



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli

Concetto e dinamiche della disputa nelle scienze sociali

Il movimento per le *Alternative Dispute Resolution*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

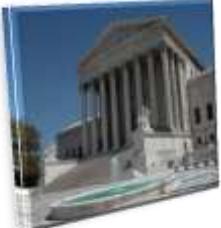
Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

La scomparsa della mediazione...

In età moderna, con la formazione degli stati nazionali, **formalismo** e **statalismo giuridico** portano alla creazione di un sistema di regole sostanziali e procedure con pretesa di completezza

Le tecniche di giustizia privata gradualmente spariscono e vengono assorbite dal «diritto», cedendo il passo a corti e tribunali

Spostamento dell'equilibrio dalla **giustizia privata** a quella **pubblica**




UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

La crisi della giustizia

Età dei diritti e *litigation explosion*

- Il processo finisce per essere sovraccaricato di compiti non propri
- Cresce lo scontento per i problemi quantitativi (tempi e costi) e qualitativi (iperformalismo e distanza dal cittadino)
- Nasce l'**Alternative Dispute Resolution** (arbitrato e mediazione)




UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

... e la rinascita dell'ADR

Oggi la mediazione riacquista popolarità tra **giudici e avvocati** per le sue potenzialità di *efficienza nel risolvere le dispute...*

...e tra **associazioni di privati cittadini** per le sue caratteristiche di *giustizia informale di prossimità*

Negli anni '70 nascono in Nord-America i primi programmi di **giustizia riparativa** (victim-offender mediation), e viene lanciata l'idea della **multidoor courthouse** (ogni tribunale dovrebbe essere in grado di indirizzare gli utenti verso il sistema di risoluzione più appropriato)



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Teorie della disputa



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Scienze sociali e studio delle dispute

Sociologia e Antropologia:
determinanti sociali e culturali delle dispute

Psicologia cognitiva e Biologia:
determinanti biologici e neurologici delle dispute

Scienze politiche e Relazioni internazionali:
conflitti collettivi e dinamiche internazionali

Economia e Teoria dei giochi:
interazioni strategiche tra individui in condizioni di scarsità e incertezza

Diritto e Realismo giuridico:
vincoli e determinanti giuridici delle dispute



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Cosa è una disputa



P.H. Gulliver: “una *disputa* inizia quando due parti divengono impossibilitate o non vogliono più affrontare i problemi e i disaccordi nella loro relazione tramite adattamenti reciproci compiuti in privato, e quando pertanto uno o entrambi sollevino la questione in un ambito pubblico. [...] un qualche risultato, un *esito*, viene infine raggiunto”

R. Abel: “la *disputa* è una forma di relazione sociale, uno stadio evolutivo attraverso il quale deve passare ogni relazione”

Secondo le **teorie sociologiche funzionaliste**, il diritto ha tra i suoi scopi principali il **trattamento dei conflitti dichiarati**, ossia di quelle **pretese comportamentali rivolte pubblicamente all'antagonista**



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Metodi di risoluzione



Il negoziato e l'abbandono



*Il negoziato è un metodo di risoluzione **non aggiudicativo** con il quale le parti tentano direttamente e senza l'intervento di terzi (salvo i legali di parte) di risolvere la disputa consensualmente*

*Il negoziato può anche terminare con l'**abbandono** della disputa da parte di uno dei contendenti*



Il giudizio

*Il contenzioso giudiziario è un metodo di risoluzione **aggiudicativo** nel quale la decisione vincolante finale è effettuata da un **pubblico ufficiale***

- ✓ Altamente strutturato e formalizzato
- ✓ Pubblico
- ✓ Controllato dalle professioni forensi
- ✓ La cooperazione della controparte non è essenziale



L'arbitrato



*L'arbitrato è un metodo di risoluzione **aggiudicativo** nel quale la decisione vincolante finale è effettuata da **terzo privato e neutrale***

- ✓ Mediamente strutturato e formalizzato
- ✓ Privato
- ✓ Controllato dagli avvocati



La mediazione

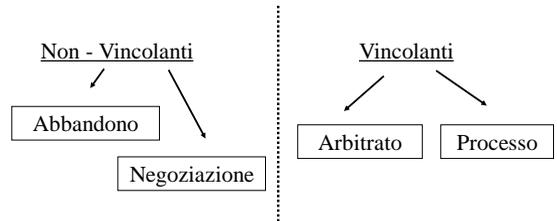
La mediazione è un metodo di risoluzione **non aggiudicativo** nel quale un **mediatore terzo e neutrale** assiste le parti nel raggiungimento di una soluzione concordata utilizzando tecniche di comunicazione che facciano emergere gli interessi

È praticata in diversi campi (civile, commerciale, penale, familiare, difensori civici, commissioni verità e riconciliazione)

- ✓ Scarsamente strutturata e formalizzata
- ✓ Privata
- ✓ La cooperazione della controparte è essenziale



Metodi di trattamento delle dispute: prima...



Conciliatore – Arbitro – Giudice

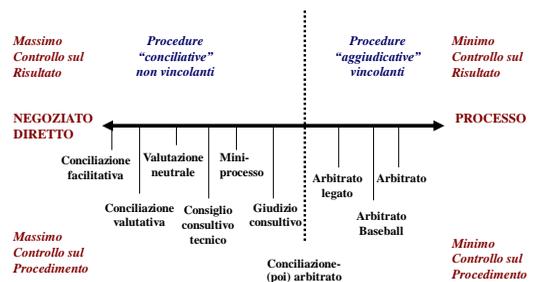
CONCILIAZIONE

- Raggiungere un accordo che soddisfi tutte le parti
- Ridurre tempi e costi
- Superare barriere negoziali
- Proteggere la confidenzialità della controversia
- Privilegiare il rapporto tra le parti nel lungo periodo
- Generare soluzioni creative
- Mantenere il controllo sul risultato finale

GIUDIZIO CIVILE

- Fissare un precedente
- Pubblicamente
 - condannare
 - vendicarsi
 - salvare la faccia
- Prendere tempo
- Defatigare l'avversario
- Provvedere al completo esame delle parti e dei testimoni
- Anticipare possibili azioni legali correlate

Metodi di trattamento delle dispute: dopo...



Senso di giustizia e barriere cognitive: il contributo delle scienze biologiche

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Il gioco dell'*ultimatum*

Le persone tendono generalmente a rifiutare offerte inferiori al 20%

Non si comportano dunque in base alla razionalità dell'*homo economicus*, ma cercano di punire l'avidità del loro prossimo, anche se questo comporta una perdita



Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

La giustizia procedurale



La **soddisfazione individuale** rispetto a un procedimento legale è influenzata da:

- Positività del risultato finale
- Equità del risultato finale
- Equità della procedura

In tutte le culture, il fattore più importante sembra sempre essere proprio l'**equità della procedura**: *controllo del procedimento, opportunità di essere ascoltati, rispetto*

Le parti fanno molta attenzione al minimo segno di un trattamento ingiusto, e tendono a reagire in maniera estremamente negativa

Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Bias cognitivi nel conflitto

Avversione alla perdita: siamo in genere più disposti ad assumerci il *rischio di perdere molto*, piuttosto che accettare una perdita sicura ma modesta.

Preferiamo un *guadagno modesto ma certo*, rispetto a un guadagno molto maggiore ma incerto: ciò rende difficile lo scambio di concessioni reciproche.

Eccesso ottimistico: tendiamo a *sopravalutare le nostre chances*.

Sottovalutiamo le possibilità di insuccesso e tendiamo inconsapevolmente a selezionare solo le informazioni a noi favorevoli.

In una situazione di incertezza tendiamo ad assumere che le nostre preferenze siano universalmente condivise.



Luigi Cominelli
Dip. Cesare Beccaria - Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

Bias cognitivi nel conflitto



Effetto ancoraggio: la prima offerta ha sempre un vantaggio implicito perché tende ad ancorare il negoziato attorno a un valore. Pone sempre chi l'ha fatta in una situazione di vantaggio strategico.

Primacy effect: effetto esposizione

Svalutazione reattiva: il latore di un messaggio spesso conta più del messaggio stesso.

Se il nostro avversario fa un'offerta apparentemente favorevole, tendiamo a credere che ci sia sotto qualcosa di sospetto.

Tendiamo anche a svalutare ciò che è a portata di mano, e a sopravvalutare quello che è inaccessibile.



Il dibattito sull'ADR



«Against settlement»

La mediazione e i metodi di ADR comportano una rinuncia alla funzione sociale del diritto:

- privatizzazione della giustizia;
- depotenziamento dei diritti delle minoranze attraverso la depoliticizzazione del conflitto;
- accettazione delle disuguaglianze sociali;
- incremento del controllo sulle vite individuali.

Il giudizio è nella maggior parte dei casi il metodo più auspicabile: fa forza sull'autorità statale per interpretare i valori pubblici incorporati nelle leggi, e plasmarne in base a essi la realtà



Problemi per la mediazione

Alcuni studi hanno evidenziato come non vi sarebbero "significative prove statistiche" che i programmi giudiziari di ADR portino una riduzione percepibile nei costi e nella durata dei procedimenti, né un miglioramento nella percezione dei professionisti sull'equità degli stessi

L'utilizzo della mediazione è ancora limitato:

- Il 40% delle società intervistate in Italia non hanno mai usato ADR o mediazione per risolvere le loro controversie
- I procedimenti di mediazione avviati ogni anno sono poche migliaia, a fronte di diversi milioni di cause giudiziarie
- La maggior parte dei mediatori accreditati non ha mai condotto una mediazione (in Olanda ad es. il 73%)



«Whose dispute is it?»



- La formalità della procedura richiede tempi lunghi e notevoli risorse: l'assunto che gli squilibri di potere nel processo non pesano, non è sempre confermato empiricamente

Vanishing Trial

- La mediazione comporta generalmente un maggiore livello di soddisfazione per i partecipanti alla disputa

