



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli

## La mediazione come negoziazione assistita: gli ostacoli psicologici alla risoluzione delle controversie

Milano, 11 luglio 2012

### La scomparsa della mediazione...



#### Formalismo e statalismo

**giuridico:** creazione di un sistema di regole sostanziali e procedure con pretesa di completezza

Le **tecniche di giustizia privata** sono assorbite dal «diritto» ufficiale

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



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli ©

1

### La crisi della giustizia



#### *Total Justice & Litigation Explosion*

- Il **processo** è sovraccaricato di compiti non propri
- Cresce lo scontento per i problemi quantitativi (**tempi e costi**) e qualitativi (**iperformalismo e distanza dal cittadino**)



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli ©

2

### The Legal Process Approach



Ogni metodo ha una sua propria «moralità»:

**Mediazione:** tratta le relazioni continuative in cui le parti devono essere ri-orientate l'una verso l'altra

**Arbitrato:** consente l'esecuzione di regolamentazioni private stabilite dalle parti (contratti, accordi collettivi)

**Aggiudicazione:** emanazione di decisioni pubbliche e autoritative di interpretazione giuridica

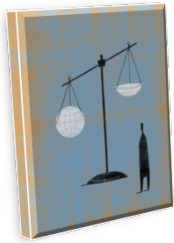


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Luigi Cominelli ©

3

## L'accesso alla giustizia: tre ondate



**Patrocinio gratuito:** rimozione degli ostacoli socio-economici per l'accesso alle informazioni e alla rappresentanza in giudizio

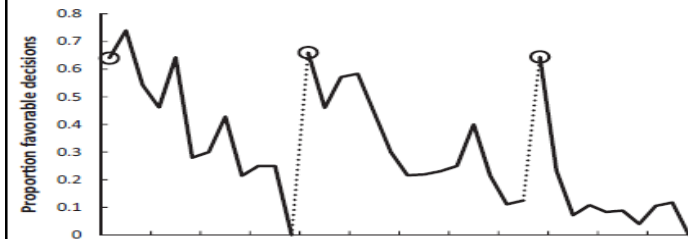
**Azioni collettive/Class Action:** rimozione degli ostacoli organizzativi che impediscono l'azionamento di diritti collettivi e interessi diffusi

**Alternative Dispute Resolution:** predisposizione di strumenti informali e alternativi al contenzioso adjudicativo tradizionale



## Il bias nella decisione giudiziale

In uno studio condotto in Israele su 8 giudici in più di 1.000 udienze per istanze di libertà condizionata, la percentuale di richieste accolte decresce gradualmente nel corso della giornata dal 65% fino allo 0%, per poi tornare improvvisamente al 65% dopo ogni pausa-caffè...



## Il bias nella decisione giudiziale

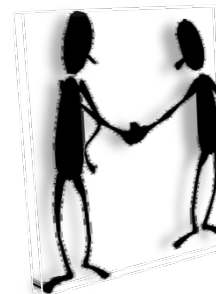


- Maggiore è il tempo trascorso dall'ultima pausa, più il giudice sembra orientato verso il **mantenimento dello status quo** (e quindi verso la mancata concessione della libertà)

- L'effetto della variabile non sembra essere dovuto alle caratteristiche legali del caso o alla possibile esistenza di «quote prefissate» per la concessione della libertà



## Barriere strategiche alla risoluzione delle dispute



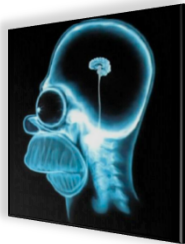
1. *Pressione dei mandanti o di parti cointeressate*
2. *Connessione con altre dispute*
3. *Parti multiple*
4. *Interessi divergenti tra avvocato e cliente*
5. *Serie questioni probatorie o di esecuzione sono anticipate*



## Barriere psicologiche alla risoluzione delle dispute

Gli individui utilizzano una serie di **scorciatoie** ed **euristiche (bias)** per organizzare e filtrare il flusso di informazioni sociali:

1. *Avversione alla perdita*
2. *Ricerca dell'equità*
3. *Svalutazione reattiva*
4. *Ricerca selettiva delle informazioni*
5. *Eccesso ottimistico*
6. *Sovra-coinvolgimento*
7. *Effetto ancoraggio e primacy effect*



## Strategie per superare le barriere



- Le concessioni più di impatto sono quelle che riducono una perdita della controparte
- Privare qualcuno di un bene o prestazione che si aspetta di ricevere, è meno grave che privare qualcuno di un'aspettativa di conservare un possesso attuale



## La giustizia procedurale



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

1. *Positività del risultato finale*
2. *Equità del risultato finale*
3. *Equità della procedura*



## La giustizia procedurale



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**



## Strategie per superare le barriere



- Le proposte sono valutate più favorevolmente quando provengono da un terzo neutrale
- Citare espressamente i valori e le preferenze espressi dalla controparte prima di formulare una proposta



## Il mediatore come assistente strategico al negoziato



- Gli avvocati e le parti hanno riluttanza a **mediare prima di avere a disposizione tutte le informazioni**
- Tendono a preferire una procedura che consenta di attribuire la **colpa di un insuccesso a fattori esterni** (giudice o arbitro)
- Il mediatore agisce come **test di realtà** sulle aspettative di parte e aiuta a individuare la **migliore alternativa all'accordo negoziato** (maan/batna)



## Problemi per la mediazione



- I programmi di **mediazione volontaria** in Europa attirano il **2%** delle controversie destinate ai tribunali.
- Prima del D.Lgs. 28/2010, si stima che gli accordi transattivi a seguito di mediazione in Italia fossero lo **0,1%** delle pendenze



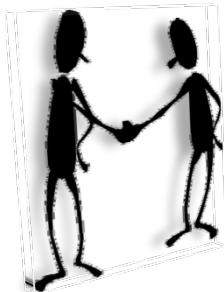
## Problemi per la mediazione



- Le imprese statunitensi riportano di avere utilizzato la mediazione
- 7% molto spesso
  - 17% spesso
  - 35% occasionalmente
  - 25% raramente
  - 16% mai
- (American Bar Association 2003)



## Livelli di soddisfazione nelle procedure



I litiganti tendono a essere:

- *altamente soddisfatti* della **mediazione** (**le parti presentano la loro posizione e negoziano direttamente**)
- *moderatamente soddisfatti* dei **procedimenti dispositivi** (**i legali presentano le posizioni e le parti testimoniano**)
- *scarsamente soddisfatti* dei **procedimenti inquisitori** (**il giudice richiede le informazioni e controlla il processo**)



## La soddisfazione delle parti in mediazione



- La mediazione comporta un alto livello di soddisfazione per i partecipanti alla disputa
- L'**87%** delle imprese in mediazione erano **soddisfatte o molto soddisfatte** (ABA 2003)
- Più del **70%** è **soddisfatto** del procedimento di mediazione e del suo esito e più dell'**80%** ritiene che il **procedimento** sia stato **equo**
- Per i procedimenti giudiziali il livello di soddisfazione è attorno al 50%

