

Editoriale

di *Mauro Rubino-Sammartano**

Nei paesi di diritto scritto il rapporto tra il cittadino e la legge sul piano sociologico è generalmente non facile in quanto la legge è da esso vista come una spada, un'arma nei suoi confronti, anziché – come in alcuni paesi di diritto consuetudinario – come uno scudo, e quindi come una sua difesa.

D'altro canto il cittadino normale desidera l'ordine e può conseguire tale fine solo mediante l'amministrazione della giustizia, purché intesa non come un'applicazione fredda di norme, inevitabilmente astratte, ma come giustizia sostanziale.

Il mancato ottenimento da parte del cittadino della giustizia, cui è convinto di avere diritto, produce effetti gravemente negativi, quali la sfiducia nella società, il farsi giustizia da solo, l'ostilità verso la società.

L'accumulo di un arretrato pressoché insuperabile (circa 5 milioni di processi civili arretrati, senza contare l'arretrato penale) fa sì che l'amministrazione della giustizia non dia molto spesso in Italia risultati in linea con le legittime aspettative del cittadino, sia in termini di tempo che di un'applicazione non fredda della legge e non distante dal cittadino, e che non di rado dà l'impressione di privilegiare l'archiviazione del contenzioso, ricorrendo ad ogni possibile stratagemma processuale, piuttosto che la ricerca della soluzione giusta nel merito.

Da qui il ruolo essenziale della procedura di mediazione, che può consentire al cittadino di evitare il contenzioso attraverso una soluzione rapida, poco costosa e di suo gradimento.

Non deve peraltro sorprendere che i cittadini ricorrano molto raramente alla mediazione, in quanto non si rendono conto del grande vantaggio che

* Corte Arbitrale Europea, CharteredArbitrator.president@cour-europe-arbitrage.org

essa può apportare, quando gestita da un mediatore ben preparato e sempre che sia affrontata con buona volontà.

Vi è quindi a mio avviso un grosso problema di comunicazione da affrontare e risolvere.

La Corte Arbitrale Europea (Dipartimento del Centre Européen d'Arbitrage et de Médiation, costituito nel 1959 a Strasburgo con il patronato del Consiglio d'Europa e di numerosi altri enti pubblici) è lieta di collaborare con la Facoltà di Sociologia dell'Università di Bologna alla redazione di questa raccolta di riflessioni sulla Nuova Era della Mediazione.

Di una vera e propria nuova era si può infatti parlare in quanto, sino ad alcuni decenni fa, il termine mediazione era generalmente collegato dal grande pubblico esclusivamente all'intermediazione per la stipula di affari commerciali, così ad esempio alla vendita di bestiame.

Il riferimento ad un mediatore, anche ove non automaticamente collegato ad attività commerciali, era comunque estremamente infrequente; molto raramente infatti veniva fatto ricorso ad un terzo per risolvere i propri problemi.

Lo stesso giudice conciliatore del resto di regola risolveva piccole controversie e raramente cercava di conciliare veramente le vertenze e riusciva in tale intento.

La mediazione è stata completamente rivisitata negli Stati Uniti e si presenta ora sotto una luce completamente diversa. Di grande rilievo è stato il contributo dell'Università di Harvard a tale nuovo modo di risoluzione di conflitti¹.

Non è la prima volta che giungono in Europa dall'America istituti da sempre noti nel nostro continente, ma che vengono rielaborati ed acquistano una ben diversa vitalità. È il caso ad esempio del franchising e del factoring.

La nuova mediazione incontra peraltro ostacoli non indifferenti.

Da un lato la non conoscenza dell'istituto da parte del cittadino comune. Non ci si può lamentare che vi sia che un numero modesto di mediazioni, se il cittadino comune non conosce la mediazione e, ove invitato a procedervi, non è in grado di farsi un'opinione.

Un altro ostacolo è costituito da iniziative legislative, a volte non ben programmate, le quali hanno – come nel nostro paese – imposto la mediazione senza un adeguato lavoro psicologico preparatorio, ottenendo il risultato dell'ostilità dell'intera classe forense.

¹ Testo fondamentale al riguardo resta, dopo tanti anni, *Getting to Yes*, opera di Fisher e Ury, nella versione italiana *L'Arte del Negoziato*, pubblicata da Corbaccio nel 2012.

Un altro ostacolo infine è ravvisabile nell'atteggiamento di non pochi avvocati, i quali vedono nella mediazione una perdita di guadagno e antepongono il proprio interesse a quello del cliente. Atteggiamento che non può certo essere approvato in quanto il vero professionista ha dentro di sé l'esigenza di dare la precedenza all'interesse del cliente rispetto a quello proprio.

Occorre peraltro tener presente al riguardo che l'avvocato può concordare con il proprio cliente che, qualora egli riesca a fargli ottenere nello spazio ad esempio di tre mesi una transazione (che venga da esso accettata, stipulata ed eseguita), il cliente gli corrisponderà onorari nella misura della metà degli onorari che gli sarebbero dovuti per il giudizio di primo grado. Soluzione che da un lato, essendo legata al risultato, può essere accettata dal cliente e dall'altro stimola l'avvocato ad adoperarsi per la mediazione.

Il rapporto tra mediazione e transazione non è sempre sufficientemente chiaro.

In primo luogo infatti la mediazione è un procedimento diretto ad aiutare – come è noto – le parti a giungere ad una transazione (o comunque ad una conciliazione) della vertenza. Dall'altro la transazione è, come è ben noto, un *contratto* con il quale le parti definiscono una determinata controversia sorta o insorgente (ferma la distinzione da altre forme di risoluzione del rapporto che non comportino, come nella transazione, il requisito dell'*alid quid datum alid quid retentum*), mentre la mediazione è un *procedimento*. Malgrado la ovvia distinzione tra un contratto ed un procedimento, i due concetti restano a volte non sufficientemente distinti nella mente di chi –non giurista –si addentra in queste problematiche.

Su questo sfondo di insufficiente chiarezza, la mediazione e la transazione non assumono così spesso il ruolo che sembra più appropriato ad entrambi.

Quando infatti un imprenditore commerciale o il cittadino comune non riesce a risolvere, da solo o con l'assistenza di un proprio professionista una divergenza con altri, egli è portato a ritenere che la questione non possa avere una soluzione non contenziosa e si appronta ad affrontare un contenzioso dinnanzi al giudice ordinario o all'arbitro.

La creazione di una cultura della mediazione, nell'interesse del cittadino, passa inevitabilmente per la necessità di fargli intendere che, proprio nel momento in cui egli non riesce a risolvere la questione da solo o con l'aiuto di un suo professionista, anziché esaurirsi la possibilità di un accomodamento stragiudiziale, si apre ad esso la possibilità di chiedere ad un terzo neutrale (che sia – o che egli ritenga – adeguatamente preparato), di aiutarlo, così come la sua controparte, a trovare una soluzione.

Ciò comporta la necessità che le parti, con l'aiuto del mediatore, cambino la propria visione della controversia in quanto in caso contrario esse non saranno disponibili – durante il procedimento di mediazione – ad adottare una posizione diversa da quella da essi già assunta in precedenza.

Il buono svolgimento di un procedimento di mediazione ha come presupposto il ricorso da parte del mediatore al talento naturale che egli deve avere, e che deve aver debitamente sviluppato, nell'arte del mediare, che si fonda sull'utilizzo della psicologia.

Molto è stato e viene scritto sulla mediazione. Si cercherà di limitarsi ad alcuni rilievi su aspetti meno coltivati di questa materia.

Per intendere la mediazione occorre conoscere la negoziazione e per intendere correttamente la negoziazione occorre tener presente che alla base della stessa sta l'argomentazione.

Si delineano pertanto tre fasi strettamente collegate: l'argomentazione, la negoziazione ed infine la mediazione.

L'argomentazione consiste nell'inferire una conclusione da una premessa. L'argomentazione è così un'attività razionale, che a seconda dei casi sarà valida o fallace.

Argomentare è dunque dedurre, in quanto inferire comporta ricorrere a deduzioni. L'argomentare può anche avere varie finalità: da provare per sé una tesi sino a convincere terzi.

Dar fondamento ad una tesi, o credenza od opinione, e adoperarsi per dimostrarla.

La funzione dell'argomentazione quale strumento per convincere mostra che essa non ha solamente una base logica, ma è destinata ad un ruolo sociale.

Da qui la retorica nella quale l'oratore svolge un ruolo attivo, e in cui altri soggetti che svolgono un ruolo solo passivo, mentre nella dialettica due soggetti, entrambi attivi, dibattono una questione, il che ricorda la *quaestio* medievale.

La negoziazione è costituita a sua volta da una serie di argomentazioni e di movimenti (ossia spostamenti di posizione delle parti dialoganti). Essa è quindi un dialogo ed un dibattito.

Non tutte le forme di dibattito hanno lo stesso obiettivo. A volte dibattere significa combattere, in altre competere, in altre ancora esplorare soluzioni ed infine l'obiettivo può essere di costruire insieme.

Quando il dibattito è un combattimento, l'obiettivo di ciascuna parte è la distruzione dell'altra. Quando il dibattito è una competizione, essa mantiene vivo l'antagonismo, ma anziché concentrarlo nella demolizione dell'avversario, essa è più rivolta verso il far prevalere elementi oggettivi.

Quando il dibattito è diretto a dare una risposta ad un dubbio, le parti hanno – a differenza delle situazioni precedenti – un obiettivo in comune. Il dibattito diretto poi a costruire qualcosa insieme è il momento più elevato di collaborazione tra le parti.

L'argomentazione, all'apparenza asettica, è invece spesso colorita dall'obiettivo che una o entrambe le parti si pongono, che, al di là dell'uso della ragione, può essere l'interesse o la passione.

Occorre tener sempre presente che le parti vanno in mediazione se almeno una di esse non è ragionevole.

La negoziazione richiede doti (non solo però del mediatore, ma anche dei partecipanti a tale procedimento) di psicologia e di tattica. La prima per comprendersi tra parti e il mediatore; la seconda ad esempio per le parti per stabilire il momento in cui effettuare concessioni, la misura e la gradazione delle stesse e come creare uno spirito di collaborazione che induca l'altro negoziatore ad essere un amico anziché un oppositore, alla ricerca di una soluzione comune.

Il mediatore stesso deve, attraverso tale talento, individuare ad esempio il momento appropriato per far progredire le varie fasi del procedimento e comprendere anche il silenzio di una parte.

“Sicurezza e scienze sociali”. Numeri usciti e curatori

Anno 2013

Cipolla Costantino - Vezzadini Susanna *L'ambivalenza della in-sicurezza nei processi migratori* Anno I, n. 1/2013

Sidoti Francesco - Gammone Mariateresa *La comunicazione giudiziaria. Come vincere le cause perse* Anno I, n. 2/2013

Calderoni Francesco - Caneppele Stefano - Esposito Maurizio - Savona Ernesto *The perception of the Italian Mafias abroad and of foreign organised crime in Italy* Anno I, n. 3/2013

Anno 2014

Antonilli Andrea - Assosicurezza *Web society e security management* Anno II, n. 1/2014 (gennaio-aprile)

Federici Maria Caterina *Insicurezza e sicurezza tra le persone e per le persone nei sistemi globali e locali* Anno II, n. 2/2014 (maggio-agosto)

Bertelli Bruno - Lovaste Raffaele *Buone pratiche e valutazione nell'ambito dei comportamenti devianti* Anno II, n. 3/2014 (settembre-dicembre)

Anno 2015

Menegatti Emanuele - Prati Gabriele *Sicurezza e salute sui luoghi di lavoro* Anno III, n. 1/2015 (gennaio-aprile)

Johnson Robert *Ultimate sanctions: life sentences, death sentences, and solitary confinement* Anno III, n. 2/2015 (maggio-agosto)

Minardi Everardo *Nuove dimensioni della sicurezza in un territorio liquido: la macro regione adriatico ionica* Anno III, n. 3/2015 (settembre-dicembre)

Anno 2016

Battistelli Fabrizio – Ricotta Giuseppe *Fronti, frontiere, fronteggiamenti* Anno IV, n.1/2016 (gennaio-aprile)

Costantino Salvatore – Cuva Angelo *Le radici istituzionali della corruzione sistemica e l'azione di contrasto* Anno IV, n.2/2016 (maggio-agosto)

Calabria Roberto *Esserci sempre: l'attività di prevenzione e di contrasto della Polizia di Stato* Anno IV, n.3/2016 (settembre-dicembre)

Anno 2017

Rubino-Sammartano Mauro *The New Age of Mediation* Anno V, n.1/2017 (gennaio-aprile)