
Working Paper Series

06/14

IL COORDINAMENTO NELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: L'EMERGENZA DI NORME HAYEKIANE E IL PERCORSO "PROTETTO" VERSO L'ORDINE SOCIALE

ANGELA AMBROSINO



**CENTRO DI STUDI
SULLA STORIA E I METODI
DELL'ECONOMIA POLITICA
"CLAUDIO NAPOLEONI"**



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

**IL COORDINAMENTO NELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE:
L'EMERGENZA DI NORME HAYEKIANE E IL PERCORSO "PROTETTO" VERSO
L'ORDINE SOCIALE**

Angela Ambrosino¹

Abstract

The mediation procedure, as outlined by D.lg 28/2010 and subsequent amendments, introduced in our legal system a new tool for coordinating the decisions of economic agents. The new civil mediation is proposed, therefore, as an instrument characterized by a different procedure and objectives from those of ordinary judgment. The evaluation of its efficiency requires the introduction of new theoretical tools that allow to evaluate the different aspects of social interaction in mediation. The traditional cost-benefit analysis proposed by the economic analysis of law, or simple considerations on Pareto-efficiency proposed by standard economics seem not sufficient analytical tools in this perspective. This article shares Mitchell's cognitive approach to the theory of law, and it is aimed at analyzing the new model of mediation introduced into Italian legislation through the lens offered by F.A. Hayek's theory of law (1973, 1976, 1979), with particular reference to the distinction he made between *law* and *legislation* and its consequence on the analysis of the role of the judge in common law as the discoverer of law. Moreover, Hayek's legal theory will be analyzed jointly to his concept of social order. In the light of the contribution of this author, in fact, the choice of our legislator seems to be close to the idea of developing regulatory structures that simply delineate the action of subjects without imposing specific behaviors or ex ante solutions to given situations.

Keywords: F. von Hayek, civil mediation, cognitive economics, law

JEL classes: B15, B21, B31, B40, D11

March 2014

CESMEP Working Paper 1/2014
www.cesmep.unito.it

¹ Dipartimento di Economia e Statistica "Cognetti de Martiis", Università di Torino (Campus Luigi Einaudi, Lungo Dora Siena 100/A, 10153 Torino), e Dipartimento di Giurisprudenza, Scienze Politiche Economiche e Sociali, Università del Piemonte Orientale (Palazzo Borsalino, Via Cavour 84, 15121 Alessandria). angela.ambrosino@unito.it.

Introduzione

La procedura di mediazione, così come delineata dal d.lg 28/2010 e successive integrazioni, introduce nel nostro ordinamento un nuovo strumento per il coordinamento delle scelte dei soggetti economici i cui principali principi ispiratori sono: la tutela del diritto all'accesso alla giustizia e la volontà di rendere tale accesso meno oneroso per i cittadini e per lo stesso sistema sia in termini di tempi che di costi, e la condivisione dell'obiettivo auspicato dalla Comunità Europea di promuovere la coesione e la cooperazione sociale anche attraverso la diffusione di procedure alternative per la risoluzione delle controversie volte a ricomporre le liti attraverso la ricomposizione delle relazioni interpersonali.

La nuova mediazione civile si propone, quindi, come uno strumento caratterizzato da regole e obiettivi diversi da quelli del giudizio ordinario. La valutazione della sua efficacia impone pertanto la necessità di introdurre nuovi strumenti teorici che permettano di valutare aspetti diversi rispetto alla tradizionale analisi costi-benefici proposta dalla analisi economica del diritto o dalle considerazioni di efficienza paretiana proposta dalle analisi economiche standard.

L'economia cognitiva (Egidi e Rizzello, 2004, Innocenti, 2009) e la teoria cognitiva del diritto (Ambrosino, 2014, 2012), fondando le loro radici nella storia del pensiero economico e distinguendosi per il loro approccio fortemente multidisciplinare volto alla comprensione dei processi decisionali dei soggetti, sembrano fornire strumenti teorici che meglio permettono di comprendere la complessità dei processi di *decision making* e le dinamiche del coordinamento sociale.

In particolare, la teoria cognitiva delle istituzioni economiche (Ambrosino 2006) e la teoria cognitiva del diritto (Ambrosino, 2012) hanno messo in luce i limiti tanto dell'approccio economico standard quanto dell'approccio comportamentale nella spiegazione del comportamento normativo dei soggetti economici. Gregory Mitchell (2002a, 2002b, 2003a, 2003b) ha messo in evidenza la necessità di costruire nuovi modelli teorici capaci di comprendere il comportamento degli agenti economici nella sua complessità e di svincolare la sua analisi da assunzioni riduttive quali quelle relative alla perfetta razionalità dell'*homo oeconomicus* che caratterizza l'economia standard o quella della presenza di *bias* cognitivi ampiamente diffusi e prevedibili proposta dall'approccio comportamentale.

Questo articolo, in linea con l'approccio cognitivo alla teoria del diritto si propone di analizzare il nuovo modello di mediazione introdotto nel nostro ordinamento attraverso la

lente offerta dalla teoria del diritto di F.A. Hayek (1973, 1976,1979) con particolare riferimento alla distinzione da lui operata fra *law* e *lagislation* ed alle sue riflessioni sul ruolo del giudice di *common law* quale scopritore del diritto, e del suo concetto di ordine sociale. Alla luce del contributo di questo autore, infatti, la scelta del nostro legislatore sembra essere vicina all'idea di sviluppare strutture normative che semplicemente delimitino l'azione dei soggetti senza imporre comportamenti specifici o soluzioni ex ante a situazioni date. Sembrerebbe quindi che il nostro legislatore abbia preferito, in questo caso, optare per un modello di tipo non paternalistico (Caterina, 2008) ma piuttosto volto a incentivare meccanismi di autocorrezione del comportamento individuale (Ambrosino, 2012).

Questo tipo di analisi sembra suggerire importanti riflessioni sul ruolo della mediazione sia come strumento protetto per il coordinamento degli agenti economici quanto come strumento privilegiato per l'osservazione dei processi di cambiamento nelle dinamiche di interazione e, quindi, anche delle nuove norme di interazione sociale che da esse possono emergere.

L'articolo è strutturato in quattro sezioni: la prima richiama brevemente gli aspetti principali della teoria del diritto di Hayek e della sua idea di ordine sociale; la seconda metterà in evidenza le principali caratteristiche e peculiarità del modello di mediazione civile e commerciale italiano; nella terza sezione si argomenteranno le ragioni per cui la procedura di mediazione può essere considerata come uno strumento protetto per il raggiungimento dell'ordine sociale hayekiano; infine, nella quarta sezione saranno proposte alcune considerazioni conclusive rispetto alle possibili implicazioni che potrebbe avere la diffusione del nuovo modello di mediazione civile e commerciale, per la ricostruzione e modifica dei rapporti tra soggetti economici e per lo sviluppo di nuovi strumenti normativi a sostegno dell'ordine sociale esistente.

La teoria del diritto di F. A. von Hayek e l'ordine sociale

Per comprendere perché la teoria del diritto di Hayek e il suo concetto di ordine sociale possano rappresentare due validi strumenti per analizzare il nuovo modello di mediazione civile e commerciale introdotto nel nostro ordinamento, è importante considerare questi due aspetti del suo lavoro nel quadro più ampio del pensiero hayekiano. Un'ampia e ormai consolidata letteratura ha a lungo dibattuto sulle trasformazioni che nel tempo hanno accompagnato il pensiero di questo autore (Hutchinson 1981, 1984; Witt, 1997; Boettke,

2000). Tuttavia tale dibattito nasce dalla straordinaria capacità di Hayek di cercare le risposte al problema del coordinamento sociale in ambiti di ricerca anche molto diversi tra loro, come l'economia, la filosofia sociale, le scienze politiche, la teoria delle idee ma anche la filosofia della scienza, le scienze cognitive e la teoria del diritto. Se pur molto complesso è articolato, il pensiero di questo autore può più compiutamente essere interpretato come un percorso di ricerca completo e complesso (Boettke, 2000, Ambrosino, 2006).

Hayek comincia ad occuparsi esplicitamente di diritto all'inizio degli anni 1970 (1973, 1976, 1979), quando ormai aveva consolidato la sua analisi dei processi decisionali individuali che portano alla nascita di norme di comportamento condivise (1952) e la sua analisi dei processi di coordinamento sociale che conducono a ciò che egli definisce come ordine sociale (1937, 1945, 1960, 1967).

L'ordine sociale¹ è il risultato di un lento processo di evoluzione culturale attraverso il quale individui, geneticamente diversi e caratterizzati da un diverso bagaglio di esperienze pregresse, coordinano le loro azioni e selezionano un insieme di norme di comportamento che hanno dimostrato di essere efficaci per le loro interazioni sociali.

L'ordine hayekiano è quindi un ordine spontaneo, descritto come un sistema di interazione sociale che sembrerebbe essere disegnato da una singola mente pianificatrice ma che, di fatto, emerge come il prodotto non intenzionale delle azioni umane volte al perseguimento di obiettivi personali. L'ordine sociale è conseguenza della presenza di regole che guidano l'azione umana. Tali regole, negli ordinamenti sociali moderni, possono essere formali (regole emerse in modo non deliberato dall'interazione tra gli individui ed in seguito codificate) oppure possono essere regole informali (costumi e abiti di comportamento² il cui rispetto è conseguenza dell'approvazione o disapprovazione sociale). In entrambi i casi esse svolgono una duplice e fondamentale funzione: esse aumentano la possibilità di predire gli esiti futuri delle interazioni sociali e sono depositarie di quel tipo di conoscenza che non può essere pienamente e consapevolmente compresa dagli individui che le pongono in essere.³ Esse, inoltre, non svolgono una funzione restrittiva prescrivendo comportamenti puntuali in determinate circostanze, piuttosto le regole acquisiscono una funzione abilitante, circoscrivendo l'ambito all'interno del quale gli individui, mettendo in atto processi interpretativi idiosincratici, possono determinare le loro scelte.

Perché si possa raggiungere l'ordine sociale devono essere risolte due questioni rilevanti: in primo luogo, gli individui che compongono un determinato gruppo sociale devono essere in grado di percepire e classificare il comportamento altrui, di dare ad esso un significato

che permetta loro di decidere come agire. In secondo luogo, è necessario comprendere che cosa rende possibile che le azioni di una moltitudine di individui, che hanno una conoscenza parziale e personale delle circostanze in cui agiscono, si coordinino. Gli individui devono attribuire significato al comportamento degli altri per poter comunicare tra loro, per poter stabilire i propri obiettivi e le azioni da intraprendere per perseguirli, tenendo conto delle circostanze effettive in cui si trovano. Ciò avviene, in primis, attraverso un fenomeno percettivo, un processo attraverso cui il microcosmo del cervello, per approssimazioni successive, arriva ad una riproduzione del macrocosmo esterno (Hayek, 1952). Il criterio attraverso il quale gli agenti classificano l'azione altrui è un criterio di conformità alle regole ed alle procedure di comportamento che l'agente stesso mette in atto. Ciò implica che almeno in parte gli individui le cui azioni vengono percepite seguano le stesse regole attraverso cui l'agente che deve interpretarle percepisce gli stimoli esterni, li classifica ed agisce.

L'interazione tra soggetti economici, quindi, fa emergere spontaneamente le regole, modalità routinarie attraverso cui raggiungere un obiettivo, seleziona le più efficaci e le consolida a livello sociale in istituzioni, rendendo possibile il coordinamento delle azioni individuali.

Il fatto che l'interazione tra soggetti all'interno di un gruppo si caratterizzi per la presenza di regole, norme ed istituzioni, non implica tuttavia che il sistema sociale raggiunga un equilibrio statico. Al contrario, l'ordine sociale hayekiano si realizza attraverso un processo evolutivo senza fine, tramite il quale le regole di comportamento che sono favorevoli per il gruppo sociale si consolidano, ma possono essere rimpiazzate quando queste dimostrino di non essere più efficaci per il coordinamento sociale o se ne individuino di migliori (Hayek 1952, 1967, 1973).

L'analisi dei processi cognitivi individuali che determinano le scelte e l'analisi delle dinamiche di coordinamento che portano all'ordine sociale rappresentano le fondamenta su cui Hayek costruisce la sua teoria del diritto (Ambrosino, 2014). Hayek sviluppa una idea di civiltà libera basata su la Rule of Law⁴ (Hayek, 1944). Dove per Rule of Law l'autore intende una set di norme astratte e generali che possono trovare applicazione in ogni circostanza. Tali norme dovrebbero venire codificate in norme formali svincolate dagli obiettivi e dagli interessi di particolari gruppi sociali, e dovrebbero essere pensate in modo tale da poter rimanere in vigore molto a lungo come strumento che permette agli agenti economici di costruirsi aspettative corrette rispetto al comportamento altrui.

Tuttavia, Hayek è consapevole tanto del fatto che la realizzazione di un governo basato sulla Rule of law non è possibile poiché i governi sono composti da persone, che come tali commettono errori e hanno interessi propri, quanto del fatto che la società moderna necessita di istituzioni formali e norme codificate per poter garantire un corretto coordinamento delle azioni individuali. Hayek fonda la sua teoria del diritto sulla distinzione fra Law e Legislation (Diritto e Legislazione), ed a partire da tale distinzione elabora la sua idea rispetto al ruolo del legislatore (il giudice nei sistemi di common law) nei sistemi moderni.

Il Diritto viene prima della Legislazione, dell'atto normativo. Infatti, non tutte le regole di comportamento che gli agenti seguono nelle loro interazioni sociali corrispondono a norme codificate, tuttavia essi seguono queste regole in quanto permettono loro di compiere le loro scelte in ambiti in cui l'informazione è limitata. I sistemi legali e l'autorità sono necessari per garantire l'obbedienza verso norme di diritto che esistono indipendentemente da essi e che si basano su opinioni largamente condivise nella società su ciò che è giusto (Hayek, 1973 p.95). Lo sviluppo di sistemi legali in cui il giudice (o il legislatore nei sistemi di civil law) svolge un ruolo preminente sono il risultato della costante interazione tra un lento e continuo processo di evoluzione in cui la spontanea crescita di norme consuetudinarie, ed i miglioramenti deliberati di aspetti particolari dell'ordine preesistente. Si tratta di sistemi in cui la "norma giusta" viene selezionata fra tutte quelle spontaneamente emerse nell'interazione sociale ripetuta. L'attività di un soggetto preposto a codificare il diritto è quindi necessaria, sia esso il legislatore noto al nostro sistema giuridico e a tutti quelli di civil law o sia esso il giudice che nei sistemi anglosassoni svolge un ruolo determinante nella creazione del diritto. Il giudice (o il legislatore) è chiamato a correggere problemi che vengono a turbare un ordine che non si è venuto a creare con la realizzazione di un progetto deliberato di un pianificatore, per il quale i soggetti si comportano come gli è stato detto di fare. In questo senso il giudice (o il legislatore) costituisce una istituzione dello stesso ordine spontaneo. Egli infatti avrà sempre di fronte a sé una situazione di ordine che deriva dal incessante processo tramite il quale gli agenti economici riescono a perseguire con successo i propri obiettivi formandosi aspettative corrette rispetto al comportamento degli altri soggetti (Hayek, 1973, p.95).

Hayek, quindi, rifiuta sia l'idea di un giudice che debba semplicemente applicare norme di diritto date, sia l'idea di un giudice "onnisciente" capace di pianificare e creare norme capaci di massimizzare il benessere sociale. Il giudice (o il legislatore) è visto come un "estensore-

scopritore” del diritto. Egli, infatti, produce norme in continuità con la tradizione normativa esistente. Egli “non fa il diritto” piuttosto il suo compito è scoprire norme compatibili con l’ordine spontaneo preesistente (Hayek, 1973, Deffanis, 2002). Il giudice/ legislatore deve creare norme generali ed astratte che devono essere rispettate da tutti i consociati. Norme di questo tipo esprimono qualcosa che è emerso come prevalente nella società, esse non possono essere il risultato di una cosciente deliberazione di un unico individuo. L’obiettivo di ciascuna norma deve essere quello di permettere il coordinamento delle aspettative sui cui i soggetti basano i loro piani di azione per raggiungere l’obiettivo desiderato. Fino a che le norme esistenti, sia formali che informali, permettono agli agenti di perseguire efficacemente i propri obiettivi, non ci sarà spazio né bisogno dell’intervento del giudice/legislatore. Tuttavia, ogniqualvolta non sia possibile formarsi delle legittime aspettative rispetto agli esiti di una determinata situazione, sarà necessario l’intervento del giudice/legislatore, in quanto si suppone che egli abbia una migliore conoscenza del contesto normativo esistente. Tuttavia in queste circostanze il giudice/legislatore non potrà formulare qualsiasi norma gli sembri opportuna; egli non potrà agire in questo modo tanto quando si trovi di fronte a soggetti con aspettative contrastanti rispetto a norme già consolidate, quanto quando si trovi di fronte a situazioni in cui non esistono norme già codificate che lo possano guidare. Il giudice/legislatore hayekiano deve identificare la norma che permette di colmare la distanza fra l’assetto normativo già esistente e consolidato e l’elemento che ha determinato la discordanza nelle aspettative dei singoli soggetti economici. Ciò al fine di migliorare l’esistente ordine sociale, introducendo norme che vengano riconosciute come appropriate dai componenti della società.

Secondo Hayek il compito del giudice/legislatore è quello di mantenere l’ordine sociale. Egli, di fatto, contribuisce alla continua evoluzione attraverso la quale la società si adatta al mutare delle circostanze; il giudice/ legislatore, infatti, è parte di quel costante processo di selezione delle norme esistenti più efficaci che permette alla società di raggiungere l’ordine. Inoltre, egli, nell’esercizio delle sue funzioni, produce nuove norme: egli non crea in questo modo un nuovo ordine sociale ma contribuisce a mantenere e migliorare il funzionamento dell’ordine esistente.

La nuova mediazione civile e commerciale ex d.l. 28/2010 e D.M 180/2010: caratteristiche principali.

Con il d.lgs 28 del 4 marzo 2010, il nostro legislatore ha recepito nel nostro ordinamento la Direttiva Comunitaria 52 del 2008 con la quale la Comunità Europea ha chiesto ai paesi membri di sviluppare e adeguare i loro sistemi giuridici, introducendo e stimolando l'utilizzo di procedure alternative di risoluzione delle controversie con particolare attenzione alle controversie transfrontaliere.

Il nostro legislatore, nel delineare le caratteristiche del nuovo modello di mediazione civile e commerciale, ha scelto di muoversi verso il perseguimento di due obiettivi: 1. assicurare un rapido accesso alla giustizia a tutti i cittadini, proponendo una procedura rapida, informale, e, allo stesso tempo, ridurre il carico di lavoro per i tribunali con una conseguente riduzione dei tempi di risoluzione delle cause pendenti e dei costi per la giustizia sia per il sistema che per i cittadini. 2. Introdurre una procedura volta ad incentivare l'armonia sociale e a ricostruire le interazioni fra le parti.

Per raggiungere questi fini il nostro legislatore ha definito (d.lgs 28/2010, art.1, lettere a,b,c):

1. La mediazione come "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa".
2. Il mediatore come "la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo".
3. Conciliazione "la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione".

Il d.lgs 28/2010 introduce una procedura di risoluzione delle controversie volte essenzialmente ad accompagnare le parti verso una autonoma soluzione del loro problema (mediazione facilitativa, art. 8, comma 3) anche se non è esclusa la possibilità per il mediatore di optare in talune circostanze per un approccio valutativo (art.11, comma 3) per portare la vicenda ad una conclusione positiva.

La normativa, inoltre, prevede che sia possibile accedere alla procedura di mediazione per tutte le controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili, lasciando così ampio spazio alla volontà delle parti nella scelta della modalità di risoluzione delle dispute che le vedono coinvolte e, allo stesso tempo, incentivando il ricorso alla procedura attraverso l'introduzione con l'art. 5, comma 1 della condizione di procedibilità per un numero significativo di fattispecie.

Si delinea quindi la possibilità o la necessità per una vastissima tipologia di controversie di accedere ad una procedura, completamente diversa rispetto al giudizio, che prevede l'intervento di un soggetto terzo, il mediatore, il quale non ha nessun tipo di potere decisionale rispetto alla questione in oggetto. Tale procedura ha luogo non presso il tribunale ma nelle strutture dell'organismo, pubblico o privato abilitato (d.lgs 28/2010, art.16), prescelto dalle parti stesse per la gestione della procedura di mediazione. La mediazione, istaurata tramite la presentazione della domanda di mediazione da parte di uno dei soggetti coinvolti nella lite o congiuntamente da entrambe, si svolge senza formalità (art.8). Le parti hanno comunque bisogno di essere accompagnate da consulenti ma le loro dichiarazioni nonché le informazioni emerse durante la procedura sono coperte dall'obbligo di riservatezza (art. 9) per il mediatore e per il personale dell'organismo che ha agito nell'ambito della procedura stessa. Le stesse dichiarazioni ed informazioni non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale vengano le informazioni (art.10). L'obiettivo di questa procedura è condurre le parti in lite all'individuazione di un accordo amichevole che sia condiviso, soddisfacente per tutti, e attuabile al di fuori della procedura.

Il mediatore interviene nella procedura proprio al fine di agevolare il raggiungimento di questo obiettivo. Il suo compito, quindi, non è tanto quello di entrare nel merito della disputa rispetto alla quale non può formulare giudizi né esprimere valutazioni (art.1), ma, piuttosto, quello di applicare adeguati strumenti comunicativi e tecniche di negoziazione, tali da permettere alle parti di individuare nuovi percorsi di interazione e ricostruire la loro relazione interpersonale superando l'oggetto specifico della lite.

La procedura di mediazione come strumento protetto per il coordinamento e il mantenimento dell'ordine sociale.

A quasi due anni dall'emanazione del decreto legislativo 28/2010, il nuovo modello di mediazione civile e commerciale è stato oggetto di ampi dibattiti sia da parte della giurisprudenza che da parte della dottrina. Coloro che si sono occupati di una valutazione di tipo economico della nuova mediazione, tuttavia, si sono finora soffermati sull'analisi degli aspetti collegati all'obiettivo deflattivo della riforma, trascurando completamente altri tipi di implicazioni economiche derivanti dall'analisi dei processi di scelta individuale e conseguenti all'introduzione di uno strumento esplicitamente volto al mantenimento dei

rapporti interpersonali e al coordinamento sociale alla formazione dei processi di scelta. L'analisi economica che si è soffermata sul primo obiettivo della riforma introdotta, ha quindi, principalmente considerato i vantaggi offerti dalla nuova mediazione in termini di riduzione dei costi rispetto alla giustizia ordinaria e in termini di efficienza del sistema. Questi lavori hanno, così, evidenziato i risparmi espliciti, in termini monetari, ed impliciti, in termini di costi indiretti (Ambrosino e Biancone, 2012), che il cittadino ed il sistema derivano dal ricorso della mediazione.

La mediazione infatti prevede esplicitamente costi ridotti per l'accesso e l'espletamento della procedura (D.M.180/2010 art.16 comma 4; tabella A), tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi alla procedura sono esenti da imposta di bollo, e il verbale di accordo è esente da imposta del registro entro il limite di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta solo per la parte eccedente (d.lgs 28/2010 art. 17). A ciò si unisce il riconoscimento di un credito di imposta per coloro che corrispondono indennità ai soggetti abilitati (d.lgs. 28/2010, art. 20).

Questa riduzione esplicita dei costi per l'accesso alla giustizia è affiancata dalle regole procedurali che comportano la riduzione di altri tipi di costi direttamente collegati alla risoluzione della controversia: la procedura ha una durata massima di quattro mesi (d.lgs. 28/2010, art.6) e, poiché si tratta di una procedura informale (d.lgs. 28/2010, art. 3,) le parti sono comunque obbligate a fare ricorso alla prestazione professionale di un avvocato ma la breve durata e la informalità della procedura rendono la prestazione professionale meno onerosa. Ciò implica che rispetto al processo ordinario la soluzione di una lite attraverso la procedura di mediazione avviene con indubbi vantaggi economici per le parti non solo rispetto ai costi diretti ma anche rispetto a tutti gli aspetti indiretti della gestione del conflitto. Dal punto di vista del sistema, inoltre, la diffusione della procedura e l'obbligatorietà del ricorso ad essa per un gran numero di fattispecie hanno l'obiettivo di ridurre il carico di cause pendenti nei tribunali con un conseguente risparmio nei costi sia diretti che indiretti di gestione della giustizia per il nostro Paese.

Come si è detto, minore attenzione, finora, è stata dedicata dalla letteratura economica al secondo obiettivo perseguito dal nostro legislatore ed ai suoi effetti sul sistema. L'analisi economica standard, infatti, è interessata alla valutazione degli strumenti normativi in termini di efficienza, ciò secondo gli assunti e gli obiettivi dell'analisi economica del diritto (Posner, 2006; Ambrosino 2014) si traduce nel confronto, attraverso una semplice valutazione costi /benefici, tra due sistemi di risoluzione delle controversie utilizzati da

soggetti perfettamente razionali capaci di massimizzare il proprio benessere.

Alla luce del contributo teorico di Hayek, precedentemente considerato, tuttavia, sembra possibile non solo riconsiderare il nuovo modello di mediazione, in particolar modo con riferimento alla mediazione facilitativa preferita dal nostro legislatore (art. 8, comma 3 d.lgs 28/2010), come strumento che permette di mantenere e consolidare l'ordine sociale di tipo hayekiano, ma anche valutare la procedura di mediazione come luogo privilegiato per il coordinamento tra agenti economici e, quindi, considerare i risultati della mediazione stessa come indicatori di nuove potenziali norme sociali che emergono dalla interazione spontanea tra soggetti.

Le parti, esattamente come avviene nel caso del ricorso alla giustizia ordinaria, ricorrono alla procedura di mediazione quando vi è *breakdown* nell'ordine che fino a quel momento ha caratterizzato le loro interazioni. Un qualche cambiamento è intervenuto nelle loro relazioni interpersonali, tale da rendere inefficaci le norme che fino a quel momento avevano permesso un efficace coordinamento delle aspettative reciproche sul comportamento altrui. I soggetti si trovano cioè in una situazione in cui è necessario individuare una nuova *routine* di comportamento che permetta di ricostruire il loro ordine sociale.

Rispetto a questo tipo di situazione di rottura, la mediazione si presenta come un luogo di interazione protetto, le parti in lite vi arrivano personalmente portandosi dietro tutto il loro bagaglio di esperienze precedenti, i loro valori, i loro obiettivi, e le loro diversità, tanto cognitive che culturali. L'interazione, quindi, avviene tra individui complessi ed eterogenei le cui scelte sono frutto di elaborazione e classificazione delle informazioni a loro disposizione. Questa classificazione viene però influenzata tanto dal peso delle esperienze passate che determinano dinamiche di tipo *path dependent*⁵ quanto dal contesto sociale (e quindi l'ordine sociale) in cui si vive.

Nella gestione di questa interazione proprio al fine di proteggere ed incentivare il percorso delle parti verso una soluzione soddisfacente, il legislatore ha previsto che intervenga il mediatore, il quale è soggetto terzo e imparziale, indipendente, appositamente formato, che controlla perfettamente la procedura, ed ha il compito di facilitare la ricerca di soluzioni creative e, in taluni casi, di formulare proposte conciliative alle parti. Il mediatore, quindi, nel nostro modello di mediazione non è un giudice. In nessun caso può esprimere proprie valutazioni sulla questione oggetto della lite. Il suo compito è essenzialmente quello di guidare le parti nella loro interazione. Per fare ciò egli è appositamente formato e,

diversamente dal giudice, più che esperto nel diritto deve essere un esperto di teoria del conflitto e di tecniche per sviluppare una comunicazione efficace. La presenza del mediatore è essenziale per aiutare le parti a superare gli ostacoli che impediscono una interazione costruttiva e propositiva. Gli ostacoli derivano proprio dal fatto che gli individui sono tra loro eterogenei e che arrivano alla procedura con un elevato livello di conflittualità e con obiettivi diversi. Il mediatore ha, quindi, il compito di fare emergere interessi e bisogni profondi delle parti perché esse possano ricostruire una nuova modalità di interazione.

Se questo percorso ha successo le parti in mediazione riescono spontaneamente ed autonomamente a raggiungere un nuovo punto di equilibrio, a trovare nuove regole per delimitare la loro interazione e quindi ritornare ad una situazione di ordine. Queste regole sembrano avere rilevanti punti di contatto con le regole hayekiane: emergono spontaneamente dalla interazione tra gli agenti, si dimostrano efficaci per risolvere una determinata circostanza e, proprio dimostrandosi efficaci, sono soggette a meccanismi di auto-rinforzo⁶. Meccanismi questi attraverso i quali, i soggetti che elaborano una nuova norma di comportamento, ne verificano l'efficacia applicandola e, ottenendo un *feedback* positivo dal mondo esterno, consolidano la norma in una vera e propria *routine* di comportamento che verrà richiamata in modo automatico al ripresentarsi di condizioni di interazione analoghe a quelle che l'hanno generata (Hayek, 1952). Questo meccanismo svolge un ruolo fondamentale nel consolidare negli agenti la capacità di crearsi aspettative corrette rispetto al comportamento degli altri in determinate circostanze.

Così come nel processo di formazione delle norme di comportamento di Hayek esiste la possibilità che il risultato dell'interazione sia una norma inefficace e quindi incapace di ricondurre ad una situazione di ordine, anche l'esito della mediazione è messo alla prova nel suo adempimento al di fuori della procedura. Nel caso in cui le parti non adempiano spontaneamente all'accordo concordato, questo significa che probabilmente le norme che avevano individuato non erano così efficaci nel riportare la loro relazione ad una situazione di ordine. In questi casi, il nostro ordinamento prevede che le parti possano procedere all'omologazione del verbale di conciliazione per richiederne l'esecuzione forzata. Muoversi in questa direzione sposta nuovamente la lite, purtroppo non risolta efficacemente, verso modalità di risoluzione giudiziali tradizionali con il rischio non solo di non ricostruire la relazione tra le parti ma di creare una rottura che perdura nel tempo.

Alla luce di quanto argomentato nel presente articolo, sembra possibile interpretare il nuovo modello di mediazione civile e commerciale italiano come una riforma vicina al

concetto hayekiano di Law. Vicina, cioè, a quel tipo di istituzioni o vincoli normativi superiori, caratterizzati da generalità, capacità di durare nel tempo, dalla uguale applicabilità rispetto al gruppo sociale, che possono rendere gli agenti economici “liberi nel Diritto” (Hayek, 1960).

Il decreto legislativo 28/2010, infatti, introduce, regola, ed incentiva l’uso di uno strumento di coordinamento la cui applicabilità è ampiamente svincolata da situazioni concrete di tempo e spazio. Il modello di mediazione italiano può efficacemente essere considerato come un “contenitore” per risolvere le liti all’interno del quale gli agenti possono muoversi liberamente per trovare una nuova dinamica di cooperazione. Questo contenitore è delimitato dalla necessità che l’accordo trovato (e quindi le nuove norme di comportamento emerse dall’interazione delle parti) rispetti due vincoli stringenti ma generali: il buon costume e le norme imperative previste dal nostro ordinamento (art. 12). Nello spazio descritto da questi contorni, la mediazione lascia completa libertà negoziale alle parti per costruire o ricostruire la loro relazione.

Hayek, in caso di rottura dell’ordine sociale preesistente, affidava al giudice di common law il compito di individuare le nuove norme di coordinamento emerse tra gli individui affinché queste potessero efficacemente riportare verso l’ordine e contribuire al suo mantenimento. Il nostro legislatore, invece, crea uno strumento in cui, grazie anche alla presenza del mediatore, sono gli stessi agenti a individuare e mettere in luce le nuove caratteristiche delle dinamiche di interazione. L’obiettivo, tuttavia, rimane il medesimo permettere che a prevalere, nel quadro di alcuni principi di diritto superiori e generali, siano norme effettivamente capaci di portare all’ordine sociale e di mantenerlo nel tempo.

Osservazioni conclusive

L’analisi della riforma normativa sulla mediazione condotta in questo articolo, come si è detto, sposa l’impostazione metodologica e teorica della teoria cognitiva del diritto (Mitchell, 2002a, 2002b, 2003a, 2003b, Ambrosino, 2012). Questa impostazione si concentra sull’analisi del comportamento dei soggetti rispetto ai vincoli normativi e sulla valutazione dell’efficacia degli stessi rispetto alle scelte individuali.

Muovendosi in questa direzione, l’interpretazione qui proposta del nuovo modello di mediazione civile e commerciale, regolamentato dal d.lgs 28/2010 e seguenti integrazioni, attraverso la lente della teoria legale di Hayek e del suo concetto di ordine sociale, ha messo in luce altre potenzialità di questo strumento di risoluzione delle controversie rispetto ai

semplici obiettivi di deflazione del lavoro dei tribunali italiani o di riduzione dei costi per la giustizia sia per il sistema che per i cittadini.

Se, infatti, le norme di comportamento che emergono spontaneamente dall'interazione tra soggetti svolgono un ruolo determinante nella costruzione dell'ordine sociale, e se la mediazione può essere considerata come un luogo protetto in cui questo tipo di norme nascono, allora questo strumento può diventare un indicatore privilegiato delle dinamiche di cambiamento sociale e fornire, quindi, al nostro legislatore importanti indicazioni rispetto ai bisogni dei soggetti economici ed alle vie attraverso cui si strutturano le loro interazioni.

In quest'ottica, diventerà essenziale per il nostro legislatore raccogliere dati sulla diffusione, sull'andamento e sugli esiti delle procedure di mediazione. L'osservazione della frequenza del ricorso alla procedura ma soprattutto del tipo di esito (accordo o mancato accordo, e adempimento spontaneo dell'accordo o ricorso all'omologa ed all'esecuzione forzata) e delle forme di accordo concordate, infatti, potrebbe fornire importanti informazioni sulle concrete modalità attraverso cui i soggetti strutturano i loro rapporti interpersonali, in particolare mettendo in luce la coerenza degli accordi rispetto all'assetto normativo esistente o, invece, la ricerca di nuove modalità contrattuali che suggeriscono la presenza di un processo di cambiamento sociale.

La valutazione di questo tipo di dati potrebbe costituire un presupposto importante su cui basare le riflessioni riguardo a riforme normative volte alla tutela dell'ordine sociale e riguardo all'opportunità di seguire politiche normative di tipo paternalistico o, invece, più volte a incentivare la libertà individuale.

Riferimenti bibliografici

Ambrosino, A. (2014), "A cognitive approach to law and economics: Hayek's legacy", *Journal of Economic Issues*, March 48 (1): 19-49.

Ambrosino A. Biancone P. P., (2013), "Heterogeneity and cultural differences in financial decisions: new opportunities from Mitchell's cognitive legal theory", *The 2013 Conference Proceedings* (Print ISSN: 2251-1997, E-Periodical ISSN: 2251-2004).

Ambrosino A. (2012), "Cognizione ed evoluzione istituzionale: un importante punto di contatto tra la teoria del cambiamento istituzionale di Veblen e Hayek", *Studi e Note in Economia*, 17 (2): 219-47.

Ambrosino, A. (2006), *Verso una teoria cognitiva delle istituzioni economiche*, Tesi di dottorato, Università di Torino.

Arthur, B. W. (1988), "Self-reinforcing mechanism in economics", in Anderson E. S., Arrow K. J., Pines D. (eds.), *The economy as an evolving complex system*, pp. 9-31, Reading, MA, Addison-Wesley.

Arthur, B. W. (1989), "Competing technologies, increasing returns and lock-in by historical events", *Economic Journal*, 390 (99): 106-131.

Arthur, B. W. (1991), "Designing economic agents that act like human Agents: a behavioral approach to bounded rationality", *American Economic Review Proceedings*, 81 (2): 353-359.

Bandura, A. (1977), *Social Learning Theory*, Englewood Cliffs, Prentice Hall.

Boettke, P. J., (2000), *The Legacy of Friedrich von Hayek*, Cheltenham, Northampton, Elgar.

Caterina R. (2008), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, Mondadori.

David, P. (1985), "Clio and the economic of QWERTY", *American Economic Review*, 75(2): 332-337

David, P. (1997), "Path-dependence and the quest for historical economics: one more chorus of the ballad of Qwerty", *Discussion Paper in Economic and Social History*, Oxford, University of Oxford.

Deffains, B. (2002), "The norm and the judge in Hayek's liberalism", in Birner J., Garrouste P., e Aimar T. (eds.), *F.A. Hayek as a political economist*, pp. 202-214. London, Routledge.

Egidi M., Rizzello S. (2004), *Cognitive Economics*, vol I-II, Cheltenham, Northampton, Elgar.

Hayek, F.A. (1937), "Economics and knowledge", *Economica*, 4 (13): 96-105.

Hayek, F.A. (1945), "The use of knowledge in society", *Economica*, 35 (4): 519-530.

Hayek F.A. (1944), *The Road to Serfdom*, Chicago, Chicago University Press.

Hayek, F.A. (1952a), *The Sensory Order*, Chicago, Chicago University Press.

Hayek, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago, Chicago University Press.

Hayek, F. A. (1967), *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago, Chicago University Press.

Hayek, F. A. (1973), "Rules and order", in Hayek, F.A. (1982), *Law, Legislation and Liberty*, vol.I, pp. 1-145, London, Routledge.

Hayek, F. A. (1976), "The miracle of social Justice", in Hayek, F.A. (1982), *Law, Legislation*

and Liberty, vol. II, pp. 1-153, London, Routledge.

Hayek, F. A. (1979), "The political order of a free people", in Hayek, F.A. (1982), *Law, legislation and liberty*, vol. III, pp. 1-177, London, Routledge.

Hayek, F. A. (1982), *Law, legislation and liberty*, London, Routledge.

Hutchison, T. W. (1981), *The politics and philosophy of economics*, New York: NYU Press.

Innocenti A. (2009), *L'economia cognitiva*, Roma, Carocci.

Mitchell, G., (2002a), "Why law and economics' perfect rationality should not be traded for behavioral law and economics' equal incompetence", *Georgetown Law Journal*, 91 (1): 67-167.

Mitchell, G., (2002b), "Thinking behavioralism too seriously? The unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law", *William and Mery Law Review*, 43 (5): 1907-2021.

Mitchell, G., (2003a), "Tendencies versus boundaries: levels of generality in behavioral law and economics", *Vanderbilt Law Review*, 56 (6): 1781-1812.

Mitchell, G., (2003b), "Mapping evidence law", *Michigan State Law Review*, (2003): 1065-1148.

Mitchell G., (2009), "Second thoughts," *McGeorge Law Review*, 40 (2009): 687.

Posner, R. A. (2006) "The role of the judge in the twenty-first century." *Boston University Law Review* 86 (5): 1049-1068.

Veblen, T. (1914), *The instinct of workmanship*, New York: Macmillan.

Witt, U. (1997), "The Hayekian puzzle: spontaneous order and the business cycle", *Scottish Journal of Political Economy*, 44 (1): 44-58.

Note

¹ Il concetto di ordine sociale usato da Hayek è ben diverso da ciò che l'economia neoclassica definisce come equilibrio. Hayek in contrapposizione alla letteratura neoclassica, reinterpretava il significato del concetto di equilibrio: l'equilibrio rappresenta una relazione tra azioni deliberate, un individuo, quindi, è in equilibrio quando tutte le sue azioni fanno parte di un piano basato sulla sua personale visione del mondo (Hayek, 1937).

² Si veda anche Veblen, 1914.

³ Per una più approfondita analisi del ruolo dei processi cognitivi inconsapevoli nel comportamento collegato a vincoli normativi si veda (Ambrosino 2012, Mitchell, 2009).

⁴ Il concetto di Rule of Law ha origini lontane, già Aristotele (*Politica*) sottolineava come fosse più opportuno che a governare fosse il Diritto e non altri cittadini, coloro che governano dovrebbero essere i guardiani del diritto. Una definizione simile del concetto si vede anche in Cicerone, *Omnes legum servi sumus ut liberi esse possumus*.

⁵ La path-dependance è una categoria concettuale utilizzata dall'economia a partire dagli anni ottanta del Novecento (Arthur, 1988, 1989, 1991; David, 1985, 1997) per spiegare, soprattutto rispetto all'economia delle innovazioni, la diffusione di determinate tecnologie indipendentemente dalla loro oggettiva efficienza. In questo tipo di processi, infatti, il percorso di esperienze compiuto precedentemente dai soggetti ha un peso rilevante ed è in grado di spingere il cambiamento verso direzioni, in taluni casi anche molto diverse da quelle logicamente prevedibili, ma strettamente collegate a ciò che si è vissuto nel passato. Emblematico il caso della tastiera QWERTY, che noi tutti oggi utilizziamo, e il cui successo è dovuto al fatto che coloro che avevano iniziato ad usarla incontravano forti resistenze nel doversi abituare a tastiere importate diversamente.

⁶ Per una approfondita analisi del ruolo dei processi di auto-rinforzo nello sviluppo del comportamento individuale si veda Bandura (1977).