l'intervento del giudice (tribunale in composizione monocratica *ex* art. 41 att.), il quale, sentite le parti ed eventualmente i figli maggiori di 16 anni, tenta di raggiungere una soluzione concordata.

H) La **Pubblica Sicurezza** ha il compito di provvedere alla composizione bonaria dei dissidi per mezzo dei suoi ufficiali, su richiesta dei privati (art. 1, c. 2, T.U. 733/1931).

I) **Reati perseguibili a querela** (art. 555, c. 3, C.p.p. e art. 29, cc. 4 e 5, D.Lgs. 274/2000) per cui la parte interessata può rimettere la querela, negoziandone eventualmente le condizioni.

J) **Procedimenti penali a carico di minorenni** (art. 28 D.P.R. 448/1988) in cui il giudice può valutare la personalità del minore, affidare l'imputato ai servizi minorili

carico di lavoro maggiore.

dell'amministrazione della giustizia o impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato, con affido ai servizi sociali di una funzione conciliativa.

K) **Sinistri marittimi** (artt. 595 e 598 C.d.n.) con imposizione al comandante di porto di tentare di indurre le parti ad un componimento amichevole nella trattazione delle cause relative.

L) **Telecomunicazioni e radiotelevisione** (L. 249/1997, art. 11), per controversie individuate dall'Autorità Garante sulle Comunicazioni (artt. 2, 5 e 6 Del.Aut.Gar.Com. 148/2001).

M) **Lavoro** (D.Lgs. 381/1948 modificato ex L. 628/1961, *ante* riforma *ex* L. 183/2010), dinanzi alle Commissioni Provinciali del Lavoro e della Massima Occupazione (organi periferici del Ministero del Lavoro).

N) **Rapporti di pubblico impiego** (art. 68 D.Lgs. 29/1993, sostituito dall'art. 33 D.Lgs. 546/93 e poi dall'art. 29 D.Lgs. 80/98, modificato dall'art. 18 D.Lgs. 387/98, definitivamente abrogato dall'art. 72, c. 1, lett. t, D.Lgs. 165/2001, *ante* riforma *ex* L. 183/2010) secondo la procedura dell'art. 410 C.p.c.

O) **Accordi o Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro** (CCNL) che prevedono numerosi tentativi conciliativi in sede sindacale o davanti a organismi specifici (art. 411 C.p.c.; art. 2113 C.c.; L. 183/2010; Cass. 6558/1995; Cass. 13910/1999, Cass. 1482/1982; Cass. 12858/2003; Cass. 13217/2008).

P) **Rapporti bancari e creditizi** (D.Lgs. 385/1993 e Del. 275/2008), con un tentativo di conciliazione svolto da un organo costituito da 3 membri scelti dalla Banca d'Italia.

Il legislatore italiano, in questo primo periodo della storia della conciliazione, sembrava ignorare gli *ADR* negoziali; prospettava, infatti, strumenti alternativi alla lite esperibili solo in seno al giudizio e basati sulla stessa logica valutativa; ma dimostrava comunque un interesse diffuso per gli strumenti negoziali di composizione amichevole dei conflitti – basti guardare l'elenco delle fattispecie – che, però, hanno perduto la loro funzione peculiare, sfruttati come strumenti di giustizia particolare o di giustizia "lottizzata", come suggeriva Rossi (1989). Questo effetto negativo dipende da una mancanza di conoscenza (pregressa alla fase legislativa) delle tecniche negoziali professionali – codificate, del resto, a partire dagli anni Settanta negli USA – e, ciononostante, incorporate (a sproposito) nelle procedure e nelle formalità rigide tipiche dell'AP disfunzionale.

(a) Conciliazione societaria

Il Parlamento italiano, con la L. 366/2001, impartì disposizioni al Governo per riformare il diritto societario. Il D.Lgs. 5/2003 delegato, perciò, innovò il C.p.c. istituendo il processo societario (abrogato poi dalla L. 69/2009) e introducendo, in seno ad esso, la c.d. "conciliazione societaria" (artt. 38-40 del D.Lgs. 5/2003), da svolgere dinanzi a organismi, istituiti anche da enti privati, iscritti in un registro apposito tenuto presso il Mi-

nistero della Giustizia. Il Governo, però, oltreché normare la conciliazione societaria, delegò a sua volta (pur senza riceverne alcuna facoltà dal Parlamento) alcune regolamentazioni al Ministro della Giustizia, che produsse il D.M. 222/2004 (criteri e modalità di iscrizione degli organismi di conciliazione e dei conciliatori nel registro ministeriale) e il D.M. 223/2004 (criteri di composizione delle indennità per i servizi di conciliazione). Il Ministro delegò a sua volta un proprio dirigente (!) per disporre i requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati a tenere corsi di formazione per conciliatori (cfr. la Det.Dir. 24.07.2006). Fallacia procedurale che avrebbe inficiato l'istituto nel suo complesso. La L. 69/2009 e il D.Lgs. 28/2010 conseguente (rieditando, purtroppo, la stessa fallacia, sanata poi con D.L. 69/2013 e L. 98/2013) hanno comunque soppiantato l'istituto della "conciliazione societaria", della quale, perciò, seguono solo cenni brevi ed essenziali.

L'art. 38 del D.Lgs. 5/2003 abilitava gli organismi pubblici o privati a costituire organismi di conciliazione, purché fornissero garanzie di serietà ed efficienza (determinati dal Ministero della giustizia col D.M. 222/2004) e depositassero un regolamento di procedura unitamente alle tabelle delle indennità che le parti avrebbero dovuto pagare per l'erogazione del servizio (i cui criteri il Ministero stesso precisò col D.M. 223/2004).

L'art. 39 del D.Lgs. 5/2003 riconosceva l'esenzione degli atti e dei provvedimenti del procedimento dall'imposta di bollo e da ogni spessa, tassa o diritto di qualsiasi natura; riconosceva, inoltre, al verbale di conciliazione l'esenzione «dall'imposta di registro entro il limite di venticinquemila euro». "Premio" ragionevole con cui il legislatore voleva incentivare le parti a conciliare le controversie, ma irrazionale perché la sua formulazione poneva alcuni dubbi pragmatici – anziché risolverli – circa l'ammontare dell'esenzione stessa: la norma intendeva con € 25.000,00 il limite di valore della controversia esente da imposta o quello dell'imposta stessa? Dubbi superati dalla riforma (D.Lgs. 28/2010), che ha alzato ad € 50.000,00 il limite di valore dell'accordo, contemplando il pagamento dell'imposta per la sola parte eccedente.

L'art. 39 stesso demandava al Ministro della giustizia il compito di determinare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici ed i criteri di calcolo e di approvazione delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati. Criteri grossomodo ricalcati dal D.M. 180/2010 per la mediazione civile.

Il D.Lgs. 5/2003 demarca una linea di confine ideale tra le procedure mediatorie-conciliative precedenti e quelle successive perché ha legittimato gli organismi di concilia-

zione privati (autonomi e professionali), oltreché pubblici, ma anche perché ha formulato alcuni criteri rieditati (anche pedissequamente) dalle normative *ADR* successive, come quella sulla mediazione civile o quella sulla gestione della crisi da sovraindebitamento. Discipline che hanno ereditato buona parte della struttura logico-giuridica nata col D.Lgs. 5/2003, a partire dalle modalità di iscrizione dell'organismo nel registro ministeriale, fino al trattamento fiscale degli atti e alla determinazione delle spese di procedura.

Le norme sugli *ADR* negoziali o di "nuova generazione", però, hanno ereditato anche un'altra caratteristica della normativa del 2003: la vaghezza. Il D.Lgs. 5/2003, infatti, ometteva di qualificare o di descrivere le modalità operative della procedura, pur trattando una materia nuova e pur dedicando l'art. 40 al procedimento di conciliazione stragiudiziale; suggeriva principi attinenti al processo giudiziale, eventualmente successivo alla conciliazione fallita (come la riservatezza, le conseguenze processuali, i termini di prescrizione, le modalità di omologazione del verbale, ecc.), ma tralasciava di affrontare gli aspetti pragmatici della conciliazione in sé. Il decreto descriveva l'istituto (nuovo) solo nei suoi aspetti fallimentari (senza voler scomodare la dialettica negativa di Adorno) e ne rimetteva gli aspetti pratici (cosa possa fare un mediatore, come possa interagire con le parti, cosa debba o possa verbalizzare, ecc.) a tradizioni e prassi consolidate all'estero e importate in Italia dai pochi esperti che colsero l'occasione per erogare corsi di formazione dei quali, anche, il Ministero stesso mancava di indicare i contenuti teorici e pratici. Lacune ereditate anche dalla normativa successiva a quella del 2003 e che lasciano irrisolti alcuni dubbi circa la ragionevolezza delle discipline normative.

(b) Mediazione civile e commerciale stragiudiziale

Il D.Lgs. 28/2010 (in attuazione della L. 69/2009, art. 60) ha riorganizzato *ab imis* la materia della mediazione stragiudiziale finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili, distinguendo semanticamente e concettualmente l'attività mediatoria (il percorso negoziale e comunicativo) dal risultato conciliativo (l'atto che compone la controversia), secondo lo spirito della Dir.P.E. 2008/52/CE.

Il legislatore nazionale ha fatto proprio lo spirito comunitario anche sul profilo della forma, dedicando l'art. 1 del D.Lgs. 28/2010 alle «definizioni» dei concetti che avrebbero potuto rappresentare una novità nello scenario giurisprudenziale (come "mediazione"

e “mediatore”, “conciliazione” e “organismo”), ricalcando così la struttura delle fonti europee. La norma intende la “mediazione” come:

> l’attività, comunque denominata, svolta una terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa (D.Lgs. 28/2010, art. 1).

La definizione appena riportata introduce i presupposti dell’attività negoziale (la necessità di risolvere un conflitto tra due o più persone) e il contenuto dell’attività medesima (l’assistenza resa alle parti per ricercare o proporre un accordo), ma trascura gli aspetti più caratteristici e più innovativi della procedura di “facilitazione” (quelli relazionali) che, invece, una giurisprudenza sensibile ha ritenuto di dover esplicitare (cfr. *infra*). Il legislatore, forse, ha scelto quella vaghezza per consentire ai mediatori di operare con la flessibilità pragmatica necessaria a gestire i rapporti delicati; ma, in tal caso, avrebbe potuto definire la mediazione come “l’attività, comunque svolta”, anziché «l’attività, comunque denominata».

La dottrina[19] ha commentato ampiamente il combinato disposto del D.Lgs. 28/2010 e del D.M. 180/2010, di cui questa tesi riepiloga solo gli elementi più caratteristici (elogiati dalla Ris.P.E. 2011/2026/INI), ma anche controversi, oltreché l’altalenare continuo delle formulazioni e dell’efficacia normative.

Il D.Lgs. 28/2010 ha introdotto la mediazione civile come condizione di procedibilità dell’azione giudiziale in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (art. 5). Iniziativa razionale perché valorizza la capacità dell’*ADR* di abbattere il numero di cause che ingolfano i tribunali e di ricostituire le relazioni sociali disgregate o disgregande; ma anche irragionevole perché impone *solo* all’attore, anziché *anche* al convenuto, il dovere di esperire un tentativo di composizione amichevole della controversia. La L. 98/2013 ha cercato di correggere il tiro della norma, specificando che le parti «devono partecipare con l’assistenza dell’avvocato» e che il mediatore invita «le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura» (D.Lgs. 28/2010, art. 8).

19 De Palo/D’Urso/Golann (2010); Rossi/Rossi (2010); Sandulli (2010, 2014 e 2015); Colucci/Marchi/Meghnagi (2011); D’Auria (2011a e 2011b); Sirotti Gaudenzi (2011); Cosi/Romualdi (2012); Scatolero (2013); Vignali (2013); Viotti (2013); Di Carlo (2014).

I due periodi appena citati, però, hanno creato nuove dispute interpretative, anziché chiarire le intenzioni del legislatore: alcuni giuristi interpretano le parole «le parti devono partecipare» come un obbligo reciproco di partecipare alla procedura di mediazione; altri, invece, ritengono che solo chi partecipi alla procedura debba farsi assistere da un avvocato; alcuni intendono che «esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura» consenta alla parte di manifestare la propria volontà di negoziare o meno; altri, invece, ritengono "possibile negoziare" ove tutte le parti coinvolte abbiano aderito alla mediazione e abbiano la capacità di agire e che, in tal caso, le parti "debbano" negoziare, indipendentemente dalla loro volontà di farlo. Una formulazione infelice della ragionevolezza dell'istituto, insomma, ha innescato un cortocircuito interpretativo che attribuisce irrazionalità all'*ADR* e ne vanifica l'efficacia, limitandone la portata degli effetti deflattivi e pacificativi voluti dal legislatore.

Il D.Lgs. 28/2010, inoltre, prevede sanzioni per le parti "scorrette", ma anche premi per quelle "collaborative". Sanzioni e premi che pure lasciano spazio a qualche dubbio.

> Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'art. 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio (D.Lgs. 28/2010, art. 8, c. 4 *bis*).

Alcuni interpreti equiparano il «giustificato motivo» a una dichiarazione che la parte debba rendere al mediatore affinché lo stesso la verbalizzi. Altri, invece, ritengono che il mediatore debba solo facilitare il dialogo tra le parti, anziché giudicare i motivi addotti dalle stesse per giustificare le proprie decisioni negoziali. Il mediatore, inoltre, deve rispettare un mandato e un codice deontologico caratterizzati dalla riservatezza e dalla terzietà; criteri che impongono al professionista di mantenere il segreto circa le dichiarazioni apprese (D.Lgs. 28/2010, art. 9) e che, soprattutto, lo obbligano ad evitare di compiere atti che possano pregiudicare la posizione delle parti. L'art. 10 del decreto, anzi, stabilisce che le «dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio»; il verbale di mediazione quindi dovrebbe evitare di riferire alcuna dichiarazione, a meno che una parte pretenda di verbalizzare precisazioni sulla propria posizione personale e, comunque, omettendo qualsiasi riferimento alla condotta altrui. Alcuni giudici, però, hanno addirittura invi-

tato il mediatore a verbalizzare le dichiarazioni rese dalle parti per giustificare le proprie posizioni (ord.Trib.Roma 01.02.2016), nonostante la natura stragiudiziale della procedura, sottratta costituzionalmente al controllo del giudice.

Le parti conciliate hanno il diritto di godere di vantaggi fiscali e giuridici:

> 2. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.
> 3. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di 50.000,00 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente (D.Lgs. 28/2010, art. 17).

Le parole «ogni spesa» fanno riferimento ad ogni ipotetico versamento a qualsivoglia ente pubblico. L'AP, insomma, premia le parti diligenti, come ribadisce l'art. 20 del decreto, che concede loro un credito d'imposta[20] commisurato all'indennità, fino alla concorrenza di € 500,00, per l'ipotesi di successo della mediazione, e lo riduce della metà per l'ipotesi inversa. Premi ragionevoli, ma potenzialmente irrazionali: il credito d'imposta dipende dal Fondo unico giustizia (D.L. 143/2008, art. 2, c. 7), che il Ministero potrebbe esaurire prima di riconoscere i crediti d'imposta alle parti che pure avrebbero diritto ad esso; oppure il Ministero potrebbe disporre di risorse insufficienti per riconoscere il credito a tutte le parti che avrebbero diritto ad esso.

Il D.Lgs. 28/2010 (art. 17, c. 5 *bis*), inoltre, riconosce la gratuità della prestazione mediatoria in favore di chi «si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato» (e quindi ancora da ammettere al patrocinio gratuito), ma tralascia di determinare modalità di pagamento o rimborso in favore degli organismi di mediazione che, perciò, possono dover lavorare "in perdita": irrazionalità irragionevole reiterata anche dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio nell'anno 2015 (cfr. *infra*).

L'irrazionalità irragionevole del D.Lgs. 28/2010, però, emerge anche dalla lettura dell'art. 16, c. 4 *bis*, secondo cui gli avvocati «sono di diritto mediatori», ma «devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione»: acquisiscono quindi la qualifica professionale "negoziale" poiché già qualificati per svolgere la professione "legale" (come se la seconda qualifica implicasse una conoscenza delle nozioni e delle prassi relative alla prima), ma la qualifica "negoziale" dipende da una formazione specifica (quindi dichiaratamente diversa da quella giuridica); formazione che, di fatto, "filtra" il godimento di un diritto riconosciuto, invece, dalla legge stessa.

La disciplina della mediazione stragiudiziale finalizzata a conciliare le dispute civili

20 Credito che la parte può indicare nella dichiarazione dei redditi solo dopo averne ricevuto la comunicazione da parte del Ministero della giustizia.

e commerciali ha subito una ridefinizione continua, in appena 6 anni dalla sua introduzione, ad opera dei 15 provvedimenti seguenti:

- **L. 148/2011** che ha modificato il c. 5 dell'art. 8 del D.Lgs. 28/2010 in merito alla condanna della parte che disertasse il tentativo di mediazione.
- **D.L. 212/2011** che ha aggiunto il c. 6 *bis* dell'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 in merito alle attività istituzionali di supporto per favorire l'espletamento della mediazione disposta dal giudice; ne ha modificato, inoltre, il c. 5 dell'art. 8 in merito alle modalità di condanna della parte assente ingiustificata al tentativo di mediazione.
- **D.M. 145/2011** che ha modificato il c. 2 dell'art. 3 del D.M. 180/2010 in merito alla tenuta del registro degli organismi di mediazione da parte del Ministero della giustizia; ne ha modificato, inoltre, il c. 3 dell'art. 4 in merito al tirocinio biennale dei mediatori; ne ha integrato il c. 5 dell'art. 7 in merito al regolamento di mediazione; ne ha integrato anche il c. 4 dell'art. 8 in merito alle modalità di svolgimento del tirocinio biennale dei mediatori; ne ha modificato i cc. 4, 8 e 9 dell'art. 16, aggiungendo anche il c. 14, in merito ai criteri di determinazione delle indennità di mediazione; ne ha modificato il c. 2 dell'art. 17 in merito alla tenuta del registro degli enti di formazione per mediatori da parte del Ministero della giustizia; ne ha modificato, infine, i cc. 1-4 dell'art. 20 sulla disciplina transitoria.
- **L. 10/2012** che ha soppresso il c. 6 *bis* dell'art. 5 del D.Lgs. 28/2010, sopprimendo, inoltre, la modifica apportata al c. 5 dell'art. 8 dal D.L. 212/2011.
- **Sent.C.Cost. 272/2012** che ha dichiarato l'incostituzionalità del c. 3 dell'art. 4 del D.Lgs. 28/2010 in merito al dovere dell'avvocato di informare il cliente; del c. 1 dell'art. 5 in merito alla condizione di procedibilità dell'azione giudiziale; il c. 5 dell'art. 8 in merito agli argomenti di prova desumibili dal giudice, oltreché in merito alla condanna per la mancata partecipazione di una parte alla mediazione; l'ultimo periodo del c. 1 dell'art. 11 sul dovere del mediatore di informare le parti delle conseguenze processuali di cui all'art. 13, anch'esso dichiarato incostituzionale; il c. 5 dell'art. 17 sull'accesso gratuito alla "mediazione obbligatoria" da parte dei soggetti in condizione di accedere al patrocinio a spese dello Stato; l'art. 24 sulle disposizioni transitorie e finali del decreto.
- **D.L. 69/2013 e L. 98/2013** di conversione che hanno modificato l'art. 1 del D.Lgs. 28/2010, definendo la mediazione come un'attività facilitativa ed anche valutativa; ne hanno modificato il c. 1 dell'art. 4, introducendo la competenza territoriale degli organismi di mediazione; hanno reintrodotto al c. 3 dell'art. 4 il dovere dell'avvocato di informare il cliente sulla "mediazione obbligatoria"; hanno reintrodotto la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale aggiungendo il c. 1 *bis* all'art. 5; hanno modificato il c. 4 dell'art. 5, escludendo la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per i procedimenti di consulenza tecnica preventiva (art. 696 *bis* del C.p.c.); hanno modificato il c. 1 dell'art. 6, riducendo a 3 mesi la durata del procedimento di mediazione; hanno modificato il c. 1 dell'art. 8, concedendo 30 giorni di tempo all'organismo di mediazione per fissare il primo incontro tra le parti, disponendo l'assistenza obbligatoria dell'avvocato per le parti e introducendo una fase informativa, che la prassi ha considerato preventiva a quella negoziale; hanno aggiunto il c. 4 *bis* all'art. 8, reintroducendo le sanzioni per la parte assente ingiustificata alla mediazione; hanno modificato il c. 1 dell'art. 11, reintroducendo l'obbligo del mediatore di informare le parti circa le conseguenze processuali di cui all'art. 13, reintrodotto anch'esso; hanno modificato il c. 1 dell'art. 12 in merito all'efficacia esecutiva immediata dell'accordo sottoscritto dalle parti e dai loro avvocati; hanno aggiunto il c. 4 *bis* all'art. 16, riconoscendo la qualifica di "mediatore di diritto" agli avvocati iscritti all'ordine; hanno aggiunto i cc. 5 *bis* e 5 *ter* all'art. 17 in merito alla gratuità del procedimento per la parte in condizione di accedere al patrocinio a spese dello Stato, oltreché nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro; hanno, infine, inserito il n. 12 *bis* all'art. 2643 C.c. che prescrive il dovere di tra-

scrivere gli accordi di conciliazione che accertano l'usucapione.

- **D.L. 132/2014** che ha integrato il c. 1 dell'art. 12 del D.Lgs. 28/2010 stabilendo il dovere di trascrivere l'accordo di conciliazione nel precetto.
- **L. 162/2014** che ha modificato l'integrazione del c. 1 dell'art. 12 apportata dal D.L. 132/2014.
- **D.M. 139/2014** che ha modificato il c. 2 dell'art. 4 del D.M. 180/2010 in merito al capitale minimo che deve possedere l'organismo di mediazione; ha aggiunto, inoltre, il c. 5 all'art. 8 sul dovere dell'organismo di trasmettere i dati statistici al Ministero della giustizia, disponendo le conseguenze di cui al c. 1 dell'art. 10; ha ridotto a 6 mesi il monitoraggio di cui al c. 1 dell'art. 11 che il Ministero svolge sugli organismi di mediazione; ha aggiunto l'art. 14 *bis* sull'incompatibilità dei mediatori e sui conflitti d'interesse degli avvocati; ha modificato i cc. 2 e 4 dell'art. 16 sulla determinazione delle indennità di mediazione.
- **Sent.TARLazio 1351/2015** che ha soppresso il c. 3, lett. b, dell'art. 4 del D.M. 180/2010, escludendo così l'obbligo di aggiornamento biennale dei mediatori, oltreché i cc. 2 e 9 dell'art. 16, rendendo completamente gratuito l'accesso al primo incontro di mediazione per chiunque.
- **Ord.Cons.St. 21.04.2015** che ha sospeso l'esecutività della Sent.TARLazio 1351/2015 rispetto alla soppressione dei cc. 2 e 9 dell'art. 16 del D.M. 180/2010.
- **D.Lgs. 130/2015** che ha integrato il c. 1 *bis* dell'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 estendendo la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale anche ai procedimenti conciliativi di cui al D.Lgs. 179/2007 (in materia di risparmio e investimento) e ai regolamenti di attuazione sugli *ADR* dei consumatori di cui alla Dir.P.E. 2013/11/UE.
- **Sent.Cons.St. 05230/2015** che ha riformato la Sent.TARLazio 1351/2015, reintroducendo l'obbligo di formazione e aggiornamento oltreché le spese e le indennità di mediazione.
- **Sent.TARLazio 3989/2016** che ha annullato l'art. 14 *bis* del D.M. 180/2010, legittimando la possibilità che un avvocato assista un cliente in mediazione presso un organismo per il quale l'avvocato medesimo svolga funzioni di mediatore.

Le fluttuazioni normative (con una media di 2,5 revisioni all'anno) hanno destituito di credibilità l'istituto della mediazione stragiudiziale civile e commerciale, anziché potenziarlo. La mediazione, infatti, riscuote un'ostilità diffusa da parte di molti operatori di giustizia[21], ma anche da parte del pubblico[22], nonostante le intenzioni "promozionali" del legislatore che, invece, ha costantemente rilanciato l'istituto dopo ogni periodo infelice, come attesta la storia appena riassunta.

Fabrizio Pasquale, giudice del Tribunale di Vasto, forse proprio per questo sbilanciamento, ha sentito l'esigenza di colmare la lacuna più evidente della normativa in esame, spiegando il significato dell'art. 1 del D.Lgs. 28/2010 e, così, la natura e lo scopo della mediazione civile stragiudiziale. Il giudice perciò ha motivato come segue una sentenza del 09.03.2015, con cui dichiarava improcedibile una domanda giudiziale per assenza

21 L'Organismo Unitario dell'Avvocatura (OUA), con le sue dichiarazioni di malcontento, prima di tutti.

22 La DGS (2015b: 7) stima un 52,3% di mancate adesioni alle procedure di mediazione da parte dei soggetti convocati.

delle parti dinnanzi al mediatore, benché rappresentate dai loro avvocati:

A) Innanzitutto, la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti (anche e soprattutto) le parti di persona. L'istituto, infatti, mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto; questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. Nella mediazione è fondamentale, infatti, la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte). D'altronde, il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le coinvolgono e la restituzione della parola alle parti per una nuova centratura della giustizia, rispetto ad una cultura che le considera 'poco capaci' e, magari a fini protettivi, le pone ai margini. Non è, dunque, pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che, 'nel processo', consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali. La mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile.

B) In secondo luogo, i difensori (definiti mediatori di diritto dalla stessa legge) sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (come, peraltro, si desume dal fatto che essi, prima della causa, devono fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3 del D. Lgs n. 28/2010), di talché non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore in vista di una inutile informativa. […] L'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto […].

Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che, sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010, sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo art. 8) all'incontro con il mediatore. Graverà su quest'ultimo, in qualità di soggetto istituzionalmente preposto ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia della puntuale osservanza delle condizioni di regolare espletamento della procedura, l'onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro, sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione, ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli in-

contri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire.

La parte che avrà interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda avrà l'onere di partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti; potrà, altresì, pretendere che nel verbale d'incontro il mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione, a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Solo una volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata, essendo in questo caso impensabile che il convenuto possa, con la propria colpevole o volontaria inerzia, addirittura beneficiare delle conseguenze favorevoli di una declaratoria di improcedibilità della domanda, che paralizzerebbe la disamina nel merito delle pretese avanzate contro di sè. Negli altri casi e, segnatamente, quando è la stessa parte che ha agito (o che intende agire) in giudizio a non presentarsi personalmente in una procedura di mediazione da lei stessa attivata (anche su ordine del giudice), la domanda si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile, per incompiuta osservanza delle disposizioni normative che impongono il previo corretto esperimento del procedimento di mediazione.

Pasquale dimostra di conoscere approfonditamente il significato e lo spirito della mediazione, soprattutto nei suoi aspetti pragmatici (le tecniche di comunicazione e negoziazione) e per i suoi effetti relazionali (l'elaborazione delle emozioni, la gestione dell'empatia e la possibilità di autodeterminare una soluzione). Caratteristiche distintive che, invece, il D.Lgs. 28/2010 omette di accreditare tra le definizioni elencate all'art. 1.

Il giudice Pasquale deve aver maturato tale consapevolezza necessariamente attingendo alle informazioni di un *corpus* estraneo a quello giuridico; reintegrando poi tali nozioni nel patrimonio giurisprudenziale, come hanno iniziato a fare anche altri suoi colleghi: Leonardo Scionti (ord.Trib.Firenze 17.03.2014), Luciana Breggia (ord.Trib.Firenze 19.03.2015 e 15.02.2016), Anna Cattaneo (ord.Trib.Milano 07.05.2015), Pasquale Giannitti (ord.Trib.Bologna 05.06.2014), Giorgio Marzocchi (ord.Trib.Pavia 17.06.2015, che spiega perché la mediazione possa estendere la portata del *petitum* giudiziale), Massimo Moriconi (ord.Trib.Roma 01.02.2016).

La giurisprudenza prodotta intorno alla mediazione civile dimostra una spaccatura netta all'interno della magistratura: chi promuove il ricorso all'istituto (sanzionando le parti assenti in mediazione), da un lato, e chi ne ignora l'operatività (lasciando procedere le cause nonostante il mancato esperimento del tentativo "obbligatorio" di mediazione), dall'altro lato. La giurisprudenza in materia dimostra un *favor* generale nei confron-

ti dell'istituto; ma l'assenza di voci giurisprudenziali discordanti rispetto a quella dominante segnala proprio la preponderanza di una corrente "disinteressata" all'argomento.

Tale corrente giurisprudenziale agnostica rappresenta un'AP disfunzionale (soprattutto rispetto a se stessa), il cui paradosso – con la promozione dell'istituto, da una parte, e l'ignavia, dall'altra – trova spiegazione nel modello di "transizione tecnologica" proposto da Geels (2002) e discusso al cap. 2.2.

La giurisprudenza sovranazionale ha pure affrontato l'argomento (largamente dibattuto a livello nazionale) della mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria prevista dal D.Lgs. 28/2010 (art. 5). La Corte di Giustizia dell'UE ha reso la sentenza C/75/16 (del 14.06.2017) con cui – interrogata sull'incompatibilità presunta della mediazione civile italiana *ex* D.Lg. 28/2010 con i criteri di libero accesso al sistema giudiziario della Dir. 2013/11/UE sugli *ADR* per i consumatori – ha espresso il proprio *nulla osta* alla condizione di procedibilità prevista normativa nazionale, ma ha espresso anche il proprio dissenso all'assistenza obbligatoria da parte di un avvocato.

(c) Negoziazione assistita

Il legislatore ha introdotto in Italia l'istituto della negoziazione assistita da uno o più avvocati con gli artt. 2-11 del D.L. 132/2014 (convertito in L. 162/2014). Norma che, come già le altre sugli *ADR*, omette di definire il concetto di «negoziazione» oltreché le modalità con cui svolgere le contrattazioni (quali limiti e facoltà abbiano i negoziatori, quali argomenti possano discutere con le parti, ecc.), benché precisi le responsabilità degli avvocati e le conseguenze processuali e giuridiche della procedura negoziale, che consente di formare titoli con efficacia esecutiva (art. 5).

L'istituto nasce per incorporare (ma senza dichiararlo apertamente) il "diritto collaborativo" statunitense e francese (cfr. Dalfino, 2015 e Foddai, 2015) e trova applicazione per una gamma vastissima di materie (a differenza della *procédure participative*, prettamente familiare) e, quindi, per una quantità notevole di conflitti: innanzitutto, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale (art. 3), per il risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti – appannaggio della mediazione civile (D.Lgs. 28/2010) fino al 2012 –, ma anche in materia di trasporto o sub-trasporto (L. 190/2014, art. 1, c. 249), oltreché per il pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti € 50.000,00 (ancora l'art. 3 del D.L. 132/2014). Quest'ultima condizione può riguardare le fattispecie più differenti: dalla responsabilità contrattuale a quella aquilia-

na, dai contratti finanziari alla responsabilità professionale. La *ratio* giuridica dimostra una certa irragionevolezza perché può confondere chi debba decidere quale *ADR* utilizzare per gestire conflitti qualificabili come afferenti alla negoziazione assistita o alla mediazione civile, come per la morosità di canoni di locazione; oppure di rallentare l'accesso alla giustizia, con l'imposizione di esperire entrambi gli *ADR*, come nel caso di un risarcimento dei danni da circolazione (afferente al D.L. 132/2014) in cui una parte contesti l'inadempimento dell'assicuratore (afferente, invece, al D.Lgs. 28/2010).

L'art. 6 del D.L. 132/2014, inoltre, ha tentato di attribuire alla mediazione familiare un'apparente formalità giuridica, introducendo la possibilità di usare la negoziazione assistita per formalizzare la separazione e il divorzio dei coniugi oppure per variare le condizioni della separazione e del divorzio. Il legislatore, infatti, deve ancora disciplinare la mediazione familiare e la figura professionale del mediatore familiare (come ha fatto, invece, per la mediazione civile), benché l'art. 337 *octies*, c. 2, del C.c. (già art. 155 *sexies*, c. 2, introdotto con L. 54/2006 e poi modificato con D.Lgs. 154/2013) faccia riferimento a «esperti» in tale campo. Ennesimo paradosso di un impianto normativo che, prima (nel 2006), ha rilevato l'attività professionale di «esperti», senza però disciplinarla; e che, poi (nel 2014), l'ha legittimata, ma solo rispetto alla sua portata giuridica, ignorando quella – ben più tipica – che attiene, appunto, all'"esperienza" in materia di relazione tra le parti. Il risultato consente (razionalmente) a qualsiasi avvocato di produrre effetti giuridici tra i coniugi, pur se al professionista manchino (irragionevolmente) le competenze teoriche e tecniche necessarie per gestire un dissidio familiare. Competenze che, invece, il legislatore pretende in materia civile e commerciale.

L'art. 2 del D.L. 132/2014 impone alle parti di assumere l'impegno di «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia». Intenzione ragionevole e comprensibile – per il mero buon senso –, ma irrazionale rispetto alla regola stabilita dall'art. 9 del decreto stesso, secondo cui «le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio» (comma 2); tanto più che «i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite» (comma 3). Nessuno, insomma, potrebbe verificare la violazione dell'obbligo di lealtà e buona fede imposto dalla legge stessa: cosicché le parti potrebbero sottoscrivere una convenzione di negoziazione leale e poi assumere comportamenti negoziali dilatori senza il pericolo di subire sanzioni nel giudizio successivo.

(d) Gestione della crisi da sovraindebitamento

Le norme sulla mediazione hanno ispirato il legislatore a disciplinare l'uso degli *ADR* negoziali anche in ambito debitorio, definendo il novero degli strumenti deputati a tutelare i creditori e, d'altra parte, a consentire ai debitori di continuare a investire o consumare. Norma che ha lo scopo (implicito) di sostenere l'economia nazionale sostenendo le attività economiche, anziché agevolandone il fallimento.

Il legislatore ha modificato nel corso degli anni le norme sul fallimento e sul recupero dei crediti, affiancando alla finalità principale della prima normativa – far recuperare ai creditori almeno parte del credito tramite la liquidazione dell'attivo (L.Fall. R.D. 267/1942) – anche quella a tutela dell'attività imprenditoriale in crisi, per salvaguardare tutto ciò che dipende dall'attività stessa. L'elenco che riassume le fattispecie seguenti esemplifica il cambiamento "strategico" in merito:

- Rapporti di **lavoro dipendente** (D.Lgs. 270/1999 *ex* L. 274/1998 sull'amministrazione straordinaria).
- **Azione revocatoria** limitata (D.L. 35/2005, art. 2).
- **Transazione fiscale** (D.Lgs. 5/2006, art. 146, che modifica la L.Fall., e art. 151, che abroga l'art. 3 del D.L. 138/2002).
- Accordi di **ristrutturazione dei debiti** personali (D.L. 212/2011 convertito in L. 10/2012; normativa riorganizzata *ex* L. 3/2012 e D.M. 202/2014).
- Gestione delle **crisi aziendali** (D.L. 83/2012, art. 33, convertito in L. 134/2012 che modifica la L.Fall.), molto simile alla procedura di cui alla L. 3/2012.

Un'evoluzione normativa che mira a conservare l'attività economica e a favorire la continuità aziendale proprio per tutelare l'interesse dei creditori, permettendo a un'impresa in crisi di sopravvivere e, quindi, onorare i debiti e continuare a partecipare al mercato, anziché lasciandola morire nel quadro del fallimento. Una *ratio* macroeconomica sembra giustificare questa evoluzione normativa: impedire agli insolventi di "contagiare" i propri creditori, che rischierebbero di fallire a loro volta (ove rimanessero insoddisfatti) e, d'altra parte, concedere agli insolventi una seconda possibilità (il c.d. *fresh restart*), per alimentare la fiducia nel futuro e incentivare investimenti e consumi.

Troviamo un esempio chiaro di quella *ratio* nella L. 3/2012 (modificata dall'art. 18 del D.L. 179/2012, convertito in L. 221/2012) che disciplina le modalità di composizione delle *crisi da sovraindebitamento*: fattispecie che riguarda la persona fisica (sottratta alla procedura fallimentare per natura) o l'imprenditore (purché sottratto al fallimento

ex art. 1 dell'allegato alla L.Fall.) o l'imprenditore agricolo che abbiano difficoltà o riscontrino l'impossibilità continuativa di onorare i propri debiti. La normativa predispone quindi una procedura giudiziaria, preceduta e accompagnata da attività negoziali stragiudiziali, tramite cui esdebitare (cioè liberare dai debiti residui) le persone fisiche, purché eseguano diligentemente il piano di rientro concordato, o gli imprenditori con problemi d'insolvenza, consentendo loro di continuare a svolgere l'attività durante la crisi, per uscirne, purché rispettino gli impegni e diano prova di buona fede. Soggetti in crisi d'insolvenza ai quali la procedura consente di proporre ai creditori, con l'ausilio di un organismo specializzato, un accordo (il *piano del consumatore*, per le persone fisiche, o l'*accordo di ristrutturazione*, per gli imprenditori) per dilazionare o ridurre il pagamento (ma potendo solo dilazionare il pagamento dei tributi UE, dell'IVA e delle ritenute) di almeno il 60% dei crediti impignorabili (*ex* art. 545 C.p.c.), offrendo garanzie adeguate.

La «crisi» a cui fa riferimento la legge manifesta 2 aspetti problematici: l'esposizione debitoria pone il consumatore in uno stato d'insolvenza cronica, impedendogli di svolgere la sua attività (rilievo microeconomico); l'imprenditore insolvente, però, rischia di estendere le conseguenze della crisi anche ai creditori "sani", ma insoddisfatti, trasformandoli, a loro volta, in soggetti altrettanto (o potenzialmente) critici, che potrebbero compromettere il sistema economico intero innescando un "effetto domino" (rilievo macroeconomico).

Solignani (2015) riassume così le potenzialità della procedura di gestione della crisi da sovraindebitamento, che consente al debitore di:

- Fare ordine nella sua vita, definendo le pendenze debitorie varie.
- Trattare equamente tutti i creditori, rispettando i diritti di precedenza previsti dalla legge.
- Aiutare i creditori a incassare con certezza almeno una parte del credito maturato, evitando di attivare procedure giudiziali lunghe e dagli esiti incerti.
- Esdebitare l'insolvente, cancellando integralmente i suoi debiti, per consentirgli un *fresh restart*, cioè di iniziare un'attività nuova e libera da macchie.

La L. 3/2012 affianca un'attività facilitativa a quella giudiziale. Gli organismi costituiti da enti pubblici e i «gestori della crisi» professionali specializzati ai sensi del D.M. 202/2014, lavorano col debitore e con i creditori prima, durante e dopo lo svolgimento dell'attività giudiziale. Il giudice omologa l'accordo (eventualmente raggiunto tra debitore e creditori grazie all'intervento dell'organismo e del gestore) oppure attiva la fase

di liquidazione e incarica un liquidatore (ove il debitore disattenda gli impegni concordati o chieda espressamente la liquidazione totale dei suoi beni). Gli organismi di gestione e i gestori della crisi, invece, svolgono funzioni negoziali e amministrative, complesse, elencate di seguito:

- Ricostruiscono la situazione economica e patrimoniale, fiscale e giudiziale dei debitori per aiutarli a progettare proposte accettabili di ristrutturazione dei debiti.
- Redigono le relazioni tecniche e valutano la documentazione necessaria per incardinare e svolgere la procedura giudiziale prescritta dalla normativa.
- Facilitano il raggiungimento di un accordo tra debitori e creditori, negoziando le soluzioni, risolvendo i problemi tecnici e relazionali, prima di attivare la procedura giudiziale e, dopo, vigilando sull'esecuzione dell'accordo e intervenendo per risolvere le criticità (*follow up*).
- Intrattengono le comunicazioni con i creditori, col giudice e con gli uffici fiscali, facendo da "ponte".
- Trascrivono i decreti su ordine del giudice.
- Propongono la nomina del liquidatore.

Il legislatore ha disciplinato anche questo strumento (come già la mediazione civile) dedicando tutta l'attenzione agli aspetti procedurali giudiziali, ma senza spiegare il contenuto tecnico delle funzioni facilitative o delle modalità negoziali usate dai gestori della crisi e dagli organismi. Gli enti pubblici (Comuni, Regioni, università, CCIAA, ecc.) e gli ordini professionali (di avvocati, commercialisti e notai) dispongono perciò di riferimenti specifici con cui vigilare sul corretto svolgimento delle procedure di esdebitazione, ma devono (o possono) gestire con libertà la fase negoziale. Ambiguità normativa che potremmo giustificare con la solita spiegazione dottrinale che pretende rigidità per le procedure giudiziarie, ma che consente flessibilità per gli strumenti negoziali (cfr. Steffek, 2012: 3; ma anche la *Rec.* 82-4, par. 2, secondo cui le norme «*should provide substantial flexibility for agencies to adapt negotiation techniques to the circumstances*»[23]).

La L. 3/2012 dimostra comunque che il legislatore, ancora una volta, intende assegnare all'AP il ruolo, i compiti e la mentalità di un mediatore. L'AP, perciò, deve conoscere e assimilare gli strumenti tecnici con cui operano i negoziatori, per realizzare un progetto (forse ancora latente) di "ristrutturazione sociale" che consenta al Paese di comporre i conflitti (già insorti o emergenti) in maniera rapida (caratteristica tipica degli

23 Dovrebbero fornire una flessibilità sostanziale che consenta alle agenzie di adattare le tecniche di negoziazione alle circostanze.

ADR), economica (contenendo i costi di gestione e spostandoli sui diretti interessati, anziché sulle istituzioni), efficace (individuando soluzioni basate sugli interessi e i bisogni delle parti, anziché solo sui loro diritti e doveri), ma soprattutto consapevole e responsabile (perché i soggetti coinvolti in un percorso negoziale capiscono ogni fase del procedimento, vivendolo dall'interno, e imparano così un modo per gestire direttamente anche i problemi futuri). Possiamo considerare, insomma, la normativa sull'esdebitazione come un segnale dell'interesse che il legislatore riserva nei confronti di una "crisi" generale, più vasta di quella da sovraindebitamento, che l'AP deve gestire.

Il ruolo negoziale *in fieri* dell'AP, però, emerge anche rispetto alla determinazione dei compensi spettanti all'organismo di gestione della crisi. Il D.M. 202/2014, infatti, consente all'organismo di concordare liberamente col debitore i compensi per l'opera svolta e stabilisce, solo in mancanza di accordo, i parametri di cui agli artt. 14-18, che fanno a loro volta riferimento agli importi stabiliti dal D.M. 30/2012. Compensi che l'organismo deve ridurre di un tasso compresso tra il 15% e il 40% a propria discrezione (art. 16, c. 4), cioè con un grado di libertà di autodeterminarli che possiamo quantificare in 25% = 40–15. Criterio di *governance* che, di fatto, equipara l'AP a un'azienda privata perché consente all'organismo di instaurare con i cittadini relazioni libere da *policy* chiare o trasparenti (quali criteri deve usare l'organismo per ridurre il proprio compenso del 15% o del 40%?) o anche solo vagamente codificate (cosa può fare o deve evitare di fare il gestore quando negozia con i creditori?).

La L. 3/2012, infatti, stabilisce che l'organismo «assume ogni iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e all'esecuzione dello stesso» (art. 15, c. 5). Possiamo immaginare che le iniziative accennate riguardino anche le tecniche di contrattazione e di comunicazione efficace, che l'organismo (e magari l'AP in genere) potrebbe adottare anche per gestire le proprie relazioni interne, oltreché quelle esterne diverse dalla gestione della crisi da sovraindebitamento, seguendo l'esempio delle aziende che addestrano le proprie risorse umane a usare sistemi di comunicazione nonviolenta (cfr. Rosenberg, 1998; Miyashiro, 2011; Lasater/Stiles, 2010), di *problem solving*, ecc.

La normativa sul sovraindebitamento dimostra il principio di razionalità interna seguente: la gestione della crisi potrebbe contribuire a proteggere dinamiche di mercato complesse (che giustificano una disciplina processuale specifica) e dovrebbe attivare velocemente gli effetti predisposti dal legislatore. Tanto velocemente che il giudice deve tenere l'udienza di omologazione dell'accordo entro 60 giorni dal deposito della docu-

mentazione; i creditori possono aderire all'accordo fino a 10 giorni prima dell'udienza; l'organismo quindi deve relazionare i creditori sulle adesioni; e i creditori hanno altri 10 giorni dal ricevimento della relazione per proporre contestazioni eventuali. La norma razionale diventa però irragionevole perché i termini di cui dispongono l'organismo e i creditori scadono necessariamente dopo (o almeno contemporaneamente) all'udienza: l'organismo, infatti, dovrebbe ragionevolmente lavorare almeno un paio di giorni per redigere la relazione e comunicarla a tutti i creditori (attivando il servizio postale, con i suoi tempi e le sue disfunzioni imprevedibili, ove mancasse un indirizzo di posta elettronica certificata). La legge equipara comunque il procedimento a quelli discussi in camera di consiglio e il giudice, perciò, può rinviare liberamente l'udienza (cfr. art. 375 C.p.c.), disponendo comunque di 6 mesi per omologare l'accordo proposto.

La norma, inoltre, prevede che il giudice possa esdebitare l'interessato solo dopo 4 anni dal deposito della domanda (art. 14-*terdecies*): termine comprensibilissimo perché il debitore deve collaborare per il buon esito dei pagamenti programmati, oltreché dare prova di buona fede continuativa, ma che appare sproporzionato rispetto al termine di 60 giorni previsto per trattare il caso e, comunque, derogabile *ex* art. 375 C.p.c. Ci chiediamo, insomma, quale criterio di razionalità e ragionevolezza abbia consentito al legislatore di determinare un termine impossibile da rispettare, da una parte, ma comunque derogabile, dall'altra.

2. L'Amministrazione Pubblica e gli ADR

L'AP conosce e usa gli strumenti di composizione consensuale dei conflitti da molto tempo. Gardini (2010) rileva che l'AP ha iniziato nel Novecento a ricorrere, con frequenza crescente, agli strumenti privatistici, consolidando negli anni Trenta la tesi dottrinale sull'"attività amministrativa di diritto privato" che integra gli atti amministrativi (Guicciardi, 1936).

Il D.Lgs. 29/1993 poi ha costituito l'Agenzia per la Rappresentanza Negoziale delle Pubbliche Amministrazioni (ARAN, di cui anche al D.Lgs. 165/2001 e al D.Lgs. 150/2009), che:

> svolge ogni attività relativa alla negoziazione e definizione dei contratti collettivi del personale dei vari comparti del pubblico impiego, ivi compresa l'interpretazione autentica delle

> clausole contrattuali e la disciplina delle relazioni sindacali nelle amministrazioni pubbliche. […] Unico organismo preposto alla negoziazione nel pubblico impiego, l'Aran rappresenta un costante punto di riferimento nel complesso sistema della contrattazione collettiva (www.aranagenzia.it).

La L. 15/2005 (art. 1, c. 1 *bis*, in modifica della L. 241/1990, art. 1) ha stabilito che la «pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato». Giannangeli (2012: 1-2), infatti, rileva che:

> [il] fondamento normativo dell'autonomia negoziale dell'Amministrazione pubblica s'identifica nell'art. 1, comma i-bis, della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 15 del 2005. […] In questo modo, il legislatore, prendendo atto di una profonda revisione dell'«agire funzionale» della PA, ha codificato il principio dell'accesso di quest'ultima agli strumenti privatistici come alternative all'esercizio del potere, consapevole della loro idoneità all'attuazione dei principi, predefiniti dalla legge ed indisponibili, di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.

Il D.Lgs. 163/2006 (c.d. Codice appalti) consentiva all'AP di ricorrere "eccezionalmente" alle *procedure negoziate* ai sensi dell'art. 57, che legittimava la trattativa privata, con o senza bando, per aggiudicare lavori o forniture o servizi quando mancassero offerte o candidature per bandi già pubblicati oppure in casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati (D.Lgs. 152/2006, artt. 239-253) o, ancora, per condizioni economiche estremamente vantaggiose messe a disposizione da liquidatori o curatori fallimentari o per altre casistiche minori. La legge, comunque, impediva alle parti di modificare in modo sostanziale le condizioni contrattuali già determinate.

Il D.Lgs. 50/2016 (Codice appalti nuovo) ha abrogato il decreto del 2006, ma prevede comunque il ricorso a procedure negoziali (artt. 62-64 e 124-125) per individuare il prezzo più conveniente offerto dagli operatori economici, garantendo la parità di trattamento tra gli stessi. La norma del 2016 nasce per arginare ed evitare i fenomeni di corruzione che hanno colpito l'Italia negli ultimi decenni: il decreto, infatti, invoca diffusamente l'intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), ma, d'altra parte, omette di precisare o anche solo descrivere le attività e le modalità di "negoziazione" che l'AP può condurre con gli appaltatori. Col risultato di consentire l'interruzione o il rallentamento di trattative potenzialmente produttive, ove l'ANAC ne fraintendesse il fine; oppure, al contrario, di consentire che l'operato dell'Autorità medesima subisca contestazioni continue. Greco (2005: 223), del resto, rileva che l'incontro tra AP e transazione sollevi «preoccupazioni e sospetti, che hanno persino portato talvolta a dissimu-

lare l'esistenza di vere e proprie transazioni, attraverso l'architettura di una serie di atti, più o meno spontaneamente coordinati».

La vaghezza delle norme sugli appalti (appena citate) può esprimere una ragionevolezza irrazionale, per chi ipotizzasse uno spirito di riforma costruttivo ma superficiale; può esprimere, però, anche una razionalità irragionevole, per chi, invece, ipotizzasse intenzioni capziose del legislatore, laddove il «dialogo competitivo» (D.Lgs. 50/2016, art. 64) consente di aggiudicare l'appalto «unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo». La struttura negoziale per le procedure d'appalto, infatti, può esprimere la "flessibilità" tipica che garantisce il successo degli *ADR*, da una parte, ma, dall'altra, potrebbe dare spazio proprio ai fenomeni distorsivi che il D.Lgs. 50/2016 stesso intende prevenire quando interpella una sorveglianza particolare da parte dell'ANAC. La ragionevolezza pragmatica – che fa appello all'informalità e alla flessibilità per snellire procedure necessarie al rilancio delle opere pubbliche – rischierebbe così di produrre risultati irragionevoli.

L'azione pubblica, invece, sembrerebbe più solida in tema di risoluzione dei conflitti. D'Orsogna (2010: 206) rileva che la funzione transattiva di natura consensuale potrebbe conferire stabilità agli accordi conclusi per risolvere o prevenire i conflitti che coinvolgono l'AP, «purché detti accordi non impongano all'ente pubblico la rinuncia a prerogative e introiti che la legge imponga, rispettivamente, di far valere o incamerare» (*ibid.*: 209), posto che l'interesse pubblico mira a conseguire «il risultato di un'operazione di "composizione" dei vari interessi pubblici, di cui non è più estranea, dopo la L. 241/1990 la considerazione degli interessi dei privati» (*ibid.*: 220).

Le fattispecie appena dedotte, comunque, trattano l'attività negoziale dell'AP rispetto al suo significato giuridico. Questa tesi, però, intende contestualizzare l'azione pubblica nella dimensione pragmatica della negoziazione, che riguarda le tecniche di comunicazione efficace negoziale e gli aspetti relazionali del benessere (cfr. cap. 3.1). Il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri dimostra di comprendere lo spirito di questo interesse e i risvolti sociali posti in campo dalle tecniche professionali di comunicazione:

> La dimensione relazionale risulta una variabile in grado di contribuire in modo determinante alla definizione delle performance di un'organizzazione e più in particolare la capacità delle persone di assumere strategie di comportamento collaborative, sia nella relazione con il collega sia all'interno di gruppi di lavoro, costituisce una competenza rilevante per il raggiungimento di risultati soddisfacenti, sia dal punto di vista individuale, sia collettivo (Pub-

blica Amministrazione di Qualità, 2013b).

La giurisprudenza di merito, sulla stessa traccia, inizia a considerare la negoziazione come uno strumento di pacificazione interpersonale (cfr. le motivazioni della sent. Trib.-Vasto 09.03.2015; cap. 1.1.b), ma anche di sviluppo sociale:

> Viene in campo la funzione della mediazione: questo sistema stimola le parti a ricercare una soluzione più adeguata al loro conflitto rispetto alla rigidità della decisione giurisdizionale; inoltre, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Molteplici sono gli interessi che possono essere soddisfatti, se le parti riescono a riprendere le fila del proprio conflitto: lo scopo della previsione della condizione di procedibilità non può che essere quello di un richiamo alle potenzialità dell'autonomia privata, rimesse in gioco nella sede mediativa, per evitare il procedimento giudiziario quando non sia davvero necessario. Da ultimo, parte della dottrina ha tentato anche una rilettura della condizione di procedibilità (preventiva o successiva) non solo nell'ambito della giurisdizione condizionata, ma anche in una prospettiva di maggiore equilibrio tra giurisdizione e mediazione (art. 1, Dir. 2008/52/CE). In tale prospettiva, la mediazione viene considerata strumento per favorire lo sviluppo della personalità del singolo nella comunità cui appartiene, consentendogli di confrontarsi in un contesto relazionale propizio per una soluzione amichevole. Accanto al diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., diritto inviolabile della persona (ex art. 2 Cost.), andrebbe riconosciuto il diritto alla mediazione, non solo nell'ambito, tradizionalmente indicato, dell'accesso alla giustizia, ma anche quale espressione diretta dell'esigenza di sviluppo della persona nelle relazioni interpersonali e comunitarie, nell'attuazione del complementare principio di solidarietà. Una tale visione, che ha il pregio di porre in luce l'importanza della mediazione come strumento di pacificazione sociale condivisa e non imposta, fonda il diritto alla mediazione sull'art. 2 Cost. (ord.Trib.Firenze 15.02.2016).

Il giudice Breggia, appena citata, riconosce alla mediazione la capacità di sviluppare la personalità dell'individuo all'interno della comunità: un'esigenza del singolo, ma anche della collettività. Prospettiva condivisa anche in ambito psicologico:

> Le interazioni tra gli abitanti di una comunità che utilizzano nella definizione dell'altro teorie "culturali" e "personali" proprie ed esclusive, possono generare relazioni caratterizzate da conflitti/controversie, ossia *relazioni che si possono caratterizzare a partire da definizioni di realtà peculiari e specifiche che non individuano elementi in comune (realtà esclusiva)*. Ecco che entro la cornice conoscitiva adottata, l'utilizzo della strumento della mediazione si pone come obiettivo quello di promuovere la cittadinanza come responsabilità condivisa (obiettivo in linea con le direttive dell'Unione Europea), spostando il focus dalle sin-

> gole appartenenze socio-culturali e territoriali al ruolo di cittadino come colui che concorre alla costruzione della comunità entro cui partecipa. Questo diviene possibile nel momento in cui, coloro che abitano uno stesso territorio, individuano degli obiettivi comuni ed inter-culturali, generando una realtà terza ai singoli individui o gruppi di individui (Turchi, Orrù, Sperotto, Francato, 2010: 2).

Una prospettiva negoziale assolutamente diversa da quella trattata nei codici e nei manuali di diritto, ma che trova riferimenti anche nella prassi e negli effetti giuridici che coinvolgono l'AP: amministrare la cosa pubblica significa anche verificare l'esecuzione del contratto sociale, che le parti eseguono e rinnovano quotidianamente col comunicare. L'AP perciò, nelle sue attività d'interfaccia tra Stato e cittadino, comincia ad assumere le funzioni di un mediatore del conflitto e della pacificazione sociali.

L'ARAN, il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Pubblica Amministrazione di Qualità, 2013a-2013d), il Dipartimento delle Politiche Europee e altri enti, comunque, negoziano e mediano soprattutto il dialogo tra livelli differenti dell'AP (anche sul fronte internazionale); "governano senza comandare", come direbbe Sabino Cassese, che ha spiegato la complessità del *multi-level government* a livello mondiale (cfr. Bonanni, 2014), dove i negoziatori facilitano la convergenza di interessi e decisioni tra i poteri e i settori più disparati. Il governo su più livelli, insomma, fatto di negoziazioni continue, coinciderebbe con un modo preciso di comunicare, di cui Rosina (2014) coglie l'importanza rispetto al ruolo dell'AP quando scrive che:

> La comunicazione pubblica necessita di una particolare qualità, cioè dev'essere attivabile in maniera bilaterale, ovvero in entrambe le direzioni dello scambio comunicativo: è importantissimo non soltanto saper parlare ma anche saper ascoltare. […]
> La comunicazione pubblica viene adoperata dalle istituzioni in quanto comunicazione del patrimonio pubblico, essa nasce con l'avvento della democrazia parlamentare e lo sviluppo del processo di differenziazione che ha determinato la suddivisione tra diverse figure di tutti quei compiti e quelle funzioni che un tempo spettavano al sovrano assoluto.

(a) Esperienza americana

Gli Stati Uniti d'America hanno consolidato un'esperienza particolare nell'uso degli *ADR* negoziali, tra l'altro, in materia ambientale e di salute pubblica, come documenta Susskind (1981), che rileva quanto le mediazioni consentano di considerare gli interessi

dei soggetti formalmente estranei alle trattative, ma direttamente coinvolti negli effetti finali degli accordi negoziati e responsabili, poi, anche delle esternalità negative di cui scriveva Coase (1960).

> *If the key parties to a dispute reach an agreement, but selfishly ignore the interests of future generations, short terms agreements could set off environmental time bombs that cannot be defused. Although the key stakeholders in an environmental dispute may pay only a small price for failing to reach an agreement, their failure could impose substantial costs to many groups, who may be affected indefinitely. […]*
> *It is also possible that short-term solutions with which the parties to an environmental dispute are quite pleased can generate new and different problems for other groups outside the bargaining process. It would be irresponsible to ignore these problems if they are indeed foreseeable; if only because implementation may be obstructed by those outside groups later on* (Susskind, 1981: 8 e 15)[24].

Osservazione condivisa, in materia di diritto familiare, da Mnookin (2010: 239), che rileva come gli errori di gestione del patrimonio e delle relazioni affettive da parte dei genitori possano diventare un campo di battaglia per i loro figli al momento della successione.

Susskind (1981: 12), inoltre, rileva che il sistema democratico stesso dimostra un'inefficienza connaturata rispetto alla possibilità di risolvere i conflitti sulla regolamentazione della salute ambientale, da una parte, e dello sviluppo, dall'altra, perché i rappresentanti falliscono spesso nel compito di assicurare la tutela di tutti i gruppi portatori d'interessi, benché rappresentati da soggetti delegati ed eletti regolarmente. Limiti che la mediazione può superare operando già nelle fasi di predisposizione delle *policy*, come documenta Harter (1983) nella sua storia degli *ADR* usati dall'AP statunitense. La mediazione fornisce uno spazio in cui i rappresentanti (della cittadinanza e dell'amministrazione, dell'avvocatura e delle autorità, ecc.) possono negoziare problemi complessi e costruire un consenso solido, altrimenti difficile da raggiungere in materia d'interesse pubblico. La mediazione in tema di *policy* pubbliche consente d'interpellare i portatori d'interessi mediando il dialogo tra i loro rappresentanti a vari livelli – anche svolgendo

24 Se le parti principali di un conflitto trovano un accordo, ma ignorano egoisticamente gli interessi delle generazioni future, gli accordi a breve termine possono innescare bombe ad orologeria ambientali che non possono essere disinnescate. Nonostante i portatori d'interessi principali in una lite ambientale possano pagare solo un prezzo minimo per aver fallito nel tentativo di trovare un accordo, il loro insuccesso può imporre costi sostanziali a molti gruppi, che possono soffrirne indefinitamente. È anche possibile che le soluzioni a breve termine accettabili per le parti di un conflitto ambientale possano generare problemi nuovi e differenti per i gruppi estranei al processo negoziale. Sarebbe irresponsabile ignorare questi problemi ove fosse possibile prevederli; se non altro perché l'accordo potrebbe essere ostacolato più tardi dai gruppi estranei.

attività pre-negoziali, analitiche e preparatorie, che individuino mandatari *ad hoc* –, con la possibilità d'intercettare una massa critica di pareri uniformi perché elaborati in un flusso dialogico (Bellman/Podziba, 2012: 15-16).

Simmel (2014: 46) suggeriva, già nei primi anni del Novecento, che i funzionari amministrativi potessero mediare i conflitti tra enti locali e statali, avendo consapevolezza degli interessi dell'ente, da una parte, e della collettività, dall'altra, ma anche delle procedure amministrative; purché le parti percepissero l'equiprossimità sincera del mediatore, anziché sospettarne la parzialità. Il sociologo citava l'esempio dei vassalli interiori e dei liberi, delle contee e delle città, integrati istituzionalmente nei consigli statali inglesi successivi a Enrico III per «incanalare più armonicamente nell'unitaria conformità agli scopi statali le loro forze prima consumate le une contro le altre» (Simmel, 2014: 50-51). La Magna Carta stessa, del resto, rappresenta la conciliazione di un macro-conflitto (cfr. cap. 3.1.a) raggiunta tramite mediazioni istituzionali.

L'Administrative Conference of the United States (ACUS) ha intercettato il problema dell'efficienza negoziale da parte delle strutture pubbliche all'inizio degli anni Ottanta, disciplinando con la *Rec.* 82-4 e con la *Rec.* 85-5 le modalità con cui le agenzie statunitensi possano e debbano usare gli *ADR* negoziali per predisporre ed emanare gli atti amministrativi (in ingl. *rulemaking*), interpellando i poteri e i segmenti sociali interessati, ai sensi del codice di procedura amministrativo (*Administrative Procedure Act*). Perritt (1987) ne ripercorre la storia – parallela a quella dell'Harvard Negotiation Project – e commenta le caratteristiche dei processi *ADR* negoziali utilizzati dall'AP statunitense, spiegando quali esigenze abbiano stimolato l'ACUS a emanare le due raccomandazioni:

> *agencies make rules because the legislature has left certain issues among conflicting interests unresolved. In exercising the rulemaking responsibility delegated by the legislature, however, agencies lack many of the institutional attributes that facilitate accommodation among conflicting interests[; thus they] must find other ways to strike a balance between competing views in developing a rule which will be acceptable to those affected by it* (Perritt, 1987: 868)[25].

I dirigenti delle agenzie e i facilitatori devono cercare di trovare quel compromesso tra interessi contrapposti, intrattenendo relazioni ispirate alla buona fede e condividendo

25 Le agenzie producono regole perché il legislatore ha lasciato irrisolte certe questioni che coinvolgono interessi contrapposti. Nell'esercizio della responsabilità, delegata dal legislatore, di emanare gli atti amministrativi, comunque, alle agenzie mancano molte delle caratteristiche istituzionali con cui facilitare la composizione degli interessi contrapposti; perciò devono trovare altre strade per arrivare a un compromesso tra punti di vista in competizione nello sviluppare una regola che venga accettata da chi dovrà recepirla.

bozze di atti e strategie alternative; istituto anglosassone detto *disclosure*. La *Rec.* 85-5, anzi, stabilisce che le agenzie utilizzino la negoziazione come canale di comunicazione primario con cui raggiungere il consenso sul contenuto delle regole (id.: 879 e 881).

Perritt rileva che un gruppo portatore d'interessi propende a negoziare in misura direttamente proporzionale alla fiducia che nutre nelle proprie capacità di gestire i risultati[26]. Gli atti dell'ACUS, perciò, prevedono che i mediatori intervengano nelle negoziazioni sulla regolamentazione pubblica quando ai rappresentanti delle agenzie manchi un'esperienza negoziale (*Rec.* 82-4, par. 10, e *Rec.* 85-5, parr. 2 e 5). La *Rec.* 85-5 (par. 4), anzi, prevede che le agenzie pubbliche facciano partecipare i loro rappresentanti a corsi di addestramento sulla negoziazione, prima di farli partecipare alle trattative, oltreché dispongano di personale specializzato a mediare (par. 6). Requisito necessario anche per concludere gli "accordi intraspecifici" (*intra-constituency agreements*) con cui superare i problemi interni all'AP, in merito a chi debba avere la rappresentanza dell'ente, a quale strategia condividere e perseguire unitariamente, a quali decisioni possa e debba prendere il rappresentante, ecc. (Perritt, 1987: 886). Il par. 7 della *Rec.* 85-5, anzi, chiarisce che:

> *The agency, the mediator or facilitator, and, where appropriate, other participants in negotiated rulemaking should be prepared to address internal disagreements within a particular constituency. In some cases, it may be helpful to retain a special mediator or facilitator to assist in mediating issues internal to a constituency. The agency should consider the potential for internal constituency disagreements in choosing representatives, in planning for successful negotiations, and in selecting persons as mediators or facilitators. The agency should also recognize the possibility that a group viewed as a single constituency at the outset of negotiations may later become so divided as to suggest modification of the membership of the negotiating group*[27].

Stephens (2001) rileva che i facilitatori fanno parte ormai degli scenari governativi statali e locali del North Carolina, dove un mediatore assiste le parti coinvolte in una lite con rilevanza pubblica, soprattutto se i risultati di ciascuna parte dipendono da quelli che potrebbe conseguire l'altra parte (c.d. interdipendenza strategica), ma anche se le

26 Cfr. la teoria dell'analisi transazionale al cap. 3.1, fig. 3.3.

27 L'agenzia, il mediatore o facilitatore, e, ove necessario, altri partecipanti alla negoziazione per emanare gli atti amministrativi dovrebbero essere preparati ad affrontare i disaccordi interni a un collegio particolare. In certi casi, può essere utile disporre di un mediatore speciale o di un facilitatore che contribuisca a mediare i problemi interni a un collegio. L'agenzia dovrebbe considerare l'eventualità di dissapori interni quando seleziona i propri rappresentanti, quando pianifica per condurre negoziazioni di successo e quando seleziona persone col ruolo di mediatori o facilitatori. L'agenzia dovrebbe inoltre riconoscere la possibilità che un gruppo visto come un ente singolo all'avvio delle negoziazioni possa poi dividersi fino a implicare modifiche alla costituzione del gruppo negoziale.

parti condividono una storia di animosità o, ancora, se la comunità reputa che gli amministratori manchino di indipendenza e coerenza.

Blomgren Bingham/Nabatchi/Senger/Jackman (2009) rilevano l'efficacia degli *ADR* addirittura quando il governo li usi nelle cause incardinate davanti alla corte federale perché possono migliorare la gestione del processo senza sacrificare la qualità della giustizia, così come Bellman/Podziba (2012) ne rilevano l'efficacia per formulare regolamentazioni statali e federali o per pianificare ed eseguire piani di sviluppo locali. Zeinemann (2001: 53), infatti, già rilevava che le soluzioni negoziate per problemi d'interesse pubblico consentono di garantire trasparenza nei confronti dei portatori d'interessi e di concentrare il dibattito su questioni particolari, anziché confondere tra loro soluzioni a problemi eterogenei, come capita a volte con provvedimenti *omnibus*.

Susskind (1981: 17-18) individua sette criteri che possono assicurare una procedura negoziale efficace alla quale partecipi un'AP:

1. I risultati devono **apparire equi** alla comunità affinché i principi e i valori usati per risolvere il conflitto rimangano nella memoria collettiva, che li rievocherà in futuro.
2. I risultati devono riconciliare gli interessi delle parti con un **ottimo paretiano** perché la comunità potrebbe affrontarne le conseguenze negative, prima o poi.
3. I risultati devono preservare la **coerenza interna** del sistema (benché possano adottare soluzioni creative o innovative) per evitare alla comunità conflitti nuovi.
4. L'accordo dovrebbe costituire un precedente per le parti coinvolte e per quelle estranee, cosicché la sua *ratio* possa risultare utile alla **comunità intera**.
5. Le parti dovrebbero raggiungere un accordo **minimizzando i costi** e il tempo impiegati per negoziare.
6. La procedura deve **migliorare la relazione** tra le parti, anziché esacerbarla, affinché le stesse possano cooperare meglio in futuro.
7. Le parti devono accettare il risultato conciliativo **liberamente**, senza pressioni.

Le linee guida e l'esperienza americane possono apparire avulse dalla logica giuridica europea, intraducibili in termini di diritto pubblico e, insomma, irrazionali all'occhio di un giurista italiano, benché appaiano più che ragionevoli (e imprescindibili per la transizione) all'occhio di un professionista che gestisce le relazioni interpersonali, come i coach o i terapeuti coinvolti nel "diritto collaborativo" o i mediatori civili stragiudiziali. Un cambiamento di prospettiva che sembra difficile attuare in Italia, date le modalità formalistiche e "processuali" con cui il legislatore tratta gli *ADR* (cap. 1.1).

(b) Condizioni italiane

L'Italia e gli altri Paesi europei, differentemente dagli Stati Uniti, hanno concentrato la propria attenzione sugli aspetti giuridici, anziché sull'impatto pragmatico che gli *ADR* negoziali possono avere in merito all'azione pubblica. L'Europa prima ha disciplinato le procedure di mediazione tra i privati e poi ha cercato di risolvere i problemi relativi alla partecipazione dell'AP alle procedure di mediazione, trascurando però il contributo positivo che gli *ADR* negoziali potrebbero apportare all'interesse pubblico, tanto nella gestione interna dell'AP, quanto nella gestione delle sue relazioni con l'esterno. Le fonti più disparate forniscono interpretazioni e risposte diverse sul punto.

Il Parlamento europeo ha chiarito con la Dir. 2013/11/UE (seppur limitata ai diritti dei consumatori) che la risoluzione alternativa delle controversie:

> non dovrebbe applicarsi ai servizi non economici di interesse generale […]. Di conseguenza i servizi non economici di interesse generale prestati dallo Stato o per conto dello Stato, senza corrispettivo economico, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva, a prescindere dalla forma giuridica sotto la quale tali servizi sono prestati (Dir. 2013/11/UE, cons. 13).

La direttiva sembrerebbe escludere l'AP dal novero di applicazione degli *ADR*, limitandola alla materia del consumo, che pure presterebbe il fianco a dubbi specifici. Il consumatore, infatti, può usufruire anche di servizi pubblici, per i quali:

> deve trovare tutela nei confronti dei soggetti prestatori di tali servizi quando questi comportino obbligazioni contrattuali a contenuto economico, che possono formare oggetto di accordi, transazioni e quindi anche di conciliazione (Di Carlo, 2014: 3).

Vale però il contrario quando l'amministrazione stessa agisce *iure privatorum* a tutela dei propri interessi economici. L'AP potrebbe godere in tal caso di legittimazione attiva e passiva in seno alle procedure di mediazione civile (D.Lgs. 28/2010) o agli altri *ADR* negoziali. L'art. 2, c. 1, del D.Lgs. 28/2010 infatti stabilisce che la mediazione civile ha per oggetto i diritti disponibili, che pure l'AP esercita diffusamente. Principio opposto a quello statuito dalla Dir. 2013/11/UE, ma confermato dall'art. 1, c. 2, della Dir. 2008/52/CE del Parlamento e del Consiglio europei sulle liti in materia civile e commerciale (di respiro ben più ampio rispetto a quella sul solo consumo). Il D.Lgs. 28/2010 stesso deroga alla direttiva comunitaria sul consumo, inserendo la materia sanitaria nel novero di quelle soggette alla "mediazione obbligatoria", coinvolgendo quindi

le strutture ospedaliere pubbliche.

Lo spirito normativo del Legislatore lascia desumere che l'AP possa negoziare all'interno dei rapporti che la contrappongano al diritto soggettivo altrui, al quale l'amministrazione stessa contrapponga il proprio, come nei casi seguenti[28]:

1. **Mediazioni** per materie civili e commerciali *ex* D.Lgs. 28/2010, art. 2 (per cui l'AP dovrebbe subire le conseguenze di cui all'art. 8 del decreto stesso, in caso di mancata adesione, con danno erariale potenziale);
2. **Conciliazioni giudiziarie** *ex* art. 185 C.p.c.;
3. **Transazioni stragiudiziali** *ex* art. 1965 C.c. (riconoscimento, rinuncia, ecc.);
4. **Lavori pubblici, servizi e forniture** *ex* D.Lgs. 163/2006:
    i. transazione generale o speciale;
    ii. arbitrato;
    iii. accordo bonario (liti promosse dall'appaltatore per valore superiore al 10% del valore del contratto di appalto).

La legittimazione attiva e passiva (apparente) dell'AP in questi casi, però, può porre problemi pragmatici di rappresentanza, come dimostrano i dati della Direzione Generale di Statistica (2016: 10), secondo cui la materia della responsabilità medica e sanitaria – che coinvolge soprattutto policlinici universitari, ASL, ecc – occupa il penultimo posto nella graduatoria delle adesioni alle procedure di mediazione civile, presumibilmente proprio per la difficoltà d'individuare e nominare i rappresentanti dell'AP per ciascun caso (spesso complesso) e considerati i tempi (ristretti) entro cui esperire la procedura di mediazione civile.

La legge, invece, sottrae all'AP (come a qualsiasi altro soggetto) la possibilità di mediare o negoziare in materia di diritti indisponibili e di *acta iure imperii*[29].

L'AP, però, ha la facoltà di negoziare limitatamente alla *revoca*, all'*annullamento* o alla *modifica* unilaterale dei propri atti, nei casi in cui la propria attività tipica (procedimenti e provvedimenti) contrapponga l'amministrazione stessa all'interesse legittimo altrui. L'art. 1966 C.c. consente infatti di transigere solo in merito ai diritti disponibili (principio ripreso dal D.Lgs. 28/2010, art. 2).

Il D.P.R. 1199/1971 esclude inoltre la mediazione o la transazione per questioni di giustizia amministrativa, prevedendo invece il *ricorso in opposizione* all'organo che ha

28 Di Carlo (2014: 5) calcola che le materie elencate rappresentino il 40% circa del contenzioso dello Stato nell'anno 2013.

29 Le controversie «che abbiano ad oggetto la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio dei pubblici poteri» (Di Carlo, 2014: 4-5).

emanato l'atto contestato, il *ricorso gerarchico* all'organo sovraordinato oppure, in ultima istanza, il *ricorso straordinario* al Presidente della Repubblica (contro gli atti definitivi) e, in alternativa, al Tribunale Amministrativo Regionale.

La L. 1034/1971 esclude anch'essa la possibilità di mediare o conciliare le questioni sottoposte al giudizio dei Tribunali Amministrativi Regionali, del Consiglio di Stato, della Cassazione (ma solo per motivi di giurisdizione) e degli arbitri (per diritti soggettivi devoluti al giudice amministrativo), come anche gli atti del Governo nell'esercizio del potere politico. Esclusione da estendere anche alle controversie riguardanti l'equa riparazione per violazione della durata ragionevole del processo (L. 89/2001) poiché l'esercizio del potere giurisdizionale rientra nell'esercizio dell'attività amministrativa di natura autoritativa.

La materia fiscale ammette le uniche deroghe in merito all'impossibilità dell'AP di transigere i conflitti, prevedendo forme di accordo o *concordato* (L. 289/2000), *accertamento con adesione* (L. 662/1996 e D.Lgs. 218/1997), *condono* (L. 25/1951; D.L. 660/1973; D.L. 429/1982), il *reclamo*, la *mediazione* e la *conciliazione giudiziale* (D.Lgs. 546/1992, artt. 17 *bis* e 48; D.L. 98/2011), oltreché l'*autotutela*. Strumenti caratterizzati però, tutti, da procedure ben poco "negoziali" perché escludono lo svolgimento di trattative basate sulla comunicazione e sull'esplorazione degli interessi e dei bisogni delle parti, prevedendo, invece, meccanismi di riparazione alternativa dell'ingiunzione amministrativa nella sola misura di una riduzione percentuale. Strumenti, inoltre, che rivelano la sperequazione di trattamento riservata ai soggetti giuridici in funzione della loro natura, come denuncia Aime (2014): le istituzioni e i poteri forti, da una parte, dispongono di strumenti giuridici rigidi con cui chiamare i privati a rispondere delle loro mancanze; i privati, d'altra parte, possono usare strumenti molto meno aggressivi per invocare la responsabilità di istituzioni sempre più sfuggenti ed elusive. Dirigenti e funzionari (*ex* T.U. 1611/1933, artt. 2 e 3; L. 103/79; D.Lgs. 165/2001, art. 16, c. 1, lett. *j*) risponderebbero del resto personalmente, ove transigessero in nome dei propri enti di appartenenza; ragione che spinge detti rappresentanti a preferire una condanna nei confronti dell'AP – anche pesante –, purché giudiziale.

(c) Il dovere di negoziare

Il legislatore ha tentato infruttuosamente di disciplinare la conciliazione stragiudiziale delle controversie amministrative e la posizione dell'AP rispetti agli accordi transattivi

(cfr. il D.d.L. 5492 presentato durante la XIV legislatura, ma decaduto per il mancato completamento dell'*iter* parlamentare). Il Tribunale di Roma (tra i tanti altri) comunque, in mancanza di norme specifiche al riguardo, ha disposto in più occasioni[30] il dovere dell'AP di partecipare alle procedure di mediazione civile (*ex* D.Lgs. 28/2010, art. 5); e ha ribaltato il principio di responsabilità, sottolineando che disertare gli incontri potrebbe esporre l'amministrazione stessa a danno erariale:

> l'eventuale deprecata scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica INAIL potrebbe esporre, oltre alle conseguenze previste dall'art. 8 d.lgs. 28/2010, a danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo in sede di mediazione comparativamente valutato rispetto al contenuto della eventuale futura sentenza (ord. Trib.Roma 20.11.2013, RG 48917/2010).

Il giudice, insomma, ritiene che il responsabile dell'AP assente in mediazione esponga l'AP medesima al danno erariale perché il D.Lgs. 28/2010 (art. 8) pretende che il giudice condanni la parte assente ingiustificata (qui l'AP) al versamento in favore del bilancio dello Stato di un importo pari al contributo unificato dovuto per il giudizio; ma anche perché il danno potrebbe derivare dalla differenza – eventualmente sfavorevole per l'AP – tra il valore della conciliazione potenziale (proposta eventualmente dal giudice) e quello della sentenza. Il primo principio (quello sulla condanna *ex* D.Lgs. 28/2010, art. 8), però, innesca un paradosso duplice e quindi un esempio di razionalità irragionevole (cfr. la premessa). Lo Stato, infatti, registrerebbe una passività sul versante dell'AP (il danno erariale), ma registrerebbe attivamente lo stesso importo sul versante erariale, con un "pareggio di bilancio" indiretto che annullerebbe il danno e il vantaggio.

Completiamo il quadro, infine, rilevando che i giudici stessi esporrebbero lo Stato a un danno erariale ogni qualvolta omettessero di applicare l'art. 8 del D.Lgs. 28/2010 (che impone la condanna della parte assente in mediazione) perché, così facendo, impedirebbero allo Stato di trarre il profitto (dovuto per legge) della condanna al versamento di un importo pari al contributo unificato.

L'ord. Trib.Roma 20.11.2013 (RG 48917/2010 cit.), inoltre, richiama la circolare n. 9/2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica (33633/2012) in relazione alle AP individuate dal D.Lgs. 165/2001 (art. 1, c. 2). Circolare che chiarisce come nella normativa che disciplina la mediazione civile (D.Lgs. 28/2010 e D.M. 180/2010):

30 Cfr. ordinanze del Tribunale di Roma, Sez. XIII: 24.10.2013; 20.11.2013; 23.10.2014; 19.02.2015; 28.01.2016; 10.03.2016; tutte disponibili, oltre altre, da www.iformediate.com.

> non si rinvengono disposizioni che escludono le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta. Pertanto la normativa in materia di mediazione in ambito civile e commerciale trova applicazione anche in riferimento al settore pubblico […] ovvero tra privati e pubbliche amministrazioni che agiscono "*iure privatorum*". […] Rientrano, pertanto, nel novero delle controversie disciplinate dal d.lgs. 28/2010 esclusivamente quelle che implichino le responsabilità della pubblica amministrazione per atti di natura non autoritativa.

La circolare sembrerebbe ritenere che la mediazione civile possa (e debba, ove "obbligatoria") avere efficacia anche nei rapporti tra le AP stesse quando queste agiscano *iure privatorum*.

Il giudice del Tribunale di Roma, inoltre, affronta la questione del danno erariale anche rispetto al timore provato dai dirigenti pubblici di assumere responsabilità personali in seno a conciliazioni eventuali; ritiene, anzi, che:

> non è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in danno erariale a seguito della conciliazione. Va infatti considerato che in tale timore è insita un'aporia. A prescindere che esiste la possibilità di un autorevole e rassicurante ausilio nel percorso conciliativo in mediazione, sta di fatto che è la legge, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, che non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico.
>
> Un pregiudizio in tal senso pertanto costituisce un controsenso. Come dire che se una P.A. deve intentare una causa in una delle materie di cui all'art. 5 co. 1 *bis* del decr.lgsl. 28/2010, promuove necessariamente il procedimento di mediazione, ma lo fa con la riserva mentale di non poter accordarsi (sic ?). Si tratta all'evidenza di un paradossale *non pòssumus*, del tutto contrario alla lettera ed alla sostanza della legge, che va in tutt'altra direzione. Che è quella del raggiungimento di accordi conciliativi, senza alcuna eccezione soggettiva. Le PP.AA. pertanto hanno, in *subjecta materia*, gli stessi oneri ed obblighi di qualsiasi altro soggetto. Fermo restando che è opportuno procedimentalizzare la loro condotta al riguardo. Il che sta a significare che il soggetto che va in mediazione in rappresentanza della P.A. deve concordare con chi ha il potere dispositivo perimetri oggettivi all'interno dei quali poter condurre le trattative. Peraltro, va considerato che una conciliazione raggiunta sulla base del correlativo provvedimento del giudice, spesso, come in questo caso anche corredato da indicazioni motivazionali, in nessun caso potrebbe esporre il funzionario a responsabilità erariale, caso mai potendo essa derivare dalle conseguenze sanzionatorie (art. 96 III° cpc) che possono conseguire ad una condotta deresponsabilizzata ignava ed agnostica della P.A. (ord. Trib.Roma 10.03.2016).

La giurisprudenza citata, insomma, ritiene che l'AP debba ricorrere alla mediazione

civile: innanzitutto per rispettare la norma (D.Lgs. 28/2010), che esclude distinzioni di trattamento (tanti attivo quanto passivo) tra privati e AP; ma anche per incentivare l'AP a «raggiungere accordi conciliativi»; deresponsabilizzando i funzionari che rappresentino gli enti pubblici nelle mediazioni attivate su impulso del giudice e che rispettino le direttive concordate con i propri dirigenti. I responsabili e i rappresentanti dell'AP in mediazione potrebbero «concordare i perimetri oggettivi» (l'atteggiamento da tenere in mediazione, i limiti di salvaguardia, ecc.) usando, a loro volta, gli strumenti negoziali.

La L.R.Lazio 1/2016 ha accolto per prima le considerazioni giurisprudenziali appena commentate, istituendo all'art. 1 una «Camera regionale di conciliazione»

> con il compito di comporre le controversie insorte tra i soggetti erogatori di servizi pubblici regionali ed i cittadini utenti, relative al mancato rispetto degli standard di qualità previsti nelle carte dei servizi, nonché le controversie tra i cittadini e gli enti del servizio sanitario regionale relative all'erogazione di prestazioni sanitarie, anche riguardanti la responsabilità medico-professionale, escluse quelle di particolare complessità […] e comunque di valore superiore a cinquantamila euro.
>
> 4. La Regione, gli enti pubblici regionali […] e i soggetti che erogano servizi pubblici regionali […] hanno l'obbligo di inserire nelle carte dei servizi la clausola conciliativa di cui all'articolo 2 nonché di partecipare al procedimento di conciliazione attivato dal cittadino.

La Camera quindi dovrebbe conciliare con una *transazione* (*ex* art. 1965 cel C.c., richiamato dall'art. 2 della legge regionale medesima) le controversie *già* insorte in materia sanitaria (purché poco complesse e di valore inferiore a € 50.000,00; cfr. art. 3, c. 1 della legge regionale) o per il mancato rispetto degli standard qualitativi sull'erogazione dei servizi pubblici regionali; circostanza che amplia le fattispecie negoziabili dall'AP ben oltre le previsioni "obbligatorie" del D.Lgs. 28/2010 (art. 5 *bis*).

Le AP regionali del Lazio quindi devono partecipare alle conciliazioni davanti alla Camera[31] (cfr. l'art. 4, c. 1 della L.R.Lazio 1/2016), ma ciò implica che le stesse possano disertare le mediazioni promosse dai cittadini davanti ad altri organismi. Questa limitazione (solo apparente), però, potrebbe superare il problema della legittimazione dell'AP a concludere accordi negoziali stragiudiziali (cfr. *supra*) proprio perché implica il suo *dovere* di svolgere il tentativo di composizione bonaria, quindi il suo *potere* di concluderlo positivamente. Ogni AP, forse, dovrebbe autodisciplinare le proprie modalità di attribuzione e di esercizio di tali poteri.

La L.R.Lazio 1/2016, d'altro canto, sembrerebbe ribadire la logica (unilaterale) se-

31 L'Istituto regionale di studi giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo", costituito con L.R.Lazio 40/1987, gestisce la Camera *de qua*.

condo cui l'AP dovrebbe assecondare l'istanza del cittadino che volesse conciliare una controversia, ma solo se costui si rivolgesse a un'AP per gestire la procedura conciliativa. La «garanzia dell'imparzialità del procedimento» (L.R.Lazio 1/2016, art. 4, c. 2), assolutamente ragionevole, potrebbe sembrare irrazionale perché l'organismo regionale amministrerebbe procedure che coinvolgono altri enti regionali. Rileva, però, sul punto la solita imparzialità del mediatore (persona fisica, diversa e svincolata dall'AP). La libertà con cui gli utenti scelgono di attivare la conciliazione (sistema c.d. "*opt-in*"), accettandone le caratteristiche e le modalità di amministrazione, comunque dovrebbe risolvere ogni questione che si volesse sollevare sul punto.

Il D.Lgs. 50/2016 in materia di appalti individua una serie di «rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale», come l'accordo bonario per i lavori e per i servizi e le forniture (artt. 205-206), in cui un esperto propone i termini di un accordo transattivo con cui superare le riserve proposte sui documenti contabili o sull'esecuzione delle prestazioni dovute; oppure l'intervento di un collegio consultivo tecnico (art. 207; mutuato dal *Dispute Review Board* anglosassone), costituito prima della fase esecutiva da tre membri, esperti e qualificati professionalmente, incaricati di risolvere rapidamente le «dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto»; o, ancora, la transazione (art. 208) e l'arbitrato (art. 209-2010); oppure, infine, l'intervento dell'Autorià Nazionale Anticorruzione (ANAC) che «esprime parere [vincolante] relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara» (art. 211) e che può "invitare", con raccomandazione vincolante, la stazione appaltante ad agire in autotutela per rimuovere gli effetti degli atti ritenuti illegittimi, con condanna del dirigente responsabile inadempiente a una sanzione pecuniaria compresa tra € 250,00 e 25.000,00.

La circ. 9/2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica tratta un altro aspetto rilevante circa la partecipazione dell'AP in seno alle procedure di mediazione (*ex* D.Lgs. 28/2010) e conciliative in genere (come quella della L.R.Lazio 1/2016): il ruolo dell'Avvocatura dello Stato.

> Trattandosi, come detto, di procedura non riconducibile alla tutela legale contenziosa in senso stretto, resta esclusa, nell'ambito del procedimento di mediazione, la rappresentanza processuale e la difesa in giudizio delle amministrazioni patrocinate da parte dell'Avvocatura dello Stato […]. Resta fermo che le amministrazioni in favore delle quali l'Avvocatura dello Stato svolge attività di patrocinio obbligatorio non possono avvalersi dell'assistenza di avvocati del libero foro […] cosicché non è previsto l'intervento dell'Avvocatura dello

Stato laddove l'Amministrazione compaia dinanzi ad un organismo di mediazione.

L'osservazione appena riferita appare paradossale perché esclude la «rappresentanza processuale» e la «difesa in giudizio» in seno alla procedura di mediazione, stragiudiziale per sua definizione. Il paradosso impedirebbe all'AP di aderire alle mediazioni perché le parti devono parteciparvi con l'assistenza di un avvocato (*ex* D.Lgs. 28/2010, art. 8, c. 1). La circolare, d'altra parte, esclude anche gli «avvocati del libero foro», oltreché l'Avvocatura dello Stato! Interpretazione complicata dall'art. 2, c. 1-*bis* del D.L. 132/2014 (sulla negoziazione assistita) che obbliga l'AP ad «affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura».

L'Avvocatura dello Stato, secondo la circolare, avrebbe il solo compito di formulare un parere ed esporre le proprie valutazioni sulla controversia oggetto di mediazione, dopo che:

> il dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero il dirigente o funzionario delegato abbia proceduto ad una motivata valutazione della controversia in senso favorevole alla conclusione dell'accordo.

La Circ. 9/2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica, insomma, rimette ai dirigenti il compito di valutare se l'AP debba concludere o eludere i tentativi di mediazione, mentre l'Avvocatura dello Stato dovrebbe esprimere un parere solo su richiesta dei dirigenti stessi. La circolare, anzi, specifica che:

> la sottoscrizione dell'accettazione della proposta di conciliazione e la rappresentanza dell'amministrazione davanti all'organismo di mediazione è demandata al dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia ovvero ad altro dirigente a tal fine delegato. Le suddette funzioni possono essere altresì delegate a dipendenti di qualifica non dirigenziale che, è opportuno, siano dotati di comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella a cui afferisce la controversia.

Carbone/Bonacci (2015), inoltre, rilevano che, in tema di responsabilità precontrattuale, il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza tendono a:

> costituire un "diritto comune" tra diritto pubblico e diritto privato, nel senso che i principi di diritto comune tendono con sempre maggior intensità a disciplinare anche l'azione della pubblica amministrazione come si evince chiaramente dai numerosi rinvii effettuati dal giudice amministrativo ai canoni della buona fede, della correttezza, della diligenza, della ade-

guatezza e della proporzionalità, che da sempre sono a fondamento dei rapporti interprivati.

Di Carlo (2014), invece, solleva un dubbio interessante: se l'AP debba partecipare alle procedure di mediazione civile (e, per analogia, in quelle d'impronta puramente negoziale) sempre con il patrocinio dell'Avvocatura Generale dello Stato, che rappresenta lo Stato stesso in sede processuale, o se possa farlo anche senza patrocinio. Sembrerebbe infatti che l'Avvocatura sfugga a tale compito perché gli *ADR* hanno natura stragiudiziale e conciliativa, anziché contenziosa. Il D.Lgs. 28/2010 (art. 8, c. 1), però, stabilisce che i partecipanti alla mediazione civile debbano ricevere «l'assistenza dell'avvocato»; onere che implicherebbe la presenza dell'Avvocatura come consulente e magari come rappresentante poiché deputata a ciò per sua natura (R.D. 1611/1933, art. 1; L. 103/1979, art. 9). Di Carlo sostiene il contrario, relegando l'attività deflattiva del contenzioso a una fase precontenziosa che l'Avvocatura Generale dello Stato svolgerebbe autonomamente; ma proprio per questo l'Avvocatura potrebbe (e forse dovrebbe) partecipare a qualsiasi *ADR*. La legislazione nazionale e comunitaria, inoltre, omette di disciplinare il comportamento dell'Avvocatura in materia e, perciò possiamo equipararlo al patrocinio svolto da un professionista privato qualsiasi.

Gli artt. 8, lett. *b*, e 9, c. 1, della Dir. 2013/11/UE (invocata da Di Carlo, 2014) escludono l'obbligo di assistenza legale negli *ADR* limitatamente alla materia del consumo e, comunque, lasciano intatta l'efficacia dell'art. 8 del D.Lgs. 28/2010 (lodato, peraltro, dalla Ris. 2011/2026/INI del Parlamento europeo). La disposizione sulla mediazione civile travolge anche l'art. 3 del T.U. 1611/1933, che stabilisce proprio la facoltà dell'AP di comparire davanti al conciliatore senza il patrocinio dell'Avvocatura. Izzo (2013) comunque propone:

> che l'agire del rappresentante dell'amministrazione davanti al mediatore sia preceduto da un atto di delega e di indirizzo da parte dell'organo competente sulla materia oggetto della controversia che contenga una valutazione esplicita dei termini del contenzioso, in cui cioè siano chiariti i limiti entro i quali può muoversi il rappresentante per giungere a una soluzione transattiva della controversia ovvero in cui sia motivata la decisione di non intervenire nel procedimento; inoltre, sia la conclusione dell'«accordo amichevole di definizione della controversia» davanti al mediatore, sia l'accoglimento della proposta del mediatore ai sensi dell'art. 11 del citato d.lgs., dovranno del pari essere preceduti da un atto interno di approvazione dei contenuti dell'accordo.

Un passo dell'ordinanza 20.11.2013 del Giudice Moriconi del Tribunale di Roma

(RG 48917/2010), inoltre, manifesta come alcuni organi provino l'esigenza di ricostituire un dialogo diretto tra l'AP e le persone, come fanno anche altri passi di altri provvedimenti simili:

> Trattandosi di ente pubblico non economico, si ricorda che, laddove ciò dovesse essere utile per pervenire ad un accordo conciliativo, non vi sono ostacoli a che il funzionario delegato possa gestire la procedura e, nell'ambito dei poteri attribuitigli, concludere un accordo.

Il giudice, nell'ordinanza richiamata (in cui invita le parti a conciliare la vertenza con una mediazione), ritiene che il «funzionario delegato» dell'ente pubblico non economico non possa trovare giustificazioni cavillose per sottrarsi alla negoziazione e, quindi, suggerisce che il rifiuto eventuale di intavolare una trattativa possa segnalare un tentativo del funzionario di sottrarsi a responsabilità personali in merito al contenuto di una conciliazione eventuale. Timore (dei funzionari) esplicitato in un'altra ordinanza del giudice stesso, che rileva:

> la partecipazione al procedimento di mediazione demandata è obbligatoria per legge e che proprio in considerazione di ciò NON è giustificabile una negativa e generalizzata scelta aprioristica di rifiuto e di non partecipazione al procedimento di mediazione. Neppure ove tale condotta muova dal timore di incorrere in danno erariale a seguito della conciliazione. Va infatti considerato che in tale timore è insita un'aporia. A prescindere che esiste la possibilità di un autorevole e rassicurante ausilio nel percorso conciliativo in mediazione, sta di fatto che la legge, nel disciplinare la mediazione, sia dal punto di vista attivo che passivo, non fa alcuna eccezione per quanto riguarda l'ente pubblico (Trib.Roma 28.01.2016). […] Peraltro, va considerato che una conciliazione raggiunta sulla base del correlativo provvedimento del giudice, spesso, come in questo caso anche corredato da indicazioni motivazionali, in nessun caso potrebbe esporre il funzionario a responsabilità erariale, caso mai potendo essa derivare dalle conseguenze sanzionatorie (art. 96 III° cpc) che possono conseguire ad una condotta deresponsabilizzata ignava ed agnostica della P.A.

Il giudice, insomma, tenta di costruire un impianto con cui "manlevare" i funzionari dell'AP dalle loro responsabilità personali, pur di incentivare l'adesione dell'AP stessa alle procedure di mediazione civile.

3. Il caso del TAR Lazio

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio aveva annullato l'art. 4, c. 3, lett. *b*

(sull'aggiornamento biennale dei mediatori) e l'art. 16, cc. 2 e 9 (sulle spese dovute per l'avvio di una mediazione) del D.M. 180/2010 con sentenza n. 1351 del 23.01.2015, sospesa dal Consiglio di Stato con ordinanza del 21.04.2015. Il provvedimento del TAR Lazio rappresenta un esempio di irragionevolezza che rischiava di danneggiare il sistema giuridico ed economico. La sentenza *de qua*, infatti, aveva modificato due aspetti che determinano il funzionamento corretto ed efficiente del mercato e del servizio della mediazione.

La sentenza aveva eliminato l'obbligo di aggiornamento continuo per gli avvocati-mediatori, previsto dal D.M. 180/2010 (art. 4, c. 3, lett. *b*), perché la norma avrebbe leso la qualifica di "mediatori di diritto" riconosciuta dal D.Lgs. 28/2010 (art. 16, c. 4 *bis*) agli avvocati iscritti all'albo. La deduzione razionale, innescata dal conflitto logico tra le norme appena riferite, risulta purtroppo irragionevole perché l'annullamento della norma ministeriale avrebbe fatto decadere l'obbligo di aggiornamento biennale anche nei confronti dei mediatori che svolgono professioni o attività diverse da quella degli avvocati, contrastando così le intenzioni del legislatore nazionale e di quello comunitario (Dir. 2008/52/CE, art. 4, par. 2). La sentenza, inoltre, aveva imposto agli organismi di mediazione – pubblici e privati – di svolgere a titolo gratuito il primo incontro informativo tra il mediatore e le parti, facendo sostenere agli organismi stessi le spese vive della procedura (come l'invio di raccomandate o altro). Altra deduzione razionale perché resa in applicazione di norme in conflitto palese (D.M. 180/2010, art. 16, cc. 2 e 9; D.Lgs. 28/2010, art. 15, c. 5 *ter*), ma irragionevole perché distorsiva di qualsiasi logica commerciale e di qualsiasi norma a tutela del lavoro.

L'irragionevolezza della decisione resa dal TAR Lazio emerge per tre vizi che hanno prodotto effetti giuridici *erga omnes*, benché la causa coinvolgesse due soggetti specifici (l'UNCC di Parma contro il Ministero della Giustizia) e che, d'altra parte, hanno leso alcuni diritti fondamentali durante i primi mesi dell'anno 2015. La sentenza 1351/2015 (resa tra l'UNCC di Parma e il Ministero della Giustizia) avrebbe dovuto produrre i suoi effetti sugli organismi di mediazione solo dal momento in cui il Ministero della Giustizia avesse modificato il D.M. 180/2010 con un provvedimento *ad hoc*, mai reso, benché "mimetizzato" da un comunicato pubblicato esclusivamente *on-line* per intimare agli organismi di mediazione di erogare i servizi gratuitamente (!). La sentenza, d'altro canto, ledeva i diritti costituzionali che tutelano il lavoro (artt. 1, 4, 35 e 36 della Costituzione della Repubblica Italiana) laddove avrebbe voluto trasferire i costi di gestione dei conflitti dell'utenza finale sulle risorse umane e patrimoniali degli organismi di mediazione,

che avrebbero dovuto addirittura sopportare le "spese vive" dei loro clienti. La sentenza, infine, ledeva i diritti umani (art. 4 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo) laddove avrebbe voluto imporre a organismi e mediatori di lavorare gratuitamente per altri, legittimando così una forma di schiavitù indiretta.

La sentenza 1351/2015 del TAR Lazio aveva innescato un conflitto paradossale tra razionalità giuridica e ragionevolezza (laddove avrebbe voluto applicare la legge alla lettera) o semplice buonsenso (laddove ha disconosciuto le regole e gli usi più banali del contratto sociale e della prestazione d'opera). Il Ministero della giustizia, dal canto suo, manifestò un'irragionevolezza doppiamente grave: vietò *informalmente* agli organismi di mediazione di pretendere compensi dai clienti – imponendo ai terzi di rispettare la decisione del TAR Lazio –, ma evitò di rispettare in prima persona la sentenza, evitando di prendere un provvedimento coerente con la stessa; impugnò, anzi, la decisione davanti al Consiglio di Stato, che respinse con sent. 05230/2015 il ricorso proposto al TAR Lazio dall'UNCC di Parma, confermando l'efficacia degli artt. 4 e 16 del D.M. 180/2010.

Il Consiglio di Stato ha ricondotto la normativa ad una condizione ragionevole e razionale, ribadendo che le parti conciliande devono sostenere le spese di avvio e le spese vive, in quanto estranee al compenso dovuto per lo svolgimento della mediazione in sé:

> vanno qualificate come onere economico imposto per l'accesso a un servizio che è obbligatorio *ex lege* per tutti coloro i quali intendano accedere alla giustizia in determinate materie.

Il costo di esercizio, dunque, ricade sull'utenza finale del servizio di mediazione, anziché sulla collettività o sugli organismi che forniscono il servizio, per evitare una distribuzione diffusa dei costi connessi a interessi concentrati (cfr. cap. 2.1). Condizione ragionevole e razionale recuperata anche per gli obblighi di formazione, ricondotti a quelli originari del D.M. 180/2010, perché «va esclusa ogni opzione normativa o ermeneutica che possa anche solo dare l'apparenza di un ridimensionamento delle esigenze» di qualificazione professionale, come prescritto anche dalla Dir. 2008/52/CE (art. 4, par. 2).

Il TAR Lazio, poi, ha pronunciato un'altra sentenza (n. 3989 del 01.04.2016) con cui ha annullato l'art. 14 *bis* del solito D.M. 180/2010, facendo decadere l'incompatibilità tra i ruoli di avvocato e mediatore, consentendo così agli avvocati di assistere i propri clienti presso gli organismi di mediazione per i quali gli avvocati stessi svolgano le funzioni di mediatori. L'intervento appare ragionevole, questa volta, perché consente agli avvocati che operino in centri abitati piccoli di svolgere la professione senza incappare in ostacoli paradossali e perché, soprattutto, tutela la libertà di selezionare liberamente

nel mercato il fornitore del servizio. L'intervento, però, può anche apparire irrazionale perché entrerebbe potenzialmente in conflitto con i codici etici dei mediatori che garantiscono terzietà e imparzialità[32].

Le risorse dispiegate tra il 2010 e il 2016 (15 provvedimenti normativi e giurisprudenziali, oltreché investimenti dispiegati in un settore disciplinato confusamente) hanno determinato uno scenario molto costoso che, forse, ha fatto fallire la normativa rispetto al suo scopo precipuo di contenere e ridurre i costi di gestione del conflitto in termini di tempo e denaro.

32 Il Codice Deontologico Forense (art. 62), comunque, prescrive che l'avvocato «non deve consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, o svolga attività presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione »; oltreché l'avvocato eviti di intrattenere rapporti professionali con una delle parti che abbia partecipato alla procedura da lui amministrata in qualità di mediatore.

Capitolo 2

I numeri della giustizia

1. Quanto costa un conflitto

Gli imprenditori conoscono l'importanza dei negoziati perché contrattano accordi con fornitori, acquirenti, partner commerciali e concorrenti. Ogni mercato vive di mediazioni perché la domanda e l'offerta di beni e servizi raggiungono un equilibrio quando gli agenti economici concordano i prezzi e le quantità di scambio, anche grazie all'intervento di soggetti terzi, come gli intermediari finanziari e quelli commerciali, i pubblicitari, ecc. Le aziende, d'altra parte, sperimentano un conflitto ogni volta che cercano di occupare una porzione di mercato perché confrontano i propri interessi con quelli degli *stakeholders*, siano essi acquirenti, fornitori o concorrenti: persuadendo i primi a scambiare denaro con beni o servizi; contando sulle dilazioni di pagamento dei secondi quale credito implicito alla produzione, cercando di assorbire quote della domanda di mercato occupata dagli ultimi.

Un conflitto in campo aziendale può riguardare il prezzo, la qualità e la quantità dei beni o servizi (conflitto congenito al mercato), ma anche un danno provocato dall'azienda nei confronti dei terzi, con negatività in termini economici e di reputazione. Un'impresa, però, può sperimentare un conflitto anche prima di entrare nel mercato, quando le sue risorse umane smettono di collaborare e litigano per le ragioni più disparate (anche personali), alimentando tensioni interne che rallentano o impediscono lo svolgimento delle attività produttive: una contestazione sindacale per tutelare i diritti degli operai; il richiamo di un dirigente nei confronti di un dipendente; un caso di *mobbing*; ecc. Situazioni che possono danneggiare l'impresa: abbattendo l'efficienza marginale del capitale e del lavoro; impegnando le risorse in attività improduttive; introducendo costi controproducenti; creando *esternalità negative*, i danni subiti dai terzi che l'azienda deve risarcire o comunque compensare, soprattutto se investono la collettività,

e che quindi erodono i ricavi proprio come fanno i costi di produzione.

Fattori di costo	Variabili	Calcolo
Decisioni inefficienti. Un conflitto mette le risorse umane in condizione di prendere decisioni distorte dalla tensione relazionale.	Prezzo del prodotto o del servizio la cui produzione ha coinvolto le risorse umane in conflitto: *Y €*.	*Y*·0,5
Tempo sprecato. Un conflitto distrae le risorse umane dallo svolgimento delle loro funzioni.	Durata del conflitto: *N mesi*. Somma degli stipendi mensili lordi delle risorse umane coinvolte: *X €*.	*N*·*X*·0,42
Perdita di risorse. Un dipendente coinvolto in un conflitto può abbandonare il posto di lavoro e l'azienda deve investire risorse per rimpiazzarlo, reclutando e addestrando un nuovo dipendente.	Somma degli stipendi annui lordi dei dipendenti licenziati o che hanno rassegnato le dimissioni: *Z €*.	*Z*·0,5
Programmi di lavoro. I dirigenti devono riassegnare gli incarichi ai dipendenti per limitare la tensione interna, con perdite di tempo e di produttività.	Durata del conflitto: *N mesi*. Somma degli stipendi mensili lordi delle risorse umane assegnate a nuovi incarichi a causa del conflitto: *W €*.	*N*·*W*·0,1
Sabotaggi. Le risorse umane coinvolte in un conflitto possono vendicarsi con l'azienda danneggiandone il capitale.	Somma del valore dei mezzi di lavoro usati da ciascun dipendente coinvolto nel conflitto: *K €*	*K*·0,1
Motivazione. Lo stress causato dal conflitto comporta una riduzione delle motivazioni professionali delle risorse umane coinvolte nella lite.	Durata del conflitto: *N mesi*. Somma degli stipendi annui lordi delle risorse umane coinvolte: *V €*.	*N*·*V*·0,2
Assenze e malattia. Un conflitto induce le risorse umane ad assentarsi spesso dal lavoro; lo stress aggrava lo stato di salute delle risorse umane e le loro assenze per malattia aumentano.	Somma degli stipendi annui lordi delle risorse umane coinvolte: *V €*.	*V*·0,1
Reputazione. Un conflitto comporta un danno all'immagine dell'azienda e quindi alla sua reputazione, sia per gli effetti negativi sulla produzione, sia per i vespai che nascono intorno alla relazione tra la stessa e i dipendenti.	Ricavi aziendali o valore delle azioni nei tre mesi precedenti al conflitto e/o alla pubblicità della notizia: R_0 *€*. Ricavi aziendali o valore delle azioni nei tre mesi successivi al conflitto e/o alla pubblicità della notizia: R_1 *€*.	R_1–R_0
Costi legali. Un conflitto può innescare cause giudiziarie, che hanno costi fissi (contributo unificato e onorario dell'avvocato), oltreché costi variabili (consulenze tecniche e risarcimenti).	Contributo unificato (vedi tabelle giudiziarie), proporzionale al valore della lite *V*: *C €*. Onorario dell'avvocato (vedi minimi professionali *ex* D.M. 140/2012), proporzionale al valore della lite *V*: *A €*. Onorario dei consulenti tecnici: *T €*. Risarcimento dei danni: *R €*.	*C*+*A*+*T*+*R*

Tabella 2.1. *Valutazione dei costi aziendali di un conflitto.*

L'AP che adottasse un sistema di *governance* mutuato da quelli aziendali – per massimizzare la produttività e la qualità dei servizi erogati – dovrebbe valutare come e

quanto la conflittualità influisca sui suoi processi produttivi.

Un'azienda (privata o pubblica) può analizzare i costi di un conflitto raccogliendo i dati relativi ai fattori di costo e quindi calcolando il costo di ogni fattore per poi sommare i vari importi tra loro (cfr. tab. 2.1; John Ford and Associates, 2007; CPP, 2008). Operazioni che consentono anche di valutare l'economicità del costo degli investimenti finalizzati a prevenire i conflitti, come l'addestramento negoziale e la preparazione psicologica dei dipendenti a gestire le crisi (Lasater/Stiles, 2010; Miyashiro, 2011). Il confronto tra il costo dei danni patiti (o patendi) e il costo della formazione consente di sceglie la soluzione meno costosa e più vantaggiosa: agire in giudizio o ingaggiare un negoziatore; ma anche formare il personale o lasciare che le relazioni degenerino.

Le risorse umane dell'impresa possono prevenire e dirimere tanto le liti interne quanto quelle con i terzi, usando le tecniche di negoziazione efficace (cfr. cap. 3): i dirigenti possono attribuire ad alcuni dipendenti oppure a se stessi il ruolo di facilitatori oppure addestrare il personale a gestire in prima persona i conflitti, evitando di ricorrere a un mediatore estraneo alla lite. La facoltà di Scienze politiche dell'University of Amsterdam (www.uva.nl), per es., propone già un corso di "mediazione pubblica" – *Public Mediation Programme* – destinato ai dirigenti amministrativi che vogliano imparare a gestire i conflitti senza perorare la causa di una parte specifica e che, anzi, vogliano offrire ai cittadini un ruolo costruttivo nella gestione delle liti, «*organizing negotiations among stakeholders in which government takes an active role at the table*»[33].

(a) Internalizzare i costi di gestione del conflitto

Alcune aziende statunitensi e nordeuropee addestrano le risorse umane per gestire i conflitti dall'interno, adottando il metodo della comunicazione non-violenta (cfr. Lasater/Stiles, 2010; Miyashiro, 2011) strutturato da Rosenberg (1998), che consente agli individui di affrontare le liti in prima persona, evitando di ricorrere a mediatori esterni e abbattendo i costi di gestione del conflitto (cfr. cap. 3.2.b).

> *By introducing a language and consciousness that honor the needs of an organization and the people in it, IC takes out the battle stance, "It doesn't matter what you need, this is for the good of the company" or "It's the company's fault I'm not able to do my job." Instead, it provides a clear and productive forum for seemingly conflicting needs to be equally heard and respected* (Miyashiro/Rosenberg, 2008: 120)[34].

33 Organizzando negoziati in cui il governo assuma un ruolo attivo.
34 Introducendo un linguaggio e una consapevolezza che rispettano i bisogni di un'organizzazione e del-

Le risorse umane di un'impresa possono usare le tecniche di comunicazione tanto per gestire i conflitti con i clienti quanto per gestire i problemi (relazionali) tra i dipendenti. Il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Pubblica Amministrazione di Qualità, 2013a) chiarisce al riguardo che:

> il fattore umano acquista un'importanza fondamentale quale leva cruciale per il successo dell'organizzazione e il buon funzionamento dei suoi elementi strutturali, sia in base ad una prospettiva sociale, sia individuale. La capacità di perseguire il miglioramento del benessere organizzativo nelle sue molteplici componenti e sfaccettature, rappresenta un aspetto determinante per lo sviluppo e l'efficacia organizzativa, che influenza positivamente la capacità dell'organizzazione stessa di adattarsi ai mutamenti del contesto di riferimento.
>
> Il Programma Cantieri del Dipartimento della Funzione Pubblica ha messo a punto, attraverso un Laboratorio e la successiva redazione di una guida metodologia, un modello di misurazione del livello di benessere organizzativo che caratterizza una determinata organizzazione.
>
> Nel modello concettuale proposto, la comunicazione, nelle sue molteplici forme, contribuisce fattivamente alla determinazione di organizzazioni "in salute". A questo proposito, le dimensioni prese a riferimento per misurare il livello di benessere/malessere di un'organizzazione, tra le altre, sono:
>
> - L'ascolto: strumento per la raccolta delle esigenze e delle proposte dell'utente interno, per favorirne la partecipazione alle scelte e alle politiche dell'amministrazione;
> - La comunicazione interna: strumento che incide sulla capacità di circolazione e condivisione delle informazioni all'interno dell'organizzazione, sulla capacità di diffondere valori e culture organizzative condivise;
> - La comunicazione organizzativa: dimensione che agisce, da un lato, sulla qualità delle comunicazioni orizzontali tra settori differenti e, dall'altro, sulla qualità delle comunicazioni verticali, tra profili gerarchicamente differenti;
> - La comunicazione interpersonale: dimensione che incide sulla capacità di instaurare relazioni interpersonali, collaborative e soddisfacenti;
> - La gestione dei conflitti: dimensione che incide sulla capacità di prevenire e gestire le eventuali situazioni relazionali critiche.

Il modello di Miyashiro/Rosenberg (2008), adottato in ambito aziendale privato, suggerisce una serie di sei interventi che consentono di raggiungere proprio gli obiettivi appena citati individuati dalla Pubblica Amministrazione di Qualità (2013a). La comunicazione non-violenta e la chiarezza integrata valutano la conflittualità mediante un model-

> le persone che ne fanno parte, la CI [Chiarezza Integrata] elimina la posizione conflittuale, "Non importa ciò di cui hai bisogno, è per il bene dell'azienda" o "È colpa dell'azienda se non riesco a fare bene il mio lavoro". Invece, la CI fornisce uno spazio chiaro e produttivo che consente a bisogni apparentemente in conflitto di essere ascoltati e rispettati equamente.

lo specifico, a 20 variabili o altro, come quello della tab. 2.1. La valutazione preliminare serve a "misurare" l'importanza del conflitto e l'economicità dei risultati conseguiti adottando gli interventi successivi. Il secondo dei quali attiva il dialogo non-violento e le tecniche di comunicazione efficace descritte al cap. 3. I colloqui svolti nella terza fase servono anche a comprendere l'identità delle parti in lite, i loro scopo personali (eventualmente indipendenti dalla lite stessa) e gli strumenti che le parti potrebbero attivare per conseguire obiettivi specifici. La quarta fase serve a interrompere il confronto per valutare quali progressi abbiano fatto i litiganti in termini di organizzazione del lavoro, di qualità della relazione interpersonale e di produttività aziendale. Le parti quindi riattivano il dialogo, orientandolo sulla struttura aziendale, sulle risorse interne e su come queste possano consentire di raggiungere gli obiettivi precisati prima. Le parti, infine, integrano i risultati dei colloqui e li valutano utilizzando schemi di misurazione specifici, come quelli usati nella prima fase o altri creati all'uopo.

Collins (2001: 124) ha stimato che l'adozione di strumenti di comunicazione efficace (come quelli descritti al cap. 3) consenta alle aziende di ridurre i costi di gestione dei conflitti del 45%, riducendo addirittura del 50% l'assenteismo per incidenti e malattia perché la comunicazione non-violenta migliorerebbe il clima emotivo dell'ambiente di lavoro. Cambiamenti che, se implementati nel settore pubblico, consentirebbero di sviluppare esternalità positive su scala macroeconomica.

L'AssIOM (2014), per es., ha calcolato che ogni procedimento giudiziario costi mediamente € 286,00; stima conforme ai € 299,50 calcolati da Albert (2007). Lo Stato italiano perciò avrebbe risparmiato € 5.250.102 nell'anno 2012: € 286,00 per ciascuno dei 18.357 accordi conciliativi conclusi per comporre extragiudizialmente le controversie. Un risparmio cresciuto a € 5.314.927 nell'anno 2014: € 299,50 (costo di un procedimento giudiziale) per ciascuna delle 17.746 conciliazioni concluse (AssIOM, 2015). L'associazione, inoltre, calcola che la mediazione abbia convogliato nelle casse dello Stato € 14.090.011 a titolo di IVA, IRAP, IRES e contributi per lavoro dipendente nell'anno 2012, cresciuti a € 17.046.025 nell'anno 2014; a fronte dei € 9.924.161 (anno 2012) ed € 14.995.370 (anno 2014) che, invece, l'erario avrebbe incassato per contributo unificato, marche da bollo, iscrizione a ruolo e imposta di registro di quei procedimenti stessi, ove le parti li avessero gestiti in sede giudiziale. La mediazione, insomma, avrebbe consentito allo Stato di incassare entrate incrementali per € 4.165.860 = 14.090.011,00–9.924.151 nell'anno 2012; € 2.050.655 nell'anno 2014.

La mediazione civile, inoltre, produce altre esternalità positive, di natura diversa da

quella meramente monetaria e misurabili come valori qualitativi, anziché quantitativi: la riconciliazione delle parti in tempi rapidi, con miglioramento delle relazioni sociali; la deflazione del carico giudiziario, con incremento della produttività marginale del lavoro dei giudici; la stabilizzazione di attività commerciali e imprenditoriali in attesa di risposte dal sistema-giustizia.

Le percentuali riferite da Collins (2001) possono sembrare eccessive (riduzione del 45% dei costi di gestione del conflitto e del 50% dell'assenteismo sul luogo di lavoro), ma acquisiscono credibilità appena confrontate con quelle pubblicate dalla Banca Mondiale (che ha misurato indicatori molteplici dell'efficienza del sistema giudiziario italiano) e quelle pubblicate da Unioncamere (che ha misurato l'efficienza delle proprie procedure di conciliazione stragiudiziali). La World Bank (2013: 59-67) ha stimato che il costo della risoluzione giudiziale di una disputa commerciale rappresenti il 26,16% del valore del conflitto[35] a fronte di 1.400 giorni necessari per rendere una decisione di primo grado (con rinuncia all'appello) ed eseguire la sentenza[36]. Unioncamere (2013), d'altro canto, ha rilevato che le procedure conciliative stragiudiziali costano alle parti circa il 3,9% del valore della controversia, con una media di 46,2 giorni per lo svolgimento della procedura di mediazione.

L'*ADR* negoziale gestito da terzi, insomma, consente di ridurre notevolmente i costi di gestione di un conflitto; e potrebbe ridurli ancora più incisivamente, se gestito senza intermediari, addestrando specificamente le risorse umane a utilizzare le tecniche di comunicazione efficace (Collins, 2001; Miyashiro/Rosenberg, 2008).

L'adattabilità al cambiamento diminuisce al crescere della complessità di un'organizzazione – che comporta processi decisionali lenti e inefficienti – anche perché i portatori d'interesse possono avere una percezione asimmetrica del valore di scambio tra costi e benefici prodotti dal cambiamento. La progettazione di *policy* che implementino gli strumenti negoziali nell'AP quindi trova un ostacolo naturale (e paradossale) nel processo stesso di elaborazione e negoziazione di quei principi regolatori che dovrebbero innovare il sistema dall'interno perché le caratteristiche inefficienti (da abbattere o sostituire con altre) affliggono le procedure di progettazione stesse, ma anche perché le *policy* e i loro effetti possono apparire controverse; i portatori d'interesse possono percepirle controproducenti, anziché efficienti, a seconda del ruolo che gli *stakeholder* stessi ricoprono nel tessuto sociale; a seconda del loro "punto di vista".

35 Valutazione media su 13 città campione. Il costo rappresenta il 29,9% del valore del conflitto a Roma.
36 Altra valutazione media, con 1.210 giorni a Roma.

		Costi	
		Concentrati	Diffusi
Benefici	Concentrati	**Politiche dei gruppi d'interesse** Regolamentazioni specifiche *Telecomunicazioni, salari…*	**Politiche clientelari** Lobby e azione collettiva olsoniana *Importazioni, ferrovie, latte…*
	Diffusi	**Politiche imprenditoriali** Class action verso interessi concentrati *Inquinamento, sicurezza stradale…*	**Politiche maggioritarie** Interessi pubblici *Divieto di fumare in pubblico…*

Tabella 2.2. *Politiche di regolamentazione dei beni pubblici (Wilson, 1980b).*

Wilson (1980b) distingue le politiche di regolamentazione rispetto alla distribuzione concentrata o diffusa di costi e benefici (tab. 2.2). Alcuni modelli di regolamentazione consentono di sviluppare più facilmente regole nuove, ricorrendo anche agli *ADR* negoziali (Perritt, 1987: 890), mentre altri ostacolano il processo di negoziazione e implementazione del cambiamento. Il *policy maker* quindi deve innanzitutto capire in che modo i referenti percepiscano (rispetto a distribuzione e concentrazione) il valore di scambio tra costi e benefici.

Lo studio di Wilson (1980b) rileva che i negoziatori hanno difficoltà a trattare le *politiche imprenditoriali* (che concentrano i costi su settori ristretti per distribuire i benefici su classi sociali intere, che potrebbero anche intentare azioni collettive) perché i soggetti coinvolti hanno caratteristiche asimmetriche (segmenti disomogenei, dalla parte dei benefici, contrapposti a gruppi compatti, dalla parte dei costi), ma anche perché tali trattative richiedono una quantità di consultazioni e transazioni superiore a quella necessaria per negoziare, per es., con i *gruppi d'interesse* (che concentrano costi e benefici su settori specifici della popolazione, più facili da interpellare e da coordinare). Quest'ultima categoria manifesta una predisposizione alla trattativa superiore a quella delle *politiche maggioritarie* (che diffondono equamente costi e benefici su segmenti ampi della popolazione) perché i negoziatori possono interpellare più facilmente i rappresentanti di pochi portatori d'interessi specifici, anziché i rappresentanti di segmenti multipli e diversificati. Le *politiche clientelari*, dal canto loro, rappresentano una difficoltà per i negoziatori (come anche le politiche imprenditoriali, sull'altro lato della stessa medaglia) perché coinvolgono soggetti con caratteristiche asimmetriche e con interessi nettamente contrapposti, che spingono chi sopporta i costi (diffusi) a contestare le richieste e le ar-

gomentazioni dei beneficiari della regolamentazione (concentrati), portando anche squilibri politici (come quando un segmento sociale organizza scioperi o contestazioni che paralizzano l'erogazione regolare dei servizi) o economici (come quando i *free riders* evitano di sostenere i costi di transazione, distribuiti quindi con asimmetria maggiore).

(b) Esternalità negative

Trattare le esternalità negative dell'AP implica un cambio di prospettiva rispetto all'analisi economica consuetudinaria, come quella di Coase (1960), che studia gli effetti dannosi dei cicli produttivi privati in danno della collettività. La collettività, infatti, sopporta naturalmente i costi dell'AP. I produttori che investissero la collettività (o sue porzioni) di esternalità negative dovrebbero risarcire o compensare quei danni: un paradigma con costi diffusi e benefici concentrati (cfr. tab. 2.2). Il ciclo produttivo dell'AP, invece, grava di per sé sulla collettività: i danni eventualmente inflitti alla collettività medesima quindi costituiscono un "costo d'impresa" connaturato, anziché un'esternalità negativa in senso stretto, perché un'esternalità, per definizione, produce i suoi effetti su soggetti terzi, anziché sul produttore stesso.

Un approccio così ristretto impedisce di considerare alcuna esternalità rispetto all'azione pubblica. Il discorso, invece, può avere senso considerando da un punto di vista funzionale l'"impresa AP" come l'insieme delle sue risorse umane e del suo capitale (sul fronte dell'offerta), disgiuntamente dalla collettività che interpella quell'AP per ottenere beni e servizi (sul fronte della domanda). I costi diffusi sopportati per ricevere disservizi collettivi – che possono corrispondere a vantaggi (illeciti) concentrati nelle mani di pochissimi – trovano assai di rado riparazione: forse penale (nei casi migliori), ma quasi mai patrimoniale o economica. Le somme disperse dalla *mala gestio* tornano di rado nella disponibilità finanziaria dell'erario.

L'esternalità negativa quindi rappresenta un costo d'impresa ineluttabile e tipico dell'AP. Il D.Lgs. 28/2010 (art. 17, c. 5 *bis*), del resto, acclara tale logica, legittimandone l'irragionevolezza con la norma perfettamente razionale secondo cui «all'organismo [di mediazione] non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato». Il D.M. 180/2010 (art. 16, c. 9), sulla scia medesima, prevede che «l'organismo e il mediatore non possano rifiutarsi di svolgere la mediazione», ove le parti omettano di rispettare le modalità di pagamento pretese dal regolamento di mediazione. Il legislatore, insomma, ritiene ragionevole che

gli organismi di mediazione (privati o pubblici) sopportino i costi del conflitto altrui, senza alcun diritto alla liquidazione delle indennità da parte dello Stato, previste invece per avvocati, ausiliari dei magistrati e tecnici di parte *ex* D.P.R. 115/2002 (artt. 76-84). La sentenza n. 1351/2015 del T.A.R. per il Lazio (già commentata al cap. 1.3) aveva confermato proprio questa logica.

L'idea di un paradigma con costi concentrati (sugli organismi di mediazione, nel caso di specie) a tutela di benefici diffusi (del segmento sociale ammissibile al patrocinio gratuito; cfr. tab. 2.2) quindi inizia a trovare posto nella logica delle istituzioni. Pizzorno (1986; sulla scia di Hirschman, 1982), infatti, rileva che la collettività considera nulli i costi (benché elevati) connessi alla tutela dei beni pubblici, per la loro capacità di "annullare il costo della lotta". Il problema di base del cambiamento quindi riguarda il modo in cui il cittadino pensa il bene pubblico (la giustizia e il diritto alla difesa, nel caso di specie) e, perciò, riguarda il rapporto (la relazione) tra individuo e collettività, tra pubblico e privato; riguarda, insomma, il contratto sociale in sé.

Pizzorno (1986) sembra quasi ribaltare o (forse) parafrasare l'antico adagio del «mal comune, mezzo gaudio», che riassume una dimensione irrazionale del pensiero. L'irrazionalità che sembra controllare le negoziazioni "di principio" (cfr. cap. 3), ma che "sembra" solo farlo perché il modo di pensare il rapporto tra l'*Ego* e l'*Alter* svela un paradosso strategico: l'individuo razionale abbandona l'azione comune quando la stessa può servirgli a raggiungere i suoi interessi personali (con valore pecuniario), ma partecipa all'azione quando la stessa serve a raggiungere gli interessi collettivi (con valore simbolico). L'individuo razionale, infatti, può distribuire sulla collettività i costi correlati ai propri benefici; accetta, d'altro canto, di sostenere parte dei costi comuni per confermare l'alterità collettiva solo se quest'ultima gli consenta di ottenere il riconoscimento della propria identità. Wilson (1980b), appunto, ha rilevato che le situazioni del primo genere ostacolano la negoziazione, mentre le situazioni del secondo genere facilitano il confronto, che, anzi, rappresenterebbe il senso ultimo dell'azione collettiva.

Olson (1965: 2), dal canto suo, rileva che gli individui tralasciano di agire per raggiungere obiettivi nell'interesse comune o di un gruppo, a meno che pochi individui costituiscano il gruppo stesso e che i costi di organizzazione abbiano un impatto moderato. Le politiche clientelari di Wilson (1980b), perciò, vedono schierati gli interessi delle *lobby* di pochi beneficiari, che possono organizzarsi e sostenere più facilmente i costi di transazione, contro quelli di segmenti disomogenei, che tendono ad organizzare un fronte comune (l'azione collettiva di Hirschman, 1982 e Pizzorno, 1986) quando percepi-

scono una sperequazione eccessiva tra i costi che potrebbero dover sopportare a beneficio di pochi.

La percezione – e quindi la comunicazione – del cambiamento definisce, ancora una volta, la predisposizione a modificare uno *status quo* (cfr. cap. 3.1).

Perritt (1987: 890-892) fornisce una conferma dell'efficacia della teoria della negoziazione (cap. 3.1) quando rileva che gli interlocutori sociali tendono ad agire e a fare concessioni solo quando:

- Una **decisione esterna** (politica, giudiziale, ecc.) risulta imminente e quindi crea pressione rispetto alle conseguenze che avrà sulla posizione delle parti.
- Le relazioni e quindi i negoziatori consentono di instaurare una trattativa a **somma variabile**, anziché a somma zero (che, invece, incentiva gli *aut/aut*).
- La trattativa **esclude valori** ritenuti fondamentali, che, invece, irrigidiscono le posizioni (di principio) delle parti, anche a scapito dei costi di transazione.
- Le parti valutano più facilmente il *trade-off* tra **più problemi** diversi, rispetto a discutere un grande argomento unico, che quindi conviene frammentare.

Chi vuole progettare e implementare le regolamentazioni finalizzate al cambiamento quindi dovrebbe misurare in che modo la collettività percepisca le *policy* stesse, i problemi connessi ad esse e i benefici che potrebbero derivare dal cambiamento. Misurare come il pubblico percepisca un apparato o un processo di riorganizzazione, però, comporta un problema di estetica, cioè di visibilità del processo o dell'organizzazione stessi. Il modello analitico (tab. 2.3) di Wilson (1980b) consente di trarre alcune considerazioni al riguardo.

Le *policy* con cui implementare gli strumenti negoziali nell'attività dell'AP possono avere un significato collettivo o "sociale" – e quindi produrre effetti economici e socioculturali – nei processi produttivi visibili dall'esterno (colonna sinistra della tab. 2.3), che consentono un'interazione faccia a faccia col cittadino; poco importa che producano risultati misurabili o complessi, purché il cittadino possa sperimentare un approccio negoziale alla gestione dell'interesse comune. La disciplina della mediazione civile stragiudiziale (D.Lgs. 28/2010, art. 8) e molta giurisprudenza in merito, infatti, pretendono la partecipazione personale delle parti al procedimento proprio affinché le parti medesime controllino (vedano) e sperimentino la trattativa.

		Processo produttivo	
		Visibile dall'esterno	Invisibile dall'esterno
Risultati	Misurabili	**Organizzazioni produttive** Compiti semplici e ripetitivi, con abilità specialistiche *Sistema fiscale…*	**Organizzazioni professionali** Abilità generiche applicate a compiti unici, con risultati standard *Controllo di gestione…*
	Complessi	**Organizzazioni procedurali** Abilità specialistiche, compiti stabili, risultati unici *Esercito…*	**Organizzazioni valutative** Abilità generiche applicate a compiti unici, con risultati imprecisi *Ministeri, …*

Tabella 2.3. *Organizzazioni governative (Wilson, 1980b).*

Le *policy* d'implementazione degli *ADR*, d'altro canto, possono valere come *best practice* – e quindi dare luogo a esternalità positive come frutto del processo organizzativo – quando le adottino uffici invisibili dall'esterno (casella in alto a destra della tab. 2.3), solo se gli uffici stessi producessero risultati misurabili, che consentano almeno alle risorse umane e alla dirigenza di sperimentare e verificare l'efficacia della regolamentazione innovativa.

I "luoghi" d'implementazione degli *ADR* sembrerebbero escludere i casi pertinenti alla cella in basso a destra della tab. 2.3 che, però, rappresenta proprio la condizione del *policy maker* deputato a progettare e implementare le regolamentazioni necessarie per produrre un cambiamento. Il modello di "analisi transizionale" multilivello, mutuato da Geels (2002) e discusso al cap. 2.2, sembrerebbe risolvere il paradosso.

I costi dei conflitti – tra gruppi d'interesse distribuiti su livelli diversi della struttura sociale – crescono proprio quando qualcuno inizia a studiare un sistema per abbatterli perché il confronto democratico sulle soluzioni praticabili innesca diatribe che, all'inizio, scoraggiano i partecipanti. I benefici – capaci di assorbire quei costi – emergono solo nel periodo più lungo. Un cambiamento strutturale quindi pretende la sopportazione di costi iniziali, a carico della collettività, proprio come avviene per la programmazione e l'esercizio di un investimento privato.

Wilson (1980b), del resto, ritiene che l'AP debba regolamentare e gestire gli interessi pubblici, ove le imprese private evitassero di offrire beni o servizi di godimento collettivo per il timore che i beneficiari possano omettere di ripagarne l'erogazione. Constatazione che solleva un interrogativo rispetto al solito ossimoro della razionalità irragionevole: l'art. 17 (c. 5-*bis*) del D.Lgs. 28/2010 prevede che la parte «che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato» – e che quindi debba ancora accedere all'ammissione stessa – abbia il diritto a usufruire del servizio di mediazione

senza pagare compensi all'organismo pubblico o privato. Chiunque può comprendere la *ratio* della norma (consentire a tutti di accedere a un servizio di giustizia e di utilità pubblica), che, però, trascurando di disciplinare le modalità di rimborso all'organismo da parte dello Stato, mette irragionevolmente gli organismi privati e i mediatori professionisti in condizione di sopportare i costi del conflitto dei terzi (concentrazione dei costi connessi a interessi diffusi, nei termini di Wilson, 1980b). Principio irragionevole, ma ribadito dalla riforma del 2013 (D.L. 69/2013 e L. 98/2013) e dalla sentenza n. 1351/2015 del T.A.R. Lazio (cfr. cap. 1.3).

La transizione verso un sistema giuridico con *ADR* diffusi, malgrado ciò, sembra aver trovato spazio in Italia – negli ultimi 6 anni – proprio grazie agli organismi di mediazione che hanno sostenuto costi vari per conto della collettività: quelli di erogazione del servizio nei confronti delle parti ammissibili al patrocinio gratuito; quelli di erogazione del servizio in favore anche delle parti morose, nei confronti delle quali l'organismo deve comunque prestare l'opera (D.M. 180/210, art. 16, c. 9); quelli di pubblicizzazione dell'istituto che, invece, avrebbe dovuto sostenere lo Stato, curando «apposite campagne pubblicitarie»[37] (D.Lgs. 28/210, art. 21).

Il progresso, insomma, sembra passare attraverso il "volontariato". Rifkin (2010), del resto, rileva che abbiamo superato la condizione antropologica dell'*homo sapiens sapiens* e quella economico-sociale dell'*homo homini lupus*, approdando a quella postmoderna dell'*homo empaticus*, che fonda la propria esistenza e i propri valori sulla socializzazione e sulla cooperazione. Basiamo la vita su tre pilastri portanti del nostro benessere: socializzazione (di cui i *social network* rappresentano lo sviluppo più recente e più intenso), salute (come l'assistenza e la cura reciproca che riserviamo al prossimo, anche tramite i servizi dell'AP a ciò deputati) e creatività (stimolata dal desiderio individuale di condividere con la società le idee innovative personali).

I tre pilastri della vita sociale postmoderna pretendono (o presuppongono) che gli individui tessano relazioni empatiche; che, d'altra parte, abbiamo potuto consolidare solo grazie allo sviluppo economico, alle attività di scambio e all'organizzazione della vita comunitaria, oltreché alla psicologia, alla letteratura romantica, alle tecnologie informatiche e telematiche (*ICT*) e a tutte le attività che ci hanno consentito di accrescere la coscienza di sé e l'attenzione agli stati d'animo propri e altrui. L'economia attuale, insomma, dipenderebbe largamente, secondo Rifkin, dall'empatia (cfr. cap. 3.2.a) e quindi dal

37 La norma trovò applicazione nella messa in onda – per una settimana circa, alla fine dell'anno 2010 – di uno spot televisivo di 45 secondi.

comunicare, che, in tutta la sua complessità, identifica un valore globale.

Gli organismi di mediazione hanno accolto l'istanza appena riassunta, sopportando spesso i costi del conflitto altrui; hanno sopportato un'esternalità negativa che la legge esclude di compensare o risarcire. Uno sforzo che potrebbe acquisire significato ove l'AP raccogliesse i frutti dell'esperienza maturata dagli operatori *ADR* negoziali, implementandone l'uso con *policy* adeguate – internalizzando quindi costi e strumenti di gestione extragiudiziale dei conflitti – e traducendo quelle esperienze in esternalità positive di cui possa beneficiare la collettività.

2. La giustizia come servizio pubblico e fonte di valore

L'amministrazione della giustizia ha un impatto determinante sulla produttività di un Paese e sulla sua competitività; può determinare un freno o un volano per l'economia, come hanno rilevato la World Bank (2013) e il World Economic Forum (2015).

Landi/Pollastri (2016: 3-5) confermano quanto la velocità di giudizio, la qualità delle sentenze e l'indipendenza dei giudici incidano sulle prestazioni economiche di un Paese, rispetto alla concessione e solvibilità dei crediti, alla dimensione delle imprese, al funzionamento dei mercati e agli investimenti. Gurrieri/Lorizio (2014) chiariscono come le istituzioni e la fiducia dei cittadini verso di esse (la loro credibilità o *accountability*), oltreché la condivisione di valori e aspettative contribuiscano a determinare la crescita di un Paese, mentre il ricorso eccessivo alla magistratura denoti relazioni sociali incerte o inaffidabili (tra soggetti incapaci di comporre le liti autonomamente); come anche, al contrario, il ricorso esiguo ad essa denoti una mancanza di fiducia della collettività nel sistema giudiziario e, anzi, possa incentivare (anziché contrastare) comportamenti irregolari o illegittimi. I cittadini, però, possono attuare comportamenti anomici anche per rispondere a un sentimento d'"ingiustizia sociale"[38], che Schraad-Tischler (2015) fotografa collocando l'Italia al 25° posto (sui 28 Stati membri dell'UE) nell'Indice di Giustizia Sociale per l'anno 2015.

La giustizia, insomma, assume il ruolo di *output* (rispetto alla produzione dei "beni pubblici giurisprudenziali"; cfr. Luban, 1995), ma anche di *input* (come variabile capace

38 Come perdita di *chance* intergenerazionali, disparità di accesso e di trattamento nel mercato del lavoro, ecc.

di influenzare il ciclo economico).

> In Italia infatti la lentezza della giustizia si traduce sia in costi sociali – in termini di un carente servizio alla collettività – sia in costi economici rispetto alla necessità di certezza giuridica del sistema economico nel suo complesso. A queste gravi diseconomie si aggiungono poi i costi diretti per il bilancio pubblico, in quanto lo Stato è tenuto a garantire un'equa riparazione in favore di chi ha dovuto subire i tempi "non ragionevoli" del processo civile o penale. Le perfomrance del sistema giudiziario condizionano i risultati dei contenziosi commerciali, la certezza dei diritti di proprietà, la qualità della legislazione, lo sviluppo di attività criminali. […] Nel nostro paese l'inefficiente funzionamento della giustizia civile ha prodotto l'effetto principale di ingenerare notevole incertezza nei rapporti tra le diverse tipologie di soggetti economici: famiglie – a seguito del prolungarsi nel tempo dei conflitti familiari, lavorativi e abitativi; imprese – la cui competitività rispetto alla concorrenza straniera risulta fortemente compromessa nella misura in cui l'incertezza ricollegata al malfunzionamento della giustizia disincentiva (distorce gli incentivi alla) la crescita dimensionale delle imprese e non consente l'espansione dei mercati finanziari, distorcendo le scelte di finanziamento. Inoltre, la carente tutela del credito che ne deriva finisce per determinare almeno in parte la scarsità relativa degli investimenti nazionali e stranieri nel nostro Paese; sugli operatori esteri, infine, l'incertezza collegata ai tempi di soluzione delle controversie innalza i costi relativi dell'investimento e funge da deterrente dei medesimi (Gurrieri/Lorizio, 2014: 103-105).

L'amministrazione della giustizia può rappresentare una fonte di valore, se performante e trasparente, indipendente e certa, ma può anche mettere in crisi lo sviluppo di un Paese, se disfunzionale. La Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013: 3, 7, 12, 14-16), infatti, quando ha presentato il decreto *Destinazione Italia* (D.L. 145/2013 conv. con L. 9/2014) ha chiarito che i servizi di giustizia efficienti (cioè veloci e certi) hanno la capacità di attrarre investimenti esteri, mentre una giustizia inefficiente crea un deflusso di capitali e investimenti che impoverisce il Paese:

> il sistema della giustizia civile è il "tallone d'Achille" del nostro sistema economico: siamo al 160° posto su 185 per "Risoluzione delle dispute commerciali", con una durata media delle procedure di recupero del credito di 1.120 giorni e un costo pari al 30 per cento del credito azionato. A ciò va aggiunto il dato dell'ammontare delle condanne riportate dallo Stato italiano, sia in sede interna che in ambito europeo, per la violazione del termine di ragionevole durata del processo di cui alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2013: 15).

Il Governo Italiano ha consapevolezza di questa inefficienza e dei danni che produce,

come ha dichiarato il Ministro della Giustizia Orlando (2014):

> la riduzione dei costi ed il perseguimento di obiettivi di efficienza ed economicità si pongono come criteri guida dell'intera azione amministrativa del dicastero, dovendo ispirare ogni scelta operata in direzione della tutela dell'interesse della collettività. L'attività di revisione e qualificazione della spesa è poi uno strumento fondamentale per attuare compiutamente la trasparenza dell'agire amministrativo, in quanto lo scrutinio dei cittadini concorre ad ottimizzare l'utilizzo delle pubbliche risorse. […]
>
> In estrema sintesi, proprio con intento deflattivo sull'arretrato in entrata specie in primo grado […] è stata prefigurata l'introduzione di alcuni meccanismi deflattivi idonei a contribuire in modo immediatamente significativo alla riduzione dei flussi in entrata e quindi ad un più agevole smaltimento del carico dei lavoro degli uffici giudiziari, muovendosi nella direzione di una rilevante de-giurisdizionalizzazione.
>
> Si vanno quindi definendo forme alternative di risoluzione delle controversie, in primo luogo attraverso il ricorso all'istituto della negoziazione assistita, configurata come complementare e non alternativa alla già avviata mediazione, istituto che, nuovamente reso obbligatorio dal decreto del fare del giugno 2013, sta gradualmente producendo effetti deflattivi significativi.
>
> Sempre in un'ottica deflattiva dei carichi di lavoro giudiziario, è previsto poi un ampliamento dell'istituto dell'arbitrato, esteso anche alle cause civili pendenti, sia in primo grado che in grado di appello, che determinerà la ricorribilità a tale istituto in un numero considerevole di cause, anche quelle diverse dalla materia contrattuale e anche nei casi in cui, qualora trattasi di contratti, non è prevista la clausola arbitrale.
>
> Con tali interventi si incide quindi su un considerevole numero di cause, favorendo la conciliazione stragiudiziale della controversia, con l'intento di confinare una parte del conflitto anteriormente all'instaurazione del giudizio o in ogni caso, con la traslatio arbitrale, favorendo anche in pendenza di lite il ricorso alla composizione stragiudiziale della lite, con il duplice intento di introdurre un percorso deflattivo che possa concretamente incidere sull'arretrato civile e di contribuire ad innescare una cultura del componimento della lite che sia gestita anche con strumenti diversi dal ricorso all'autorità giudiziaria.

Parole che ricordano molto da vicino altre, più lontane nello spazio e nel tempo:

> *Society cannot and should not rely exclusively on the courts for the resolution of disputes. Other mechanisms may be superior in a variety of controversies. They may be less expensive, faster, less intimidating, more sensitive to disputants' concerns, and more responsive to underlying problems. They may dispense better justice, result in less alienation, produce a feeling that a dispute was actually heard, and fulfill a need to retain control by not handing the dispute over to lawyers, judges, and the intricacies of the legal system* (Office of Legal Policy of the United States Department of Justice, 1984: 1)[39].

39 La società non può e non deve affidarsi esclusivamente ai tribunali per risolvere le liti. Altri sistemi

Il ricorso agli *ADR* quindi serve per divulgare nel tessuto sociale l'abitudine a gestire i problemi col dialogo empatico e costruttivo, anziché attivando in prima battuta liti giudiziarie che ritualizzano e stilizzano le liti fisiche, ma che possono anche sfociare in esse. Gli *ADR*, insomma, servono ad abbattere la conflittualità sociale e – soprattutto – l'abitudine di litigare; col risultato conseguente di ridurre i costi sociali del conflitto. La L.R.Lazio 1/2016, del resto, nasce anche per consentire «all'amministrazione regionale una riduzione dei pesi finanziari ed amministrativi delle liti», consentendo anche ai comuni e gli altri enti locali di aderire alla "conciliazione obbligatoria" «al fine di perseguire una politica di contenimento dei costi» (art. 1).

La Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia (2014: 13) ha rilevato che i procedimenti civili pendenti al 30.06.2013 riguardavano la cognizione ordinaria per il 36,8%; i rapporti di lavoro (pubblico e privato) per l'8,1%; i fallimenti per il 2,6%.

Il 47,5% del contenzioso, perciò, ha interessato processi produttivi coinvolti nella determinazione del reddito nazionale. Un dato che indica quanto la ricchezza nazionale dipenda anche dall'amministrazione della giustizia perché le disfunzioni della stessa producono effetti altrettanto negativi sul ciclo economico, danneggiando od ostacolando aziende e datori di lavoro, locatori e lavoratori, ecc.

Barbuto (2014b) riassume il problema fotografato dalla CEPEJ (2012 su dati 2010) quando stima che i giudici italiani debbano assorbire una domanda di giustizia civile che rappresenta la seconda più imponente d'Europa.

> È stato rilevato che nonostante i nostri giudici civili siano al 2° posto in Europa quanto a produttività in numeri assoluti, essi hanno tuttavia registrato anche nel 2010 il più alto stock di pendenze: il che fa permanere il nostro sistema giudiziario al 1° posto in tale classifica negativa (al 2° posto vi è la Spagna, al 3° la Francia, al 4° la Germania, al 5° la Romania, al 6° la Russia).
>
> Risultati analoghi sono stati riscontrati nel Rapporto CEPEJ 2010 e nel Rapporto CEPEJ 2008. […]
>
> Nel recente Rapporto CEPEJ-2014 relativo ai dati del 2012, i dati raccolti confermano un analogo trend della produttività dei giudici italiani, sebbene vi sia stata una flessione delle sopravvenienze rispetto al Rapporto 2012.
>
> Dal citato Rapporto emerge, infatti, che l'Italia con riferimento ai soli procedimenti «contenziosi» (*litigious cases*, tenuti distinti dai *non-litigiuos cases*), è al secondo posto per nu-

possono essere migliori per molte controversie. Possono essere meno costosi, più veloci, meno minacciosi, più sensibili alle preoccupazioni delle parti e più adatti a risolvere i problemi sottostanti. Possono fornire una giustizia migliore, generare meno alienazione, dare la sensazione che una lite sarebbe strana, e soddisfare un bisogno di mantenere il controllo evitando di mettere il conflitto in mano ad avvocati, giudici, e alle tortuosità del sistema giudiziario.

mero di procedimenti definiti in un anno (pari a 2.047.289, a fronte di 1.754.818 della Spagna e di 1.675.838 della Francia) (Barbuto 2014b).

Possiamo interpolare i dati della CEPEJ (2012), a cui fa riferimento Barbuto, con quelli sulla popolazione (ISTAT, 2011), tutti per l'anno 2010, e rilevare che l'Italia riscontra il tasso di litigiosità più alto d'Europa, con una lite giudiziaria ogni 15,16 abitanti[40] (cfr. tab. 2.4).

Paese	Residenti	Giudizi di I grado	Rapporto $^{Residenti}/_{Giudizi}$
Italia	59.619.290	3.932.259	15,16
Spagna	45.283.259	1.074.748	42,13
Francia	63.937.000	1.287.706	49,65
Danimarca	5.475.797	32.873	166,57
Svezia	9.182.927	27.433	334,74
Federazione Russa	142.008.800	391.000	363,19

Tabella 2.4. *La conflittualità in Europa (dati CEPEJ, 2012 e ISTAT, 2011).*

I dati riassunti dalla tab. 2.4 indicano che gli italiani attivano le cause civili con un tasso che rappresenta quasi il triplo ($^{42,13}/_{15,16} = 2,78$) di quello degli spagnoli, che pure occupano il secondo posto nella classifica europea. La CE (2015: 13), d'altra parte, conferma il primato dell'Italia (nel periodo analizzato 2010-2012) per il rapporto tra numero di abitanti e di contenziosi civili e commerciali pendenti. Il problema della giustizia ricade perciò soprattutto sulla cultura degli Italiani, che dimostrano una propensione molto elevata a litigare, come conferma Stramaglia (2014: 69-70), che spiega il fenomeno adducendo una legislazione poco chiara, con incentivi all'interpretazione giurisprudenziale eccessiva e quindi alla difesa strenua di posizioni di principio irragionevoli (cfr. OCSE, 2013: 8)[41]; ma anche tramite un "mercato dell'assistenza legale" che riconduce il rapporto avvocato/cliente a un rapporto d'agenzia, anziché professionale, connotato da un'asimmetria informativa che incentiverebbe i professionisti a trarre vantaggi individuali dal conflitto altrui[42]: quella che Landi/Pollastri (2016: 10) definiscono «una componente indotta della domanda di servizi di giustizia». L'OCSE (2013: 7-8), anzi, ri-

40 L'ISTAT (2016: 1) riferisce che l'11% della popolazione maggiorenne ha partecipato ad un contenzioso civile nell'anno 2015 e che solo il 3,6% ha utilizzato gli *ADR* nel corso della propria vita.

41 Il tema della "comunicazione" (cap. 3.1.d) quindi assume un'importanza rilevante anche sul piano della produzione normativa.

42 L'ISTAT (2016: 4-5) conferma che i cittadini quantificano con «rilevante difficoltà» i costi di una causa civile.

leva quanto il tasso di litigiosità incida sulla durata dei processi: una riduzione della litigiosità italiana al livello della media europea ridurrebbe la durata dei processi del 10%; ma la litigiosità dipende direttamente dalla qualità della normativa.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013: 16), per tutti i motivi elencati sopra, ha proposto di incentivare l'uso della mediazione – quale sistema con cui ricostituire il dialogo e la relazione sociale per trasformare la conflittualità in un rapporto costruttivo – anche ipotizzando la possibilità di rinunciare all'assistenza legale obbligatoria (per contenere i costi della procedura) e di alzare la soglia di esenzione dell'imposta di registro per gli accordi conciliati, fissata allora e tuttora a € 50.000,00 (per incentivare le parti a tentare la mediazione).

La tab. 2.4, però, potrebbe anche mistificare una realtà parallela: il contenzioso giudiziario misurato dalla CEPEJ (2012) ignora la conflittualità gestita direttamente dalle parti in via stragiudiziale e che sfugge alle rilevazioni ufficiali proprio perché i risultati – confidenziali e riservati – rimangono nella disponibilità ristretta delle parti stesse, senza poter costituire un dato "ufficiale".

Gli *ADR*, però, possono anche conferire risultati controproducenti o, piuttosto, paradossali, come quello sollevato da Galanter (2004) per l'ordinamento statunitense: i costi elevati della giustizia e il ricorso intensivo agli *ADR* farebbero "scomparire" gradualmente i processi nei tribunali federali – ridotti dall'11,5% nell'anno 1962 all'1,8% nel 2002 – e quindi inaridirebbero le fonti naturali del *common law*, le sentenze con efficacia di "precedente vincolante" che Luban (1995) assimila ai "beni pubblici"[43]. Una condizione che, di fatto, distribuirebbe sulla collettività i costi di tutela degli interessi dei singoli, secondo il modello delle "politiche clientelari" di Wilson (1980b; cfr. tab. 2.2), perché gli interessi privati delle parti conciliate (con beneficio concentrato) graverebbero sulle risorse giurisprudenziali (i precedenti vincolanti) di cui potrebbe beneficiare la collettività (con costi diffusi).

Gli *ADR*, insomma, potrebbero nuocere l'interesse pubblico proprio nei Paesi (di *common law*) in cui le persone utilizzano efficacemente gli *ADR* perché gli accordi conciliativi impoverirebbero il bagaglio giurisprudenziale del *common law* nel corso del tempo. Lande (2004), però, contesta la teoria dell'impoverimento pubblico conseguente alla "sparizione" delle sentenze perché ritiene che giudici e avvocati trarrebbero beneficio proprio dalla scomparsa dei processi; condizione che definirebbe un ordinamento

43 Fiss (1984) ha mosso le prime critiche sul contributo che gli *ADR* darebbero alla "sparizione" delle sentenze. Un tema approfondito da Burns (2011).

con entropia ridotta: analizzare un numero inferiore di precedenti consentirebbe di individuare la soluzione di una lite con precisione e velocità maggiori rispetto a quelle riscontrabili all'interno di un ordinamento saturo di giurisprudenza.

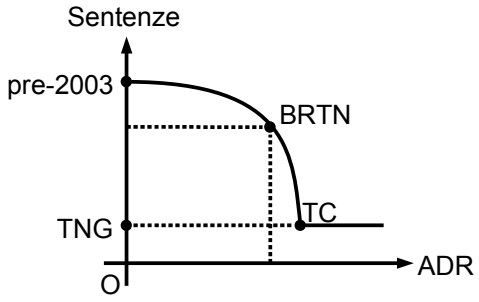

Figura 2.1. *Curva di trasformazione degli* ADR.

Il modello della frontiera delle possibilità produttive di Samuelson (1947) consente di elaborare graficamente la questione in termini di volume di liti risolte giudizialmente o, in alternativa, extragiudizialmente tramite i tanti strumenti disponibili, come la mediazione o la negoziazione assistita. La curva di trasformazione (fig. 2.1) indica che l'incremento del ricorso a soluzioni *ADR* comporta una riduzione delle cause giudiziali (e viceversa), considerati costanti il tasso di litigiosità (o la quantità di conflitti) come *input* e il tempo lavorativo dedicato alla soluzione delle liti.

Il punto all'estremità sinistra della frontiera esprime una situazione come quella italiana precedente, per es., all'introduzione del D.Lgs. 5/2003 sulla "conciliazione societaria". Il punto all'altra estremità della curva (TC nella fig. 2.1) e l'appiattimento conseguente, invece, rappresentano la situazione degli ordinamenti di *common law* in cui, come rileva Galanter (2004), gli *ADR* innescano una sorta di "trappola della conciliazione" (per scomodare Keynes) che ostacola la produzione di sentenze con valore di precedenti vincolanti. Trappola che, comunque, individua quello che potremmo definire un "tasso naturale di giudizi" (il punto TNG nella fig. 2.1) che la collettività continuerebbe a discutere in tribunale nonostante il ricorso diffuso agli *ADR*.

Il Directorate-General for Internal Policies (2014) ha suggerito un *Balanced Relationship Target Number*[44] (*BRTN*) come soluzione al dilemma tra i due estremi della curva di trasformazione: ogni Stato membro dell'UE dovrebbe determinare (con provvedimenti autonomi) una percentuale minima di conflitti da risolvere in via stragiudiziale,

44 "Obiettivo numerico a relazione bilanciata"; cfr. De Palo/Trevor (2012).

cosicché i risultati degli *ADR* "bilancino" la quantità di sentenze prodotte dai tribunali[45]. Soluzione che individuerebbe sulla frontiera un'allocazione del tipo $x^* = y^*$, come quella del punto *BRTN* nella fig. 2.1.

De Palo/D'Urso (2016: 18-20) mettono a sistema un indice di "relazione bilanciata" ($^{\text{N. mediazioni}}/_{\text{N. cause}}$) col tasso di successo della mediazione ($^{\text{N. conciliazioni}}/_{\text{N. mediazioni}}$) per individuare i quattro scenari possibili a cui un ordinamento giuridico deve adattare le proprie *policy* (tab. 2.5):

		Tasso di successo delle mediazioni	
		Basso	**Alto**
Volume delle mediazioni	**Tante**	Mediazione obbligatoria indiscriminata scelta come sistema di abbattimento del contenzioso giudiziale. *Verificare la qualità dei mediatori.* *Selezionare fattispecie e materie adatte.*	Deflazione del contenzioso giudiziale. *Modello efficiente.*
	Poche	Normativa insufficiente e scarsa informazione pubblica. *Investire sulle infrastrutture* ADR. *Informare il pubblico.* *Introdurre la mediazione obbligatoria.*	Mediazione esclusivamente volontaria. *Incentivare il ricorso alla mediazione con premi fiscali e giuridici.*

Tabella 2.5. *Matrice di efficienza della mediazione (da De Palo/D'Urso, 2016: 19).*

De Palo/D'Urso (2016: 21) ritengono che l'Italia[46] rappresenti la mediazione obbligatoria con la cella in alto a sinistra (tante mediazioni poco efficaci), ma che rappresenti la mediazione facoltativa con la cella in basso a destra (poche mediazioni molto efficaci).

La "frontiera delle possibilità giudiziarie" (fig. 2.1) rispecchia i processi storici che hanno caratterizzato la diffusione della mediazione e degli *ADR* negoziali. Una lunga era di "monopolio" del giudizio, strumento privilegiato per risolvere le liti, (quadrante poche-basse della tab. 2.5) ha preceduto l'introduzione della mediazione o degli altri *ADR* che volessimo collocare sull'asse delle ascisse. Lo sviluppo della mediazione poi ha consentito lentamente di sostituire la giustizia ordinaria con quella alternativa (quadranti "italiani" tante-basso e poche-alto della tab. 2.5), laddove la curva rispecchia andamenti marginali decrescenti nel tratto a sinistra del punto *BRTN* (fig. 2.1), con ridu-

45 Gurrieri/Lorizio (2014: 102) convengono sul punto, benché indirettamente.

46 L'Italia può misurare le prestazioni del proprio modello di mediazione perché raccoglie i dati relativi ai procedimenti di mediazione svolti, a differenza degli altri Stati membri dell'UE che, invece, devono ancora implementare un sistema di rilevazione statistica.

zione meno che proporzionale delle sentenze rispetto all'incremento delle soluzioni *ADR*. L'inversione del saggio marginale (crescente a destra del punto *BRTN*) ha infine invertito il rapporto numerico tra i risultati giudiziali e *ADR* (cfr. Galanter, 2004) e consentirebbe di collocare un ordinamento nel quadrante tante-alto della tab. 2.5.

La situazione italiana attuale gravita ancora in prossimità del punto "pre-2003" della fig. 2.1, come dimostrano i dati statistici che riferiscono, per l'anno 2011, un carico di 60.810 mediazioni civili attivate (Direzione Generale di Statistica, 2012: 3), cresciute a 196.247 (*ead.*, 2016: 2), a fronte di 4.879.384 giudizi di primo grado – tra Tribunali e Giudici di Pace (ISTAT, 2013: 11) –, quindi un rapporto inferiore allo 0,05%.

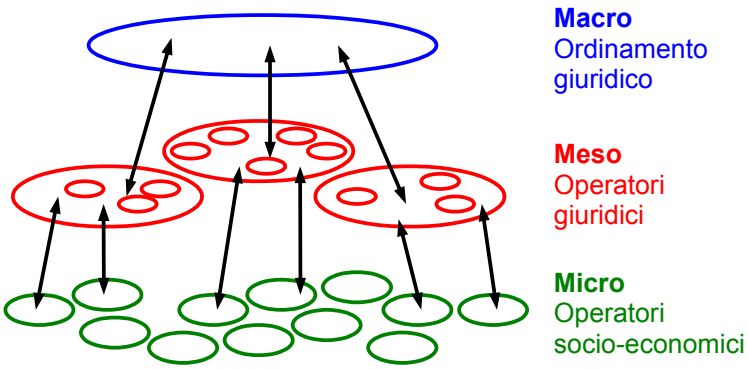

Figura 2.2. *Modello di distribuzione multi-livello (elaborazione di Geels, 2002: 1261).*

La diffusione degli *ADR* negoziali lungo la curva di trasformazione (fig. 2.1) dipende dalle politiche legislative di una nazione, ma anche dalle pressioni esercitate dai gruppi d'interesse sul legislatore[47], oltreché dai bisogni reclamati dai cittadini. La transizione verso scenari più vicini al *BRTN* (fig. 2.1) rievoca il modello che Geels (2002) – sulla scorta di Nelson/Winter (1982) – ha elaborato per analizzare le transizioni tecnologiche come espressioni dei processi evolutivi. Un modello che, riadattato (fig. 2.2.), spiega come le istanze per una giustizia ragionevole e l'adozione di strumenti informali (come la mediazione civile) emergano "dal basso", da un microcosmo frammentato e, magari, confuso (la collettività di operatori socio-economici coinvolti nei processi negoziali più disparati; cfr. tab. 3.1); un ambiente pulviscolare che, comunque, esprime il desiderio di un cambiamento pragmatico, correlato ai risultati e basato sulla fiducia nell'efficacia di strumenti innovativi come gli *ADR* negoziali.

Le istanze del micro-livello entrano in conflitto con la logica e con le procedure del

47 Cfr. i riferimenti già fatti a Wilson (1980b) nel cap. 2.1.

sistema giuridico consolidato (il meso-livello in cui operano reti di operatori della giustizia), oltreché con la struttura culturale della società (il macro-livello espresso dall'ordinamento giuridico in sé; lo *status quo*). La "pressione" esercitata dal micro-livello e l'emersione (accidentale) di opportunità o problemi nel meso-livello e nel macro-livello suggeriscono come introdurre gli *ADR* e come applicarli per affrontare e superare conflitti pragmatici, anche modificando la prassi o le strutture di pensiero correnti negli ultimi due livelli.

Gli operatori giuridici (nel meso-livello) tendono a ostacolare l'adozione degli strumenti negoziali proposti dalle nicchie (nel micro-livello), almeno finché ne sperimentino i risultati positivi[48] o quando debbano adattarsi a riforme strutturali (operate nel macro-livello). Riforme che, però, richiedono tempi lunghi per la proposizione e la discussione, l'elaborazione e la promulgazione.

La transizione verso uno scenario giuridico di *ADR* negoziali diffusi risulta dall'interazione coordinata tra i livelli del modello di Geels (2002). Il cambiamento richiede una "pressione" esercitata dal macro-livello sul meso-livello: già imposta dal D.Lgs. 5/2003 e dalla prima versione del D.Lgs. 28/2010; contrastata dai ricorsi che portarono alla sentenza n. 272/2012 della Corte costituzionale; esercitata nuovamente dalla L. 98/2013 e dalla L. 162/2014.

La pressione "dall'alto" consente al meso-livello di scoprire le caratteristiche degli *ADR* (nelle interazioni pragmatiche tra meso-livello e micro-livello) e le opportunità conseguenti: le competenze dei mediatori civili e dei negoziatori che applichino tecniche specifiche (cfr. cap. 3) interagiscono con quelle dei giuristi per problematizzare lo scenario, svelando i limiti e le potenzialità degli strumenti, modellandone l'applicazione alle fattispecie più adatte a recepirli. La L. 98/2013 perciò ha escluso dalla mediazione "obbligatoria" il risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli e natanti.

Le capacità negoziali di giuristi e mediatori hanno la responsabilità di consentire lo sviluppo o l'arresto di questa fase: il D.M. 180/2010 (art. 4, c. 3), infatti, impone percorsi di formazione e aggiornamento approfonditi e continui, di cui il D.M. 145/2011 (art. 2) e la sentenza n. 05230/2015 del Consiglio di Stato hanno ribadito l'imprescindibilità, sulla scia della direttiva 2008/52/CE (art. 4, c. 2).

48 Risultati che gli operatori giuridici possono registrare nella propria vita privata (al micro-livello), ma anche in quella professionale (al meso-livello), con strumenti sperimentali come il "diritto collaborativo" (Dalfino, 2015 e Foddai, 2015).

3. Efficienza e qualità della giustizia

La Commissione Europea chiarisce che la qualità della giustizia svolge un ruolo strategico nella progettazione di un ambiente favorevole alle imprese e ai cittadini che promuova gli investimenti perché:

> i sistemi giudiziari efficienti svolgono un ruolo fondamentale per ristabilire la fiducia in tutto il ciclo economico. Laddove i sistemi giudiziari garantiscono una corretta esecuzione dei contratti e applicazione dei diritti, le imprese sono dissuase dall'assumere comportamenti opportunistici, i costi delle operazioni si riducono e gli investimenti possono raggiungere più facilmente settori innovativi che spesso fanno affidamento su attività immateriali (come per esempio i diritti di proprietà intellettuale). Una maggiore efficienza dei tribunali favorisce l'ingresso degli imprenditori nel mercato e promuove la concorrenza. Studi dimostrano che sussiste una correlazione positiva tra le dimensioni delle imprese e l'efficienza del sistema giudiziario e minori incentivi agli investimenti e alle assunzioni e carenze nel funzionamento della giustizia. (CE, 2015: 5-6).

Il quadro di riforme detto "Destinazione Italia", del resto, già rilevava che gli investitori e gli imprenditori hanno bisogno di un sistema-giustizia capace di sostenere «ogni passo del "ciclo di vita dell'investimento"» (Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2013: 9) e che, purtroppo, il sistema della giustizia costituisce il vincolo più problematico del sistema economico italiano (*ibid.*: 15).

La BCE (2016: 79), infatti, ribadisce che la certezza del diritto, insieme ad altri fattori istituzionali, sostiene le strutture economiche e il mercato (del lavoro e dei prodotti) e ne consente il funzionamento e lo sviluppo. L'Italia, purtroppo, occupa il penultimo posto, dopo la Grecia, nella graduatoria stilata dalla BCE (2016: 81-83) sulla qualità delle istituzioni nell'area Euro: i Paesi con istituzioni deboli dimostrano una predisposizione elevata a subire shock economici.

> Istituzioni di alta qualità, tra cui i sistemi giudiziari nazionali, sono determinanti per la performance economica. Affinché la giustizia sia efficiente, occorre qualità a tutti i livelli. La mancanza di qualità delle decisioni giudiziarie può aumentare i rischi imprenditoriali per le grandi e le piccole e medie imprese e influire sulle scelte dei consumatori (CE, 2015: 21).

L'esigenza di adottare o rinforzare strumenti di soluzione dei conflitti alternativi a quelli offerti dalla giustizia ordinaria (come previsto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2013: 16) deriva da una crisi istituzionale, ma anche sociale. Le istituzioni, da

una parte, dimostrano modalità operative disfunzionali che il proliferare di norme e regolamenti stentano a correggere; la collettività, d'altra parte, dimostra un orientamento tutto italiano al litigio come forma prediletta di gestione del conflitto[49] (cfr. tab. 2.4). L'esigenza di trovare risposte "altre" (diverse da quelle istituzionali), però, dipende anche dalle ragioni economiche giustificate con i dati riferiti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013: 9), da Barbuto (2015) e da Maciocchi (2015) in occasione della conferenza stampa di presentazione del *V Salone della Giustizia*: l'Italia paga circa 8 milioni di Euro al mese per indennizzi dovuti alla durata "irragionevole" dei processi ai sensi della L. 89/2001 (c.d. "Legge Pinto"). Le domande di indennizzo *ex* L. 89/2001 ammontavano, a Dicembre 2014, a € 455 milioni.

L'AP registra una crisi disfunzionale talmente grave da spingerla – quando senta l'esigenza o il dovere di farlo – a progettare un «rimedio auto-gestito» o "riforme senza riforme", per dirla con Barbuto (2015), che descrive la proposta operativa di *case management* e *court management* con cui il Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria del Ministero della Giustizia propone ai dirigenti degli uffici giudicanti di smaltire il contenzioso arretrato facendo appello alla buona volontà del personale ministeriale, a «legislazione immutata». Iniziativa encomiabile per il suo pragmatismo, ma che rivela disfunzioni di fondo ormai troppo radicate: l'AP stessa, insomma, comprende di dover inventare soluzioni "alternative" a quelle che le *policy* attuali e le norme mettono a sua disposizione.

La legge disciplina – forse pervasivamente – ogni aspetto dell'azione pubblica, ma le disfunzioni perdurano nel tempo forse perché la crisi – etica, morale, economica, ecc. – affligge soprattutto le persone (quindi la società nel suo insieme), oltreché l'ordinamento giuridico. Gli *ADR* negoziali possono rispondere in parte alla crisi proprio perché consentono di analizzare e gestire i problemi partendo dall'identità delle persone, anziché dalle norme, dai diritti e dai principi: ripartire dal *petentem* anziché dal *petitum*.

La crisi giuridico-economica potrebbe rientrare se i processi durassero meno o se diminuisse il loro numero complessivo. Fenomeno che ha iniziato il suo corso tra l'inizio del 2010 e la prima metà del 2013 (cfr. la Direzione Generale di Statistica, 2014: 2), con una riduzione dell'11,2% delle pendenze (compresa la Cassazione); perché, in parte, la crisi economica ha ridotto il volume degli affari (quindi anche le liti potenziali) e ha tradotto i costi di accesso ai procedimenti in un disincentivo a chiedere giustizia; ma anche

49 L'ISTAT (2016: 1) rileva che il 52% delle persone coinvolte in un processo civile dichiara un'insoddisfazione profonda per il risultato conseguito, soprattutto in relazione al tempo trascorso e ai costi sostenuti per condurre a termine il processo.

perché, d'altra parte, il legislatore ha introdotto e potenziato gli strumenti *ADR*, come suggerisce il direttore generale delle statistiche del Ministero della giustizia (cfr. Dell'Oste/Finizio/Mazzei, 2015: 1).

(a) I dati dell'European Commission for the Efficiency of Justice

Il Consiglio d'Europa, tramite la Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ), valuta ogni due anni, dal 2006, la qualità della giustizia nei Paesi membri, ma anche in altri Stati più di recente, raccogliendo i dati forniti dalle istituzioni nazionali e utilizzando una serie ampia di indicatori, descritti compiutamente dalla CEPEJ (2012 e 2014). Le valutazioni periodiche servono a fornire indicazioni utili per implementare *policy* che soddisfino le esigenze dei cittadini e per redigere le direttive comunitarie orientate a uniformare i sistemi dei Paesi membri (CEPEJ, 2014: 5), ma forniscono anche un quadro della competitività istituzionale e quindi economica (cap. 2.2) di ciascuno Stato membro nello scenario internazionale.

La tab. 2.6 confronta i dati forniti dai 22 Stati membri rispondenti ai questionari sul flusso di cause civili e commerciali di primo grado concluse e pendenti negli anni 2010 (introduzione della mediazione civile e commerciale in Italia), 2012 e 2014[50]. I rapporti sugli anni precedenti, purtroppo, ignoravano i dati sulle cause pendenti alla fine di ciascun anno che, invece, consentono di valutare la produttività dei sistemi giudiziari.

La tab. 2.6 indica l'Italia come il Paese che vanta il numero più elevato di cause civili e commerciali trattate in tribunale (confermando il primato di litigiosità già rilevato nella tab. 2.4), oltreché come un Paese abituato a registrare un numero di cause pendenti a fine anno maggiore di quelle esaurite durante l'anno stesso (addirittura un milione di cause pendenti in più rispetto a quelle risolte), insieme a Croazia, Grecia (nel 2012), Malta, Portogallo, Slovacchia (nel 2012) e Slovenia.

L'Italia, però, vanta un altro primato notevole: ha ridotto il contenzioso pendente a fine anno nel periodo 2010-2012 di 519.920 = 3.828.612–3.308.692 cause nel corso dei due anni esaminati, con un tasso di variazione del 13,58% = $^{519.920}/_{3.828.612}$ (anche Barbuto, 2014b considera indicativo il «rapporto tra pendenza ed esaurimenti annuali»). Pochi Stati hanno ottenuto risultati migliori di quello italiano: Danimarca (30,86%), Estonia (32,45%) e Malta (13,73%) che, però, hanno esaurito volumi ridotti di contenzioso, ri-

50 La CEPEJ mette a disposizione i dati all'indirizzo Internet www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/STAT/default.asp.

spetto all'Italia, in proporzione al numero di giudici disponibili[51] e al tempo medio impiegato per concludere le cause[52].

Paese	Esaurite nel 2010	Pendenti a fine 2010	Esaurite nel 2012	Pendenti a fine 2012	% pendenti 2012-2010	Pendenti a fine 2014	% pendenti 2014-2012	% pendenti 2014-2010
Austria	112.870	39.762	104.977	38.918	-2,12%	35.068	-9,89%	-11,81%
Croazia	149.290	189.055	173.631	217.582	15,09%	195.718	-10,05%	3,52%
Danimarca	64.657	32.981	50.361	22.804	-30,86%	20.705	-9,20%	-37,22%
Estonia	21.107	12.425	18.370	8.393	**-32,45%**	5.991	-28,62%	-51,78%
Finlandia	10.112	7.164	10.653	9.496	32,55%	8.834	-6,97%	23,31%
Francia	1.764.255	1.347.826	1.675.838	**1.428.811**	**6,01%**	**1.571.438**	**9,98%**	**16,59%**
Germania	1.586.654	798.865	1.578.891	792.594	-0,78%	744.510	-6,07%	-6,80%
Grecia	359.607	187.360	372.296	478.241	**155,25%**	246.839	**-48,39%**	31,75%
Italia	**2.834.879**	**3.828.612**	**2.047.289**	**3.308.692**	**-13,58%**	**2.758.091**	**-16,64%**	**-27,96%**
Lettonia	41.411	37.442	39.044	34.466	-7,95%	31.084	-9,81%	-16,98%
Lituania	205.423	31.056	108.099	26.005	-16,26%	30.149	15,94%	-2,92%
Lussemb.	2.913	1.595	8.155	1.635	2,51%	1.382	-15,47%	-13,35%
Malta	4.428	10.295	4.736	8.882	-13,73%	9.885	11,29%	-3,98%
Polonia	778.641	385.035	944.559	505.040	31,17%	676.875	34,02%	**75,80%**
Portogallo	320.267	366.135	360.694	364.305	-0,50%	N.D.	N.D.	N.D.
Rep. Ceca	474.591	165.991	358.886	171.113	3,09%	225.579	31,83%	35,90%
Romania	963.742	571.950	1.091.430	578.043	1,07%	661.619	14,46%	15,68%
Slovacchia	123.203	122.916	131.856	157.862	28,43%	199.203	26,19%	62,06%
Slovenia	36.820	43.437	39.379	43.675	0,55%	48.389	10,79%	11,40%
Spagna	1.816.559	1.438.719	1.754.816	1.270.383	-11,70%	857.047	-32,54%	-40,43%
Svezia	62.095	31.872	64.651	31.684	-0,59%	28.516	-10,00%	-10,53%
Ungheria	204.275	89.626	454.369	120.187	34,10%	74.290	-38,19%	-17,11%

Tabella 2.6. *Cause civili e commerciali di I grado (da CEPEJ, 2012: 390; 2014: 196; 2014: 197).*

La Spagna (lo Stato che, più di tutti, somiglia all'Italia per entità del contenzioso, benché vanti circa un milione di cause in meno) ha ridotto il contenzioso pendente a fine anno 2012 dell'11,70% rispetto al 2010. La Germania e la Francia (altri Stati abituati a gestire volumi ingenti di giudizi) hanno ottenuto risultati molto meno interessanti: la Germania ha ridotto il contenzioso pendente solo dello 0,78% (benché vantasse un'efficienza giudiziaria già eccellente, con 24,7 giudici per 100.000 abitanti); la Francia, invece, ha addirittura incrementato il contenzioso civile e commerciale pendente (benché vanti un organico di 10,7 giudici per 100.000 abitanti, simile a quello italiano).

Il biennio 2013-2014 ha prodotto risultati altrettanto interessanti: l'Italia ha ridotto il contenzioso del 16,64% nonostante la soppressione della mediazione come condizione

51 Giudici disponibili per 100.000 abitanti (CEPEJ, 2014: 155): 6,6 in Danimarca (0,01% = $^{6,6}/_{50.361}$); 17,7 in Estonia (0,09% = $^{17,7}/_{18.370}$); 9,5 a Malta (0,2% = $^{9,5}/_{4.736}$); 10,6 in Italia (0,0005% = $^{10,6}/_{2.047.289}$).

52 Tempi medi di conclusione dei processi civili: 165 giorni in Danimarca; 167 in Estonia; 685 a Malta; 590 in Italia (CEPEJ, 2014: 210). La Danimarca, inoltre, ha ricevuto stanziamenti specifici per ridurre il carico giudiziario (CEPEJ, 2014: 201).

di procedibilità dell'azione giudiziale tra l'anno 2012 (ottobre) e il 2013 (agosto). L'Italia comunque ha ridotto il contenzioso civile e commerciale del 27,96% tra l'inizio del 2011 e la fine del 2014, mentre la Francia l'ha visto crescere del 16,59%.

I tribunali italiani, insomma, dimostrano una produttività elevata[53] rispetto a quella degli altri Stati membri. Un risultato efficiente rispetto alla quantità, ma inefficiente rispetto alla velocità di produzione – con una media di 24,6 mesi per esaurire un giudizio di primo grado nell'anno 2010 e 38,3 mesi per un giudizio di secondo grado (ISTAT 2016[54]) –, che incide negativamente sulla competitività del Paese, come confermano la Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013) e Barbuto (2014b).

La produttività complessiva dei giudici italiani, però, potrebbe risultare eccellente, anche sotto il profilo della velocità, se continuasse a diminuire la quantità di cause iscritte ogni anno, come progettato dalla politica italiana d'integrazione e potenziamento degli *ADR* per "ridurre la domanda patologica di giustizia" (Stramaglia, 2014: 77). I primi due anni italiani di "mediazione obbligatoria sperimentale" (già lodata dalla Ris. 2011/20206INI del PE), infatti, sembra che abbiano prodotto risultati notevoli: la riduzione del contenzioso in misura del 27,96% in quattro anni (13,58% in due anni) dipende in parte dall'applicazione del D.Lgs. 28/2010. Gli altri Paesi membri vantano risultati peggiori, anche considerando che la Francia adotta un modello di mediazione esclusivamente volontaria e che la Germania e la Spagna hanno disciplinato l'istituto della mediazione – anch'essi su base esclusivamente volontaria – solo nell'anno 2012.

La Grecia, per inciso, rappresenta un caso esemplare del rapporto tra crescita economica e qualità della giustizia (cap. 2.2): il suo contenzioso civile e commerciale ha subito un incremento del 155% tra l'anno 2010 e il 2012, proprio mentre la Fitch Ratings Inc. ne studiava e dichiarava il *default* imminente, con la minaccia conseguente dell'uscita dall'UE. La riduzione repentina (–48%) del contenzioso greco nel biennio successivo (2012-2014) rappresenta infine un segnale di *performance* negativa ulteriore, anziché di crescita, perché indica una contrazione generale della domanda di giustizia dovuta proprio alla crisi economica, che ha fatto spostare la spesa delle famiglie verso altri servizi.

La CEPEJ, purtroppo, dispone solo di dati sulla tipologia di mediazione adottata in ciascuno Stato membro (facoltativa o obbligatoria, vincolante o meno, ecc.), sul numero di mediatori accreditati in ciascuno Stato e sulle materie conciliate giudizialmente. Ri-

53 La produttività dei tribunali italiani ha registrato una crescita nel corso degli anni 2006-2012 (CEPEJ, 2014: 208-209).

54 Da www.istat.it/it/giustizia-e-sicurezza.

sulta quindi impossibile comparare l'efficacia della mediazione tra i vari Stati membri e il suo impatto sui sistemi giudiziari. Cosa che, invece, consente di fare in Italia la Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia.

(b) I dati della Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia

La Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia raccoglie trimestralmente, dal secondo trimestre dell'anno 2011, i dati relativi al numero di procedure svolte dagli organismi di mediazione italiani, quelli relativi all'esito e alla durata, al valore e alla tipologia di conflitti mediati.

La Direzione Generale di Statistica (2013: 2) riferisce 192.793 procedimenti di mediazione civile e commerciale definiti nel biennio 2011-2012; l'83,5% dei quali "obbligatori" *ex* D.Lgs. 28/2010 (art. 5, c. 1). Il 43,9% del numero complessivo ha condotto a una composizione amichevole del conflitto quando le parti hanno svolto effettivamente la fase negoziale (il 27% dei casi), quindi $0{,}27 \cdot 0{,}43 \cdot 192.793 = 22.383$ conciliazioni, che rappresentano il 4,30% della deflazione giudiziaria misurata dalla CEPEJ (2012 e 2014; tab. 2.6) e già analizzata al cap. 2.3.a. La proporzione stessa, applicata al biennio 2013-2014, restituisce $0{,}24 \cdot 0{,}40 \cdot 180.336 = 17.312$ conciliazioni, che rappresentano il 3,14% della deflazione misurata dalla CEPEJ (2014 e 2016; tab. 2.6).

Il 5,7% delle parti proponenti ha rinunciato al procedimento; quindi l'83,5% di queste ha rinunciato anche al giudizio in virtù della condizione di procedibilità perché avrebbero dovuto dimostrare di aver concluso negativamente la mediazione per poter avviare la causa: altre $0{,}057 \cdot 0{,}835 \cdot 192.793 = 9.176$ liti sottratte ai tribunali che, insieme alle 22.383 già calcolate, rappresentano il 6% della deflazione misurata dalla CEPEJ (519.920 pendenze in meno tra il 2011 e il 2012; cfr. tab. 2.6); senza contare tutti i casi – impossibili da rilevare – in cui le parti, per risparmiare i costi di gestione della lite, hanno utilizzato la mediazione per intavolare trattative poi conciliate informalmente al di fuori del procedimento di mediazione, che perciò risulta formalmente fallito benché abbia condotto a una conciliazione[55].

La mediazione civile e commerciale quindi ha contribuito a ridurre il contenzioso giudiziale sin dalla sua introduzione (D.Lgs. 28/2010); ha smesso di produrre effetti su-

55 Il fenomeno (apparentemente razionale, ma sostanzialmente irragionevole, come molti altri analizzati in questa tesi) costituisce un problema anche secondo Moriconi (2014), che rileva la necessità di misurare la produttività *ADR* dei giudici, attualmente ignorata: la Direzione Generale di Statistica del Ministero della giustizia contabilizza solo il numero di sentenze emesse dai magistrati (oltreché la durata, la materia e altri dati), ma trascura il numero di cause estinte *ex* art. 309 C.p.c. grazie agli *ADR*.

bito dopo (dal dicembre 2012), con l'annullamento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale *ex* sentenza Cor.Cost. 272/2012, fino alla reintroduzione della condizione di procedibilità medesima *ex* D.L. 69/2013 e L. 98/2013.

La Direzione Generale di Statistica (2016: 5) riferisce un miglioramento delle prestazioni della mediazione, che consente di conciliare il 43,2% dei casi in cui le parti accettino di svolgere effettivamente la fase negoziale (il 46% dei casi): un tasso complessivo di successo pari al 20% circa, che farebbe crescere l'impatto sulla deflazione del carico giudiziario (per es., 38.559 conciliazioni nel 2012, anziché le 22.383 calcolate prima; il 7,4% dell'abbattimento misurato dalla CEPEJ nel biennio 2011-2012, senza contare i procedimenti abbandonati o conciliati informalmente, come già spiegato).

I giudici italiani hanno dimostrato di comprendere bene quanto la mediazione possa abbattere il contenzioso civile e commerciale. La Direzione Generale di Statistica (2016: 7), infatti, rileva che i giudici dispongono di proprio impulso sempre più spesso lo svolgimento della mediazione *ex* D.Lgs. 28/2010 (art. 5, c. 2): dall'1,7% dei casi nel 2011 fino al 9,7% nel 2015; un volume comunque ancora scarso, rispetto alle potenzialità della "mediazione demandata".

La Direzione Generale di Statistica (2016: 7), invece, rileva un diminuzione del ricorso alla mediazione facoltativa, passata dal 19,9% nel 2011 all'8,3% nel 2015, benché le mediazioni attivate su base volontaria continuino a registrare il tasso di successo più elevato: 62% nel primo trimestre dell'anno 2016 (*ibid.*: 12).

Impossibile sapere, purtroppo, in che percentuale l'AP partecipi ai procedimenti di mediazione. La Direzione Generale di Statistica (2015c), però, distingue le materie oggetto dei procedimenti civili movimentati nell'anno 2014 e consente di inferire che l'AP può partecipare ovviamente a qualsiasi tipo di giudizio, ma partecipa sicuramente a quelli per opposizione alle sanzioni amministrative, che rappresentano il 34,4% delle cause pendenti davanti ai Giudici di pace (413.491 casi pendenti alla fine dell'anno 2014); a quelli di pubblico impiego, che rappresentano il 6,4% delle cause pendenti nelle Corti d'Appello (23.094 casi pendenti alla fine dell'anno 2014) e il 2,2% delle cause pendenti nei Tribunali ordinari (61.628 casi pendenti alla fine dell'anno 2014); a quelli previdenziali, che rappresentano il 18,38% delle cause pendenti nelle Corti d'Appello (65.758 casi pendenti alla fine dell'anno 2014) e il 7,87% delle cause pendenti nei Tribunali ordinari (219.882 casi pendenti alla fine dell'anno 2014). L'AP, insomma, potrebbe (provare a) gestire con gli *ADR* il 18% circa del contenzioso che la riguarda ($^{(413.491+23.094+61.628+65.758+.219.882)}/_{4.355.945}$), oltre le altre materie che possono coinvolgerla *iure*

privatorum.

4. Competitività e Amministrazione Pubblica

Il World Economic Forum (2015) colloca l'Italia al 49° posto (su 144 Paesi) nell'Indice di Competitività Globale per il periodo 2014-2015, recedendola dal 42° posto (su 144) occupato per il periodo 2012-2013. L'inchiesta individua l'*inefficienza burocratica* come il fattore problematico responsabile di collocare l'Italia al 106° posto della graduatoria sull'*efficienza delle istituzioni*, valutando anche gli altri indicatori (altrettanto preoccupanti) riassunti nella tab. 2.7, che elenca i fattori per ordine di gravità:

N.	Indicatore istituzionale	Classifica/144
10.	Efficienza della Giustizia per la soluzione delle controversie	143
12.	Trasparenza del legislatore	143
9.	Vincoli della regolamentazione	142
4.	Fiducia pubblica nella classe politica	139
8.	Sprechi addebitabili alla spesa pubblica	139
7.	Favoritismo delle decisioni dei funzionari pubblici	135

Tabella 2.7. *Dettaglio dell'Indice di Competitività Globale, dal World Economic Forum (2015).*

La World Bank (2013: 6 e 39-44) aveva già preannunciato un risultato simile, collocando l'Italia al 160° posto (su 188), con una media di 1.400 giorni per risolvere una disputa in materia commerciale. Barbuto (2015) riassume il problema stesso con altri dati:

> È notorio che la pessima condizione in cui versa la giustizia civile nel nostro Paese – durata irragionevole delle cause, entità dell'arretrato – grava pesantemente sul sistema economico, rallentando gli investimenti di imprese estere e la crescita del PIL; senza contare il giudizio unanime delle imprese operanti in Italia sulla inefficienza generalizzata della giustizia civile.
>
> Sono tristemente note le analisi della WORLD BANK che redige ogni anno (e divulga in tutto il mondo) il rapporto DOING BUSINESS, finalizzato a dare consigli alle imprese dell'economia globalizzata sui Paesi dove è più facile e conveniente «fare impresa»; quindi, dove investire nuove risorse.
>
> Il rapporto contiene delle schede per ciascun Paese in base a 10 "indicatori" (o parametri), uno dei quali è l'«*enforcing contracts*» e attribuisce un «*rank*», cioè una posizione, nella classifica della totalità degli oltre 180 Paesi aderenti.

Si sottolinea che il parametro *enforcing contracts* indica il grado di facilità (o difficoltà) per recuperare una somma di denaro in una normale (si direbbe banale) lite commerciale, in cui una delle parti sia una impresa. La lite corrisponde ad un prototipo unico valido per tutti i Paesi analizzati.

Per l'Italia la rilevazione riguarda solo il Tribunale di Roma, considerato un campione rappresentativo del Paese.

Ebbene, tranne che per il 2014 (rapporto dell'ottobre 2013), l'Italia ha visto progressivamente peggiorare la sua posizione nella graduatoria mondiale, dal 154° dell'anno 2007 (su 181 Paesi) al 160° posto del 2013 (su 188 Paesi), tenendo conto della durata media di una causa commerciale di 1.210 giorni calcolata nel Tribunale della Capitale.

L'Italia si è trovata così in compagnia di Paesi come Gabon, Guinea, Gibuti, Kosovo, Congo e perfino Afghanistan, ben lontana da tutti i Paesi dell'area europea (collocati nelle prime 50 posizioni).

Solo per l'anno 2014, quale conseguenza di una analisi più accurata effettuata nel 2013 in 13 Tribunali situati in 13 Regioni diverse e mutando parzialmente il sistema di misurazione, l'Italia ha raggiunto il posto n. 103, ancora ben lontana dal club dei Paesi europei.

La progressione inarrestabile verso il definitivo collasso registrata tra il 2007 ed il 2013 si è fortunatamente fermata, ma si presenta problematica per il futuro. Infatti nel Doing Business per l'anno 2015 (divulgato nell'ottobre 2014) l'Italia si è classificata al 147° posto (in peius rispetto all'anno precedente).

I problemi sollevati in premessa da Latouche (2000) e Aime (2014) quindi trovano riscontro nei dati empirici. Una ricerca sulle *policy* di gestione dei rapporti tra l'AP e i cittadini (come quella proposta in questa tesi) deve affrontare il tema della *giustizia* (indicatore n. 10 in cima alla lista dei problemi citati dalla tab. 2.7), considerando magari gli *ADR* o comunque gli strumenti negoziali proprio per la loro attitudine caratteristica a facilitare la gestione della relazione e il riconoscimento reciproco, quindi la *trasparenza* (indicatore n. 12 in cima alla lista della tab. 2.7) e la *fiducia reciproca* (indicatore n. 4 analizzato dal World Economic Forum, 2015).

Axelrod/Axelrod (2008, su un'azienda del servizio sanitario pubblico), Rough/Deanna (2008, su una scuola elementare), Levine (2008, su un centro per l'adozione dei minori), per es., hanno dimostrato quali risultati possa conseguire la collettività quando implementa le tecniche di facilitazione per la costruzione del consenso nelle sue procedure amministrative. Implementazione che, ovviamente, richiede investimenti, soprattutto in termini di formazione delle risorse umane.

La CGIA (2015: 5) rileva che l'ammontare degli investimenti complessivi fatti in Italia nell'anno 2014 somiglia a quello dell'anno 1995, che rappresenta il minimo storico

da quando gli investimenti iniziarono a crescere continuativamente fino all'anno 2007, che rappresenta il massimo da cui gli investimenti hanno registrato decrementi continui. La CGIA (2015: 4) distingue anche gli investimenti per settori istituzionali e rileva che le AP li hanno ridotti del 30,8% nel 2014, rispetto all'anno di riferimento 2007. Visione coerente con quella del Ministero dell'Economia e delle Finanze (2014: 13) che registra per l'anno 2012 (rispetto al 2011) un calo del 6,3% della spesa per investimenti diretti delle AP: il Ministero della Giustizia ha sostenuto il 4% della spesa dello Stato (242 milioni di euro nel 2012, rispetto ai 306 milioni nel 2011), di cui oltre il 50% destinata all'acquisto e al restauro di immobili, strutture e impianti per l'amministrazione penitenziaria, gli uffici dell'amministrazione centrale, giudiziaria e per la giustizia minorile. La formazione, insomma, attira una percentuale infima degli investimenti programmati dall'AP, come rileva anche la CE (2015: 32), che dimostra quante poche risorse l'Italia destini alla formazione obbligatoria dei giudici.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze (2014: 137-142), inoltre, riferisce i risultati dell'attività conciliativa svolta dalle direzioni del lavoro nell'anno 2011, cioè dopo l'entrata in vigore della L. 183/2010 che ha trasformato in facoltativo il tentativo di conciliazione – prima obbligatorio – in materia di lavoro subito dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 28/2010 che, invece, ha introdotto la mediazione stragiudiziale quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per le tante materie di cui all'art. 5 del decreto stesso. La strategia legislativa appare irrazionale – perché incoerente e contraddittoria –, ma forse ragionevole perché riconosce l'inefficacia del tentativo obbligatorio di conciliazione e prende atto, invece, di come le parti concilino quando sentano di poter scegliere liberamente di tentare il percorso negoziale.

La Direzione Generale di Statistica (2016: 12), infatti, ribadisce (come aveva fatto già nelle sue rilevazioni precedenti) che la volontarietà del procedimento conduce a un tasso di conciliazione elevato: le parti concludono con un accordo il 62% dei procedimenti attivati su base volontaria quando accettano di procedere con la fase negoziale della procedura, anziché rinunciare a svolgere la mediazione (l'aderente diserta il primo incontro nel 52,6% dei casi). La L. 183/2010, insomma, ha ridotto del 77% i tentativi di conciliazione in materia di lavoro nell'anno 2011 rispetto al 2010.

La relazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze (2014), però, lascia un dubbio circa l'esito delle procedure svolte perché dichiara a pag. 137 un tasso di conciliazioni del 97% (cioè 25.907 accordi su 26.721 casi), ma riporta nelle tabelle riassuntive PL.3, PL.4 e PL.5 (pp. 138-140) 64.300 vertenze trattate e 25.907 conciliate per

l'anno 2011: un tasso, perciò, del 40,29% = $^{25.907}/_{64.300}$ (anziché del 97%) di successo delle procedure (dato coerente con quelli forniti periodicamente dalla Direzione Generale di Statistica per la mediazione civile stragiudiziale). Le tabelle stesse del Ministero dell'Economia e delle Finanze riferiscono 283.900 vertenze trattate e 57.444 conciliate per l'anno 2010 con un tasso, perciò, del 20,23% = $^{57.444}/_{283.900}$ di successo dei tentativi obbligatori. Il tentativo facoltativo, insomma, avrebbe diminuito il ricorso ai procedimenti, ma ne avrebbe migliorati i risultati.

Dati apparentemente confusionari, ma che, comunque, rilevano quanto più le parti riescano a conciliare una lite quando la legge le lascia libere di provare a farlo, anziché obbligarle a tentare la mediazione.

La tab. PL.5 citata (Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2014), però, rileva che gli 11.000 tentativi di conciliazione svolti in materia di impiego nell'AP e nella Difesa hanno trovato solo 1.670 soluzioni amichevoli, cioè il 15,18% = $^{1.670}/_{11.000}$: una delle percentuali più basse registrate nei vari settori analizzati, come se il settore dell'impiego pubblico dimostrasse una ritrosia peculiare a ricorrere (efficacemente) agli *ADR* che l'AP stessa promuove. Sintomo di un'irrazionalità strutturale che andrebbe affrontata ricorrendo prima alla psicologia del lavoro e (solo) poi al diritto.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri deve aver già riflettuto su quanto spiegato al paragrafo precedente perché dimostra di comprendere la portata che gli strumenti negoziali possono avere rispetto alla sfera dei diritti, della produttività aziendale e alla comunicazione pragmatica, quando scrive che la relazione interpersonale:

> può essere interpretata, da un lato, con un'accezione strumentale, nella misura in cui il raggiungimento di un determinato fine necessita l'instaurazione di un rapporto collaborativo o un qualche tipo di interazione interpersonale "positiva". Dall'altro lato, però, essa può costituire anche obiettivo in sé, poiché le persone traggono beneficio anche dalla natura sociale, emotiva, affettiva ed empatica della relazione stessa, anche in contesti lavorativi. A questo proposito, è utile infatti considerare che risulta più facile instaurare rapporti cooperativi, ovvero raggiungere accordi negoziali, con persone con cui si è legati da fiducia reciproca, nonché evidenziare il fatto che il clima e il benessere organizzativo influiscono significativamente sulle performance effettive dei lavoratori. Da qui discende l'importanza di competenze quali l'empatia e l'intelligenza emotiva, ovvero di quelle competenze trasversali legate più al saper essere, che combinate al sapere e al saper fare vanno a comporre l'expertise delle persone e che facilitano l'attivazione di comportamenti collaborativi e cooperativi, al di là della pura applicazione di criteri di comportamento dettati dalla razionalità soggettiva

> e dalla massimizzazione dell'interesse individuale (Pubblica Amministrazione di Qualità, 2013b).

Il Dipartimento per la Funzione Pubblica affronta anche il tema della *customer/citizen satisfaction*, la rilevazione della soddisfazione del cittadino-consumatore che può rispondere a finalità molteplici (Pubblica Amministrazione di Qualità, 2013c):

- Rilevare il grado di soddisfazione dei cittadini rispetto ai servizi offerti.
- Rilevare esigenze, bisogni e aspettative generali e specifici degli utenti e dei gruppi di cittadini.
- Favorire l'emersione di bisogni latenti e l'ascolto di cittadini "deboli" o "dimenticati" più spesso nell'erogazione generale di servizi.
- Raccogliere idee e suggerimenti e promuovere la partecipazione.
- Verificare l'efficacia delle *policy*.
- Rafforzare la comunicazione, il dialogo e la fiducia dei cittadini rispetto all'AP.

Istanze comunque promosse già dal D.Lgs. 150/2009 (artt. 4-16) sulla gestione della *performance* dell'AP, che prevede «la rilevazione del grado di soddisfazione dei destinatari delle attività e dei servizi» oltreché «lo sviluppo *qualitativo* e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti e i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione» (art. 8). L'AP quindi sembra considerare possibile – anzi dovuta – una relazione "dialettica" con i propri *stakeholder*.

Il Dipartimento per la Funzione Pubblica, d'altra parte, affronta anche le problematiche inerenti alla "comunicazione organizzativa", che coinvolge i segmenti interni dell'AP, benché rilevi alcune criticità strutturali che, a quanto pare, l'AP stessa potrebbe superare solo operando un cambiamento culturale profondo delle proprie risorse umane:

> Le organizzazioni di natura pubblica si trovano a dover affrontare due grossi problemi, nel momento in cui decidono di avviare o sviluppare processi di comunicazione organizzativa.
> Il primo è legato direttamente alla natura originaria della struttura organizzativa della burocrazia, disegnata sul modello militare, quindi fortemente gerarchizzato e formale, all'interno del quale le comunicazioni rispettano precise procedure. La natura delle organizzazioni influenza direttamente il tipo di comunicazione. Gli sforzi che sono stati fatti in questi ultimi anni per modificare l'assetto troppo rigido di molte organizzazioni pubbliche non è ancora sufficiente per creare un clima propizio alla maturazione della organizzazione pubblica.

> Secondariamente, lo scarso sviluppo della comunicazione trasversale all'interno degli enti pubblici è un altro limite alla diffusione di un processo di comunicazione organizzativa. In alcuni casi, la stessa comunicazione orizzontale non pare molto efficiente. La mancanza della dimensione traversale all'interno della pubblica amministrazione è legata principalmente al personale. Fra i dipendenti pubblici è infatti molto scarso il senso di appartenenza all'ente: in queste persone è più sviluppata l'identificazione con il proprio settore o servizio, visione che prevale su quella che ricomprende l'intero ente (Pubblica Amministrazione di Qualità, 2013d).

Il Dipartimento per la Funzione Pubblica, insomma, parla lo stesso linguaggio dei consulenti aziendali che addestrano le risorse umane a gestire i conflitti con strumenti di comunicazione non-violenta per massimizzare la loro produttività, massimizzandone anche la soddisfazione individuale:

> *Integrated Clarity (IC) is a process that helps an organization or community discover and articulate its needs critical to its sustainability in a way that benefits the whole system* and *the people in it. It does this by changing the way people communicate and creates conditions that engage people in a way that is more productive than what most are used to* (Miyashiro/Rosenberg 2008: 119)[56].

Gli individui (con le loro esigenze emotive oltreché oggettive[57]), ma anche chi interpreta i bisogni della collettività[58] (come fa il legislatore stesso in alcune disposizioni[59]) riconoscono sempre più quanto la (qualità della) comunicazione interpersonale (cap. 3.1.d) influenzi le interazioni e quindi l'esecuzione – pacifica e diligente – del contratto sociale.

Gli *ADR* negoziali consentono di produrre effetti giuridici tramite la cura della relazione interpersonale e comunicativa meglio di quanto consentano di farlo gli strumenti giuridici ordinari. Gli *ADR* negoziali come la mediazione (civile o familiare), infatti, attivano una serie di strumenti analitici e dialogici che facilitano l'espressione e la comprensione (in tempi ristretti) dei bisogni profondi (che le persone tendono a celare), consentendo di trattare gli aspetti oggettivi di una relazione insieme a quelli soggettivi (re-

56 La Chiarezza Integrata (CI) è un processo che aiuta un'organizzazione o una comunità a scoprire e articolare i propri bisogni critici per la propria sostenibilità in modo tale da arrecare vantaggi al sistema intero e alle persone che ne fanno parte. Fa questo cambiando il modo in cui le persone comunicano e crea condizioni che coinvolgono le persone in un modo che è più produttivo di quello a cui è abituata la maggioranza di esse.

57 Rosenberg (1998) e Boschi (2007) dedicano buona parte della loro ricerca ad accreditare in che misura i bisogni emotivi dell'individuo incidano sulle loro scelte operative e comportamentali.

58 La Pubblica Amministrazione di Qualità (2013a-2013d) ha dimostrato un interesse profondo verso la comprensione dei bisogni relazionali dell'individuo come fattore precipuo del benessere collettivo.

59 Il D.Lgs. 150/2009 e la L.R.Lazio 1/2016.

sponsabili di molti conflitti esacerbati), come spiegato nel cap. 3 seguente. L'AP quindi trarrebbe un interesse duplice dall'implementazione degli *ADR* nelle proprie *best practice*: operare con un'efficienza maggiore, capace di rendere più competitivo il Paese (come dichiara essa stessa), ed ottemperare alle proprie stesse disposizioni normative.

Capitolo 3

Le tecniche negoziali

1. Presupposti di un accordo negoziato

Gli individui negoziano quando attivano un processo decisionale per ottenere risultati impossibili da conseguire unilateralmente (cfr. Fisher/Ury/Patton 2005). L'attività negoziale in senso pragmatico – anziché giuridico – consiste nello scambio comunicativo che due o più agenti intrattengono quando almeno uno di loro abbia bisogno della collaborazione altrui per raggiungere i propri obiettivi. L'attività negoziale in senso pragmatico quindi può anche lasciare le parti nella stessa condizione giuridica iniziale, senza produrre effetti giuridicamente rilevanti, ma può modificare la loro relazione personale ed emotiva. Un negozio giuridico, invece, implica un cambiamento sostanziale dei rapporti giuridici tra le parti perché implica che la manifestazione di volontà – l'atto comunicativo – produca effetti giuridici.

Negoziare[60] significa agire per concludere un affare, trovare un accordo; tanto più facile da raggiungere quanto più il medesimo conferisca risultati vantaggiosi a tutti i soggetti coinvolti nelle trattative. Il D.L. 132/2014 (art. 2), per l'appunto, definisce la negoziazione (assistita) come il «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia». Il D.Lgs. 28/2010 (art. 1) ha lo stesso tenore. Chi negozia, insomma, cerca un accordo. Il tentativo può anche fallire, ma consente di sviluppare un dialogo che impegna le parti in un percorso di comprensione reciproca.

Una negoziazione, infatti, può coinvolgere e conciliare solo soggetti che desiderino trovare un accordo: la volontà e i moventi personali giustificano lo sviluppo di una negoziazione; le trattative, d'altronde, servono a rivelare gli interessi e i bisogni sostanziali delle parti. Interessi e necessità, però, dipendono a loro volta dalla condizione emotiva degli individui: emozioni che, paradossalmente, possono indurre un soggetto a rifiutare

60 Dal lat. *nec-otium*, "negazione dell'ozio".

il dialogo.

Le persone, a volte, vivono la condizione liminale di voler raggiungere un obiettivo, ma di voler evitare il percorso necessario per raggiungerlo. Knowles/Linn (2004: 117-148), infatti, identificano strategie persuasive capaci di esaltare il desiderio di raggiungere un obiettivo (dette *Alfa*) o di rimuovere le resistenze al cambiamento (dette *Omega*): le parti coinvolte in una negoziazione devono superare le proprie resistenze al cambiamento prima di intraprendere una trattativa (cfr. cap. 3.1.b) durante il suo svolgimento. Percorso psichico (oltreché basato sugli interessi) che impegna qualsiasi individuo coinvolto in un'attività negoziale; anche chi rappresenta l'AP e tende a disertare gli incontri di mediazione civile per resistere al cambiamento[61].

Negoziare (ma anche solo prepararsi a farlo) crea tensione e stress perché coinvolge emozioni e aspettative importanti, oltreché valori e convincimenti: mette in gioco l'identità stessa delle parti. Un confronto può assumere toni conflittuali e accesi, ma può anche condurre a una catarsi risolutiva, purché i colloqui seguano un percorso evolutivo e costruttivo, anziché contestatorio o violento. Ogni trattativa porta con sé un groviglio di elementi complessi, come la personalità e le emozioni, i valori e le abitudini, che confondono discussioni orientate su argomenti articolati, come il diritto e le obbligazioni, i fatti da accertare e le intenzioni soggettive, ecc.

Simmel (2014), per l'appunto, rilevava che il mediatore "filtra" la comunicazione tra le parti per renderla oggettiva e consentire di svolgere un dialogo razionale: lo smorzamento del tono "personale" consente di conciliare gli avversari, facendoli passare da una dimensione emotiva ad una intellettuale.

> Dal momento che l'imparziale presenta a una parte le pretese e le ragioni dell'altra, esse perdono il tono della passione soggettiva che di solito suscita lo stesso tono dall'altra parte. Si rivela qui salutare ciò che è così spesso deplorevole: che il sentimento che accompagna un contenuto psichico nel suo primo portatore viene di solito considerevolmente indebolito in un secondo portatore al quale si trasmette questo contenuto. [… L]e accentuazioni di stati d'animo le quali accompagnano le pretese cadono di colpo dal contenuto oggettivo, perché queste vengono formulate e rappresentate dall'altro con voce imparziale, e così si evita il circolo vizioso che risulta fatale a ogni comprensione. Cioè che la violenza dell'uno suscita quella dell'altro. […] A ciò si aggiunge il fatto che ogni parte non soltanto ode cose più oggettive, ma deve anche esprimersi più oggettivamente che non in una contrapposizione diretta (Simmel, 2014: 42-43).

61 Cfr. la giurisprudenza citata al cap. 1.2.

L'AP ha già l'occasione di filtrare il tono conflittuale tra privati (come nella gestione degli *ADR*) o parti sociali (come nelle contrattazioni collettive); ma può avere anche l'esigenza di ridimensionare i conflitti che contrappongono i loro interessi a quelli dei cittadini, di altre amministrazioni o di altri Stati. Esigenza che gli strumenti negoziali – gestiti dall'AP stessa o da terzi per suo conto – possono soddisfare.

I mediatori professionisti utilizzano strumenti linguistici con cui separare le informazioni oggettive da quelle soggettive, per ridurre la complessità connaturata ad ogni trattativa, disegnando un percorso di comunicazione efficace, finalizzata alla comprensione reciproca e che aiuti le parti a "inquadrare" lo *status quo* da un punto di vista comune, ma anche a comprendere le esigenze reciproche più profonde; verificare se e quanto le parti abbiano interesse a modificare lo *status quo*; elicitare o suggerire idee coerenti col cambiamento e con gli interessi; verificare che le parti comprendano l'importanza e la possibilità del cambiamento e quindi aiutarle a decidere cosa fare per cambiare lo *status quo*, definendo accordi comprensibili e sostenibili o, in altri termini, ecologici.

L'AP può intercettare le istanze appena descritte per massimizzare la propria produttività, in un'ottica di *governance* aziendale (come suggerito dalla lettura della L. 3/2012 data al cap. 1.1.d), oltreché per assecondare il ricorso e l'adesione agli *ADR* che essa stessa ha promosso (cfr. cap. 1.2). Percorsi che richiedono una conoscenza della teoria e delle tecniche negoziali di cui, perciò, segue una sintesi.

(a) Modalità negoziali

Brett (2000) e Hooper/Pesantez/Rizvi (2005) distinguono il negoziato in 6 tipologie, da diversificare ulteriormente rispetto a 3 registri: le modalità della comunicazione, gli scopi strutturali del negoziato e la tipologia dei risultati conseguibili (cfr. la tab. 3.1). Registri che possono sovrapporsi, configurando, per es., negoziati indiretti a scopo transattivo che conferiscano risultati integrativi oppure negoziati diretti a scopo risolutivo che conferiscano risultati distributivi, ecc.

I negoziati diretti abbattono la possibilità di distorcere i messaggi e provocare malintesi[62], ma consentono anche di affrontare la dimensione soggettiva (o emotiva) di una contrattazione insieme a quella oggettiva. La negoziazione indiretta, invece, limita la possibilità di elaborare la dimensione soggettiva del conflitto perché consente alle parti

62 I malintesi, del resto, aumentano all'aumentare del numero di intermediari coinvolti in uno scambio (comunicativo, negoziale, economico, ecc.) perché gli "anelli della catena" possono distorcere i messaggi quando li scambiano per le parti principali in modalità indiretta.

di limitare o distorcere strategicamente la comunicazione dei propri stati emotivi. La comunicazione faccia a faccia, però, può innalzare il livello della conflittualità, se i partecipanti perdono il controllo emotivo o si scambiano accuse e insinuazioni gratuite. L'AP può sperimentare entrambi i generi di negoziato, sia quando i funzionari entrino in relazione diretta – faccia a faccia – tra loro o con i terzi, sia quando gli uffici interagiscano tra loro o con i terzi mediante lo scambio di documenti o di atti.

	Tipologia	Prassi
Comunicazione	Diretta	Confronto faccia a faccia, con argomentazioni inerenti agli interessi e ai bisogni, con uso degli indicatori non-verbali e condivisione delle emozioni (atteggiamento occidentale).
	Indiretta	Ricorso a intermediari (avvocati, negoziatori, ecc.) o *media* (lettere, telefonate, ecc.), con argomentazioni anche metaforiche e allusive (atteggiamento orientale).
Scopi	Transattiva	Confronto sul prezzo di compravendita di un bene o sulle modalità di una collaborazione (tipico del mondo commerciale), con scambio di concessioni e rinunce reciproche.
	Risolutiva	Confronto finalizzato a risolvere un conflitto (tipico del mondo giuridico), con scambio di concessioni e rinunce reciproche.
Risultati	Distributiva	Ripartizione a somma zero (una parte ottiene ciò che perde l'altra) di un insieme di risorse limitate, con tentativo di limitare i costi di transazione.
	Integrativa	"Allargamento della torta", con scambio di proposte che coinvolgono emozioni e interessi anche indipendenti dal *petitum* principale, e condivisione di informazioni per capire i valori e le esigenze reciproche.

Tabella 3.1. *Tipologie di negoziazione.*

I negoziati distributivi, di solito, interessano i conflitti con asimmetria soggettiva (come quelli tra un individuo e un'impresa grande o medio-grande) o quelli caratterizzati dalla rigidità delle posizioni di almeno una parte. Questo tipo di negoziati limita le trattative alle pretese iniziali e ai punti di resistenza (o prezzi di riserva o limiti di salvaguardia) che ciascuna parte comunica all'altra. I negoziati integrativi, invece, consentono di esplorare le emozioni e i bisogni sottostanti al *petitum* o indipendenti da esso; informazioni che consentono di "allargare la torta" perché introducono argomenti di discussione nuovi e obiettivi collaterali che possono creare "valore aggiunto".

La cronaca ci ha abituati a interpretare questo "allargamento della torta" in tema di azione pubblica col significato dispregiativo della cointeressenza di interessi privati in quelli pubblici, svilendo e addirittura screditando i ruoli degli intermediari[63]; le AP

63 Le inchieste (giudiziarie e giornalistiche) del 2015 sui facilitatori del "mondo di mezzo" hanno squalificato il ruolo etico dei mediatori.

orientate alla *multilevel governance* (anziché i loro rappresentanti), invece, potrebbero cogliere le opportunità offerte dai negoziati integrativi per tutelare o espandere i propri interessi in seno ad accordi interdipendenti e di portata ampia.

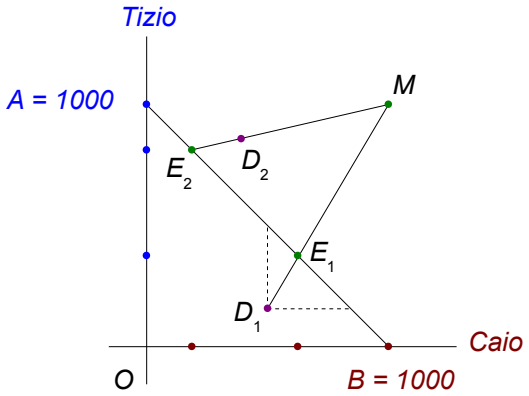

Figura 3.1. *Negoziato distributivo.*

Il negoziato rappresentato nella fig. 3.1 ha le caratteristiche di un gioco a somma zero (Thurow, 1980) ovvero di una distribuzione di risorse per cui Caio potrebbe ottenere € 1000 (punto *B*) se Tizio rinunciasse a tutta la somma (0); ma, viceversa, Tizio potrebbe conseguire lo stesso obiettivo di Caio, ribaltando la pretesa iniziale (punto *A*). Identificare un obiettivo personale (come *B* per Caio) spesso comporta "credere" che l'altra parte vanti una pretesa speculare (come *A* per Tizio), con la conseguenza di innescare una competizione. Discutere dei propri bisogni e interessi, invece, consente di identificare obiettivi eterogenei per i quali valga la pena collaborare.

Le parti in competizione possono distribuire la somma in maniera ottimale, evitando sprechi ($x+y = 1000$ in un punto qualsiasi del vincolo $\overline{AB}$), oppure in maniera inefficiente, facendo "sciogliere il gelato" ($x+y < 1000$ in un punto qualsiasi all'interno dell'area *AOB*). Ciascuna parte conosce il proprio prezzo di riserva, al di sotto del quale rifiuta di concludere un accordo. I limiti di salvaguardia individuano un punto di disaccordo comune (come D_1). Le parti negoziano nell'area compresa tra il vincolo $\overline{AB}$ e il punto di disaccordo (l'area delimitata dai segmenti tratteggiati).

La soluzione razionale del negoziato (il punto E_1; cfr. Kalai/Smorodinsky, 1975) emerge confrontando il vincolo $\overline{AB}$ (la realtà) con i desideri delle parti, rappresentati dalla retta $\overline{DM}$ che unisce il punto di disaccordo ($D_1 \in AOB$) con quello di soddisfazione massima, ma assurda, di entrambi (*M*, dove ciascuno otterrebbe € 1000). L'equazione

del sistema di $\overline{AB}$ con $\overline{DM}$ risolve il negoziato, calcolando la cifra che Caio può accettare per concludere l'accordo:

$$E_{Caio} = M_{Caio} - \frac{M^2_{Caio} - (M_{Caio} \cdot D_{Caio})}{(2 \cdot M_{Caio}) - D_{Tizio} - D_{Caio}}$$

Le parti potrebbero avere esigenze troppo elevate e, perciò, potrebbero individuare un punto di disaccordo eccessivo rispetto al vincolo $\overline{AB}$ (come $D_2 \notin AOB$): dovrebbero allora rinunciare a qualche pretesa, per accordarsi ($E_2 < D_2$).

Una transazione come quella appena schematizzata spreca parte delle risorse quando le parti incaricano un terzo di aiutarle a negoziare, perché il suo compenso riduce la somma in palio. Ogni lite, del resto, comporta danni collaterali perché implica un investimento di risorse economiche, energetiche e temporali: *costi di transazione* che impoveriscono il risultato finale. Un negoziato efficiente può contenere i danni, ma può anche arricchire le parti. I negoziatori integrativi parlano di "allargamento della torta" quando una mediazione svela risorse altrimenti ignorate; di "contenimento dei danni", invece, quando una mediazione scongiura gli esiti peggiori.

Le persone, però, perdono di vista i danni collaterali e la possibilità di conseguire risultati differenti da quelli ancorati al *petitum* del conflitto quando discutono le proprie posizioni di principio (per convincere gli altri della propria buona fede) e quando decidono solo in base alle emozioni che provano (per scongiurare quelle negative o confidando in quelle positive). Le parti, invece, dovrebbero considerare le conseguenze delle proprie azioni (cfr. Fisher/Ury/Patton, 2005: 135-146) per identificare le Migliori Alternative all'Accordo Negoziato (MAAN[64]), ossia ciò che a ciascuna parte converrà fare se l'accordo fallisse; e le Peggiori Alternative all'Accordo Negoziato (PAAN[65]), ossia i danni che ciascuno subirà e che dovrebbe evitare di subire se il tentativo di trovare un accordo fallisse. Una conciliazione dovrebbe scongiurare le PAAN e conferire risultati migliori delle MAAN; o, per dirla con Mnookin (2010: 30), un soggetto dovrebbe rifiutare qualsiasi accordo di valore inferiore alla propria MAAN e, quindi, accettare quelli di valore superiore ad essa oppure dovrebbe scegliere la MAAN.

La commistione illegale e disastrosa degli interessi privati con quelli pubblici (cfr. *supra*) trova ragione nella possibilità per certi soggetti privati di perseguire MAAN personali che innescano PAAN di rilevanza pubblica. Il profitto illecito di un soggetto rap-

64 In ingl. *BATNA*, *Best Alternative To a Negotiated Agreement*.
65 In ingl. *WATNA*, *Worst Alternative To a Negotiated Agreement*.

presenta la sua alternativa migliore al patto sociale, all'accordo negoziato per antonomasia. Tanto un dirigente corruttibile di un ente pubblico, da una parte, quanto un imprenditore corruttore, dall'altra, ritengono migliore tradire la collettività, anziché rispettarla. Soggetti che valutano la portata delle proprie decisioni in base a cornici (*frame*) cognitive che richiederebbero un'analisi svolta con gli strumenti della psicologia sociale, prima che con quelli del diritto. La legislazione (efficace) quindi potrebbe presupporre un'analisi strategica preventiva.

MAAN e PAAN rivelano il potere negoziale delle parti (e quindi *il* potere): la loro capacità di imporre soluzioni o la loro necessità di accondiscendere alle proposte altrui. Ciascuna parte può avere una percezione nitida del potere dell'altra solo quando riconosce le MAAN e le PAAN reciproche; cioè quando le persone condividono le informazioni. Ciascuna parte, invece, potrebbe avere una visione distorta delle capacità dell'altra (tanto in eccesso quanto in difetto), con la conseguenza di decidere in modo inefficiente.

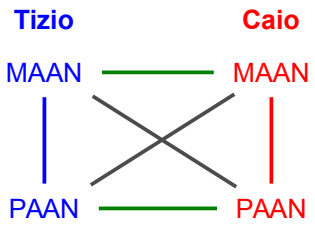

Figura 3.2. *Punti di forza e debolezza.*

La condizione negoziale di un soggetto emerge misurando la quantità delle sue MAAN e PAAN (gli assi verticali della fig. 3.2): un individuo potrebbe avanzare pretese se avesse una o più MAAN, senza PAAN; dovrebbe, invece, proporre soluzioni interessanti per l'altra parte se avesse più PAAN che MAAN. Il confronto delle alternative di una parte con quelle dell'altra (gli assi orizzontali della fig. 3.2) rivela quante alternative (migliori o peggiori) abbia l'una rispetto all'altra e in che modo le alternative possano modificare il benessere dei soggetti. Il potere negoziale di ciascuna parte, però, emerge soprattutto individuando una corrispondenza diretta tra le MAAN di una parte e le PAAN dell'altra (le diagonali della fig. 3.2): chi innescasse una PAAN altrui, applicando una MAAN propria, avrebbe il potere di pilotare un accordo.

Una valutazione scrupolosa ed efficace circa le alternative disponibili e le conseguenze delle scelte possibili dovrebbe precedere ogni contrattazione, anche quelle con

cui l'AP progetta regolamentazioni o riforme. La Presidenza del Consiglio dei Ministri (2012), al riguardo, già usa una serie di strumenti con cui valutare la validità delle informazioni raccolte per negoziare; dimostrando, così, un altro segnale dell'interesse che l'AP ha nei confronti delle tecniche di comunicazione efficace e di analisi strategica.

Conoscere le posizioni di principio, gli interessi e le necessità, gli obiettivi e i limiti di salvaguardia, le MAAN e le PAAN delle parti consente di tracciare una mappa del conflitto e di decidere quale stile negoziale adottare (cfr. tab. 3.2) per affrontare una mediazione intera o anche solo una fase singola delle trattative.

Stile	Obiettivi del mediatore
Valutativo	Valutare e suggerire soluzioni tecnico-giuridiche che le parti considerino e ridiscutano, confrontando le proprie opinioni sulla loro validità.
Facilitativo	Elicitare gli interessi sottostanti alle posizioni di principio affinché le parti possano risolvere il problema tramite soluzioni che "allarghino la torta" e che soddisfino ciascuna con un approccio *win-win*.
Strategico	Aiutare ciascuna parte a modificare la propria posizione percettiva del problema per indurre un cambiamento nella logica con cui ciascuno elabora la propria visione della realtà e le proprie strategie negoziali.
Trasformativo	Ripristinare la comunicazione elaborando le emozioni delle parti e i loro schemi decisionali per indurre un cambiamento sistemico nella loro relazione, da recuperare.

Tabella 3.2. *Stili negoziali e risultati.*

Ciascuno stile negoziale risulta più o meno adatto a seconda dei casi, delle esigenze delle parti e della loro relazione, oltreché delle loro personalità. Una mediazione, comunque, dovrebbe sostituire i *modelli relazionali unilaterali*[66] con un *modello di apprendimento reciproco*[67] (Schwarz 2002 e 2009), indipendentemente dallo stile utilizzato, per sviluppare un processo decisionale che consenta alle parti di raggiungere il consenso in base al riconoscimento reciproco dell'identità.

L'AP sembra prediligere, attualmente, lo stile negoziale valutativo, tipico della mediazione tributaria[68], e ha iniziato a sperimentare quello facilitativo, istituendo e partecipando alle mediazioni civili stragiudiziali (D.Lgs. 28/2010). L'AP, però, potrebbe anche implementare l'uso delle tecniche negoziali di stile strategico e trasformativo negli scenari in cui i propri funzionari intrattengono relazioni dirette con il pubblico (come, per

66 Chi negozia in modalità unilaterale dimostra atteggiamenti competitivi e repressivi, egoistici e incuranti delle esigenze altrui, connotati da asimmetria e/o distorsione informativa.

67 Chi negozia in modalità bilaterale incentiva la simmetria informativa progressiva e l'empatia, l'autocritica, la razionalità e la ragionevolezza.

68 La mediazione tributaria prevede l'elaborazione di una proposta, l'analisi della stessa e conseguente accettazione o rifiuto.

es., nel settore sanitario) e nella gestione interna delle risorse umane per conseguire i vantaggi economici discussi al cap. 2.

L'implementazione di *policy* negoziali a sostegno dell'azione pubblica, comunque, dovrebbe implicare l'adozione di strumenti che assicurino la trasparenza delle operazioni; dovrebbe, insomma, consentire la flessibilità caratteristica degli *ADR* negoziali, ma evitando confusioni di interessi, poteri e abusi. Simmel (2014: 45-49), infatti, distingueva i negoziati rispetto alla posizione del mediatore, che può avere un atteggiamento imparziale di distacco[69] oppure di compartecipazione[70]. La letteratura sulla scienza del negoziato (come anche Simmel) demonizza il secondo approccio perché il coinvolgimento emotivo e strategico del mediatore negli interessi negoziati configura asimmetrie informative e squilibri di forze che, nel peggiore dei casi, possono ledere una delle parti e che, nel migliore dei casi, impediscono al mediatore di operare con lucidità. La scienza negoziale, invece, considera importante l'*equiprossimità* del mediatore: la sua capacità di far percepire alle parti il terzo estraneo e imparziale come un soggetto affidabile proprio perché equamente partecipe al loro interesse di individuare soluzioni *win/win*.

Le parti coinvolte in un processo decisionale – soprattutto in quelli ad asimmetria informativa – possono attuare (più o meno intenzionalmente) alcuni comportamenti che ostacolano il raggiungimento del consenso: l'accomodamento, l'ascolto inefficace e i conflitti di preferenza. L'attività di mediazione serve a intercettare questi pericoli e ad evitarli o a riparare ai danni causati da quei comportamenti.

Chi accomoda la propria posizione alle direttive dell'altra parte – per paura o timore reverenziale o stanchezza (cfr. cap. 3.1.a) – rinuncia ad esprimere le proprie idee e, così facendo, impedisce di elaborare idee ed emozioni che potrebbero svelare i malintesi e "allargare la torta". Ostacolo superabile esortando le parti a spiegare i propri bisogni e descrivendo la situazione di stallo in cui l'arrendevolezza alle richieste altrui – paradossalmente – significa una rinuncia a cooperare (come navigando insieme su una barca, ma lasciando che gli altri facciano tutto). Chi ascolta in modo inefficace (anziché attivo) dimostra di travisare o ignorare le esigenze altrui. Ostacolo abbattuto come descritto al cap. 3.2.a oppure palesando alle parti le pretese, le proposte e le necessità reciproche usando una lavagna. I conflitti di preferenza configurano scenari di stallo perché le met-

69 Atteggiamento che consente di depurare le posizioni delle parti dai contenuti soggettivi o di elaborarli per articolare il negoziato sul piano razionale, come nel caso delle liti tra imprenditori e operai mediate da professionisti indipendenti ed estranei ai due mondi in conflitto.

70 Il mediatore, in tal caso, cura gli interessi di entrambe le parti, cercando di consentire la soddisfazione reciproca, perché intrattiene una relazione con ciascuna di esse, come nel caso di una lite tra coniugi mediata dal figlio.

tono in campo i valori e i principi (l'identità) delle parti, impossibili da negoziare. Ostacolo superato aiutando le parti a comprendere le proprie PAAN oppure elicitando ed elaborando le emozioni legate alla frustrazione delle loro preferenze (cfr. cap. 3.2.b).

Questi ostacoli possono emergere nei rapporti tra l'AP e i cittadini – compromettendone l'efficienza – proprio a causa dell'inflessibilità tipica della *governance* amministrativa. Rigidità necessaria a garantire trasparenza ed equità, ma anche espressione, a volte, di una burocrazia inefficiente e trasandata.

L'implementazione di pratiche e strumenti negoziali potrebbe restituire risultati efficienti, se l'AP sviluppasse come competenze peculiari delle proprie risorse umane le funzioni che Simkin (1971: 77-106) considera caratteristiche di un buon mediatore. La funzione *procedurale* (che include la programmazione dell'agenda dei lavori, l'organizzazione delle sessioni congiunte e riservate, la scelta del luogo in cui svolgere le riunioni, la verbalizzazione, ecc.) può attenere alle mansioni specifiche dei dirigenti e dei funzionari già incaricati di svolgere compiti specifici. La funzione *comunicativa* (che include l'uso delle tecniche di comunicazione, la facilitazione del dialogo, la gestione della rigidità negoziale delle parti, ecc.), può implementare o ristrutturare le modalità con cui le risorse umane interagiscono tra loro o con i terzi. La funzione *sostanziale* (che include il suggerimento di soluzioni, l'analisi di MAAN e PAAN, l'organizzazione o la stesura dei termini dell'accordo tra le parti, ecc.) può consentire a certi funzionari, a ciò autorizzati specificamente, di trovare soluzioni "personalizzate e creative" con cui massimizzare i risultati o minimizzare i costi delle pratiche amministrate dai medesimi.

Implementare o sviluppare le funzioni negoziali degli organi amministrativi consentirebbe di rendere più efficiente l'azione pubblica, se questa registrasse il conseguimento dei 10 elementi che, secondo Dunlop (1983), caratterizzano una negoziazione efficace:

1. Ciascuna parte deve trovare un **accordo interno** (tra i propri membri costituenti o rispetto ai propri bisogni e interessi), prima di trovare un accordo con l'altra parte.
2. Il negoziato deve ridurre la complessità delle argomentazioni, frammentando il *petitum* iniziale in **questioni indipendenti**, da trattare singolarmente con più facilità e con competenze specifiche.
3. Le parti, per modificare le proprie posizioni iniziali (generali) e fare concessioni crescenti per concludere un accordo complessivo, devono raggiungere **accordi isolati** sulle questioni (specifiche) che hanno ridotto la complessità del *petitum* originario.
4. Un **termine temporale**, imposto dal mediatore, facilita il raggiungimento di un accordo.
5. L'**informalità** consente alle parti di comunicare i loro bisogni più profondi.
6. Le negoziazioni avviate come **condizione di procedibilità** per azioni successive

producono risultati conciliativi limitati o insoddisfacenti o nulli.

7. Una negoziazione può procedere **parallelamente a una lite**, il cui esito (anche solo prospettato) può influire sul raggiungimento di un accordo.
8. La negoziazione deve procedere in via **riservata** nei confronti dei terzi.
9. Le parti raggiungono un accordo solo se entrambe percepiscono l'**esigenza** di risolvere un problema.
10. La personalità delle parti e il modo in cui entrano in **relazione** influisce sui risultati della negoziazione.

L'AP può (dover) ignorare gli elementi 8-10 (perché l'azione pubblica pretende trasparenza, anziché riservatezza, e opera *erga omnes*, indipendentemente dai tratti caratteriali dei singoli), ma dovrebbe avere interesse a semplificare la gestione di pratiche complesse e a creare un clima collaborativo interno (elementi 1-3). Posizioni che appaiono più controverse rispetto agli elementi 4-7: l'AP esclude procedure informali, ma può voler evitare i rischi connessi ad azioni civili che possano danneggiarla anche per i profili di danno erariale (cfr. la giurisprudenza recente in materia di mediazione civile e il cap. 1.2).

Il mediatore (o chiunque altro voglia utilizzare le tecniche negoziali) semplifica la complessità del conflitto e facilita il raggiungimento del consenso svolgendo alcune funzioni tipiche. Dunlop (1983) ritiene che queste implichino l'analisi delle modalità comunicative delle parti e, conseguentemente, la facilitazione dello scambio di informazioni, anche tramite la raccolta di documenti rilevanti; ma anche la proposta di soluzioni specifiche da una posizione imparziale e disinteressata; e, soprattutto, la rappresentazione della conciliazione come una soluzione ragionevole, moralmente rilevante e conforme agli interessi pubblici.

Susskind (1981: 14) ritiene che la costruzione del consenso, in mediazione, richieda il rispetto di alcuni requisiti procedurali imprescindibili: l'individuazione e l'identificazione di tutte le parti coinvolte in un conflitto necessaria a verificare, di conseguenza, che le stesse rappresentino tutti i centri d'interesse (presupposto che attiene al riconoscimento dell'individuo, oltreché della legittima azione e passiva dei partecipanti); il confronto costruttivo e pragmatico delle posizioni e dei valori contrastanti di ciascuna parte, mediante l'applicazione delle tecniche di comunicazione e negoziazione efficace; lo sviluppo, ad opera delle parti medesime o del mediatore, di opzioni che consentano ai vari centri d'interesse di esprimere almeno una preferenza in merito alle soluzioni amichevoli da adottare e quindi di negoziare concessioni e rinunce adeguate a soddisfare gli inte-

ressi reciproci; l'individuazione di un termine entro cui concludere la procedura, per evitare di mettere in atto comportamenti dilatori; la valutazione congiunta e condivisa di costi e benefici della procedura negoziale, rispetto a quelle avversariali, oltreché una verifica (anch'essa congiunta) circa la legittimità, l'economicità e la fattibilità delle soluzioni disponibili, per promuovere la selezione responsabile e razionale di soluzioni basate sul buonsenso; il rispetto, in fine, degli impegni presi (*follow-up*), o la predisposizione di conseguenze certe a carico della parte eventualmente inadempiente, per premiare i soggetti che agiscono in buona fede, punire quelli in malafede, ma, d'altra parte, consentire anche alle parti che dovessero affrontare difficoltà momentanee ed impreviste di rispettare comunque le proprie obbligazioni senza subire un pregiudizio.

La normativa italiana che disciplina la mediazione civile ha considerato quasi tutti i punti individuati da Susskind (1981: 14), distinguendo l'identità personale delle parti dai centri d'interessi (D.M. 180/2010, art. 16, c. 12) e prescrivendo la partecipazione personale alla procedura (D.Lgs. 28/2010, art. 8, c. 1); imponendo un termine massimo di 3 mesi per la durata della mediazione (cfr. D.Lgs. 28/2010, art. 6, c. 1); prevedendo che gli avvocati attestino e certifichino la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico (cfr. D.Lgs. 28/2010, art. 12, c. 1). La L. 3/2012 (sulla gestione della crisi da sovraindebitamento), inoltre, ha implementato una procedura di *follow-up* atta a garantire i creditori, da una parte, oltreché a premiare i debitori diligenti, dall'altra. La normativa, invece, ha tralasciato di specificare le modalità applicative degli strumenti operativi del mediatore (come le tecniche di comunicazione e negoziazione, la gestione della relazione personale tra le parti, ecc.), pure analizzate da Simkin (1971) e Dunlop (1983) e che la letteratura in materia accredita come gli elementi professionali che distinguono gli *ADR* negoziali dagli altri strumenti di gestione del conflitto.

(b) Complessità del conflitto

Arielli/Scotto (1999), Cosi (2001), Stone/Patton/Heen (2010), Cosi/Romualdi (2012), ma anche altri autori, spiegano che il conflitto emerge come una dimensione caratteristica di ogni relazione sociale, anziché rappresentarne una patologia. Il conflitto, anzi, consentirebbe di rivelare informazioni e risorse che, altrimenti, le persone eviterebbero di condividere. Il conflitto, insomma, rappresenta una delle tante modalità che verificano l'assioma di Watzlawick/Beavin/Jackson (1971: 40-43) secondo cui: «non si può non

comunicare».

La connotazione negativa attribuita al conflitto dipende soprattutto dalla modalità con cui le parti gestiscono la comunicazione, anziché dal conflitto in sé: lite più o meno stilizzata e violenta, ad un estremo, che coinvolge il ricorso al corpo (usato illegittimamente, passando per le vie di fatto) o a rappresentanti (legittimati a gestire il giudizio); negoziato di posizioni o di interessi, a un altro estremo, con cui le persone condividono emozioni e intenzioni in un dialogo empatico. Cosi (2001) spiega con la sua "geografia del conflitto"[71] (tab. 3.3) che le soluzioni giudiziali confinano con quelle basate sulla forza perché invocano (anche solo come una minaccia) l'uso della forza pubblica legittimata dal diritto.

Rinuncia	Negoziato	Mediazione	Arbitrato	Giudizio	Autotutela
←	← Interessi →	→	← Diritti →		Potere
Diminuzione della comunicazione e del controllo		→	→	→	→
Aumento della coercizione e del confronto		→	→	→	→

Tabella 3.3. *Geografia del conflitto (da Cosi, 2001).*

Chi rinuncia al confronto (chi fugge) per evitare una relazione sgradevole abbandona anche la possibilità di soddisfare i propri interessi; tiene lontano il problema, ma lo lascia irrisolto; rifiuta di comunicare, ma assume una posizione di svantaggio perché comunica indirettamente la propria rabbia o paura, che indicano una mancanza di controllo razionale.

Chi ricorre all'autotutela (chi usa la forza) crea un problema aggiuntivo che, di solito, eccede i limiti imposti dalla legge, distruggendo ogni possibilità di comunicare. Un giudice o un arbitro scongiurano l'autotutela, ma ricorrono comunque all'uso della forza (dello Stato), benché legittimata dalla legge o dalle parti stesse. Un giudizio accerta i diritti in gioco, ma circoscrive il conflitto a un regime di comunicazione mediata, anziché diretta, e trascura gli interessi e i bisogni personali delle parti.

Un mediatore facilita la comunicazione diretta, esclude l'uso della forza e aiuta le parti a ideare soluzioni basate sui loro interessi e bisogni, oltreché sul diritto.

Comprendere la complessità del conflitto, soprattutto nella sua dimensione psicologica, consente di comprendere perché gli *ADR* negoziali possono (ri)costruire un dialogo

71 Le Roy (1978) aveva già proposto una lettura simile, distinta tra ordine accettato, ordine negoziato, ordine imposto e ordine contestato, riassunta schematicamente da Rouland (1992: 423).

che chiarisca i malintesi e ricostituisca il contratto sociale. Contratto mediato costantemente dall'interazione comunicativa dei cittadini.

Una mediazione, quale *actus trium personarum*, riedita l'interazione conflittuale dei tre ruoli soggettivi schematizzati nell'analisi transazionale di Berne (1971), secondo cui ciascuno di noi, nelle relazioni interpersonali, reciterebbe un ruolo: quello di *bambino*, con cui perseguiamo i nostri bisogni, affidandoci agli impulsi; *genitore*, con cui imponiamo agli altri le nostre ragioni, i valori e l'autorità; *adulto*, con cui analizziamo razionalmente i fatti per scegliere i comportamenti capaci di preservare l'equilibrio o di migliorare una condizione oggettiva. Ruoli che, inoltre, interagiscono nella vita psichica di ogni individuo e attivano dialoghi e conflitti, anche interiori, che possono complicare le relazioni interpersonali, tanto quanto possono farlo le discussioni messe in scena con gli altri (cfr. Boschi, 2007).

Ciascuno dei tre ruoli impegnati nel gioco delle parti agisce percependo se stesso (*Ego*) e un qualsiasi altro personaggio (*Alter*, interno o esterno) come vincente (+) o perdente (–), configurando così le quattro combinazioni relazionali riportate nella fig. 3.3 (cfr. Lewicki *et al.* 2004): un piano cartesiano i cui quadranti individuano i valori booleani (+ o –) che possono assumere le variabili *x* (*Ego*) e *y* (*Alter*), ma che rappresenta anche l'attenzione rivolta alla relazione interpersonale (*y*) o agli interessi soggettivi (*x*). Hamilton (1964a e 1964b) li considera come costi e benefici distribuiti tra gli attori. Chi rinuncia al confronto ritiene che a *Ego* e ad *Alter* manchino le capacità necessarie per gestire la relazione (–) e gli interessi (–), rinunciando a perseguire o tutelare entrambi, distribuendo i costi della relazione su entrambi gli attori; chi compete per far prevalere i propri interessi (+), aggredendo l'altro e tentando di orientare su di lui i costi transattivi, rinuncia alla relazione (–) perché ritiene di avere a che fare con un *Alter* incapace di gestire i problemi o immeritevole di ricevere alcuna attenzione; chi accontenta ogni pretesa di *Alter* per salvaguardare la relazione o il "quieto vivere" (+) sopporta però i costi transattivi e rinuncia ai propri interessi (–), accomodandoli a quelli altrui; chi negozia con lo spirito *win-win* cerca di salvaguardare la relazione (+), ma anche di assecondare gli interessi reciproci (+) perché ritiene che entrambe le parti abbiano le capacità necessarie per gestire il conflitto proficuamente.

La fig. 3.3 dovrebbe chiarire perché chiamiamo *egoismo* l'atteggiamento competitivo di chi cura solo i propri interessi, mentre chiamiamo *altruismo* l'atteggiamento accomodante di chi rinuncia ai propri interessi per favorire il benessere altrui.

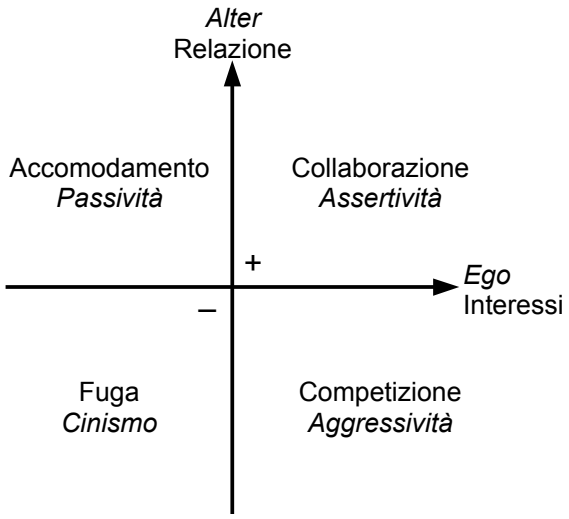

Figura 3.3. *Modalità relazionali e comportamenti.*

I tre ruoli relazionali ricordano le macro-strutture principali della mente, anch'esse impegnate in una negoziazione continua: il *sistema nervoso autonomo* (Bambino), deputato a regolare le funzioni vitali primarie (battito cardiaco, respirazione, digestione, sudorazione, ecc.), che sfuggono al nostro controllo consapevole; il *sistema limbico* (Genitore), con funzioni autoconservative, che reagisce istintivamente alle emozioni, facendoci avvicinare alle risorse allettanti o allontanare dai pericoli; azioni sulle quali abbiamo un controllo scarso; la *corteccia cerebrale* (Adulto), che progetta e coordina azioni complesse e orientate al conseguimento di obiettivi razionali, basati sui valori e sulle capacità personali, che possiamo controllare deliberatamente.

Il sistema nervoso stesso sperimenta conflitti continui tra le sue competenze diverse: la corteccia cerebrale, per es., può ritenere che l'espressione di un'emozione ordinata dal sistema limbico possa comportare risultati inefficienti e quindi può sopprimere alcune azioni muscolari già in corso di esecuzione; il sistema nervoso autonomo può attivare strategie di compensazione di stati emotivi segnalati – anche inappropriatamente – dal sistema limbico (come accade nelle fobie); il ruolo interno del genitore può censurare quello di bambino per rispettare una convenzione sociale, ma prima o poi dovrà fare i conti con la frustrazione innescata nell'individuo.

Il conflitto, insomma, "fa parte della nostra vita" nel senso più pragmatico dell'espressione. Freud (1985) e Simmel (1998), Sartre (1943), Girard (1980) e Clastres (1980), infatti, sostengono che tutte le relazioni sociali nascondano conflitti più o meno negoziabili. Rouland (1992: 287-288), anzi, correla direttamente il grado di aggressività di una comunità con l'intensità dei legami sociali tra gli individui: le persone, insomma,

litigano più spesso e più intensamente all'interno delle relazioni sociali più stringenti o più "importanti". La conflittologia misura i conflitti rispetto a tre gradi di estensione e d'intensità (cfr. la tab. 3.4).

	Estensione	Intensità
Micro-conflitti	Un insieme enumerabile di persone in lite, come un diverbio familiare o una lite tra condòmini.	Le parti possono gestire il conflitto comunicando in prima persona.
Meso-conflitti	Segmenti sociali in lite, come una contestazione tra operai e imprenditori.	Le parti devono gestire il conflitto con l'aiuto di un terzo, come un giudice o un mediatore.
Macro-conflitti	Gruppi etnici in lite, come una guerra.	Le parti rifiutano di negoziare e preferiscono ricorrere alla violenza.

Tabella 3.4. *Stadi del conflitto (da Glasl, 2010).*

I due piani dell'intensità e dell'estensione possono combinare configurazioni molteplici, cosicché un micro-conflitto di estensione può esprimere un macro-conflitto d'intensità (come la rottura irreparabile di un'amicizia); un meso-conflitto di estensione può esprimere un meso-conflitto d'intensità (come una trattativa sindacale).

L'intensità di un conflitto può subire un'*escalation* rapida dallo stadio micro al macro, se le emozioni o i valori delle parti innescano malintesi o violazioni di principi; compiere il percorso inverso, invece, richiede l'impiego di risorse comunicative e psicologiche complesse.

Glasl (2010), inoltre, distingue l'intensità dei conflitti in due categorie ulteriori: conflitti *caldi*, già esplosi, in cui le parti esprimono comportamenti diretti e più o meno violenti o aggressivi, o *freddi*, sopiti, che le parti manifestano con atti comunicativi indiretti (con allusioni e metafore) e mediati (coinvolgendo terzi rappresentanti o dialogando a distanza).

Un micro-conflitto o un meso-conflitto d'intensità (freddo o caldo) manifesta i suoi effetti rispetto alle posizioni di principio (P) delle parti: i loro valori morali e i loro convincimenti, le loro giustificazioni e argomentazioni, ecc. Ciascuna parte tenta di uniformare la posizione dell'altra alla propria, ma lo fa inutilmente perché nessun individuo rinuncia alla propria identità e ai propri valori. Il tentativo che ciascuno (*Ego*) compie per sovrapporre se stesso all'altro (*Alter*) risulta frustrante e, anzi, distrae le persone dallo scopo principale del confronto: ciascuno tenta di trasformare l'altro, anziché discutere per trasformare il problema. Le parti, così, alimentano il conflitto, anziché risolverlo, e

innescano un'*escalation* perché constatano l'inutilità dei tentativi che hanno fatto nel tempo, accumulando insoddisfazione e frustrazione, che un mediatore, invece, deve sfruttare come risorse, reindirizzandone la forza.

Le posizioni di principio nascondo interessi razionali e strategici (I), oltreché necessità primarie (N), che emergono solo quando le parti provano fiducia reciproca in un clima empatico. Le persone, invece, tendono a esprimere i propri bisogni in maniera indiretta, mascherandoli con le critiche e le accuse rivolte agli altri (Rosenberg, 2003: 73), oppure a nascondere i bisogni e gli interessi perché temono che, rivelandoli, possano informare le controparti circa le proprie debolezze.

Interessi e necessità delle parti compatibili tra loro individuano una Zona di Possibile Accordo (ZOPA[72]), che definisce il campo operativo del negoziato.

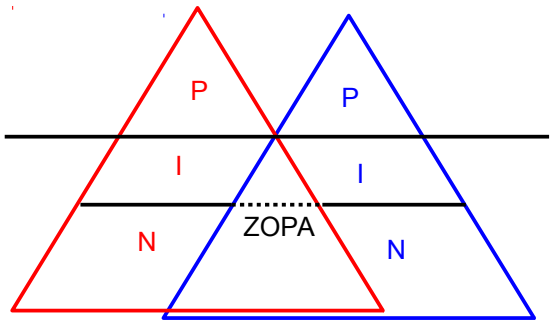

Figura 3.4. *Metafora PIN o degli iceberg.*

Ciascuno dei tre insiemi dell'iceberg PIN contiene due generi di informazioni che Coser (1956: 60) riconduce anche alla natura del conflitto: le informazioni *oggettive* (come i fatti e i documenti, acquisibili e riscontrabili), da una parte, che fondano la dimensione razionale di un conflitto in cui le parti agiscono strategicamente e in cui la loro soddisfazione deriva dal conseguimento di risultati precisi; le informazioni *soggettive* (come i giudizi sulla mentalità e sulla personalità, sulla moralità e sui valori personali), dall'altra parte, che fondano la dimensione irrazionale di un conflitto in cui le parti sfogano le tensioni con atti aggressivi e in cui la soddisfazione deriva dall'aggressione in sé.

Un mediatore considera le due dimensioni (razionale e irrazionale) sullo stesso piano, ma le tratta separatamente. L'*actus trium personarum*, infatti, riedita conflitti e negoziati più profondi e più antichi di quello proposto dalle parti (il *petitum*): un passato che chiede di affiorare e che il mediatore deve elaborare insieme ai problemi di soldi o

72 In ingl. *Zone Of Possible Agreement*.

diritti, colpe o principi, ecc. Il conflitto potrebbe scaturire da informazioni oggettive (fatti incontrovertibili e conosciuti o verificabili): le parti potrebbero risolvere una lite basata su queste informazioni applicando principi giuridici specifici, regole matematiche, soluzioni tecniche, ecc. Le parti, però, tendono ad alimentare la lite, nonostante l'evidenza dei fatti, proprio perché lo scontro coinvolge le strutture profonde della loro personalità, innescando conflitti intrapersonali al fianco di quelli interpersonali.

La soluzione di un litigio quindi passa per un dialogo che, a volte, deve superare la logica razionale e che, invece, deve scandagliare le radici delle emozioni, consentendo alle parti di confrontare i loro sentimenti senza reticenze, ma con buonsenso, e mettendole in condizione di provare empatia reciproca, cioè di comprendere ("capire", ma anche "prendere con sé") ciascuna l'identità dell'altra: criticare idee e problemi, ma rispettare le persone. Stone/Patton/Heen (2010) e Mnookin (2010) rilevano quanto la qualità della relazione personale e comunicativa tra i soggetti coinvolti in una trattativa (l'aspetto pragmatico dell'esperienza negoziale vissuta dai partecipanti) rispecchi i suoi effetti sull'accordo conciliativo, anche in ambito aziendale (dove gli interessi del gruppo dovrebbero eclissare le emozioni personali) e quindi anche nell'azione pubblica regolata da modelli politici sempre più simili a quelli privati.

(c) Litigare per stare insieme

Gli individui possono usare atteggiamenti diversi e contrastanti per comunicare i propri pensieri. L'espressione e il contenuto dei messaggi (informazioni oggettive e soggettive, analogiche e digitali) definiscono la qualità di un colloquio, che può assumere toni più o meno conflittuali. Watzlawick/Beavin/Jackson (1971: 43-36) chiamano «relazione» la modalità con cui le parti scambiano le informazioni, come gli atteggiamenti che usano per dialogare o i ruoli transazionali del Genitore, del Bambino e dell'Adulto (Berne, 1971) che interpretano nel gioco delle parti. Gli stessi ricercatori, invece, chiamano «contenuto» le informazioni oggettive, come i fatti raccontati e i documenti prodotti, le proposte pragmatiche, ecc.

Le parti in lite devono analizzare e discutere razionalmente il contenuto dei messaggi, per gestire un conflitto in modo costruttivo e risolvere un problema; devono instaurare una relazione che consenta loro di accogliere e contenere le emozioni reciproche per chiarire le intenzioni, ma senza che le emozioni stesse influiscano sul loro modo di decidere cosa fare. Devono quindi "elaborare" le emozioni prima di argomentare soluzioni

razionali al conflitto. Le parti coinvolte in una discussione difficile, invece, tendono ad argomentare il problema in base alla relazione comunicativa, alimentando così il conflitto e scatenando, a volte, una lite di secondo ordine, che ruota intorno ai tentativi di persuasione con cui ciascuna parte critica gli atteggiamenti dell'altra.

Ciascuna parte, in un conflitto di secondo ordine, tenta di modificare l'identità altrui secondo i propri modelli, valori e desideri. Queste liti di secondo livello prendono facilmente il sopravvento sul *petitum* principale e innescano, altrettanto facilmente, conflitti subordinati che nascondono il problema principale sotto una massa di commenti soggettivi crescenti (chi ha ragione e chi ha torto, chi fa la cosa giusta e chi sbaglia, ecc.); commenti che impediscono alle parti di discutere in maniera costruttiva riguardo ai fatti che hanno originato la lite, riguardo ai danni subiti, ai vantaggi da conseguire, ecc.; vanificando gli sforzi, dissipando le energie e le risorse; aumentando i costi transattivi e la sfiducia reciproca; deteriorando quindi la possibilità di conciliare la lite col passare del tempo.

Le persone, litigando continuativamente e "alla cieca", dimenticano il motivo per cui hanno innescato una lite e cadono facilmente in trappole di questo genere, che le allontanano dalle soluzioni dei problemi e le bloccano nel circolo vizioso dei commenti relazionali. Chi litiga e discute le questioni di principio oppure argomenta e sostiene un "puntiglio", comunque, dimostra una preferenza per la relazione comunicativa che, paradossalmente, porta le persone a rovinare la relazione stessa. Chi litiga, infatti, pretende che la controparte adotti comportamenti che la controparte stessa rifiuta di adottare e, comunicando in maniera ostile, la disincentiva ad accondiscendere alle proprie richieste, instaurando così un circolo vizioso in cui pretese e discussioni conflittuali alimentano e moltiplicano vicendevolmente il paradosso.

Le parti, invece, devono discutere come risolvere il problema, cioè come trasformare una situazione di disagio in una situazione di vantaggio, per conciliare. Chi litiga commette l'errore di concentrare la propria attenzione sul conflitto, anziché sul problema; investe le proprie risorse nel tentativo di risolvere il conflitto, anziché il problema. I litiganti inefficienti, insomma, tentano di risolvere la relazione comunicativa, anziché trasformare i fatti oggettivi, e con questo atteggiamento ottengono proprio il risultato più deleterio: risolvono la relazione, la concludono, la sciolgono.

Il paradosso, però, nasconde una soluzione al problema perché le persone che preferiscono litigare intorno alla relazione, anziché discutere le soluzioni al problema, evidenziano l'importanza che attribuiscono ai valori e alla persona altrui, benché contrari ai

propri (Rouland, 1992: 287-288). Preferenza che può servire da "leva motivazionale" per aiutare le persone a scegliere comportamenti cooperativi, sfruttando le potenzialità dei paradossi e delle metafore (perché tutte le azioni, anche quelle che sembrano assurde, hanno un movente) e ristrutturando le cornici semantiche individuali o la *mappa del mondo*[73]. Le frasi pronunciate dalle persone indicano il modo in cui la loro mente organizza le informazioni. Le tecniche di comunicazione consentono di analizzare, impostare (in ing. *preframing*), ristrutturare (in ing. *reframing*) o destrutturare (in ing. *deframing*) le cornici semantiche.

Un conflitto che focalizza l'attenzione delle parti sulla dimensione relazionale può nascondere un *doppio legame* (Watzlawick/Beavin/Jackson 1971: 201-208): una relazione che lega gli individui tramite una contraddizione interna da cui almeno una parte prova il bisogno di uscire, ma in cui vuole anche rimanere coinvolta perché il legame garantisce sicurezza, pur distruggendo l'identità; garantisce una continuità relazionale, pur alimentando il malessere; sviluppa un legame di dipendenza, pur coltivando l'ostilità; propone una serie di alternative, ma senza cambiamenti sostanziali.

Le parti coinvolte in un doppio legame riscontrano la struttura illogica e paradossale della relazione e, perciò, finiscono per discutere la validità delle opzioni prospettate da ciascuno o delle argomentazioni o la validità dei principi morali, etici, ecc. di ciascuno, rimanendo però intrappolati proprio per questo nel paradosso; perdendo tempo e sprecando energie, tanto in famiglia quanto in azienda, tanto nel pubblico quanto nella vita privata. Carli/Paniccia (2004) consigliano di evitare «collusioni» con le parti (adesioni alla loro cornice semantica); suggeriscono, invece, di analizzare e rivelare il significato emotivo delle domande, anziché rispondere letteralmente ad esse.

La richiesta delle parti invischiate in un legame paradossale può riguardare un problema (apparentemente) pragmatico, ma solo come metafora (inconsapevole) di un *petitum* emotivo. Rintracciare le similitudini tra le posizioni consente di svelare il paradosso. Analizzare *come* comunicano le persone intrappolate nel doppio legame prima di analizzare *cosa* dicono: discutere con loro di quali emozioni esprimono e provano reciprocamente mentre parlano, anziché di cosa pretendono l'una dall'altra. Meta-comunicare (discutere le modalità della comunicazione), anziché comunicare (esprimere ciò che si prova): spiegare che «sono arrabbiato perché ho ricevuto una richiesta di pagamento già evasa» produce effetti diversi da sbraitare e accusare l'impiegato dell'ente

73 Locuzione coniata da Korzybski (1933) per indicare l'insieme di informazioni sensoriali con cui la mente codifica i ricordi e i modelli di comportamento, convertendo le informazioni sensoriali in locuzioni linguistiche e viceversa.

che ha spedito una cartella di pagamento.

Chi opera in contesti stressanti dovrebbe provare a disinnescare la trappola del paradosso appena ne percepisca i segnali all'interno di una discussione inutilmente faticosa.

Il doppio legame dipende da una relazione morbosa e da regole comunicative ambigue, che un mediatore deve svelare, indicando come il paradosso manifesti la sua presenza, descrivendo le similitudini delle posizioni di principio oppure rilevando l'ambivalenza delle emozioni che prova ciascuna parte, oppure commentando l'adeguatezza (o meno) delle proposte avanzate rispetto alla soluzione di un problema.

(d) Comunicare per mediare

Ferry (2008: 82) spiega che comunicare consiste nel realizzare uno scambio in cui un emittente (*A*) dice qualcosa (*X*) a un ricevente (*B*) riguardo a qualcos'altro (*Y*). *A*, cioè, comunica il messaggio *X* per far conoscere a *B* la propria posizione (intenzionale) rispetto a *Y*. La comunicazione (*X*) risulta efficace quando *A* e *B* condividono le stesse informazioni su *Y*; risulta, invece, inefficace quando *A* e *B* fraintendono le informazioni riguardanti *Y*; quando *B* fraintende le intenzioni di *A*.

Ogni messaggio, insomma, può assumere significati diversi per ciascun individuo, anche in funzione al suo ruolo nella relazione comunicativa[74]. Le persone, anzi, comprendono di solito una porzione limitata (x) dei messaggi che ricevono ($0 < x < 1$), sebbene credano di comprenderne il 100% ($y = 1$). Chiamiamo "sovrainteso" (s) la differenza tra quanto una persona crede di avere compreso (y) e quanto ha compreso realmente (x): $s = y–x$.

Le informazioni sovraintese assumono significati discordanti tra emittente e ricevente, contribuendo a distorcere il significato globale del messaggio: l'emittente *A* intende comunicare un'idea (*Y*), ma *B* ne comprende un'altra (*Z*). Emerge così un malinteso tra *A* e *B* tale che $Z \neq Y$ o, nei termini usati in premessa (4), $[RE_A \neq RI_B] \rightarrow [RI_A \neq RI_B]$.

Un conflitto dipende dai malintesi che insistono sugli interessi e sui bisogni delle persone, sui loro affetti e valori, sui diritti ecc.; dipende dalla comunicazione e, allo stesso modo, può trovare riparazione nella comunicazione stessa.

> Con il termine *comunicazione* si intende il processo mediante il quale determinate *informazioni* o *significati* vengono trasferiti da uno o più individui, o *emittenti*, ad altri individui, o *riceventi*. Si tratta pertanto di un processo di *interazione simbolica*, nel quale la possibilità

74 Cfr. gli insiemi *R*, *RI* e *RE* in premessa, 4.

> di trasferire messaggi avviene sulla base di *segni*, secondo *regole* culturalmente e socialmente condivise, ovvero secondo codici stabiliti convenzionalmente in base all'uso o a criteri convenzionalmente selezionati […].
> I segni possono essere di natura *verbale* […] oppure di natura *non-verbale* (Crespi, 1996/2003: 150-151).

Shannon (1948) e Shannon/Weaver (1963) considerano gli atti comunicativi come un flusso di stimoli e risposte (*feedback*), oltreché interferenze.

Operatore	Operazione
Emittente	1. Codifica dell'informazione (pensiero)
	2. Decodifica dell'informazione (articolazione)
Ricevente	3. Decodifica dell'informazione (ricezione)
	4. Ricodifica dell'informazione (pensiero)

Tabella 3.5. *Modello stimolo-risposta della comunicazione.*

Emittente e ricevente possono subire l'interferenza di alcuni disturbi che alterano l'emissione e/o la percezione del messaggio, modificandone il significato e, a volte, annullandolo. Berne (1953) aggiunge che il ricevente presta molta più attenzione al rumore (la qualità della relazione definita dall'uso comunicativo della voce e del corpo), anziché all'informazione (il contenuto del messaggio definito dalle parole e dal codice), perché il rumore non-verbale o para-verbale (il tono di voce o la grafia, la postura o l'espressione facciale, ecc.) raggruppa un insieme di indizi simbolici analogici che rappresentano le emozioni e le intenzioni dell'emittente. Teoria confermata anche da Mehrabian (1971), che riscontra come un messaggio che trasmette informazioni relative agli stati d'animo o alle intenzioni affettive dell'emittente intercetti l'attenzione dell'interlocutore all'incirca al 7% per il patrimonio linguistico (comunicazione verbale); al 38% per l'uso della voce (comunicazione para-verbale); al 55% per l'uso del corpo (comunicazione non-verbale).

Il rumore qualifica il contenuto delle informazioni (cfr. Watzlawick/Beavin/Jackson, 1971) perché attribuisce un significato (l'intenzione soggettiva) al significante (l'espressione comunicativa). LeDoux (1994 e 1996) e Goleman (1996) spiegano con la neurologia la predilezione umana per l'aspetto soggettivo della comunicazione (93% = 38% +55%) rispetto a quello oggettivo (7%). Gli impulsi nervosi di uno stimolo sensoriale raggiungono il talamo, l'area del cervello che filtra e smista i segnali di *input* verso 2

percorsi: uno monosinaptico e breve (quindi veloce) che afferisce all'amigdala; l'altro polisinaptico e lungo (quindi lento) che afferisce alla corteccia cerebrale prefrontale (cfr. Gori, 2005). Il sistema limbico (talamo e amigdala) regola le emozioni che determinano comportamenti (*output*) impulsivi di tipo aggressivo o difensivo, di gradimento o rifiuto. La corteccia cerebrale, invece, gestisce i comportamenti consapevoli e strategici, come l'articolazione del linguaggio, il calcolo matematico, ecc. I comportamenti non-verbali micromillesimali (che durano meno di 1,5 secondi) e sottili (che impegnano i muscoli in contrazioni inferiori ai 50 millimetri), declinati dall'amigdala, segnalano gli stati mentali di gradimento o rifiuto corrispondenti agli stimoli sensoriali percepiti. Comportamenti che, a loro volta, inducono sensazioni di gradimento o rifiuto nell'interlocutore, innescando un ciclo dialogico simile a quello proposto da Saussure (2009).

Watzlawick/Beavin/Jackson (1971) hanno individuato cinque assiomi della comunicazione:

1. **Non si può non comunicare** perché ogni comportamento comunica qualcosa, anche inconsapevolmente, a chi lo osserva.
2. **La relazione qualifica il contenuto della comunicazione** perché un messaggio cambia significato a seconda dei segni para-verbali e non-verbali usati dall'emittente.
3. **La comunicazione esprime contenuti numerici e analogici** perché trasmette un contenuto verbale, univoco o digitale, insieme a quello non-verbale, analogo allo stato mentale dell'emittente.
4. **La punteggiatura delle sequenze qualifica la comunicazione** perché il ritmo d'eloquio qualifica il significato dei messaggi (registro analogico), ma lo fanno anche i legami logici di dipendenza degli enunciati (registro digitale), come quando una persona tace per reagire al brontolio di un'altra, che brontola per reagire al mutismo della prima…
5. **Gli agenti comunicano in modo simmetrico o complementare** perché possono scambiare informazioni nuove o già note (registro digitale), ma possono anche configurare schemi relazionali di competizione/accomodamento (o aggressione/aggressione) o bambino/genitore (o adulto/adulto), ecc. (registro analogico).

Jakobson/Halle (2002) precisano la teoria di Shannon/Weaver (1963) introducendo le definizioni di *contesto* (l'insieme degli elementi che compongono il messaggio), *codice* (la funzione di trasformazione convenuta e reversibile mediante cui trasferire le informazioni) e *canale* (il tramite fisico su cui viaggia il messaggio). Contributo che stabilisce un assioma: le interferenze e il costo da sostenere per rimuoverle aumentano in misura direttamente proporzionale all'aumentare del numero di canali sfruttati per veicolare un messaggio. Il rischio che malintesi e liti complichino la relazione, allo stesso

modo, aumenta in misura direttamente proporzionale all'aumentare del numero di soggetti interposti tra i litiganti perché i terzi (avvocati, mediatori, rappresentanti, ecc.) riformulano e distorcono i messaggi e le intenzioni delle parti.

Jakobson/Halle (2002) e Jakobson (1960), inoltre, hanno individuato 7 funzioni linguistiche che dipendono dal contenuto del messaggio, che, a sua volta, può evocare uno degli elementi pertinenti al flusso comunicativo:

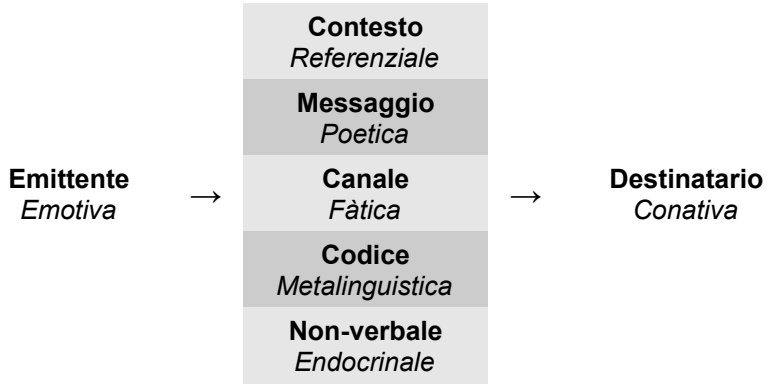

Figura 3.5. *Struttura della comunicazione (Jakobson, 1960).*

L'emittente usa un canale per recapitare al destinatario un messaggio, codificato e arricchito da segnali non-verbali, in relazione a un contesto. Le funzioni linguistiche (emotiva, referenziale, poetica, fàtica, metalinguistica, endocrinale o conativa) – quindi le intenzioni comunicative dell'emittente – dipendono dal contenuto del messaggio, che riguarda uno dei sette elementi del discorso (emittente, contesto, messaggio, canale, codice, linguaggio non-verbale e destinatario). Una domanda, perciò, ha funzione conativa perché l'emittente, quando la somministra, tenta di modificare la posizione del destinatario, "costringendolo" a cedere un'informazione o, comunque, a comunicare; mentre un mediatore che commenta la relazione comunicative tra le parti usa la funzione metalinguistica perché descrive il codice che le parti usano per comunicare; una parte che parla della propria posizione conflittuale sfrutta la funzione emotiva perché condivide le informazioni sulla propria personalità…

Il flusso dialogico tra emittente e ricevente (che ne inverte continuamente i ruoli) impegna il sistema neurale nella ricezione e nella segnalazione di stimoli sensoriali, che Chomsky (1957 e 1965) considera alla base dello sviluppo della nostra competenza innata di eseguire trasformazioni linguistiche. Le frasi che pronunciamo (la rappresentazione esterna della realtà, *RE*; cfr. la premessa) generalizzano, distorcono o cancellano

(insomma semplificano) l'insieme di dati sensoriali che abbiamo accumulato ed elaborato nella mente (la rappresentazione interna della realtà, *RI*; cfr. la premessa). Una struttura linguistica superficiale (*RE*) organizza, secondo regole grammaticali e sintattiche, i vocaboli codificati nel repertorio linguistico e, così, esprime e dà senso alla struttura profonda (*RI*), già organizzata dal pensiero. *RI* che possiamo specificare con strutture superficiali sempre più dettagliate, anche somministrando domande potenti (cfr. cap. 3.2.a) che facilitino l'uso di un linguaggio di precisione da parte degli interlocutori.

Chomsky (1957 e 1965) sostiene che attribuiamo un senso agli enunciati in funzione delle loro relazioni logiche con altri enunciati. Relazioni che strutturiamo nell'esperienza individuale e in quella collettiva mediante la nostra capacità innata di trasformare e giustapporre gli elementi del discorso con combinazioni molteplici: possiamo modificare tempo e coniugazione di un enunciato (trasformando la frase "*il treno arriva alla stazione*" in "*alla stazione arrivava un treno*"), ma anche permutare le relazioni funzionali tra gli enunciati (trasformando la frase "*Giorgio ha il diabete*" in "*i sassi hanno il diabete*"). Comprendiamo che un vocabolo svolge la funzione di soggetto di un enunciato in base alla relazione che intrattiene con un altro vocabolo appartenente alla categoria dei verbi. Comprendiamo che le relazioni tra i vocaboli di un enunciato rispettano o violano le relazioni responsabili del senso: nessuna esperienza reale verificherà mai una relazione funzionale tra le parole "*sassi*" e "*diabete*".

La grammatica trasformazionale propone un linguaggio (artificiale) che descrive il linguaggio (naturale): un *metalinguaggio* (cfr. la funzione metalinguistica di Jakobson, 1960) che Bandler/Grinder (1975) hanno sviluppato come un «linguaggio di precisione».

L'analisi conversazionale proposta da Sacks/Schegloff (1979), Levinson (1983) e Hutchby/Wooffit (1998) consente di verificare che le relazioni interpersonali comportano conflitti e tentativi di composizione amichevole congeniti alla comunicazione. I ricercatori, infatti, hanno distinto gli elementi della conversazione come segue.

A) **Turno**, che consente all'agente di esprimere il proprio messaggio verbale se:
   - il locutore corrente seleziona il locutore successivo;
   - il locutore corrente auto-seleziona se stesso come successivo;
   - il locutore successivo auto-seleziona se stesso come successivo.

B) **Coppia adiacente** di turni – uno per ciascun agente – che rispetta schemi convenuti, come saluto/saluto, domanda/risposta, richiesta di scuse/accettazione o rifiuto. Il primo turno della coppia proietta il secondo come un turno complementare al

primo, che l'interlocutore può confermare o disconfermare.

C) **Sequenza** di turni e coppie adiacenti raggruppati in insiemi di mosse strategiche che orientano il senso del dialogo (come affermare e anticipare, ritrattare e decentrare l'argomento, precisare e ricentrare l'argomento, ecc.).

D) **Negoziazione** dell'alternanza dei turni, della proposta di coppie adiacenti, di rispetto delle sequenze, operate per raggiungere obiettivi specifici.

E) **Riparazione** della struttura delle sequenze e dei turni che gli agenti eseguono, usando anche formule di cortesia (coppie adiacenti specifiche), per semplificare la complessità delle conversazioni che hanno fratturato la struttura delle sequenze o dei turni.

I parlanti usano principalmente il linguaggio non-verbale e quello para-verbale per negoziare i turni di parola e le riparazioni; ruolo chiave della comunicazione analogica confermato, ancora una volta, da Mehrabian (1971). Gli indicatori non-verbali e para-verbali costituiscono o arricchiscono la comunicazione anche rispetto all'espressione delle emozioni che, a loro volta, determinano la qualità della relazione (cfr. i 5 assiomi precedenti). Le emozioni, inoltre, orientano le persone quando operano scelte comportamentali (cfr. l'intelligenza emotiva di cui scrivono Goleman, 1995 e Le Doux, 1996) e, pertanto, un negoziatore deve considerarle e sfruttarle quando gestisce una trattativa (cfr. Fisher/Shapiro, 2006).

	Interazione faccia a faccia	Interazione mediata	Quasi-interazione mediata	Interazione quasi-mediata	Interazione virtuale
Spazio e tempo simultanei	+	–	–	±	–
Uso di indizi simbolici	+	–	±	±	–
Direzione dell'azione	Verso altri specifici	Verso altro specifico	Verso altri aspecifici	Verso altri specifici o aspecifici	Verso altri specifici o aspecifici
Flusso comunicativo	Dialogico	Dialogico	Monologico	Dialogico o monologico	Dialogico
Esempi	*Mediazione civile*	*Atti giudiziari*	*Funzioni amministrative*	*ODR*	*PCT*

Tabella 3.6. *Tipi di interazione (elaborazione su Thompson, 1998: 126).*

Thompson (1998) descrive le modalità della comunicazione tra un emittente e un destinatario per significare le differenze strutturali tra le forme d'interazione possibili, di cui la tab. 3.6 esemplifica alcune applicazioni (consolidate o più recenti) già implementate nelle attività dell'AP. Il processo civile telematico (PCT), per es., consente agli ope-

ratori di giustizia di gestire i fascicoli delle cause abbattendo le barriere spaziali e temporali (per contenere i costi), pur rinunciando alla condivisione degli indizi simbolici (irrilevanti nel processo civile).

Il legislatore ha già dimostrato di comprendere il ruolo della comunicazione (efficace) nella gestione degli *ADR* negoziali, come quando ha prescritto che le parti di una procedura di mediazione attivino un'interazione faccia faccia (cfr. il D.Lgs. 28/2010, art. 8, e le motivazioni della sent. Trib.Vasto 09.03.2015 riportate al cap. 1.1.b) o quasi-mediata (l'*On-line Dispute Resolution* di cui al D.Lgs. 28/2010, artt. 3, c. 4, e 16, c. 3) perché l'empatia emerge solo se le persone dialogano condividendo tempo e ambiente (eventualmente virtuale), dimostrando inoltre il proprio impegno a dedicare attenzione all'interlocutore.

2. Complessità di relazioni ed emozioni

Ogni comunicazione sviluppa i suoi contenuti lungo un asse relazionale (cfr. cap. 3.1.c, secondo assioma di Watzlawick/Beavin/Jackson, 1971). Possiamo pensare ogni atto comunicativo come un'entità complessa che esprime una dimensione quantitativa (il contenuto digitale) e una qualitativa (la relazione analogica). Le parti in conflitto, similmente, adottano posizioni strategiche rispetto agli interessi (dimensione oggettiva o quantitativa) e alla relazione (dimensione soggettiva o qualitativa) che trattano con atteggiamenti cooperativi o competitivi, accomodanti o elusivi (cfr. cap. 3.1.a).

I vettori e i numeri complessi consentono di rappresentare questa caratteristica degli atti comunicativi e degli atteggiamenti strategici. Un numero complesso ($z = x+yi$) esprime una parte reale ($x+y$) e una immaginaria ($i = \sqrt{-1}$ o, altrimenti, $i^2 = -1$, che deriva dalla necessità di definire le radici quadrate dei numeri negativi e, nel caso di specie, la causa dei comportamenti controproducenti o irrazionali: $\sqrt{-n} = \sqrt{(-1)n} = \sqrt{-1}\cdot\sqrt{n} = i\cdot\sqrt{n}$). Il piano di Argand-Gauss consente di rappresentare un numero complesso come un vettore (uno qualsiasi della fig. 3.6) che esprime dimensioni quantitative ($x+y$, direzione e lunghezza; componenti reali) e qualitativa (i, l'emozione; componente immaginaria e, nel caso delle emozioni, irrazionale).

La proprietà $i^2 = -1$, caratteristica dei numeri complessi, implica l'identità $i = -{}^1/_i$ che rappresenta un'entità opposta al proprio reciproco: il segno "meno" indica l'opposizione, mentre ${}^1/_i$ rappresenta la reciprocità. Il reciproco della complessità quindi coincide

col suo opposto: $i^{-1} = {}^{1}/_{i} = -(-{}^{1}/_{i}) = -i$. Le emozioni, allo stesso modo, rappresentano stati mentali diadici, ognuno dei quali esprime l'opposto del proprio reciproco: *gioia/tristezza*; *rabbia/paura*; *anticipazione/sorpresa*; *fiducia/disgusto* (Plutchik, 1980).

L'entità immaginaria *i* consente di interpretare una relazione attraverso uno specchio che riflette e capovolge i membri della relazione medesima. Possiamo pensare una cosa e, contemporaneamente, considerarla in relazione alla sua negazione: ecco la verità della menzogna, per cui un qualsiasi enunciato negativo (un'affermazione negativa o la negazione di un'affermazione) implica che la mente pensi innanzitutto una versione positiva dell'enunciato stesso, abbattendo il "no" e, quindi, stabilendo una correlazione tra i due enunciati antitetici (come farebbe chi leggesse o ascoltasse la frase «Non pensare a un elefante», pensando comunque a un elefante).

La funzione di *i* manifesta i suoi effetti pragmatici quando le persone entrano in empatia mediante l'attivazione dei neuroni specchio (cfr. Gallese, 2007), che implicano il riconoscimento reciproco delle emozioni, tramite il riconoscimento dei comportamenti verbali e non-verbali rispecchiati tra i parlanti (cfr. cap. 3.3): *Alter* ha un ruolo opposto ma reciproco a quello di *Ego*, cosicché $Alter = -{}^{1}/_{Ego}$.

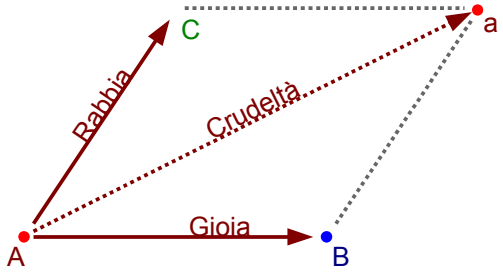

Figura 3.6. *Risultante di vettori complessi.*

I vettori complessi possono esprimere l'intensità e l'orientamento (la quantità) dell'interazione tra i soggetti, oltreché le emozioni che li spingono a interagire (la qualità): *gioia*, *tristezza*, *rabbia*, *disgusto*, *sorpresa*, *paura*, *disprezzo*[75]. La risultante dei vettori complessi può calcolare la dimensione qualitativa (come l'orientamento e la lunghezza del vettore $\overline{AE}$ nella fig. 3.6 che risulta dalla somma dei vettori $\overline{AB}$ e $\overline{AC}$, secondo la regola del parallelogramma), ma anche quella emotiva dovuta alla sovrapposizione delle emozioni rispettive[76].

75 Ekman/Friesen (1975) e Ekman (2003) le considerano come "emozioni basilari" che comunque possono variare d'intensità (per es., *preoccupazione-paura-terrore*), come spiega Plutchik (1980).

76 Il diagramma di Plutchik (1980) elenca alcune sovrapposizioni emotive, ma bisognerebbe predisporre

La complessità delle relazioni comunicative configura interazioni altrettanto complesse, di cui un piano vettoriale potrebbe descrivere le risultanti di primo grado, ma anche quelle di gradi ulteriori, risultanti dalla somma delle risultanti primarie. Basti pensare alla rete di vettori e risultanti che potrebbe generare la fig. 3.6, se i tre attori (*A*, *B*, *C*) interagissero reciprocamente: ciascuno individuerebbe due vettori e una risultante (per un totale di nove vettori, di cui tre risultanti) e le risultanti di primo grado potrebbero dare luogo a risultanti di secondo grado ulteriori, con emozioni sovrapposte e forse contrastanti, che potrebbero modificare le intenzioni dei soggetti nel corso del tempo o in stadi diversi della relazione.

Le emozioni emergono dal sistema limbico (Le Doux, 1994 e 1996; Goleman, 1996), che filtra i dati sensoriali (*input*) e coordina le azioni muscolari micromillesimali (*output*) studiate da Ekman/Friesen (1978) e Ekman (1985), che sfuggono al controllo consapevole dell'individuo per alcune frazioni di secondo (0,2"–1,5"), ma che l'individuo stesso può controllare quando i segnali neurali raggiungono la corteccia cerebrale prefrontale. Il sistema limbico di un ricevente quindi elabora gli indizi simbolici prodotti da un emittente (i suoi comportamenti non-verbali e para-verbali) e genera emozioni di gradimento o rifiuto. Gli indizi simbolici stessi, del resto, indicano le emozioni che li determinano.

La parola *emozione* deriva dal lat. *emòtus*, participio passato del verbo *emovère*, "trasportare fuori, smuovere, scuotere" (*e*-, "da", con -*movère*, "muovere, agitare"). Il corpo e la voce proiettano nella realtà (*R*) una rappresentazione esterna (*RE*) della rappresentazione interna (*RI*) elaborata dalla mente circa la realtà stessa (cfr. la premessa). Ekman (1985 e 2003) e Ekman/Friesen (1978 e 2003) hanno svelato i legami tra le azioni muscolari e gli stati mentali, indicando come l'espressione delle emozioni determini o modifichi la qualità (cooperativa o conflittuale) delle relazioni interpersonali. Darwin (2006) rilevava già nel 1872 che alcune azioni muscolari servono in presenza di certi stati mentali, come quando un cane solleva il labbro superiore e retroflette le orecchie per limitare i danni durante un combattimento.

> Il principio dell'abitudine dice che l'associazione regolare tra lo stato mentale […] e questi movimenti corporei volontari farà sì che quando lo stato mentale sarà invocato, anche molto debolmente, [… ci sarà] una tendenza spontanea a compiere i movimenti corporei che vi sono associati, anche se, in quest'occorrenza, essi non sono di alcuna utilità. […]
> In secondo luogo il principio dell'abitudine avanza l'idea che tutti gli sforzi fatti per soppri-

un lessico per quelle escluse dal medesimo che, pure, possono emergere nella relazione tra più attori.

> mere l'espressione spontanea dell'emozione derivata dall'abitudine danno luogo a movimenti di carattere espressivo, talvolta estremamente piccoli (Dumouchel, 1999/2008: 87 e 101).

Dumouchel (2008: 20), perciò, nota che il corpo, con il suo linguaggio, fa irrompere l'*Ego* nell'universo altrui: «il corpo non è tanto una prigione che mi isola dal mondo, quanto una gabbia che presenta agli altri […] l'esemplare che l'abita». Le emozioni espresse tramite il corpo hanno una funzione sociale perché strutturano la relazione interpersonale, benché allo stesso tempo dipendano dalla relazione stessa. Le emozioni:

> sono l'invasione dell'altro in me e di me nell'altro […;] indicano […] che sono un essere nel quale l'altro può agire e che, di ritorno, può agire nell'altro […;] è un processo che permette la coordinazione tra organismi perché, mediante esso, questi si informano reciprocamente delle rispettive preferenze sulle opzioni comportamentali disponibili (Dumouchel, 2008: 47 e 94).

Lo studio sulle emozioni consente di comprendere come e perché le relazioni interpersonali subiscano l'influsso della dimensione qualitativa o soggettiva, anche quando gli agenti improntano un colloquio sulla dimensione puramente razionale degli interessi.

> L'intesa o il conflitto appaiono tanto più emotivi quanto meno risultano circoscritti a una situazione o a un oggetto precisi. È uno dei criteri con cui giudichiamo spontaneamente della razionalità di un rapporto. Un conflitto ci appare meno razionale e più carico a livello emozionale se non concerne un solo oggetto, ma, per così dire, fa fuoco su tutti i fronti. In altre parole l'emozione, concepita come "giudizio", è vissuta come un "giudizio" che verte sulla persona (Dumouchel, 2008: 63).

L'analisi strategica di un conflitto, perciò, deve considerare anche l'aspetto irrazionale della relazione, oltreché quello razionale. I vettori complessi possono suggerire le strategie con cui interagire nei confronti degli interlocutori coinvolti nella lite. Chi negozia può analizzare la posizione strategica di una parte come un vettore che misuri tanto l'entità oggettiva dei suoi interessi (asse x, che può quantificare somme di denaro o altro), quanto il suo atteggiamento nei confronti della relazione con l'altra parte (asse y, che può valutare con +1 il coinvolgimento o con –1 l'estraniazione). I quattro quadranti del grafico (fig. 3.7) recuperano la tassonomia già descritta con la fig. 3.3 al cap. 3.1.a.

La fig. 3.7 esemplifica la condizione di un individuo competitivo (Tizio) che intende conseguire un risultato economico ($+25_x$), rifiutando di rispettare la relazione interpersonale col suo avversario (-1_y): il vettore $\overline{OA}$ rappresenta lo stadio iniziale dell'analisi.

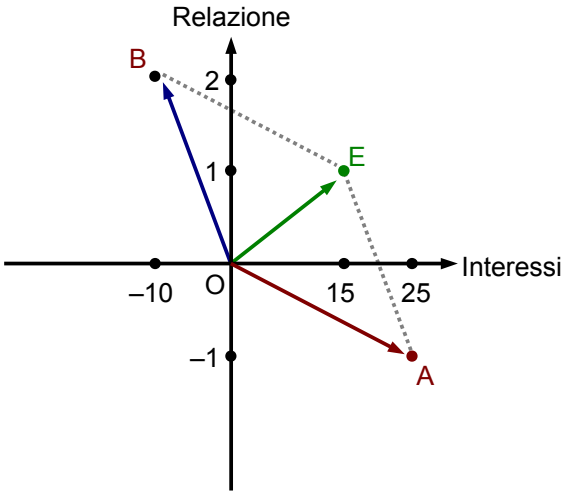

Figura 3.7. *Vettori complessi per l'analisi di una posizione strategica.*

Il mediatore intende indurre un atteggiamento cooperativo con cui le parti tutelino i propri interessi rispettando la relazione. Egli, inoltre, sa che la controparte di Tizio dispone di risorse sufficienti per concludere un accordo riconoscendo solo $15_x < 25_x$. Il mediatore, perciò, intende ristrutturare l'atteggiamento $\overline{OA}$ in $\overline{OE}$. Tenterà di orientare $\overline{OA}$ verso $\overline{OB}$, concentrando i colloqui con Tizio sulla sua PAAN ($–10_x$) e sull'efficacia di una convivenza pacifica o, comunque, elaborando l'aspetto emotivo del conflitto (2_y).

Il mediatore determina l'intervento da eseguire ($\overline{OB}$) per ottenere il risultato voluto ($\overline{OE}$), calcolando il vettore $\overline{OB}$ che, addizionato al vettore $\overline{OA}$, genera la risultante $\overline{OE}$ secondo la regola del parallelogramma: $x_B = x_E–x_A$; $y_B = y_E–y_A$. Il mediatore potrebbe far commentare a Tizio il rischio di perdere un investimento (–10 = 15–25) e potrebbe chiedergli quanto benessere una convivenza serena potrebbe portare nel futuro immediato (1–(–1) = 1+1 = 2). Parlare, invece, con Tizio del risultato voluto $\overline{OE}$ (15_x, 1_y) orienterebbe Tizio verso una posizione $\overline{OC}$ ($0_y = 1_y–1_y$; $40_x = 15_x+25_x$; il lettore può individuarla da solo), insoddisfacente rispetto agli interessi, perché irrealizzabili ($40_x > 15_x$), oltreché rispetto alla relazione, perché corrotta da una convinzione ipotetica e frustrata dalle condizioni reali (0_y). Il modello può integrare anche le emozioni coinvolte nella relazione.

(a) Ascolto attivo ed empatia

La consapevolezza del valore motivazionale che hanno le emozioni ha spinto il Federal Bureau of Investigation statunitense – un'AP – a sviluppare il *Behavioral Change Stair-*

way Model[77] (*BCSM*; cfr. Noesner/Webster, 1997 e Dalfonzo, 2002), complementare al *Behavioral Influence Stairway Model*[78] (*BISM*; cfr. Ireland/Vecchi, 2009) usato per negoziare in stato di crisi (sequestri pianificati per destabilizzare l'ordine pubblico) o di emergenza (sequestri occasionali e incidentali, dovuti ad azioni criminali con altri scopi; cfr. Guida, 2007). Il modello consente di istituire un rapporto di fiducia reciproca, basata sull'empatia e quindi sulla condivisione delle emozioni, tra i negoziatori operativi delle forze dell'ordine e i soggetti che attuano sequestri o rapimenti.

Il *BCSM* consente al negoziatore di instaurare una relazione comunicativa con il criminale, progredendo attraverso cinque fasi con caratteristiche sequenziali (perché il negoziatore rispetta l'ordine preciso di esecuzione delle fasi) e cumulative (perché il negoziatore, in ogni fase, continua ad eseguire tutte le operazioni precedenti).

1. **Ascolto attivo**: tecnica che consente alle persone di aprire un canale comunicativo profondo e duraturo (Rogers, 1989).
2. **Empatia**: capacità di comprendere lo stato d'animo altrui che consente a *Ego* di identificare se stesso con le emozioni e gli interessi di *Alter* in una relazione d'immedesimazione reciproca (Bonino/Lo Coco/Tani, 2010).
3. **Rapporto**: condizione relazionale che consente alle persone di aprire se stesse e dare fiducia agli altri, accettando di ascoltarli per capirli (Bandler/Grinder, 1979; Bodenhamer/Hall, 1999).
4. **Influenza**: intervento di *problem solving* che consente al negoziatore di suggerire soluzioni diverse da quelle già previste dall'interlocutore nel suo progetto.
5. **Cambiamento comportamentale**: risultato, concordato dai soggetti, che modifica in qualche modo la situazione iniziale.

L'AP italiana addestra i *negoziatori operativi* delle forze dell'ordine ad usare il *BCSM* e altre strategie di comunicazione efficace (cfr. Guida, 2007); ha quindi iniziato ad implementare l'uso di strumenti negoziali nello svolgimento delle proprie attività tipiche, ma solo per gestire le situazioni di crisi e di emergenza. L'AP, però, potrebbe anche estendere l'applicazione di quegli strumenti per prevenire l'insorgenza dei conflitti o per rendere più efficienti le operazioni di *governance* in genere che, pure, espongono le persone a liti potenziali o latenti (cfr. cap. 3.1.b).

Il *BCSM* e le altre tecniche di comunicazione efficace (cfr. *infra*) consentono ai mediatori di "essere duri col problema, ma morbidi con le persone" (Fisher/Ury/Patton, 2005) perché gestiscono l'empatia per trasformare le emozioni ostili in comportamenti di accoglimento, disponendo nelle persone lo stato mentale necessario a trattare un col-

77 "Modello di cambiamento graduale del comportamento".
78 "Modello d'influenza comportamentale graduale".

loquio difficile. Competenze che possono valorizzare le attività negoziali (in senso pragmatico; cfr. cap. 3.1) dell'AP: quelle svolte dagli uffici territoriali delle relazioni (più o meno difficili) con il pubblico o dai comitati di garanzia; quelle svolte dalle direzioni per le risorse umane o dalle delegazioni sindacali; dagli uffici legislativi, ma anche dagli organi legislativi, che il giornalismo pure riprende per l'uso plateale e ingiustificato (o ingiustificabile) che fanno del linguaggio "violento".

I risultati di un'attività negoziale servono a produrre effetti giuridici ed economici, ma dipendono dal modo con cui le parti, aiutate eventualmente da un terzo, comunicano tra loro, anche accogliendo ed elaborando le emozioni espresse durante i colloqui. Interazioni che creano o distruggono l'empatia tra gli interlocutori, facilitando od ostacolando la disponibilità al dialogo, ad avanzare proposte e a ristrutturare le pretese.

Il vocabolo *empatia*[79] significa «capacità di comprendere lo stato d'animo di un'altra persona, in modo immediato, senza ricorso alla comunicazione verbale» (Voc. Treccani). L'empatia emerge come una qualità relazionale gestita dal circuito dei *neuroni specchio* (Rizzolatti/Craighero, 2004; Rizzolatti/Fogassi/Gallese, 2006), che mettono *Ego* in condizione di riconoscere una proiezione del Sé nei comportamenti che *Alter* compie simultaneamente a *Ego*. Neuroni che, insomma, danno a *Ego* la certezza che lo specchio rifletta proprio la sua immagine, anziché quella di qualcun altro, e che la faccia di *Ego* abbia proprio gli stessi lineamenti di "quell'altra" al di là del vetro. Rifkin (2010) ritiene che la nostra evoluzione socio-economica dipenda proprio da questa capacità di riconoscere se stessi negli altri e quindi dedicarci attenzioni reciproche che, tra l'altro, consentono di sviluppare mercati in grado di massimizzare il benessere collettivo su piani che possono trascendere quello meramente economico.

I neuroni specchio attivano i circuiti dell'empatia quando rileviamo (anche inconsapevolmente) una correlazione tra un nostro comportamento e un'azione compiuta simultaneamente da qualcun altro. Questo meccanismo ci fa provare fiducia nei confronti della persona che compie un'azione correlata alla nostra e, perciò, i professionisti della comunicazione (Bandler/Grinder, 1979: 79-136; Bondehamer/Hall, 1997: 48-53) parlano della possibilità di creare e gestire una relazione interpersonale profonda (in ingl. *rapport*) basata sul rispecchiamento dei comportamenti verbali e non-verbali (in ingl. *mirroring*). Tecnica che sfrutta le competenze della corteccia cerebrale premotoria dorsale (a cui afferiscono le azioni muscolari volontarie, come quelle usate per articolare il linguaggio) e dell'area di Broca (impegnata nella costruzione del linguaggio e nella gesti-

79 Dal gr. *πάθος*, "emozione", col pref. *εν-*, "dentro, mediante, come".

colazione illustrativa).

L'empatia, insomma, consente di passare dall'abitudine di definire l'identità per differenza – come ha rilevato Lévi-Strauss (1964-1971) – alla capacità di definire l'identità per somiglianza, come proposto dal modello della comunicazione non-violenta di Rosenberg (1998).

I negoziatori professionisti creano un *rapport* verbale (cfr. la fase n. 3 del *BCSM*) usando la tecnica di comunicazione dell'ascolto attivo, sviluppato in sette operazioni:

1. Stabilire e mantenere il **contatto oculare** con l'interlocutore, spostando lo sguardo tra i suoi occhi, naso, bocca e zigomi.
2. Adottare un comportamento non-verbale di **accoglimento**, mantenendo il busto leggermente inclinato in avanti, tenendo le mani in vista, a riposo, ed evitando di nascondere il collo e l'interno dei polsi.
3. Ascoltare in **silenzio** (ascolto passivo), rispettando anche i silenzi dell'interlocutore perché una persona sospende il discorso per organizzare le proprie idee.
4. Prendere **appunti**, trascrivendo le parole chiave usate dall'interlocutore, anziché sostituirle con i sinonimi o tecnicismi più adeguati alla propria cornice semantica.
5. **Parafrasare** il discorso concluso dall'interlocutore, rileggendo gli appunti e usando le parole chiave. Ripetere solamente le informazioni oggettive – ignorando i commenti emotivi e le accuse, le recriminazioni, ecc. – durante la parafrasi in presenza della controparte dell'interlocutore, per evitare di alimentare conflitti secondari. Rispecchiare, invece, le emozioni durante le sessioni riservate, per entrare in empatia con l'interlocutore.
6. Fare **domande** potenti (cfr. *infra*) per chiarire i concetti più complessi, parafrasando poi le informazioni nuove.
7. Chiedere **conferma** di avere ricapitolato bene il discorso (verifica della comprensione).

L'ascolto attivo consente di dimostrare che il negoziatore presta attenzione al discorso dell'interlocutore (prova fornita con la parafrasi) e che partecipa alla sua rappresentazione della realtà, facendo domande di chiarimento e verificando la comprensione delle informazioni estratte. Questa attività – semplice e priva di costi, ma spesso trascurata nelle conversazioni difficili – può massimizzare i risultati di una comunicazione e abbattere la durata di un colloquio perché evita che i parlanti ripetano ossessivamente i concetti già espressi; dimostra quanto l'ascoltatore comprenda la cornice semantica del suo interlocutore, parafrasandola. Le "guerre di cornici" (i conflitti basati sulle divergenze comunicative), invece, dipendono proprio dall'incapacità di "parlare la stessa lingua"; un limite già noto ai romani, consapevoli che «le invenzioni crescono senza ritegno, perché [ogni voce], ripetendo un racconto, vi aggiunge qualcosa di suo» (Ovidio,

2008: XII, 57-58). Un ascoltatore attivo, invece, evita di aggiungere "qualcosa di suo" alla narrazione dell'interlocutore e, anzi, parafrasa ogni nuova informazione emersa dal dialogo per verificare la correttezza delle informazioni scambiate.

L'empatia emerge perché il negoziatore esegue un rispecchiamento verbale, ripetendo i concetti e le parole chiavi usate dal suo interlocutore, oltreché dimostrando un'attenzione partecipativa. La parafrasi, anzi, rovescia quasi la relazione tra esperto e cliente perché il mediatore la introduce con locuzioni come: «*Mi corregga se sbaglio: da quello che dice mi sembra di capire che…*»; cornice che accoglie l'interlocutore e lo valorizza come esperto del problema (perché lo conosce di prima mano), creando un clima collaborativo e aggirando resistenze eventuali ad un cambiamento che, invece, deve emergere spontaneamente:

> il parafrasare le risposte a domande che abbiano messo in luce i tentativi fallimentari – addirittura controproducenti – di gestire il problema orienta inevitabilmente l'attenzione dell'interlocutore su tale circolo vizioso patogeno, mettendolo in tal modo nella posizione di «*sentire* l'esigenza» di cambiare ciò che per la prima volta risulta alimentare, piuttosto che ridurre, il suo problema (Nardone/Salvini, 2004: 48-49).

Le domande consentono di esplorare la struttura del conflitto, oltreché le motivazioni, gli interessi e le necessità delle persone. Le domande, però, svolgono una funzione linguistica conativa (cfr. cap. 3.1.c) e, perciò, sottopongono l'interlocutore a una sorta di "pressione", che i professionisti (come negoziatori o *coach*, psicologi o *counselor*) dissipano somministrando le "domande potenti", con cui approfondiscono la conoscenza delle cornici semantiche (la *RI* di cui in premessa), estraendo informazioni annidate nella struttura profonda degli enunciati, senza però sottoporre gli interlocutori ad una pressione dialogica; anzi, sfruttando l'esplorazione del problema per creare empatia. Le domande potenti risultano coerenti con la mappa del mondo dell'interlocutore, ma possono fornire, allo stesso tempo, un punto di vista nuovo sul conflitto. La tecnica delle domande potenti consente di precisare concetti confusi e di chiarire i malintesi, di estrarre informazioni puntuali da frasi laconiche o criptiche, usando domande strutturate in base alle locuzioni stesse usate dall'interlocutore.

Bandler/Grinder (1975), sulla scia di Chomsky (1957), parlano perciò di un «linguaggio di precisione» che consente al parlante di estrarre le informazioni omesse o generalizzate o distorte nei suoi enunciati. I negoziatori, perciò, somministrano domande potenti (domande aperte con parafrasi), strutturate secondo la formula:

$$D_P = S_{M,A}+E_I$$

Una domanda potente (D_P) abbina un sintagma di misurazione (S_M) o di argomentazione (S_A; cfr. la tab. 3.7) a un enunciato pronunciato dall'interlocutore (E_I).

Il S_M indirizza l'attenzione dell'interlocutore su elementi specifici, contenuti nella sua cornice semantica (*RI*), che egli ha cancellato (ignorandoli perché ritenuti scomodi o superflui) o che ha generalizzato (semplificandoli per gestire con comodità il discorso) o che ha distorto (modificandone alcuni aspetti per giustificare la propria posizione) nell'E_I (la *RE* di cui in premessa). Il S_M induce l'interlocutore a estrarre dalla propria *RI* un'informazione misurabile e verificabile nella memoria. Un negoziatore estrae gli elementi distorti o generalizzati per misurarli rispetto a spazio e tempo, ma anche rispetto alle modalità relazionali, in modo da ricondurre il discorso a un contesto oggettivo. La mente dell'interlocutore, sollecitata dalle domande potenti di misurazione, confronta la rappresentazione esterna (E_I) con i dati sensoriali archiviati nella cornice semantica (*RI*) ed estrae un'informazione specifica.

Spazio	Tempo	Modalità	Argomentazione
Chi	Quale	Come	Come (mai dici che)
Cosa	Quando	Cosa	Cosa (ti fa pensare che)
Dove	Quanto	Quale	Perché
Quale			
Quanto			

Tabella 3.7. *Sintagmi di misurazione (*S_M*) e argomentazione (*S_A*).*

Una domanda aperta diventa potente (D_P) quando l'emittente parafrasa una parte dell'E_I, specificando così l'argomento da misurare. La parafrasi, inoltre, indica agli interlocutori che il negoziatore condivide il loro punto di vista perché rispecchia il loro comportamento verbale. La domanda (potente) con parafasi mantiene l'interlocutore ancorato alla propria cornice perché recupera la struttura superficiale legata alla struttura profonda dell'enunciato e gli impedisce di divagare. Una domanda potente, perciò, consente al professionista di "orientare" l'interlocutore nel suo stesso "territorio linguistico".

Una D_P formulata con sintagmi argomentativi (S_A) può creare incidenti durante la

fase di esplorazione del problema e durante le riunioni congiunte perché stimola il destinatario ad argomentare una tesi soggettiva – una giustificazione astratta, elaborata in base alla sua logica individuale – che incentiva le distorsioni cognitive (Mercier/Sperber, 2011) e irrigidisce le posizioni di principio; inducendo l'altra parte a reagire e alimentando conflitti secondari. Le domande potenti di argomentazione, invece, risultano utili durante le sessioni riservate per esplorare le emozioni, i traumi e i bisogni affettivi delle parti.

Le domande in genere svolgono la funzione conativa (cfr. Jakobson/Halle, 2002) perché modificano lo stato mentale del destinatario e lo inducono a rispondere adattando il proprio comportamento a quello richiesto dall'emittente. Le domande potenti hanno un connotato conativo molto marcato perché pretendono una risposta altrettanto potente: chi somministra una D_P, infatti, cerca un'informazione che potrebbe affondare le radici in porzioni della cornice semantica che l'interlocutore vuole proteggere da intrusioni. Chi deve rispondere a una D_P potrebbe provare fastidio per il tentativo di estrarre con precisione informazioni confuse, distorte o nascoste. I professionisti, perciò, somministrano le domande potenti solo dopo aver creato empatia con l'interlocutore e, comunque, adottando sempre la tecnica dell'ascolto attivo.

Gli psicologi integrano ascolto attivo e domande potenti in un modello di «dialogo strategico» che consente di mettere in crisi la percezione che il paziente ha dei fatti, per poi (ri)orientarlo verso direzioni più funzionali; intervento reso possibile proprio dalla parafrasi, che «dà all'interlocutore la sensazione di essere rispettato e non forzato» (Nardone/Salvini, 2004: 48), anzi, messo in condizione di controllare il processo e i risultati perché il terapeuta, con la parafrasi, chiede conferma della valutazione, anziché proporre soluzioni preconfezionate.

L'attività del mediatore somiglia molto a quella del terapeuta strategico, che

> si focalizza *non* su «perché esiste» il problema, ma su «come funziona», e specialmente su «come fare» per risolverlo, guidando la persona a cambiare non solo i propri comportamenti, ma anche le proprie modalità percettive di attribuzione causale (Nardone/Salvini, 2004: 21-22).

Il mediatore, in ultima battuta, conclude la tecnica dell'ascolto attivo chiedendo conferma di aver compreso bene l'esposizione dell'interlocutore per ottenere due risultati: accertare la correttezza delle informazioni, evitando o rimuovendo i malintesi, ma anche ottenere dall'interlocutore un segnale di consenso relazionale che, insieme ad altri (pre-

cedenti e successivi) può favorire la conciliazione perché, come sostiene Cialdini (1989) sulla scia di Dunlop (1983), una serie di accordi minimali giustapposti (detti "insiemi assertivi", dall'ingl. *yes-set*, o "truismi", dall'ingl. *true*, "vero") può condurre a un accordo finale complessivo. Principio mutuato anche dalla teoria di Samuelson (1947) che individua il benessere collettivo nell'aggregazione delle condizioni individuali.

(b) Ristrutturazione semantica e comunicazione non-violenta

Il dialogo strategico usato in mediazione ricalca quello elaborato da Nardone/Salvini (2004): un modello maieutico per ristrutturare la logica con cui i pazienti leggono i propri problemi. La ristrutturazione semantica (in ing. *reframing*) consente di mettere in crisi le percezioni del paziente perché trasforma il significato di un enunciato modificando la sequenza di presentazione dei suoi elementi costitutivi (cfr. Bandler/Grinder, 1975 e 1982).

Il dialogo strategico modificato *ad hoc* per la mediazione consente di superare le fasi di stallo, quando una parte rifiuta di abbandonare le proprie posizioni di principio, ma anche di gestire l'aspetto emotivo di una negoziazione. Il dialogo strategico svela all'interlocutore il modo in cui egli stesso interpreta la realtà, ma lo induce anche a scegliere un modo diverso di configurarla: «trasforma gli autoinganni patogeni del paziente in autoinganni terapeutici dei quali egli stesso è l'artefice» (Nardone/Salvini, 2004: 124-125). Il negoziatore illude l'interlocutore di poter scegliere come rispondere ad alcune domande alternative: ogni domanda chiusa pone un'alternativa tra due poli opposti, ma qualsiasi risposta serve a destrutturare le convinzioni rigide dell'interlocutore (in ingl. *deframing*). Ascolto attivo ed empatia servono per condurre il dialogo strategico evitando di innescare conflitti tra il mediatore e i suoi interlocutori.

Il mediatore esplora la rappresentazione del problema e le soluzioni già tentate da *Ego* e fallite. Le risposte ottenute nella fase esplorativa consentono al mediatore di chiedere a *Ego* quali risultati abbia ottenuto e quali emozioni (negative) provi quando pensa al proprio fallimento. Il mediatore quindi parafrasa la sequenza problematica fallimentare e lo stato emotivo sgradevole per suggerire innanzitutto un legame funzionale tra gli eventi; estrae quindi una metafora che rappresenti la condizione di *Ego*.

La metafora consente di accedere al mondo simbolico di *Ego* e quindi al suo modo di elaborare le emozioni, usate – sempre in un discorso metaforico – come "leve motivazionali" che inducano un cambiamento tale da mettere *Ego* in condizione di fare propo-

ste che *Alter* possa accettare. Il mediatore, così, raggiunge due risultati: aiuta *Ego* ad esaminare le proprie emozioni e a comprenderne il significato profondo, dimostrandogli di ascoltarlo; supera, inoltre, le fasi di stallo negoziale sostituendo le pretese con proposte capaci di creare una ZOPA.

Le tecniche di comunicazione efficace – come l'ascolto attivo e le domande potenti o il dialogo strategico – consentono di comunicare in modalità *non-violenta*: una forma di relazione partecipativa e rispettosa delle emozioni altrui che Rosenberg (1998) ha codificato come un modello di gestione del conflitto in assenza di mediatori.

Un individuo può attivare una comunicazione non-violenta con un altro rispettando le sette operazioni seguenti:

1. **Preparazione psicologica** per affrontare il confronto, assegnando un nome alle emozioni innescate dal problema.
2. **Incontro personale** diretto tra le parti, in tempo reale e in un luogo sicuro.
3. **Descrizione del problema** in termini esclusivamente oggettivi, riepilogando solo i fatti e gli eventi circostanziati, evitando di accusare o colpevolizzare l'interlocutore.
4. **Spiegazione delle emozioni** innescate dal problema o dai suoi effetti.
5. **Spiegazione di come nascono le emozioni** di cui al punto 4.
6. **Domande di chiarimento** sulle emozioni provate dall'interlocutore.
7. **Proposta di soluzioni** che contemplino azioni proprie, da compiere in prima persona.

Ogni tecnica di comunicazione efficace per negoziare, comunque, serve a fornire un punto di vista innovativo da cui osservare il problema e la relazione tra *Ego* e *Alter*: il *reframing*, appunto, modifica la percezione conflittuale del problema, consentendo di individuare gli obiettivi e i bisogni che ciascuna parte esprime in modo indiretto, nascondendoli (anche involontariamente) nei propri discorsi (Rosenberg, 1998). La tecnica del *reframing* opera un cambiamento di senso nella cornice semantica dell'interlocutore: invertendo l'ordine di presentazione degli snodi argomentativi; sostituendo porzioni di discorso; riformulando le asserzioni o trasformandole in domande potenti.

Un mediatore abituato ad eseguire la ristrutturazione semantica ascolta con attenzione le frasi dei suoi interlocutori (per es.: «*Questo negoziato è solo una perdita di tempo. È inutile continuare, perciò me ne vado*») e ne inverte la costruzione sintattica per estrarne il significato recondito. Il risultato dipende dalle operazioni linguistiche seguenti:

1. Individuare i **sintagmi verbali** dell'enunciato: (i) *È una perdita di tempo*; (ii) *È inutile*; (iii) *Continuare*; (iv) *Me ne vado*.
2. **Invertire il significato** del discorso, anche eliminando i "no" e costruendo una domanda: *Quindi per te sarebbe utile continuare il negoziato, se potessi risparmiare tempo, ho capito bene?*
3. **Sostituire l'ordine** di presentazione dei sintagmi verbali, anche introducendo sintagmi (verbali e nominali) nuovi nella frase originaria: *Quindi vuoi andartene* (iv) *perché trovi inutile questo negoziato* (ii)*. Cosa ti darebbe l'impressione* (nuovo) *di risparmiare tempo prezioso* (i ristrutturato)*, mentre parliamo?* (iii ristrutturato).
4. Individuare o ipotizzare o elicitare un **obiettivo** e/o un'**emozione** sottintesi nella frase originaria: *Mi sembra di capire che hai fretta di risolvere il problema* (i+ii)*, giusto? In che modo, andartene da questo negoziato* (iv)*, ti farà trovare una soluzione più rapida?* (iii+ii ristrutturati).

I commenti di von Foerster (1987) sulla psicoterapia – traslati opportunamente al campo della mediazione – chiariscono le potenzialità della ristrutturazione semantica e delle altre tecniche di comunicazione efficace analizzate nel capitolo presente:

> È costante il tentativo di esplorare le modalità in cui attraverso il dialogo si generano sia l'apprendimento che una nuova cornice. Se c'è dialogo, se cioè tutti stanno ascoltando, e il fatto importante diventa che tutte le persone prestino orecchio e vogliano usare le parole degli altri, si genera una nuova prospettiva. Nel momento in cui si ascolta ci si trova con materiale differente: l'interpretazione è un processo costante. L'attenzione dei partecipanti al dialogo è ampliata durante l'intervista. Gli individui possono anche sorprendersi da sé, non soltanto osservarsi da una prospettiva differente; si legge lo stupore nei loro occhi, stupore per una connessione mai fatta prima. Le persone devono diventare poeti e lo diventano attraverso le domande che il terapeuta fa; è importante per esempio fare domande che l'individuo non abbia mai pensato prima.

Il *reframing* e le altre tecniche di comunicazione esaminate in questo capitolo possono interessare l'AP su piani d'intervento diversi: la comunicazione non-violenta per gestire le relazioni faccia a faccia con il pubblico e quelle tra le risorse umane stesse, abbattendo la conflittualità semantica (cfr. cap. 3.2.a) e le esternalità negative che ne derivano (cfr. cap. 2.1.a); la ristrutturazione semantica e il dialogo strategico per gestire le attività negoziali indirette (cfr. cap. 3.1.a) o quelle caratterizzate dal contributo "personale" dei negoziatori, come può avvenire in ambito internazionale. Tutti strumenti, comunque, adatti ad un'AP consapevole dei vantaggi conseguibili tramite una comunicazione orientata a riconoscere l'interlocutore come un individuo, oltreché un cittadino.

3. Struttura di un procedimento di mediazione

Il procedimento di mediazione (il percorso) raccoglie gli interventi e le tecniche di comunicazione e negoziazione che consentono alle parti di conciliare una lite (il risultato) con l'aiuto di un mediatore imparziale. La flessibilità caratterizza la mediazione e gli strumenti facilitativi in genere (cfr. il par. 2 della *Rec.* 82-4 oppure Steffek, 2012: 3): le parti e il mediatore possono condurre le trattative senza dover rispettare una procedura prestabilita. Caratteristica che consente di adattare la struttura della mediazione alle proprie esigenze e di fondare lo scopo e l'esito delle trattative sulla libertà di azione.

La letteratura[80] ha individuato una prassi generale che consente di condurre positivamente le mediazioni risolutive-integrative (cfr. cap. 3.1). Stili negoziali che rappresentano – per la tesi in argomento – il modello di riferimento con cui l'AP potrebbe implementare *policy* utili a massimizzare la propria produttività[81], quindi la soddisfazione dei cittadini e la competitività internazionale (cfr. cap. 2.3). Le negoziazioni risolutive-integrative, infatti, ricalcano il modello della comunicazione non-violenta e, perciò, consentono di gestire velocemente affari e problemi, concentrando l'attenzione dei partecipanti sugli interessi e le necessità, ma consentono anche di accogliere e riconoscere la dimensione emotiva della relazione[82], che contribuisce a definire come l'individuo e la collettività percepiscono il benessere e la convivenza.

La tab. 3.8 riassume la struttura tipo di una mediazione, che il professionista conduce svolgendo sessioni congiunte o riservate. Lo schema proposto di seguito predilige il modello di Mnookin (2010: 238-239), che tende a gestire la procedura intera con sessioni congiunte, attivando i *caucus* solo nei momenti critici, per rispettare lo spirito di dialogo e confronto costruttivo tipico della mediazione. La tab. 3.8, comunque, ha una struttura modulare: il mediatore può svolgere le fasi singole quando lo ritiene più opportuno, anticipandole o posticipandole rispetto allo schema, purché compia interventi perfettamente speculari tra i partecipanti, trattandoli in maniera simmetrica e dedicando a tutti lo stesso tempo e la stessa attenzione, proponendo spesso domande simili all'una e all'altra parte.

La tab. 3.8 rappresenta la struttura di una mediazione, ma chiunque può adattarla a un negoziato diretto, assumendo in prima persona il ruolo di mediatore nei confronti del

80 Fisher/Ury(Patton (2005); Bruni (2007); Schwarz (2009); De Palo/D'Urso/Golann (2010); Mnookin 2010; Cosi/Romualdi (2012).
81 La PAQ (2013a, 2013b, 2013d) e la *Rec.* 82-4, 85-5 mirano proprio a questo risultato.
82 Cfr. Rosenberg (1998), Miyashiro (2011) e Lasater/Stiles (2010).

proprio interlocutore, come nel modello di Rosenberg (1998).

INTERVENTI DEL MEDIATORE		
Verso Tizio	**Verso entrambi**	**Verso Caio**
	(**1**) Discorso introduttivo	
(**2a**) Individuazione del problema: *Quale situazione posso aiutarti a risolvere?* (**2b**) Ascolto attivo. (**2c**) Verifica della problematicità: *Cosa hai fatto fin'ora per gestire questo problema?* (**2d**) Ascolto attivo.		(**3a**) Individuazione del problema: *Cosa pensi del problema che ti ha portato qui oggi?* (**3b**) Ascolto attivo. (**3c**) Verifica della problematicità: *Come hai gestito questo problema fino ad oggi?* (**3d**) Ascolto attivo.
	(**4**) Riepilogo del problema da un punto di vista comune.	
(**5a**) Elicitazione di proposte: *Per risolvere questo problema a quali soluzioni amichevoli hai pensato?* (**5b**) Ascolto attivo. (**5c**) Trascrizione sulla lavagna.		(**6a**) Elicitazione di proposte: *Cosa puoi fare in prima persona per risolvere il problema che state vivendo?* (**6b**) Ascolto attivo. (**6c**) Trascrizione sulla lavagna.
	(**7**) Negoziazione diretta: *Guardando la lavagna, come pensate di poter usare quelle proposte per risolvere il problema?*	
(**8**) Negoziazione indiretta con domande circolari: *Cos'è importante per Caio? Quali emozioni prova Caio?*		(**9**) Negoziazione indiretta con domande circolari: *Cosa preoccupa Tizio? Di cosa ha bisogno Tizio?*
(**10**) TOTE e Dialogo strategico		(**11**) TOTE e Dialogo strategico
(**12**) Incontri riservati (*caucus*): (**a**) emozioni; (**b**) domande potenti; (**c**) MAAN/PAAN; (**d**) leve motivazionali; (**e**) proposte.		(**13**) Incontri riservati (*caucus*): (**a**) emozioni; (**b**) domande potenti; (**c**) MAAN/PAAN; (**d**) leve motivazionali; (**e**) proposte.
	(**14**) *Brainstorming*.	
	(**15**) Esito.	

Tabella 3.8. *Struttura generica di una mediazione.*

Il discorso introduttivo (punto 1) serve al mediatore per spiegare il significato e le modalità di svolgimento della mediazione oltreché i contenuti essenziali della normativa, ma anche per impostare una cornice collaborativa (in ingl. *setting* o *preframing*), una dimensione relazionale in cui le parti accettino di interagire rispettando le regole di comunicazione indicate dal mediatore. Il monologo può diventare un dialogo con le parti e, in tal caso, può richiedere che il mediatore anticipi l'uso delle tecniche di ascolto attivo e ristrutturazione semantica per superare le resistenze e l'ostilità delle parti (cfr. cap. 3.2.b). Gli atti con cui l'AP introduce azioni o procedure nei confronti di cittadini e im-

prese preimpostano una cornice relazionale orientata alla cooperazione o alla lite, a seconda del linguaggio usato per comunicare col destinatario.

L'esplorazione del problema (punti 2a e 3a) consente di aprire un canale comunicativo profondo con le parti perché il mediatore usa la tecnica dell'ascolto attivo (punti 2b e 3b). Le domande potenti somministrate in questa fase consentono di esplorare gli aspetti oggettivi del problema, lasciando da parte quelli soggettivi, da affrontare durante i *caucus* (punti 12 e 13). La verifica della problematicità e la parafrasi conseguente (punti 2c-d e 3c-d) accertano il fallimento dei tentativi con cui le parti hanno gestito il problema in passato (prima fase del dialogo strategico di Nardone/Salvini, 2004) per accennare al bisogno di cambiare atteggiamento.

La descrizione del problema, con cui il mediatore fornisce un punto di vista comune e riepiloga brevemente i soli fatti oggettivi (punto 4), coinvolge le parti in una lettura distaccata del conflitto, che esclude le loro emozioni negative e introduce l'intervento con cui il mediatore prova a estrarre le proposte per raggiungere una soluzione cooperativa (punti 5a e 6a). Il mediatore compie un intervento di *reframing* (cap. 3.2.b) finalizzato all'"analisi della domanda" (Carli/Paniccia 2003) quando descrive il problema da un punto di vista comune (punto 4 della tab. 3.8). Le parti, fino ad allora, prospettano interpretazioni personali, ma speculari, benché dense di differenze particolari; tra cui spicca quella generale e fondamentale di ogni conflitto: «Io ho ragione e tu hai torto; io devo vincere e tu devi perdere; tu devi fare ciò che ti chiedo e io devo ottenerlo» (cfr. ord.-Trib.Vasto 23.04.2016).

Il mediatore allora commenta le similitudini che vede dall'esterno del conflitto, consentendo alle parti di osservare le somiglianze responsabili della lite, come, per es., il fatto che ciascuna di esse desideri ricevere qualcosa dall'altra (cornice generica) oppure, più puntualmente, che entrambe abbiano perso fiducia nella capacità altrui di rispettare gli impegni presi o che, ancora più specificamente, ciascuna trovi difficile tollerare l'altra o rispettare le regole di buon vicinato (per due condomini), a seconda della situazione pragmatica. Gli appunti consentono al mediatore di confrontare quali informazioni riferite dalle parti divergano tra loro (conflitto evidente nelle cornici semantiche personali) e quali, invece, coincidano (conflitto latente nella cornice comune).

Le parti, in questa fase esplorativa iniziale, tendono ad avanzare pretese anziché proposte (cfr. cap. 3.3.a) perché percepiscono ancora il problema da un punto di vista soggettivo o "personalizzato" (cfr. il cap. 3.1.a): avanzano e giustificano le richieste in base alle posizioni di principio, anziché agli interessi, nascondendo addirittura ciò di cui

avrebbero veramente bisogno.

Trascrivere sulla lavagna le pretese e le proposte estratte (punti 5c e 6c della tab 3.8) dimostra alle parti che il mediatore partecipa attivamente alla trattativa, tracciando una mappa del conflitto con cui tutti possono cercare una soluzione; ma dimostra anche alle parti quali opzioni potrebbero modificare il conflitto; dimostra che le parti possono fare qualcosa per cambiare, oltreché litigare. Le persone percepiscono la possibilità di cambiare il problema dopo aver visto le alternative alla lite, messe "nero su bianco". Il percorso di risoluzione del problema, anzi, attraversa proprio questa fase di percezione della disponibilità di alternative, come indica una *matrice di svalutazione* (tab. 3.9).

	Stimoli	Problemi	Opzioni
Esistenza	1	3	6
Importanza	2	5	9
Possibilità di cambiamento	4	8	10
Capacità personali di cambiamento	7	11	12

Tabella 3.9. *Matrice di svalutazione (Mellor/Schiff, 1975: 301)*.

Una matrice di svalutazione (Mellor/Schiff, 1975) analizza cosa percepisce un soggetto coinvolto in una relazione conflittuale e consente di stabilire quali passi compiere per superare una condizione di stallo negoziale. Le celle della matrice stabiliscono una relazione tra righe e colonne, che rappresentano lo stato percettivo del soggetto analizzato.

Una persona deve percepire innanzitutto l'esistenza di stimoli (cella 1): informazioni che possono rivelare un problema. Le modalità della comunicazione determinano l'importanza delle informazioni (cella 2), coinvolgendo l'attenzione del soggetto, che può percepire l'esistenza di un problema (cella 3). Il conflitto inizia in questo stadio. L'entità del conflitto (micro, meso o macro; cfr. cap. 3.1) e l'intervento di un mediatore (che estrae informazioni nuove e aiuta le parti ad elaborare le emozioni negative) consentono alle parti di percepire la possibilità di modificare la situazione (cella 4 della tab. 3.9 che coincide con i punti 5c e 6c della tab. 3.8). Una mediazione inizia agli stadi 3-5 della tab. 3.9, dove le parti hanno maturato la consapevolezza del problema e l'importanza di risolverlo. La cella 5 determina la modalità relazionale del soggetto, che può accomodare, fuggire, competere o collaborare (cfr. la fig. 3.3 al cap. 3.1). Il mediatore dialoga con le parti (dal punto 5a in poi della tab. 3.8) per estrarre e dimostrare l'esisten-

za di opzioni negoziali (cella 6 della tab. 3.9). La cella 7 fa percepire al soggetto di avere le risorse con cui trasformare il problema, abbandonando l'atteggiamento di fuga. La cella 8 individua la consapevolezza di poter trasformare il problema, che può diventare una relazione proficua solo se le parti reputano valide le opzioni raccolte (cella 9). La ZOPA (cfr. cap. 1.3) emerge nel percorso tra le celle 7-9. Le proposte delle parti possono acquisire importanza (cella 9) e promettere concretamente le possibilità di trasformare il conflitto (cella 10) in una relazione cooperativa basata sugli interessi reciproci (cella 11). Le parti quindi selezionano le soluzioni più adeguate a trasformare il problema (cella 12).

La negoziazione diretta (punto 7 della tab. 3.8) consente alle parti di riattivare la comunicazione in prima persona, criticando le opzioni e le posizioni di principio. Il mediatore può registrare le osservazioni fatte da ciascuna parte e modificare l'elenco delle proposte scritte sulla lavagna, oppure intervenire per trasformare l'ostilità eventualmente emersa e ricondurre la comunicazione a un dialogo costruttivo.

La negoziazione indiretta (punti 8 e 9 della tab. 3.8) consente di ricostruire un ponte (di empatia) tra le parti perché il mediatore formula domande circolari, che mettono ciascuna parte "nei panni dell'altra", facendo loro assumere il punto di vista reciproco: il mediatore, perciò, chiede a ciascuno di ripetere cosa ha capito dei bisogni, degli interessi e delle emozioni altrui. La comunicazione potrebbe ritornare naturalmente ad una negoziazione diretta (punto 7), ove gli interlocutori provassero l'esigenza di risolvere i malintesi, avendo ascoltato ciascuno la rappresentazione dei propri bisogni fatta (ed eventualmente distorta) dall'altro. Le domande circolari, inoltre, consentono al mediatore di destrutturare (in ingl. *deframing*) le posizioni di principio dell'interlocutore, chiedendogli di esplicitare i punti deboli propri e quelli forti altrui, secondo gli schemi dell'algoritmo TOTE (cfr. cap. 3.3.a) e del dialogo strategico (punti 10 e 11). Strumenti utili per svolgere i *caucus*, ma anche durante una sessione congiunta, ove le parti dimostrassero di riuscire a sostenere un confronto critico e razionale.

Gli incontri riservati (punti 12 e 13) servono per elaborare le emozioni; per conoscere il modo in cui le parti hanno creato e gestito o intendono gestire la loro relazione; per esplorare i bisogni e gli interessi più privati; per estrarre e analizzare le MAAN e le PAAN; per sostituire, soprattutto, le pretese rigide con proposte costruttive e superare le fasi di stallo, elencando i punti deboli dell'interlocutore, per individuare le conseguenze (PAAN) che ciascun punto debole porterà nella sua vita. I *caucus*, inoltre, consentono al mediatore di "fare leva" sui moventi (anche emotivi) dell'interlocutore, persuadendolo a

cambiare atteggiamento tramite il *reframing* (punti 12d e 13d).

Il mediatore, durante il *brainstorming* (punto 14), usa la lavagna, integrando gli appunti presi al punto 7 con le proposte nuove, emerse durante la negoziazione, e aiuta le parti a modificarle o a suggerirne altre. Le parti devono evitare di censurare e auto-censurare le proposte, per creare il numero maggiore possibile di opzioni, da modificare e sottoporre a filtri oggettivi solo alla fine del procedimento.

Rosenberg (1998), Stone/Patton/Heen (2010) e Mnookin (2010) accreditano la struttura e gli interventi schematizzati nella tab. 3.8 come strumenti efficaci per la *governance* aziendale; possono trovare posto, quini, anche nei contesti in cui l'azione pubblica abbia l'esigenza di sviluppare negoziati efficaci, rapidi e che abbattano i costi di transazione.

(a) Pretese e proposte

Le pretese di *Ego* implicano un'azione di *Alter*, mentre le proposte di *Ego* dipendono da un'azione di *Ego* stesso. Chi propone un'azione propria (anziché pretendere quelle altrui) quindi controlla un negoziato perché incrementa le proprie possibilità di decidere, sottraendole ad *Alter*. Le pretese crescenti (nel numero e/o nel contenuto), inoltre, fanno crescere l'ansia perché fanno perdere il controllo della trattativa. Le persone tendono a opporre resistenza alle pretese «perché la pretesa minaccia la loro autonomia» (Rosenberg, 2003: 157-157), quindi irrigidiscono le posizioni negoziali e mettono a rischio la conciliazione per esorcizzare (inutilmente) la propria ansia.

Il mediatore può aiutare le parti a trasformare le pretese in proposte utilizzando una forma di dialogo strategico (Nardone/Salvini, 2004) basata sull'algoritmo TOTE, acronimo per: Test, Operazione, Test, Estrazione (Miller/Galanter/Pribram, 1960). L'algoritmo consente di individuare il raggiungimento di un obiettivo (*test*) e, in caso negativo, di modificare il percorso progettato per raggiungerlo (*operate*), valutandone i risultati (*test*) e reiterando i test e le operazioni fino al conseguimento dell'obiettivo desiderato (*exit*), che, nel caso specifico, coincide con la sostituzione di una pretesa con una proposta.

L'algoritmo destruttura la cornice semantica (in ingl. *deframing*) di un individuo, mettendolo in condizione di criticare in prima persona le proprie posizioni di principio e le proprie pretese. Chi usa il modello TOTE deve mantenere il contatto oculare e adottare un comportamento non-verbale di accoglimento per mettere a proprio agio l'interlo-

cutore, che, altrimenti, potrebbe percepire un tentativo di persuasione o una sensazione di difficoltà dovuta all'uso di domande tendenziose. Il mediatore, invece, ha lo scopo di superare un momento di stallo negoziale, facendo scoprire all'interlocutore i propri punti deboli e il paradosso di base: la perdita di controllo direttamente proporzionale al numero di pretese avanzate.

Il mediatore (M) individua una pretesa (*X*) del proprio interlocutore (Tizio o T) e gli somministra una successione di domande circolari, seguendo la procedura indicata nello schema seguente, sostituendo le lettere *X*, *Y* e *Z* con la parafrasi della pretesa che vuole trasformare in proposta. L'algoritmo produce un risultato quando estrae almeno una proposta dall'interlocutore o la sua decisione – ormai consapevole della sua modalità di pensiero irrazionale – di rimanere fermo sulle proprie posizioni.

T_0 pretende che Caio faccia *X* per Tizio.

M_0: *Cosa pensi* ***che piaccia*** *a Caio della tua idea di fare* X*?*

T_{1a}: *Niente. Caio rifiuterà* X*.*

M_{1a}: *Se dici che Caio rifiuterà* X*, quale altra proposta puoi fare in modo che Caio accetti?*

$T_{2a} = T_0$.

T_{2b}: *Non posso proporre altro.*

M_{2b}: *Sentiamo cosa pensa Caio di* X*. Se dovesse rifiutare, cos'altro puoi proporgli?*

$T_{3a} = T_0$.

T_{3b}: *Non posso proporre altro.*

M_{3b}: ***Cosa accadrebbe*** *se Caio rifiutasse* X*?*

T_{4a} individua una MAAN.

M_{4a} esegue un *reframing* (cap. 3.2.b) della MAAN per elicitare idee alternative.

T_{4b} individua una PAAN.

M_{4b} esamina le reazioni emotive alla PAAN usando il dialogo strategico (cap.3.2.b).

T_{4c} individua un insieme complesso di MAAN e PAAN.

M_{4c} analizza le strategie alternative come descritto al cap. 3.3.b.

T_{1b}: *A Caio piace l'aspetto* Y*.*

M_{1b}: *A Caio può piacere* Y *di* X*, ma cosa pensi* ***che non piaccia*** *a Caio di* X*?*

T_{2c}: *A Caio può non piacere Z.*

M_{2c}: *Se dici che a Caio non piace Z, come puoi modificare Z affinché Caio accetti?*

$T_{3c} = T_0$.

T_{3d}: *Non posso modificare Z né* X*.*

$M_{3d} = M_{2b}$.

T_{2d}: *Niente. Caio deve accettare* X.

$M_{2d} = M_{2b}$.

Il mediatore può usare il modello TOTE in *caucus*, ma anche in sessione congiunta, dove ha l'occasione di confrontare rapidamente le reazioni delle parti, ma dove deve necessariamente iterare l'algoritmo con tutti i partecipanti, per dimostrare un'equità di trattamento.

L'algoritmo TOTE consente anche di estrarre MAAN e PAAN (punto M_{3b}). Il mediatore può anche modificare la domanda in: «*Cosa accadrebbe se modificassi* X*?*» o, al punto M3d: «*Cosa accadrebbe se modificassi* Z*?*». Il mediatore, così facendo, cerca di conoscere quali conseguenze (alternative migliori o peggiori) ipotizzi l'interlocutore e può usare le risposte per esplorare la fondatezza delle sue paure e delle sue certezze.

(b) Analisi delle alternative

MAAN e PAAN definiscono il potere negoziale delle parti (cfr. cap. 3.1.a). L'orientamento verso strategie dominanti (MAAN) o dominate (PAAN) emerge dal dialogo condotto con tecniche di comunicazione efficace, che il mediatore può integrare con strumenti analitici come gli alberi decisionali: grafici che riassumono le sequenze di azioni, reazioni, controreazioni e, infine, i risultati conseguibili da ciascuna parte. Gli alberi decisionali nascono con la teoria dei giochi (cfr. Gibbons, 1994) che li usa per rappresentare strutture strategiche complesse. Un negoziatore costruisce un albero decisionale per aiutare l'interlocutore (per es. Tizio) a estrarre informazioni precise, trascrivendole (preferibilmente) su una lavagna, cosicché la parte possa verificare visivamente la propria condizione negoziale di forza (dominio di MAAN) o debolezza (dominio di PAAN).

Il mediatore può tracciare un albero decisionale seguendo nove passi:

1. Elencare tutte le possibili **azioni** che può compiere Tizio per gestire il problema.
2. Elencare tutte le **reazioni** che può compiere l'altra parte (Caio), di fianco a ciascuna azione di Tizio.
3. Elencare tutte le **controreazioni** di Tizio, di fianco a ciascuna reazione di Caio. Ogni controreazione definisce un esito possibile della strategia avviata con l'azione principale (punto 1).
4. Descrivere i **risultati** finali conseguibili da Tizio per ciascuna strategia o successione di azione (punto 1), reazioni (punto 2) e controreazioni (punto 3).
5. Assegnare un **voto** (da 0 a 10) a ciascun risultato finale, col valore più basso corrispondente al risultato peggiore e il più alto corrispondente al risultato preferito.

6. **Marcare** i risultati finali peggiori (punto 5) generati da ciascuna strategia (punti 1, 2 e 3): i minimi di ciascuna strategia individuano le PAAN.
7. Scegliere la PAAN con il voto **più alto**: il massimo dei minimi o *maxmin*[83] individua un "punto di sella" che indica il comportamento con cui scongiurare il danno peggiore possibile o, in altri termini, con cui minimizzare i danni.
8. Risalire alla **strategia principale** (tra quelle elencate al punto 1) da cui dipende il "punto di sella", per scegliere quella che minimizza i danni causati dal conflitto.
9. Verificare il risultato medio, se ogni PAAN equivale alle altre (condizione che occulta il punto di sella):
    i. **sommare** i voti assegnati al punto 5 per ciascun gruppo di esiti relativi a ogni azione principale (punto 1);
    ii. **dividere** il risultato di ogni somma (punto 9.i) per il numero dei voti addizionati tra loro (per es., con tre risultati: 1+4+2 = 7 → $^{7}/_{3}$ = 2,3) e ottenere, così, il valore medio di ogni strategia;
    iii. **escludere** l'azione (punto 1) che conferisce il risultato medio più basso (*min*); scegliere invece quella che conferisce il risultato più alto (*maxmin*).

La teoria dei giochi dimostra che una scelta razionale prescinde dalla fiducia o dalla sfiducia riposta nel caso, nelle controparti o nei terzi; prescinde da ciò che un giocatore può credere circa l'altro giocatore o circa le condizioni esterne. Un agente razionale, invece, considera oggettivamente i dati disponibili e sceglie limitatamente all'utilità che può conseguire con certezza impiegando le risorse disponibili. Un agente razionale, insomma, confida esclusivamente nei dati raccolti in maniera oggettiva.

Tizio (es. della fig. 3.8) ipotizza che dovrebbe resistere ad una causa in tribunale (PAAN con risultato 0), se lasciasse a Caio l'opportunità di fare la prima mossa; causa che Tizio potrebbe anche interrompere, se risarcisse l'inquilino (conseguendo comunque 0). Aggiustare il tetto per eliminare le perdite, invece, esporrebbe Tizio al rischio di dover attivare una causa nei confronti di Caio, ma avendo comunque ripristinato l'immobile per un uso futuro (1). Iniziare una causa di sfratto, infine, esporrebbe Tizio alle stesse PAAN della prima opzione (0). Il risultato di Tizio migliore tra i suoi peggiori (1, *maxmin*) dipende dalla sua seconda azione principale: Tizio sceglierà di aggiustare il tetto, accettando il rischio che Caio non paghi perché ciò comporta perdite minori rispetto alle altre alternative.

Tizio può anche calcolare la media dei risultati di ciascuna strategia principale, riscontrando che 2 > 1 > 0,75. Tizio, perciò, ha un movente razionale per eseguire la manutenzione dell'immobile, salvando i rapporti con Caio e fornendogli un motivo per continuare a pagare i canoni di locazione e, comunque, predisponendo l'appartamento

83 Dal lat. *maximum minimorum*. Soluzione argomentata da Von Neumann/Morgenstern (1944-2004).

per un utilizzo futuro, ove dovesse liberare la casa dalla presenza di Caio.

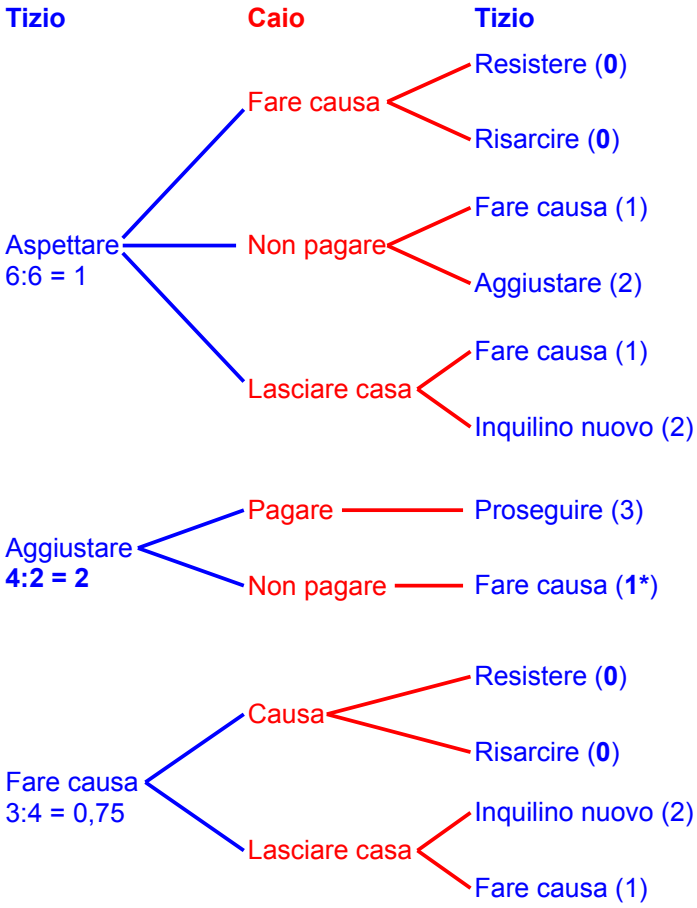

Figura 3.8. *Esempio di un albero decisionale.*

Qualsiasi soluzione diversa, ma certa, e di valore superiore all'accordo eventuale tra le parti, rappresenta una MAAN: un motivo ottimo per rifiutare la conciliazione (Mnookin, 2010: 30). Il mediatore e le parti devono verificare con scrupolo la certezza e l'affidabilità di una MAAN per evitare di prendere decisioni inefficienti, basate su distorsioni cognitive di pregiudizio (in ingl. *bias*). Le persone che hanno almeno una MAAN devono sceglierla come soluzione perché rimanere fedele alla propria MAAN significa scegliere un comportamento razionale, tanto quanto escludere i comportamenti legati alle PAAN.

Conclusioni

Un'irrazionalità ragionevole

1. Politiche negoziali

Le caratteristiche e gli strumenti degli *ADR* negoziali consentirebbero all'AP – come a un'azienda qualsiasi (Collins, 2001) – di migliorare l'efficienza delle *policy* in termini di economia del diritto (con aspetti micro- e macroeconomici), ma anche in termini psicosociali, rispetto alla qualità della convivenza e del benessere e, insomma, del contratto sociale in genere (cfr. capp. 1.2 e 2.3). La Corte Cost., del resto, ha sostenuto nella sent. 276/2000 che:

> la conciliazione tende a soddisfare un interesse generale, perché costituisce non solo un efficace strumento in grado di contenere il proliferare delle controversie giudiziarie – con evidente vantaggio per l'amministrazione della giustizia e quindi della collettività – ma rappresenta anche un veicolo di diffusione di quella cultura della pacificazione, che ha fondamento nell'art. 2 della Carta Costituzionale in relazione agli istituti che riconoscono e garantiscono la solidarietà.

La Corte, insomma, acquisisce l'idea che «né la guerra né la pace *totali* sono possibili» (Rouland, 1992: 283) e che i sistemi di gestione del conflitto debbano produrre risultati sociali, anziché strettamente giuridici, perché «più il grado di coesione sociale è forte, meno elevata è la violenza» (*id.*: 290). Potrebbe sembrare, però, che l'AP, rispetto ai privati, soffra alcuni pregiudizi in merito alla possibilità di svolgere attività negoziali "olistiche"; innanzitutto perché la dottrina tende a limitare la negoziazione dell'AP alle attività svolte *iure privatorum*, con esclusione di quelle svolte autoritativamente in contrapposizione all'interesse legittimo altrui. L'attività amministrativa, infatti, mira a tutelare gli interessi pubblici, ma (soprattutto) mira a farlo (esclusivamente) nei limiti o con gli strumenti formali codificati dalla legge. Le trattative negoziali, invece, necessitano di

flessibilità e informalità. La discrezionalità tecnica tipica dell'AP, perciò, sembrerebbe bisticciare con le esigenze pragmatiche della negoziazione professionale.

L'AP, inoltre, esercita le proprie funzioni con autorità; esprime un potere, produttivo di effetti giuridici, indipendentemente dalla volontà dei soggetti che lo subiscono. La logica essenziale dell'AP quindi escluderebbe la possibilità di negoziare il contenuto di un atto giuridico. Unilateralità che, però, può produrre risultati irragionevoli benché razionali (cfr. la premessa).

Il paradosso (o l'ossimoro) appena osservato può danneggiare la collettività e innescare crisi macroeconomiche difficili da sostenere o, quantomeno, impossibili da ignorare. Il legislatore, infatti, ha iniziato a introdurre istituti di natura negoziale che consentano di tutelare gli interessi giuridici ed economici (come la "mediazione civile e commerciale" di cui al D.Lgs. 28/2010), riservando all'AP la facoltà di gestirne i procedimenti (a volte in via esclusiva, come nel caso della "gestione della crisi da sovraindebidamento" di cui alla L. 3/2012).

Gli organi politici dello Stato, dal canto loro, hanno compreso e manifestato la necessità di attribuire espressamente all'AP il compito di provvedere al benessere collettivo – l'interesse pubblico per antonomasia – con riguardo alla pacificazione e all'integrazione sociali. L'AP, insomma, dovrebbe (pre)occuparsi anche della qualità delle relazioni intrattenute tra e con gli individui singoli (cfr. la Pubblica Amministrazione di Qualità, 2013a, 2013b, 2013c, 2013d), riconoscendoli nella loro dimensione personale, oltreché in quella di cittadini o di contribuenti o utenti: portatori di interessi psicologici oltreché giuridici. La considerazione paritetica degli interessi pubblici e di quelli individuali, infatti, consente un'integrazione sociale massima perché, innanzitutto, consente un dialogo basato sull'ascolto reciproco (cfr. Miyashiro/Rosenberg, 2008). Un dialogo che, invece, i cittadini considerano inefficiente proprio nelle aule dei tribunali dove individuano «nel rapporto umano con i magistrati il fattore di maggiore criticità» (ISTAT, 2016: 1 e 7-9).

La qualità della comunicazione (cfr. cap. 3) assume un ruolo sempre più strategico nell'attività dell'AP, come rilevano Zaccaria (2011) e Alfieri (2011) e come ha già dimostrato il Presidente della Camera dei Deputati che, con la sua circolare del 20.04.2012, ha dettato regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi. Il legislatore ha già iniziato a rivolge la propria attenzione verso le tecniche di comunicazione per facilitare i cittadini nella ricerca, conoscenza e comprensione delle regole e, quindi, per consentire una coordinazione sociale efficace.

Le cariche emotive legate ai desideri delle parti (obiettivi strategici, necessità primarie, ecc.) e la dimensione affettiva legata alla storia relazionale di ogni individuo (in famiglia, al lavoro, ecc.) consentono di risolvere una lite allargando il confronto dal piano oggettivo a quello soggettivo (cfr. cap. 3.1 e 3.2). Gli aspetti irrazionali implicati in ogni atto comunicativo innescano l'*escalation* dei conflitti, ma consentono anche di far emergere soluzioni ragionevoli, tanto quanto la razionalità consente di giustificare posizioni di principio irragionevoli.

Il passaggio dal registro disfunzionale e rigido a quello flessibile ed efficiente dipende dalla possibilità di elaborare gli aspetti qualitativi della relazione tra le parti in lite, oltreché argomentare la logica giuridica di una soluzione possibile; anche quando le parti rappresentino soggettività asimmetriche (con potere e interessi asimmetrici), come in un conflitto tra un'azienda erogatrice di servizi pubblici e un utente. Il consumatore pretende un riconoscimento individuale che l'azienda può riscontrare improbabilmente tramite il potere amministrativo, ma facilmente mediante l'attività ordinaria dei propri funzionari, che condividono con l'utente le stesse esigenze umane: il rispetto del sé, il riconoscimento dell'identità, l'accoglimento emotivo, ecc. Un'attenzione che consente di passare dall'abitudine di definire l'identità reciproca tramite le differenze (Lévi-Strauss, 1964-1971) alla capacità di definire l'identità tramite le somiglianze (Rosenberg, 1998). L'AP può anche ignorare tali esigenze – benché PAQ (2013a-2013d) dimostri il contrario –, ma le persone fisiche che lavorano per l'azienda possono comprenderle facilmente, se vogliono farlo e se ricevono un addestramento adeguato; se la dirigenza ne comprende la rilevanza socio-economica.

La prassi statunitense (*Rec.* 82-4 e *Rec.* 85-5) dimostra che l'AP può adottare *ADR* negoziali e *policy* di comunicazione efficace per svolgere le proprie attività istituzionali, tanto quelle nei confronti dei propri *stakeholders* quanto quelle interne o, per così dire, relative al proprio *back-office*. Un'espressione, quest'ultima, che rappresenta un'AP sempre più orientata ad assimilare i modelli della *governance* imprenditoriale privata, abituata ad ottimizzare i processi produttivi anche addestrando il personale a gestire e dirimere i conflitti in modalità faccia a faccia (Miyashiro/Rosenberg, 2008).

Gli strumenti negoziali, insomma, dimostrano di trovare applicazione per la gestione dei conflitti più disparati che gravitano attorno al contratto sociale, al di là dei confini geografici e politici delle nazioni che hanno sviluppato e/o implementato gli *ADR* nel corso dei secoli (cfr. cap. 1.1).

2. Prospettive europee[84]

Il tema dei confini ha consentito agli Stati europei di intavolare discussioni e negoziati fondamentali per la nascita e lo sviluppo dell'Unione Europea. Confini di natura religiosa e culturale, economica e sociale, però, dividono ancora il senso di un'Europa unita da un progetto basato sull'abolizione delle frontiere interne e sull'inclusione.

L'Unione Europea dipende dai "confini" nel senso più ampio del termine: identificare l'*Ego* riconoscendo l'*Alter* negoziando gli interessi reciproci a livello istituzionale, "dall'alto", conoscendo i propri "limiti" di salvaguardia, ma anche quelli altrui. Le strategie di convergenza politico-istituzionale e l'integrazione socio-economica dei cittadini europei, però, dipende anche dall'interazione quotidiana di consumatori e imprese, che negoziano il contratto sociale "dal basso". La mediazione stragiudiziale offre un'opportunità di soluzione ai conflitti generati appunto dal mancato rispetto delle "regole", ovvero dei "confini" che, se misconosciuti o ignorati, producono criticità.

Un peggioramento della qualità di alcune istituzioni fondamentali per definire quei confini e quelle regole – come il sistema giudiziario – può determinare fratture difficilmente superabili nel contratto sociale, come nell'economia, alimentando la crisi dell'Eurozona ormai già in corso. La fragilità della costruzione europea e delle sue istituzioni emerge specialmente rispetto ai sistemi giudiziari, che possono favorire gli investimenti e il ripristino della "fiducia produttiva" solo se gesti con efficienza.

La costruzione europea, soprattutto di recente, sperimenta sfide "di crescita" a quella coesione e integrazione dei popoli che ha fondato il progetto originario. Criticità che risultano in parte dalla complessità dell'istituzione; dalle differenze di "velocità" che permangono al suo interno e che spesso alimentano, più che comporre, fratture e distanze tra Paesi. L'attrazione verso l'Europa significa per molti una "via di fuga" dalla fragilità istituzionale e amministrativa del proprio Paese, con l'aspettativa che le istituzioni europee riescano a supplire efficacemente l'inadeguatezza delle funzioni dei sistemi nazionali. La strategia Europa 2020, invece, ha l'obiettivo di colmare le lacune del modello di crescita e creare le condizioni per uno sviluppo economico più intelligente, sostenibile e solidale (EC, 2010).

Crisi politiche ed economiche, però, hanno accentuato l'importanza dei problemi di *governance* relativi alla gestione dei conflitti civili e commerciali, interni e internazionali, complicati ancora da molti vincoli istituzionali: l'efficienza del sistema giudiziario

84 Questo sottocapitolo deriva da Morelli/Rossi (2015).

in primo luogo. Esso fonda le democrazie europee ed ogni tradizione costituzionale lo riconosce come un valore essenziale. Le carenze a livello nazionale del sistema giudiziario, perciò, definiscono una barriera al corretto funzionamento del mercato unico e dello spazio europeo di giustizia, ma soprattutto all'attuazione efficace di tutti quei diritti, obblighi, principi e valori vincolanti. La "riforma della giustizia", infatti, rappresenta dal 2011 una priorità delle politiche economiche dell'Unione Europea.

Le inefficienze del sistema giudiziario comportano un deflusso di capitali e investimenti, riducendo la competitività: le imprese perdono fiducia nella possibilità di recuperare i crediti, di ottenere riparazioni, di intrattenere rapporti trasparenti con i loro *stakeholder*. Disfunzioni che alimentano incertezza negli agenti economici, data l'incapacità dell'AP di risolvere i conflitti interni. L'Unione Europea, perciò, manifesta un interesse crescente verso soluzioni alternative come gli *ADR*. L'UE, infatti, ha lo scopo di assicurare la pace duratura tra gli Stati membri grazie all'attivazione di *policy* e strumenti orientati a far cooperare i Paesi aderenti per stimolare e regolamentare i flussi economici sulla scia di un principio consolidato: chi coopera per raggiungere obiettivi comuni costruisce e consolida rapporti pacifici, basati sulla fiducia reciproca e su interessi futuri condivisi (Axelrod, 1985).

Gli Stati cooperano "sincronizzando" le *policy* a livelli diversi per adeguarle ai principi comunitari in un'ottica di reciprocità e uniformità, risolvendo nodi strutturali interni, quali la fragilità istituzionale e/o regolamentare di alcuni settori, e intervenendo sull'adeguamento infrastrutturale. L'Unione Europea subordina l'attribuzione di appositi fondi per l'aggiustamento macroeconomico al rispetto di standard univoci. Una delle 3 direttrici del Piano Juncker (2014) per il rilancio della crescita e dell'occupazione, per es., vuole definire un programma che renda l'Eurozona più attraente per gli investitori e rimuova le strettoie regolamentari, attraverso incentivi a riformare regole e strutture di *governance* interne. I Paesi trainanti (come la Germania), però, ancora oggi marcano le differenze con quelli trainati (come la Grecia): efficienti e inefficienti, creditori e debitori seriali, ecc. definiscono un dualismo istituzionale che frena il volano dell'economia perché mina la fiducia tra pari che, invece, sosterrebbe la cooperazione massimizzando il "bene comune".

La mediazione civile stragiudiziale offre una soluzione a questo paradosso perché consente alle parti in lite di comunicare per capire le differenze reciproche, argomentandole come risorse capaci di risolvere i conflitti. Essa incorpora lo spirito con cui Monnet (1976) pensava all'Europa come somma delle soluzioni trovate per sciogliere le crisi

perché consente alle parti di comporre amichevolmente una controversia; comprendere la natura pragmatica degli ostacoli e dei vincoli; individuare le risorse con cui risolvere realisticamente i problemi; dialogare per proporre, anziché questionare per pretendere; ridurre il numero di contenziosi gravanti sul sistema giudiziario, a vantaggio della *performance* e quindi migliorare la percezione della stabilità del sistema-paese; creare le condizioni per una responsabilizzazione di consumatori e imprese, lasciandoli decidere in autonomia come risolvere i conflitti; ridurre i costi diretti e indiretti di gestione delle liti con effetti positivi sul benessere collettivo; mitigare la conflittualità sociale, diffondendo la cultura del dialogo e migliorando l'allocazione delle risorse.

L'Unione Europea, per tutti questi motivi, ha dedicato alla mediazione e agli *ADR* ben 16 provvedimenti tra il 1998 e il 2013 (cfr. i riferimenti giuridici), per incoraggiare gli Stati membri a disciplinare la mediazione stragiudiziale in ambito civile e, in alcuni casi, penale perché la mediazione consente di trovare un accordo superando i "confini" (politici, religiosi e etici), ma riconoscendoli e rispettandoli. L'interazione conciliativa, infatti, basa la sua efficacia sulla comprensione reciproca dell'identità e dei bisogni, requisito fondamentale per qualsiasi istanza d'integrazione. L'UE, perciò, ha individuato nella mediazione l'*ADR* più adatto o adattabile a gestire i conflitti di ordine quotidiano (dagli *small claims* ai familiari), ma anche più complessi (come quelli commerciali), per promuovere l'abitudine di affrontare i problemi comuni a tutti i cittadini dell'Unione con razionalità e ragionevolezza: 2 risorse che le istituzioni stesse, a volte, mettono in conflitto.

3. Orizzonti futuri

Razionalità e ragionevolezza entrano spesso in conflitto; tanto spesso che sembrerebbe "innaturale" pretendere l'esercizio di una razionalità ragionevole o di una ragionevolezza completamente razionale. I due poli, anzi, integrano più facilmente i loro opposti, come la tesi presente ha provato spesso a rilevare: la razionalità estrema può condurre facilmente a prendere decisioni irragionevoli; ma, d'altra parte, la ragionevolezza può anche discendere da pensieri irrazionali.

Accogliere e sviluppare il paradigma paradossale della "ragionevolezza irrazionale" (un atteggiamento che dimostrano tipicamente le persone assistite da un mediatore nella gestione negoziale dei conflitti), anzi, potrebbe fornire qualche risposta al problema del-

la "razionalità irragionevole", dimostrata da norme e prassi che a volte paralizzano l'azione pubblica e che definiscono scenari socio-economici inefficienti.

Implementare *policy* che pongano l'aspetto soggettivo (il *petentem*) dei conflitti – ma anche dell'azione pubblica ordinaria (come fa l'art. 8 del D.Lgs. 150/2009; cfr. cap. 2.4) – affianco al suo contenuto oggettivo (il *petitum*) potrebbe contribuire a disinnescare "dal basso" (cap. 2.2; Geels, 2002) il circolo vizioso che intrappola l'Italia nel proliferare di norme e riforme che promettono soluzioni alla decrescita e alla perdita di *appeal* istituzionale, ma che fanno defluire all'estero i capitali d'impresa e che – ancor peggio – incentivano il malaffare anziché l'adesione ai principi di legalità. L'UE, del resto, ha sempre promosso e continua a promuovere l'integrazione del dialogo "emotivo" nei procedimenti giudiziari: addirittura in quelli penali (R. 99/19 CE e F.D. 2001/220/JHA), considerando la punizione del reo tanto rilevante (ai fini della costruzione di una società integrata) quanto la sua riconciliazione con la vittima (Lhuillier, 2007).

Un progetto per la diffusione degli *ADR* negoziali, come quello che il legislatore ha già avviato (cap. 1.1), produce i suoi effetti secondo il modello di Geels (2002; cfr. cap. 2.2), che illustra come una transizione "tecnologica" dipenda dal dialogo tra segmenti diversi della società: tre livelli strutturali (micro-, meso- e macro-) che devono negoziare esigenze e soluzioni operative orientate a introdurre comportamenti abitudinari nuovi nel tessuto sociale. L'AP può facilitare questo processo oppure ostacolarlo, a seconda di come dimostri di recepire il cambiamento che essa stessa promuove, utilizzando o rifiutando gli *ADR* e le tecniche negoziali; ma può facilitare quel processo anche rispetto alla sua capacità di intercettare – ascoltando in maniera attiva – le necessità e il favore che i gruppi d'interesse manifestano rispetto al cambiamento (cap. 2.1.a e 2.1.b); quindi rispetto alla sua capacità di mediare il dialogo tra i segmenti sociali.

L'AP, infatti, ha il compito costituzionale di mediare il dialogo tra i cittadini e lo Stato, benché spesso tale aspetto della sua *mission* (per usare la terminologia propria del mondo imprenditoriale da cui le espressioni più recenti della *governance* pubblica traggono ispirazione) svanisca tra le pieghe di formalismi e burocrazia, di istanze politiche e paradigmi giuridici che allontanano gli attori e, anziché farli incontrare, li fanno scontrare sul campo del conflitto preparato dal diritto stesso.

> Anche per la "mediazione" e, più in generale, per gli strumenti di composizione delle liti a disposizione degli enti pubblici, dunque, come accade per ogni scelta collettiva, il problema è quello di un'etica pubblica razionale: un accordo equo potrà nascere soltanto da un dialogo razionale fra soggetti che si sono impegnati seriamente per trovare un accordo e che, dal

lato della parte pubblica, hanno assunto un atteggiamento imparziale (Izzo, 2013).

La stabilizzazione dell'istituto della mediazione civile nel corso degli anni dimostra un'attenzione e un impegno costanti del legislatore nel divulgare gli *ADR* negoziali, che l'ordinamento italiano ha disciplinato meticolosamente, con la negoziazione assistita e la composizione della crisi da sovraindebitamento, con il ricorso costante all'informalità della mediazione familiare, con la diffusione della conciliazione per i consumatori e con il trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti davanti all'autorità giudiziaria e, più di recente, con la costituzione di camere arbitrali, di conciliazione (anziché di mediazione) e di risoluzione alternativa delle controversie "in genere" da parte degli ordini forensi: il D.M. 34/2017 disciplina la costituzione di organismi "flessibili"; diversi da quelli disciplinati con le norme relative agli altri istituti già citati; "vuoti" perché pronti ad accogliere le nuove forme *ADR* che (evidentemente) nasceranno nell'immediato futuro.

Riferimenti bibliografici

Adorno T.W. (2004), *Dialettica negativa*, Torino, Einaudi (or. 1966).

Aime M. (2014), *Etnografia del quotidiano. Uno sguardo antropologico sull'Italia che cambia*, Milano, elèuthera.

Albert J. (ed.) (2007), *Study on the Transparency of Costs of Civil Jusicial Proceedings in the European Union. Country Report: Italy*, Brussels, European Commission, DG for Justice, Freedom and Security.

Alfieri G. (2011), *"Non c'è grammatica": la scrittura legislativa e la sua funzione testuale*, in Zaccaria (2011: 97-108).

Apthorpe R. (2005), *Writing development policy and policy analysis plain or clear: On language, genre and power*, in Shore/Wright (2005: 34-45).

Arielli E., Scotto G. (1999), *I conflitti. Introduzione a una teoria generale*, Milano, Bruno Mondadori.

Arouet F.-M. (1827) *Oeuvres complètes de Voltaire avec des remarques et des notes historiques, scientifiques et littéraires. Politique et législation*, Tome I, Paris, Baudouin.

AssIOM, Associazione Italiana degli Organismi di Mediazione (2014), *Analisi economica della mediazione civile. Quanto risparmia lo stato e quanto ci guadagna*, Roma, AssIOM, <http://assiom.it/analisi-economica-della-mediazione-civile/>.

AssIOM, Associazione Italiana degli Organismi di Mediazione (2015), *Analisi economica della mediazione civile 2014. Quanto lo Stato risparmia e guadagna con la mediazione civile*, Roma, AssIOM, <http://assiom.it/wp-content/uploads/2015/09/Analisi-economica-della-mediazione-civile-2014.pdf>.

Austin J.L. (1962), *How to Do Things with Words: The William James Lectures Delivered at Harvard University in 1955*, Oxford, Claredon.

Axelrod D., Axelrod E. (2008), *Collaborative Loops*, in Holman/Devane/Cady (2008: 89-101).

Axelrod R. (1985), *Giochi di reciprocità*, Milano, Feltrinelli (or. 1984).

Azzato L. (2006), *The Multi-door Courthouse Approach: A Look Across the Threshold*, "The Suffolk Lawyer", <www.azzatolaw.com/The_Multidoor_Courthouse-The_Suffolk_Lawyer__December_2006.doc>.

Bacon F. (1908), *The Essays of Francis Bacon. Edited, with introduction and notes by*

Mary Augusta Scott, New York, Charles Scribner's Sons (or. 1597).

Balconi M. (2008), *Neuropsicologia della comunicazione*, Milano, Springer.

Bandler R., Grinder J. (1982), *Reframing. Neuro-Linguistic Programming and the Transformation of Meaning*, Moab, Real People Press.

Bandler R., Grinder J. (1975), *The Structure of Magic Vol. I. A Book About Language and Therapy*, Palo Alto, Science & Behavior Books.

Bandler R., Grinder J. (1979), *Frogs into Princes. Neuro Linguistic Programming*, Moab, Real People Press.

Barbuto M. (2014a), *Relazione sul documento della DGStat «Analisi delle pendenze e dell'anzianità di iscrizione degli affari civili Ottobre 2014»*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.giustiziadipace.it/wp-content/uploads/2011/09/RELAZIONE-DOG-BARBUTO.pdf>.

Barbuto M. (2014b), *Censimento speciale giustizia civile. Analisi delle pendenze e dell'anzianità di iscrizione degli affari civili. Ottobre 2014*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_10_1.wp?previsiousPage=mg_2_9_10>.

Barbuto M. (2015), *Progetto organizzativo «Arretrato civile ultratriennale Programma Strasburgo 2»*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_9_10_2.wp?previsiousPage=mg_2_9_10>.

BCE, Banca Centrale Europea (2016), *Increasing resilience and long-term growth: the importance of sound institutions and economic structures for euro area countries and EMU*, in "Economic Bulletin", n. 5, pp. 76-96, European Central Bank, Frankfurt am Main, <www.ecb.europa.eu/pub/pdf/ecbu/eb201605.en.pdf>.

Bellman H.S., Podziba S.L. (2012), *Public Policy Mediation*, "Dispute Resolution Magazine", winter, 14-18, Chicago, American Bar Association.

Bergson A. (1938), *A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics*, "Quarterly Journal of Economics", n. 52, pp. 310-344, Cambridge, MIT Press.

Berne E. (1953), *Concerning the Nature of Communication*, "The Psychiatric Quarterly", 27, pp. 185-198, Berlin, Springer.

Berne E. (1964), *Games People Play: The Psychology of Human Relations*, New York, Grove Press.

Berne E. (1971), *Analisi transazionale e psicoterapia*, Roma, Ubaldini (or. 1961).

Biavati P. (2005), *Conciliazione strutturata e politiche di giustizia*, "Rivista trimestrale

di diritto e procedura civile", 2, pp. 785-800.

Blomgren Bingham L., Nabatchi T., Senger J.M., Jackman M.S. (2009), *Dispute Resolution and the Vanishing Trial: Comparing Federal Government Litigation and ADR Outcomes*, "Ohio State Journal On Dispute Resolutions", 24, 2.

Bodenhamer B.G., Hall M.L. (1997), *Figuring Out People. Design Engineering With Meta-Programs*, Bancyfelin, Crown House.

Bodenhamer B.G., Hall M.L. (1999), *The User's Manual for the Brain*, Bancyfelin, Crown House.

Bonanni E. (2014), *Cassese: "chi governa il mondo? Né gli Stati più potenti né gli organismi sovranazionali"*, "FIRST online", 27.05.2014, Milano, AL, <www.firstonline.info/a/2014/05/27/cassese-governance-mondiale-come-un-quadro-di-poll/d78c5243-e9f9-4de6-8470-730b91a6ffca>.

Bonino S., Lo Coco A., Tani F. (2010), *Empatia. I processi di condivisione delle emozioni*, Milano, Giunti.

Bonomi A., Usberti G. (1971), *Sintassi e semantica nella grammatica trasformazionale*, Milano, Il Saggiatore, <www.filosofia.unimi.it/bonomi/Sintassi.pdf>.

Boschi S. (2007), *Terapia dei nuclei profondi. La comunicazione efficace contro la tirannia delle emozioni*, Casale Monferrato, Sonda.

Bouchard M., Mierolo G. (2005), *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia distributiva attraverso la mediazione*, Milano, Bruno Mondadori.

Bourland D. (1989), *To Be or Not To Be: E-Prime as a Tool for Critical Thinking*, "ETC: A Review of General Semantics", 46, 3, Fort Worth, Institute of General Semantics.

Bove M. (ed.) (2011), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, CEDAM.

Buffone G., De Giovanni C., Natali A.I. (2013), *Il contratto*, 3 v., Padova, CEDAM.

Brett J.M. (2000), *Culture and Negotiation*, "International Journal of Psychology", 35 (2), pp. 97-104.

Burns R.P. (2011), *What Will We Lose If the Trial Vanishes?*, "Faculty Working Papers", 5, Northwestern University School of Law, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/5>.

Calcagno C.A. (2015), *Stato della mediazione nei paesi EU*, <http://mediaresenzaconfini.org/2015/04/20/stato-della-mediazione-nei-paesi-ue/>.

Carbone A., Bonacci E.C. (2015), *La responsabilità precontrattuale del privato e della pubblica amministrazione*, "Ambiente Diritto", <www.ambientediritto.it/home/dottrina/la-responsabilit%C3%A0-precontrattuale-del-privato-e-della-pubblica-amministrazione>.

Carbone F. (2007), *Introduzione alla conciliazione*, "Temi Romana", 3, anno LV, pp. 139-167, Roma, Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

Carli R. (2002), *Il contributo della psicologia per lo sviluppo della convivenza nella città*, stampa in proprio, <www.spsonline.it/Letture/carli_convivcitta4.doc>.

Carli R., Paniccia R.M. (2003), *Analisi della domanda. Teoria e tecnica dell'intervento in psicologia clinica*, Bologna, il Mulino.

Carli R., Paniccia R.M. (2004), *Analisi emozionale del testo. Uno strumento psicologico per leggere testi e discorsi*, Milano, Franco Angeli.

Caroccia F., Pardolesi R. (2014), *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, "Il Foro Italiano", n. 9, v. V, pp. 194-214, Torino, Giappichelli.

Casati R. (2011), *Prima lezione di filosofia*, Roma-Bari, Laterza.

Castrillo Lara R.J. (1988), *La difesa dei diritti nell'ordinamento canonico*, in *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico. Atti del XIX Congresso canonico, Gallipoli, settembre 1987*, Città del Vaticano.

CE, Commissione Europea (2015), *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni. Quadro di valutazione UE della giustizia 2015*, Commissione Europea, Bruxelles.

CEPEJ, European Commission for the Efficiency of Justice (2012), *Report on "European judicial systems – Edition 2012 (2010 data): efficiency and quality of justice"*, Strasbourg, Consiglio d'Europa.

CEPEJ, European Commission for the Efficiency of Justice (2014), *Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice"*, Strasbourg, Consiglio d'Europa, <www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf>.

CEPEJ, European Commission for the Efficiency of Justice (2016), *Report on "European judicial systems – Edition 2016 (2014 data): efficiency and quality of justice"*, Strasbourg, Consiglio d'Europa, <www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2016/publication/CEPEJ%20Study%2023%20report%20EN%20web.pdf>.

CGIA, Ufficio Studi della Confederazione Generale Italiana dell'Artigianato Associazione Artigiani e Piccole Imprese Mestre (2015), *Dall'inizio della crisi persi 109 mi-*

liardi di investimenti, CGIA Mestre, Mestre.

Chomsky N. (1957), *Syntactic Structures*, The Hague, Mouton.

Chomsky N. (1965), *Aspects of the Theory of Syntax*, Cambridge, MIT Press.

Cialdini R.B. (1989), *Le armi della persuasione*, Firenze, Giunti (or. 1984).

Ciccarelli A., Forcellese T. (eds.) (2015), *L'Europa del XXI Secolo. Il futuro dell'Unione Europea tra convergenze politico-istituzionali e integrazione socioeconomica*, Napoli, Editoriale Scientifica.

Cintioli F. (2009), *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della Pubblica Amministrazione*, Diritto e processo amministrativo, pp. 917-1012.

Civitarese Matteucci S., Del Federico L. (2010), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, Franco Angeli.

Clastres P. (1980), *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Le Deuil.

Coase R.H. (1937), *The nature of the Firm*, "Economica", 4 (16), pp. 386-405, Oxford, Blackwell.

Coase R.H. (1960), *The Problem of Social Cost*, "Journal of Law and Economics", 3, pp. 1-44, Chicago, University of Chicago Press.

Collins J. (2001), *Good to Great. Why Some Companies Make the Leap… and Others Don't*, New York, HarperCollins.

Colucci A., Marchi S., Meghnagi S. (2011), *La mediazione civile e commerciale. Un'attività multidisciplinare*, Roma, Ediesse.

Comba D. (a cura di), *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici. Guida alla conciliazione e al mini-trial*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2005.

Coser L.A. (1956), *The Functions of Social Conflict*, New York, The Free Press.

Cosi G. (2001), *Autorità e soluzione dei conflitti: dalla decisione alla mediazione*, "Seminario permanente di filosofia politica e diritto", Parma, Università di Parma, <http://old.unipr.it/arpa/istdirit/cosi.html>.

Cosi G. (2008), *L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione*, "Le Istituzioni del Federalismo", 6, anno XXIX, pp. 719-740, Regione Emilia-Romagna.

Cosi G., Romualdi G. (2012), *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR. Seconda edizione*, Torino, Giappichelli.

CPP Inc. (2008), *Workplace Conflict and How Business Can Harness It To Thrive*, Mountain View, CPP Inc.

Crespi F. (2003), *Manuale di sociologia della cultura*, Roma-Bari, Laterza (or. 1996).

Crocetta C. (ed.) (2014), *La situazione della giustizia in Italia. Analisi e prospettive*, Milano, FrancoAngeli.

Cuomo Ulloa F. (2011), *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, Zanichelli.

D'Auria M. (2011a), *Tentativo obbligatorio di mediazione e procedibilità della domanda*, "ADR Magazine", 0, pp. 6-7, Imola, ADR Magazine.

D'Auria M. (2011b), *Il dovere di riservatezza nella mediazione civile*, "ADR Magazine", 1, pp. 16-17, Imola, ADR Magazine.

D'Orsogna M. (2001), *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli.

D'Orsogna M. (2010), *Gli accordi transattivi*, in Civitarese Matteucci/Del Federico (2010: 198-224).

Dalfino D. (2015), *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra "collaborative law" e "procédure participative"*, "Il Foro italiano", 1, pp. 28-34.

Dalfonzo V. (2002), *National Crisis Negotiation Course*, Quantico, FBI Academy.

Dana D. (2001), *Conflict Resolution*, New York, McGraw-Hill.

Darwin C.R. (2006), *L'espressione delle emozioni nell'uomo e negli animali*, Milano, Newton & Compton (or. 1872).

De Palo G., D'Urso L. (2016), *Achieving a Balanced Relationship between Mediation and Judicial Proceedings*, in DGIP (2016: 4-30).

De Palo G., D'Urso L., Golann D. (2010), *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali*, Busto Arsizio, Giuffrè.

De Palo G., Trevor M.B. (a cura di) (2012), *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press.

De Santiis G. (2011), *Mediazione obbligatoria e domande riconvenzionali*, "ADR Magazine", 1, p. 15, Imola, ADR Magazine.

De Saussure F. (2009) (Tullio De Mauro ed.), *Corso di linguistica generale*, Roma-Bari,

Laterza (or. 1916).

Dell'Oste C., Finizio M., Mazzei B.L. (2015), *In Italia si litiga meno, ma la durata dei processi sfiora gli 800 giorni*, "Il Sole 24 Ore", 10.08.2015, pp. 1-2.

Directorate-General For Internal Policies (2014), *'Rebooting' the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Brussels, European Parliament, <www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf>.

Directorate-General For Internal Policies (2014), *The Implementation of the Mediation Directive Workshop 29 November 2016*, Brussels, Europena Parliament, <www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA%282016%29571395_EN.pdf>.

Direzione Generale di Statistica (2012), *Statistiche della mediazione obbligatoria fino al 31 Dicembre 2011*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.iformediate.com/articoli-e-saggi-di-ricerca-su-negoziazione-e-adr.html>.

Direzione Generale di Statistica (2013), *Mediazione obbligatoria ex D.L. 28/2010. Statistiche al 31 Dicembre 2012*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.iformediate.com/articoli-e-saggi-di-ricerca-su-negoziazione-e-adr.html>.

Direzione Generale di Statistica (2014), *Analisi delle pendenze e dell'anzianità di iscrizione degli affari civili Ottobre 2014*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.giustizia.it/resources/cms/documents/prospetti_analisi_nazionale_pendenze_civili.ppt>.

Direzione Generale di Statistica (2015a), *Mediazione civile ex D.Lgs. 28/2010: statistiche relative al periodo 1° Gennaio – 30 Settembre 2014*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.iformediate.com/articoli-e-saggi-di-ricerca-su-negoziazione-e-adr.html>.

Direzione Generale di Statistica (2015b), *Mediazione civile ex D.Lgs. 28/2010: statistiche relative al periodo 1° Gennaio – 31 Marzo 2015*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.iformediate.com/articoli-e-saggi-di-ricerca-su-negoziazione-e-adr.html>.

Direzione Generale di Statistica (2015c), *Movimento dei procedimenti civili rilevati presso gli uffici giudiziari con il dettaglio di alcune materie*, Roma, Ministero della Giustizia, <https://reportistica.dgstat.giustizia.it>.

Direzione Generale di Statistica (2016), *Mediazione civile ex D.Lgs. 28/2010. Statistiche relative al periodo 1° Gennaio – 31 Marzo 2016*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.iformediate.com/articoli-e-saggi-di-ricerca-su-negoziazione-e-adr.html>.

Di Carlo M. (2014), *Relazione del Convegno 17 Novembre 2014*, Roma, Avvocatura Generale dello Stato.

Dumouchel P. (2008), *Emozioni. Saggio sul corpo e il sociale*, Milano, Medusa (or. 1999).

Dunlop J.T. (1983), *The Negotiations Alternative in Dispute Resolution*, "Villanova Law Review", 29, <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol29/iss6/7>.

EC, European Commission (2010), *COM Europe 2020*, <http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm>.

Ekman P. (1985), *Telling Lies. Clues to Deceit in the Marketplace, Politics, and Marriage*, New York, Norton.

Ekman P. (2003), *Emotions Revealed. Recognizing Faces and Feelings to Improve Communication and Emotional Life*, New York, Times Books.

Ekman P., Friesen W.V. (1978), *Facial Action Coding System: A Method for the Measurement of Facial Movement*, Palo Alto, Consulting Psychologist Press.

Ekman P., Friesen W.V. (2003), *Unmasking The Face. A guide to recognizing emotions from facial clues*, Cambridge, Malor Books.

Elster J. (2005), *Argomentare e negoziare*, Milano, Bruno Mondadori.

Eurochambres, Association of European Chambers of Commerce and Industry (2014), *Mediation as a means to resolve disputes in civil and commercial matters*, Burssels, Eurochambres.

Ferry J.-M. (2008), *Le grammatiche dell'intelligenza*, Milano, Medusa (or. 2004).

Fisher R., Shapiro D. (2006), *Beyond Reason. Using Emotions as You Negotiate*, London, Penguin Books (or. 2005).

Fisher R., Ury W., Patton B. (2005), *L'arte del negoziato*, Milano, Corbaccio (or. 1991).

Fiss O.M. (1984), *Against Settlement*, "Faculty Scholarship Series", Yale Law School, pp. 1073-1090, <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215>.

Foddai M.A. (2015), *Gli avvocati e le nuove forme di ADR: il diritto collaborativo*, "Diritto @ Storia", 13, <www.dirittoestoria.it/13/contributi/Foddai-Avvocati-ADR-diritto-collaborativo.htm>.

Fossen F.M. (2011), *Personal Bankruptcy Law, Wealth and Entrepreneurship: Theory and Evidence from the Introduction of a "Fresh Start"*, Bonn, IZA.

Foucault M. (2005) (Ewald, Fontana, Senellart eds.), *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Milano, Feltrinelli (or. 2004).

Freud S. (1985), *Totem e tabù*, Torino, Bollati Boringhieri (or. 1913).

Fusaro A. (2001), *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 55, 3, pp. 771-777.

Galanter M. (2004), *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, "Journal of Empirical Legal Studies", 1, 3, pp. 459-570.

Gardini G. (2010), *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso*, in Civitarese Matteucci/Del Federico (2010: 15-23).

Geels F.W. (2002), *Technological transitions as evolutionary reconfiguration processes: a multi-level perspective and a case-study*, "Res Policy", 31, pp. 1257-1274.

Genn H. (1998), *The Central London County Court Pilot Mediation Scheme. Evaluation Report*, London, Crown.

Giannangeli E. (2012), *L'autonomia contrattuale dell'Amministrazione Pubblica ed il limite della funzione fra diritto interno e comunitario in materia di appalti, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, "Federalismi.it", 12, <www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20250>.

Gibbons R. (1994), *Teoria dei giochi*, Bologna, il Mulino (or. 1992).

Girard R. (1980), *La violenza e il sacro*, Milano, Adelphi (or. 1972).

Glasl F. (2010), *I tre passaggi della diagnosi del conflitto*, "Rivista Italiana di Conflittologia", XII, pp. 133-143, Benevento, Edizioni Labrys.

Goldin-Meadow S. (2003), *Hearing Gestures: How Our Hands Help Us Think*, Chicago, Chicago University Press.

Goleman D. (1995), *Emotional Intelligence: Why It Can Matter More Than IQ*, New York, Bantam Books.

Gori M.C. (2005), *Più cuore che cervello nella comunicazione multimediale*, "MediaZone", Roma, Università "la Sapienza", <www.mediazone.info/site/it-IT/TEMI/TEMI/emozionimultimediale.html>.

Gottman J.M. (2011), *The Science of Trust*, New York, W.W. Norton & C.

Greco G. (2005), *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, "Diritto amministrativo".

Grotstein J.S. (1997), *Bion's "Trasnformation in 'O'" and the Concept of the "Transcendent Position"*, <www.sicap.it/merciai/bion/papers/grots.htm>.

Guicciardi E. (1936), *Le transazioni degli enti pubblici*, "Archivio di diritto pubblico".

Guida C. (2007), *Aspetti teorico-pratici della negoziazione operativa e le nuove sfide per l'Arma dei Carabinieri*, "Rassegna dell'Arma", 4, Roma, Arma dei Carabinieri, <www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/anno-2007/n-4---ottobre-dicembre/studi/aspetti-teorico-pratici-della-negoziazione-operativa-e-le-nuove-sfide-per-l-arma-dei-carabinieri>.

Gurrieri A.R., Lorizio M. (2014), *Giustizia civile, sviluppo economico e competitività del sistema paese*, in Crocetta (2014: 97-116).

Hamilton W.D. (1964a), *The genetical evolution of social behaviour. I*, "Journal of Theoretical Biology", 7, pp. 1-16.

Hamilton W.D. (1964b), *The genetical evolution of social behaviour. II*, "Journal of Theoretical Biology", 7, pp. 17-52.

Harter P.J. (1983), *Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship*, "Villanova Law Review", 29, 6, pp. 1393-1419, <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol29/iss6/6>.

Heierbacher S. (2008), *Dialogue and Deliberation*, in Holman/Devane/Cady (2008: 102-117).

Hirschman A.O. (1982), *Lealtà, defezione, protesta: rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti, dello Stato*, Milano, Bompiani.

Holman P., Devane T., Cady S. (eds.) (2008), *The Change Handbook 2nd Edition. The Definitive Resource on Today's Best Methods for Engaging Whole Systems*, Oakland, Berrett-Koehler.

Hooper C., Pesantez M., Rizvi S. (2005), *Corss-Cultural Communication and Negotiation*, <www.hooper.cc/pdfs/cross-culture_negotiation.pdf>.

Hutchby I., Wooft R. (1998), *Conversation Analysis*, Cambridge, Polity Press.

Illich I. (2005), *La convivialità*, Milano, Boroli (or. 1973).

Ireland A.A., Vecchi G.M. (2009), *The Behavioral Influence Stairway Model (BISM): a framework for managing terrorist crisis situations?*, "Behavioral Sciences of Terrorism and Political Aggression", 1, 3, pp. 203-218, London, Routledge.

ISTAT, Istituto Nazionale di Statistica (2013), <www.istat.it/it/files/2013/12/Cap_6.pdf>.

ISTAT, Istituto Nazionale di Statistica (2016), *Report anno 2015: cittadini e giustizia civile*, <www.istat.it/it/archivio/190586>.

Izzo F. (2013), *Brevi note in tema di pubblica amministrazione, transazione, mediazione civile e commerciale*, "Mondo ADR", <www.mondoadr.it/cms/articoli/brevi-note-tema-di-pubblica-amministrazione-transazione-mediazione-civile-commerciale.-html>.

Jakobson R. (1960), *Closing Statements: Linguistics and Poetics*, in Sebeok (1960: 350-377).

Jakobson R., Halle M. (2002), *I fondamenti del linguaggio*, in Jakobson Roman, *Saggi di linguistica generale*, Milano, Feltrinelli, 2002 (or. 1956).

Jean J.-P., Jorry H. (2013), *Judicial systems of the European Union countries. Analysis of data by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) Council of Europe*, Brussels, CEPEJ.

John Ford and Associates (2007), *How Much Is Conflict Costing You?*, Oakland, John Ford and Associates, <www.conflictdynamics.org/files/HowMuchIsConflictCostingYou.pdf>.

Jodorowsky A. (2010), *Il maestro e le maghe*, Milano, Feltrinelli (ord. 2005).

Juncker J.-C. (2014), *Investment Plan*, Bruxelles, European Commission, <http://ec.europa.eu/priorities/jobs-growth-investment/plan/index_en.htm>.

Kalai E., Smorodinsky M. (1975), *Other Solutions to the Nash's Bargaining Problem*, "Econometrica", 43, pp. 513-18, Oxford, Blackwell.

Knowles E.S., Linn J.A. (2004), *Approach-Avoidance Model of Persuasion: Alpha and Omega Strategies for Change*, in Knowles/Linn (2004: 117-148).

Knowles E.S., Linn J.A. (eds.) (2004), *Resistance and Persuasion*, London, LEA.

Korzybski A. (1933), *Science and Sanity: an introduction to non-Aristotelian systems and general semantics*, Coudray-Montceaux, European Society for General Semantics, <http://esgs.free.fr/uk/art/sands.htm>.

Lande J. (2004), *'The Vanishing Trial' Report. An alternative view of the data*, "Dispute Resolutions Magazine", Summer, pp. 19-21.

Landi L., Pollastri C. (2016), *L'efficienza della giustizia civile e la* performance *economica*, Roma, Ufficio Parlamentare di Bilancio, <www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2016/07/Focus_5.pdf>.

Lasater I., Stiles J. (2010), *Words That Work In Business: A Practical Guide to Effective Communication in the Workplace*, Encinitas, Puddledancer.

Lasley M. (2005), *Difficult Conversations: Authentic Communication Leads to Greater*

Productivity, Encinitas, Puddle Dancer.

Latouche S. (2000), *La sfida di Minerva*, Milano, Bollati Boringhieri (or. 2000).

Le Roy É. (1978), *La conciliation et les modes précontentieux de règlement des conflicts*, "Bulletin de liaison du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris", 12, pp. 39-50.

LeDoux J.E. (1994), *Emotion, Memory and the Brain; the Hidden Mind*, New York, Scientific American.

LeDoux J.E. (1996), *The Emotional Brain: the Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, New York, Simon & Schuster.

Lévi-Strauss C. (1964-1971), *Mythologiques I-IV*, Paris, Plon.

Levin L.A., Wheeler R.R. (eds.) (1979), *The Pound Conference: Perspective on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, St. Paul, West Publishing.

Levine S. (2008), *The Cycle of Resolution. Conversational Competence for Sustainable Collaboration*, in Holman/Devane/Cady (2008: 501-506).

Levinson S.C. (1983), *La pragmatica*, Bologna, il Mulino (or. 1983).

Lewicki J.R., Saunders D.M., Barry B., Minton M.W. (2004), *Essentials of Negotiation*, New York, McGraw-Hill.

Lhuillier J. (2007), *The Quality of Penal Mediation in Europe*, Strasbourg, CEPEJ.

Luban D. (1995), *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, "Georgetown Law Journal", 83, pp. 2619-2629.

Lucarelli P., Conte G. (2012), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, UTET.

Luhmann N. (1991), *Funzione della religione*, Brescia, Morcelliana (or. 1982).

Maciocchi P. (2015), *I processi troppo lenti costano 8 milioni al mese*, "Il Sole 24 Ore", 27.03.2015, p. 48.

Marshall A. (1920), *Principles of Economics*, London, Macmillan (or. 1890), <www.econlib.org/library/Marshall/marP.html>.

Maslow A.H. (1992), *Motivazione e personalità*, Roma, Armando Editore (or. 1954).

Mazzola M.A. (2015), *Giustizia lenta? Se la Pa funzionasse avremmo la metà dei pro-*

cessi, "IlFattoQuotidiano.it", <www.ilfattoquotidiano.it/2015/01/31/giustizia-lenta-se-la-pa-funzionasse-avremmo-la-meta-dei-processi/1385749/>.

Ministero dell'Economia e delle Finanze (2014), *Relazione generale sulla situazione economica del Paese 2012*, <www.mef.gov.it/doc-finanza-pubblica/rgse/2012/documenti/RGE_2012_-_on_line_PROTETTO.pdf>.

Mehrabian A. (1971), *Silent Messages*, Belmont, Wadsworth.

Mellor K., Schiff E. (1975), *Discounting*, "Transactional Analysis Journal", v. 5, n. 3, pp. 295-302.

Mercier H., Sperber D. (2011), *Why do humans reason? Arguments for an argumentative theory*, "Behavioral and brain sciences", 34, pp. 57-111.

Miller G.A., Galanter E., Pribram K.H. (1960), *Plans and the Structure of Behavior*, New York, Holt Rhineart & Winston.

Miyashiro M.R., Rosenberg M. (2008), *Integrated Clarity: Energizing How We Talk and What We Talk about in Organizations*, in Holman/Devane/Cady (2008: 118-134).

Miyashiro M.R. (2011), *The Empathy Factor: Your Competitive Advantage for Personal, Team, and Business Success*, Encinitas, Puddledancer.

Mnookin R. (2010), *Bargaining With the Devil: When To Negotiate, When To Fight*, New York, Simon & Schuster.

Monnet J. (1976), *Mémoires*, Paris, Fayard.

Morelli G., Rossi O.D. (2015), *L'Europa dei confini, dei conflitti e delle regole. Un'opportunità di soluzione dalla mediazione stragiudiziale*, in Ciccarelli/Forcellese (2015: 161-172).

Moriconi M. (2014), *Giurisdizione civile ed utilizzo degli strumenti ADR in particolare la proposta del giudice ex art. 185 bis e la mediazione demandata di cui all'art. 5 co. II decr. lgsl. 28/2010*, Tribunale Civile di Roma Sez. XIII, <www.iformediate.com/articoli-e-saggi-di-ricerca-su-negoziazione-e-adr.html>.

Napoli G.E. (2012), *Mediazione civile e rappresentanza*, "NelDiritto", p. 1062 ss.

Napoli G.E. (2016), *Profili privatistici della mediazione civile e commerciale. Osservazioni sugli aspetti di diritto sostanziale e spunti critici*, Bologna, il Mulino.

Nardone G., Salvini A. (2004), *Il dialogo strategico. Comunicare persuadendo: tecniche evolute per il cambiamento*, Milano, Ponte alle Grazie.

Nash J.F. (1950a), *Equilibrium Points in N-person Games*, "Proceedings of the National

Academy of Sciences", 36, pp. 48-49, Washington, National Academy of Sciences, <www.pnas.org/cgi/reprint/36/1/48>.

Nash J.F. (1950b), *The Bargaining Problem*, "Econometrica", 18, pp. 155-162, Oxford, Blackwell.

Nash J.F. (1951), *Non-cooperative Games*, "Annals of Mathematics", 54, pp. 286-295, Princeton, Princeton University Press.

Nash J.F. (1953), *Two-person Cooperative Game*, "Econometrica", 21, pp. 128-140, Oxford, Blackwell.

Nelson R.R., Winter S.G. (1982), *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge, Belknap Press.

Noesner G.W., Webster M. (1997), *Crisis Intervention: Using Active Listening Skills in Negotiations*, "FBI Law Enforcement Bulletin", 66, pp. 13-18.

OCSE, Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (2013), *Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza?*, "OECD Economics Department Policy Note", 18, <www.oecd.org/eco/growth/Giustizia-civile.pdf>.

Office of Legal Policy of the United States Department of Justice (1984), *Paths to Justice: Major Public Policy Issues of Dispute Resolution*.

Olson M. (1965), *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Thory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press.

Orlando A. (2014), *Atto di indirizzo politico-istituzionale per l'anno 2015*, Roma, Ministero della Giustizia, <www.giustizia.it/giustizia/prot/it/contentview.wp?previsiousPage=homepage&contentId=ART1058771>.

Ovidio (2008), *Le metamorfosi*, traduzione di Giovanna Faranda Villa, Milano RCS.

Perritt H.H.Jr. (1987), *Administrative Alternative Dispute Resolution: The Development of Negotiated Rulemaking and Other Processes*, "Pepperdine Law Review", 14, 4, pp. 863-928, <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol14/iss4/14>.

Picardi N. (1989), *Conciliatore*, "Enciclopedia Giuridica Treccani", Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani.

Pizzorno A. (1986), *Sul confronto intertemporale delle utilità*, "Stato e mercato" n. 16, pp. 3-25, Bologna, il Mulino.

Plutchik R. (1980), *Emotion: Theory, research, and experience: Vol. 1. Theories of emotion*, New York, Academic.

Presidente della Camera dei Deputati (2001), *Circolare sulle regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*.

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (2012), *Il linguaggio degli organismi informativi. Glossario intelligence*, Roma, De Luca.

Presidenza del Consiglio dei Ministri (2013), *Destinazione Italia*, <http://governo.it/backoffice/allegati/72905-8961.pdf>.

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, <http://qualitapa.gov.it/relazioni-con-i-cittadini/comunicare-e-informare/benessere-organizzativo/>.

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, <http://qualitapa.gov.it/relazioni-con-i-cittadini/conoscere-processi-di-lavoro/cooperazione-e-negoziazione/>.

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, <http://qualitapa.gov.it/relazioni-con-i-cittadini/conoscere-processi-di-lavoro/customer-satisfaction/>.

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, <http://qualitapa.gov.it/relazioni-con-i-cittadini/comunicare-e-informare/comunicazione-organizzativa/>.

Psathas G. (ed.) (1979), *Everyday Language: Studies in Ethnomethodology*, New York, Irvington Press.

Raiffa H. (1982), *The Art and Science of Negotiation*, Cambridge, Harvard University Press.

Raiffa H. (2002), *Negotiation Analysis*, Cambridge, Harvard University Press.

Rifkin J. (2010), *The Empathic Civilization: The Race to Global Consciousness In a World In Crisis*, New York City, Tarcher.

Rizzolatti G., Craighero L. (2004), *The Mirror-Neuron System*, "Annual Review of Neuroscience", 27, pp. 169-192, Palo Alto, Annual Reviews.

Rizzolatti G., Fadiga L., Gallese V., Fogassi L. (1996), *Premotor Cortex and the Recognition of Motor Actions*, "Cognitive Brain Research", 3, pp. 131-141, Amsterdam, Elsevier.

Rizzolatti G., Fogassi L., Gallese V. (2006), *Specchi nella mente*, "Le Scienze", 38, pp. 54-61, Roma, Le Scienze.

Rogers C. (1989), *Client Centered Therapy*, Boston, Houghton Muffin.

Rooney G., Ross M. (2012), *Shifting the Focus from Mediating the Problem to Mediating the Moment. Using Intuition as a Guide*, Rochester, Social Science Research Network, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2140220>.

Rosenberg M. (1998), *Nonviolent Communication*, Encinitas, Puddle Dancer Press.

Rosenberg M. (2003), *Le parole sono finestre [oppure muri]. Introduzione alla Comunicazione Nonviolenta*, Reggio Emilia, Esserci (or. 1998).

Rosina C. (2014), *La comunicazione istituzionale: messaggi pubblici e democrazia nella PA*, "LeggiOggi.it", 12.05.2014, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, <www.leggioggi.it/2014/05/12/la-comunicazione-istituzionale-messaggi-pubblici-e-democrazia-nella-pa/>.

Rossi A. (1998), *Conciliazione, I*, "Enciclopedia Giuridica Treccani", Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani.

Rossi O.D., Rossi S. (2010), *Mediazione e conciliazione: analisi della normativa*, Roma, Aracne.

Rough J., Martin D. (2008), *Dynamic Facilitation*, in Holman/Devane/Cady (2008: 223-226).

Rouland N. (1992), *Antropologia Giuridica*, Milano, Giuffrè (or. 1988).

Sacks H., Schegloff E. (1979), *Two Preferences in the Organization of Reference to Persons in Conversation and Their Interaction*, in Psathas (1979: 15-21).

Samuelson P. (1947), *Foundations of Economics Analysis*, Harvard, Harvard University Press.

Sander F.E.A. (1979), *Varieties of Dispute Processing*, in Levin/Wheeler (1979: 65-87).

Sandulli P. (2010), *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in Didone A., *Il processo civile competitivo*, Torino, UTET, pp. 979-1004.

Sandulli P. (2014), *L'istituto della mediazione civile nella responsabilità medica*, "La

Nuova Procedura Civile", 5, Roma, Admaiora, <www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2014/07/sandulliMediazioneRespMedica.pdf>.

Sandulli P. (2015), *In tema di mediazione delegata dal giudice*, "la Mediazione", 9, Roma, Lombardo Editore.

Sartre J.-P. (1943), *L'Être et le néant: essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard.

Savarese P. (2000), *Il diritto nella relazione*, Torino, Giappichelli.

Scatolero D. (2013), *Ma il nostro è un paese per mediatori? Breve storia dei tentativi di diffondere la mediazione in Italia*, Pisa, Pisa University Press.

Schelling T.C. (2006), *La strategia del conflitto*, Milano, Bruno Mondadori (or. 1960).

Schönberger B. (2010), *Comunicazione Nonviolenta. La chiave per la soluzione dei conflitti?*, "Psicologia contemporanea", 223, pp. 34-38, Firenze-Milano, Giunti (or. 2010).

Schraad-Tischler D. (2015), *Social Justice in the EU. Index Report 2015*, Gütersloh, BertelsmannStiftung.

Schwarz R. (2002), *The Skilled Facilitator: A Comprehensive Resource for Consultants, Facilitators, Managers, Trainers and Coaches*, Hoboken, Jossey-Bass.

Schwarz R. (2009), *The Skilled Facilitator: Intensive Workshop Manual*, Chapel Hill, Roger Schwarz & Associates.

Scialoja A. (1857), *Commentario al Codice di procedura civile per gli Stati sardi*, vol. I parte II, Torino, UTET.

Searle J.R. (1979), *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press.

Sebeok T.A. (1960) (ed.), *Style in Language*, Cambridge, MIT Press.

Shannon C. (1948), *A Mathematical Theory of Communication*, "Bell System Technical Journal", 27, pp. 379-423 e 623-656, New York City, John Wiley & Sons.

Shannon C., Warren W. (1963), *The Mathematical Theory of Communication*, Champaign, University of Illinois Press.

Shore C., Wright S. (eds.) (2005), *Anthropology of Policy. Critical perspectives on governance and power*, London-New York, Routledge (or. 1997).

Simkin W.E. (1971), *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*, Edison, BNA.

Simmel G. (2014), *Il mediatore*, Roma, Armando, estratto da *Sociologia*, Torino, Edizioni di Comunità, 1998 (or. 1908).

Sirotti Gaudenzi A. (2011), *La previsione dell'obbligatorietà non è contraria ai principi comunitari*, "ADR Magazine", 1, pp. 3 e 18, Imola, ADR Magazine.

Solignani T. (2015), *La gestione delle crisi da sovraindebitamento*, Caselline Vignola, Studio legale associato Solignani Massa, <http://blog.solignani.it/schede-pratiche/la-gestione-delle-crisi-da-sovraindebitamento/>.

Sprinz P. (2011), *Fresh-Start Policy of Bankruptcy Law in Visegard Countries: Economic and Legal Analysis*, Budapest, Central European University.

Steffek F. (2012), *Mediation in the European Uunion: An Introduction*, Brussels, Commissione Europea.

Stephens J.B. (2001), *Using A Mediator In Public Disputes*, Eugene, Mediate.com, <www.mediate.com/articles/stephensJ.cfm>.

Stone D., Patton B., Heen S. (2010), *Difficult Conversations. How to Discuss What Matters Most*, London, Penguin Books (or. 1999).

Stramaglia A. (2014), *Inefficienze della giustizia civile: profili economici*, in Crocetta (2014: 65-80).

Susskind L. (1981), *Environmental Mediation and the Accountability Problem*, "Vermont Law Review", 6, 1, pp. 1-47, South Royalton, Vermont Law School.

Susskind L., Richardson J.R., Hildebrand K.J. (1978), *Resolving Environmental Disputes: Guidelines for Intervention, Negotiation, and Conflict Resolution*, Cambridge, MIT.

Thompson J.B. (1998), *Mezzi di comunicazione e modernità. Una teoria sociale dei media*, Bologna, il Mulino.

Thurow L.C. (1980), *The Zero-Sum Society: Distribution and the Possibilities for Change*, New York, Basic Books.

Tomeo V. (1981), *Il diritto come struttura del conflitto. Un'analisi sociologica*, Milano, Franco Angeli.

Tonarelli A. (2014), *Introduzione*, in Simmel (2014: 7-36).

Trevisani D. (2005), *Negoziazione interculturale. Comunicare oltre le barriere cultura-*

li, Milano, Franco Angeli.

Triscini R. (2011), *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, Giappichelli.

Turchi G.P., Orrù L., Sperotto M., Francato S. (2010), *La valutazione dell'efficacia di un intervento di mediazione attraverso la raccolta delle produzioni discorsive*, intervento alle "10es Journées internationales d'Analyse statistique del Données Textuelles", <http://madit.psy.unipd.it/pdf/valutazione_efficacia_produzioni_discorsive.pdf>.

Unioncamere (2013), *Giustizia: con la mediazione obbligatoria risparmiati 420 milioni*, Roma, Unioncamere, <www.unioncamere.gov.it/download/2419.html>.

Uzqueda A. (2009), *Dinamiche della procedura di conciliazione e il ruolo dell'avvocato*, relazione al IV Congresso nazionale di aggiornamento professionale (20.03.2009), Roma, Consiglio Nazionale Forense, <www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/congressi/documento1609.html>.

Uzqueda A., Frediani P. (2002), *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, Giuffrè.

Vignali E. (2013), *Il processo verbale della mediazione*, "ADR Magazine", 4, p. 7, Imola, ADR Magazine.

Viotti S. (2013), *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie quali categorie di genere; la mediazione quale strumento convenzionale a media interferenza*, Soveria Mannelli, Rubbettino.

Voltaire (1742), *Fragmente d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande*, in Arouet (1827: 29-30).

Von Foerster H. (1987), Telfener U. (a cura di), *Intervista a Heinz von Foerster*, "Psicobbiettivo", 1.

Von Neumann J., Morgenstern O. (2004), *Theory of Games and Economic Behavior. Sixtieth-Anniversay Edition*, Princeton, Princeton University Press (or. 1944).

Von Wolff C. (1765), *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, V, Leipzig, Aere Societatis Venetae.

Waldman E.A. (1997), *Identifying the role of social norms in mediation: a multiple model approach*, "Hastings Law Journal", 48, 4, pp. 703 e ss.

Watzlawick P., Beavin J., Jackson D.D.A. (1971), *La pragmatica della comunicazione umana*, Roma, Astrolabio (or. 1967).

Weigel G. (1995), *What Really Happened at Cairo*, "First Things", <www.firstthings.-com/article/1995/02/002-what-really-happened-at-cairo>.

Wilson J.Q. (1980a) (ed.), *The Politics of Regulation*, New York, Basic Books.

Wilson J.Q. (1980b), *The Politics of Regulation*, in Wilson (1980a: 357-394).

World Bank (2013), *Doing Business in Italia. Un confronto tra le regolamentazioni d'impresa in 13 città e 7 porti italiani e quelle di 185 Paesi del mondo*, Washington DC, World Bank Group.

World Economic Forum (2015), *The Global Competitiveness Report 2014-2015*, Cologny/Geneva, World Economic Forum, <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/>.

Zaccaria R. (ed.) (2011), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, Camera dei Deputati.

Zeinemann R. (2001), *The Characterization of Public Sector Mediation*, "Environs Enviromental Law and Policy Journal", 24, pp. 49-63, <http://environs.law.ucdavis.edu/volumes/24/2/articles/zeinemann.pdf>.

Zweigert K., Kötz H. (1998), *Introduzione al diritto comparato. Volume I: Principi fondamentali*, Milano, Giuffrè (or. 1984).

Riferimenti giuridici

Codex Iuris Canonici.

Com. 2002/196: Libro Verde su *ADR* diversi dall'arbitrato.

Con.d.St. 21.04.2015: pronuncia sul T.A.R. Lazio 1351/2015.

Con.d.St. 05230/2015: pronuncia sul T.A.R. Lazio 1351/2015.

Cor.Cost. 276/2000: sulla conciliazione obbligatoria.

Cor.Cost. 272/2012: sulla mediazione obbligatoria.

Cor.Gius.UE C/75/16: sulla mediazione obbligatoria e gli *ADR* per consumatori.

Dec. 2001/470 CE: creazione di una rete giudiziaria europea.

D.L. 490/1916: commissioni arbitrali per l'impiego privato.

D.L. 212/2011: composizione delle crisi da sovraindebitamento; efficienza della giustizia civile.

D.L. 179/2012: giustizia digitale.

D.L. 83/2012: trasparenza nella pubblica amministrazione; gestione delle crisi aziendali; giustizia civile.

D.L. 69/2013: mediazione civile e commerciale stragiudiziale.

D.L. 145/2013: risoluzione delle crisi aziendali.

D.L. 90/2014: semplificazione e trasparenza amministrativa; efficienza degli uffici giudiziari.

D.L. 132/2014: negoziazione assistita.

D.Lgs. 29/1993: pubblico impiego.

D.Lgs. 385/1993: materia bancaria e creditizia.

D.Lgs. 546/1993: pubblico impiego.

D.Lgs. 51/1998: istituzione del giudice unico di primo grado.

D.Lgs. 80/1998: rapporti e controversie di lavoro.

D.Lgs. 387/1998: integrazioni e correzioni del D.Lgs. 29/1993.

D.Lgs. 274/2000: competenza penale del giudice di pace.

D.Lgs. 165/2001: lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

D.Lgs. 5/2003: conciliazione in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, bancaria e creditizia.

D.Lgs. 206/2005: codice del consumo e composizione stragiudiziale delle controversie.

D.Lgs. 163/2006: codice appalti, abrogato dal D.Lgs. 50/2016.

D.Lgs. 150/2009: ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico ed efficienza delle pubbliche amministrazioni.

D.Lgs. 28/2010: mediazione civile e commerciale stragiudiziale.

D.Lgs. 79/2011: codice del turismo che modifica la L. 135/2001.

D.Lgs. 130/2015: attuazione della direttiva 2013/11/UE.

D.Lgs. 50/2016: codice appalti e *ADR*.

D.M. 743/2002:

D.M. 222/2004: organismi di conciliazione societaria.

D.M. 223/2004: indennità spettanti agli organismi di conciliazione societaria.

D.M. 180/2010: organismi di mediazione civile e commerciale stragiudiziale.

D.M. 30/2012: compensi dei curatori fallimentari.

D.M. 202/2014 organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

D.P.R. 448/1988: processo penale a carico di imputati minorenni.

Det.Dir. 24.07.2006: requisiti di accreditamento dei formatori di conciliatori societari.

Dir. 2000/31/CE: invito a disciplinare gli *ADR* per l'*e-commerce*.

Dir.P.E. 2008/52/CE: mediazione in materia civile e commerciale.

Dir.P.E. 2013/11/UE: risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

EEJ-NET 2001: rete comunitaria per *ADR* tra imprese e consumatori.

[*EGZPO* 2014] *Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung*.

FIN-NET 2001: rete comunitaria per *ADR* in materia finanziaria.

F.D. 2001/220/JHA: trattamento delle vittime nei processi penali.

L. 295/1893:

L. 628/1961: ordinamento del Ministero del lavoro e della previdenza sociale.

L. 898/1970: scioglimento del matrimonio.

L. 392/1978: locazioni.

L. 203/1982: contratti agrari

L. 353/1990: processo civile.

L. 374/1991: istituzione del giudice di pace.

L. 580/1993: riorganizzazione delle CCIAA e camere arbitrali e di conciliazione.

L. 481/1995: regolazione dei servizi di utilità pubblica e procedure conciliative.

L. 249/1997: Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e telecomunicazioni.

L. 281/1998: diritti dei consumatori e degli utenti.

L. 431/1998: locazioni e rilascio di immobili adibiti ad uso abitativo.

L. 135/2001: codice del turismo.

L. 366/2001: riforma del diritto societario.

L. 69/2009: delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione.

L. 183/2010: controversie di lavoro.

L. 89/2011: equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo.

L. 3/2012: composizione delle crisi da sovraindebitamento.

L. 10/2012: composizione delle crisi da sovraindebitamento.

L. 134/2012: conversione in legge del D.L. 83/2012.

L. 221/2012: conversione in legge del D.L. 179/2012.

L. 98/2013: conversione in legge del D.L. 69/2013.

L. 9/2014: conversione in legge del D.L. 145/2013.

L. 114/2014: conversione in legge del D.L. 90/2014.

L. 162/2014: conversione in legge del D.L. 132/2014.

L. 190/2014: negoziazione assistita.

L.R.Lazio 1/2016: conciliazione in materia sanitaria e di servizi pubblici.

Racc.Com. 98/257/CE: principi per gli organismi *ADR*.

Rac.Com. 2001/310/CE: principi per gli organismi *ADR*.

R. 99/19 CE: mediazione penale.

R.D. 1443/1940: C.p.c.

R.D.L. 2311/1923:

Rec. 82-4 ACUS: *Procedures for negotiating proposed regulations*.

Rec. 85-5 ACUS: *Procedures for negotiating proposed regulations*.

Reg. 2000/1347 CE: riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale.

Reg. 2001/44/CE: riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale.

Reg. 2007/861/CE: procedimento per controversie transfrontaliere di entità modesta.

Ris.C.E. 25.05.2000: invito a creare una rete *ADR* comunitaria.

Ris.P.E. 13.09.2011/2026(INI): implementazione della Dir.P.E. 2008/52/CE.

T.A.R. Lazio 1351/2015 R.G. 11235/2010: pronuncia sul D.M. 180/2010.

T.A.R. Lazio 3989/2016 R.G. 14664/2014: pronuncia sul D.M. 180/2010.

Trib.Bologna 05.06.2014: ord. sulla comparizione personale delle parti in mediazione.

Trib.Firenze 17.03.2014: ord. sulla comparizione personale delle parti in mediazione.

Trib.Firenze 19.03.2015: ord. sulla comparizione personale delle parti in mediazione.

Trib.Firenze 15.02.2016: ord. sulla mediazione per favorire la personalità.

Trib.Milano 07.05.2015: ord. sula comparizione personale delle parti in mediazione.

Trib.Pavia 17.06.2015: ord. sull'estensione del *petitum* in mediazione.

Trib.Roma 28.01.2016: ord. su Amministrazione Pubblica e danno erariale.

Trib.Roma 01.02.2016: ord. su Amministrazione Pubblica e danno erariale.

Trib.Roma 10.03.2016: ord. sull'Amministrazione Pubblica in mediazione civile.

Trib.Vasto 09.03.2015: sent. sullo spirito della mediazione civile stragiudiziale.