

Claudia Caria

**Il ragionamento giuridico nei sistemi cooperativi di risoluzione delle controversie.
La teoria pragma-dialettica dell'argomentazione.**

Introduzione

La crisi del sistema di amministrazione della giustizia ha messo in luce l'incapacità dello Stato nel far fronte alle nuove esigenze della società in materia di conflitti e ha reso necessario il ripensare a diverse e più adeguate forme di tutela dei diritti, in grado di coinvolgere le parti e trasformarle da spettatori ad attori nella risoluzione delle loro dispute. Secondo un'interpretazione che si va consolidando in ambito filosofico e giuridico, le finalità e le tecniche della mediazione, strumento principale dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, rispondono ad un nuovo paradigma finalizzato a migliorare concretamente l'accesso alla giustizia¹. Si tratta della cosiddetta «giustizia partecipativa», che vede le parti assumere un ruolo attivo e creativo nel processo di gestione delle loro dispute². La mediazione può, infatti, essere definita come un «procedimento in cui le parti e i loro avvocati si incontrano con un mediatore neutrale, che

¹ Cappelletti M., voce *Accesso alla giustizia* in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1988, [http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-justizia_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-justizia_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/)

² Foddai M. A., *Accesso alla giustizia e modelli partecipativi in Canada*, in ID. (A cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 102

ha il compito di assisterle nella ricerca di una soluzione della controversia. Il mediatore migliora la comunicazione tra le parti, le aiuta a manifestare più chiaramente i propri interessi e a capire quelli dell'altra parte; saggia i punti di forza e quelli di debolezza delle rispettive posizioni giuridiche, identifica aree di possibile accordo e aiuta le parti a formulare ipotesi di soluzione su cui ambedue possano concordare»³.

La mediazione, valorizzando l'autonomia nella ricerca di un accordo condiviso, rappresenta un'alternativa al processo ordinario, caratterizzato dall'eteronomia della decisione che viene imposta dal giudice⁴. Il risultato è una giustizia costruita su misura dalle stesse parti, fondata sul particolarismo degli interessi e non sulla generalità ed astrattezza finalizzata all'uguaglianza dei casi simili. Questi elementi hanno indotto alcuni studiosi a muovere una critica alla mediazione⁵, basata sul fatto che il suo impiego, comportando una disparità di trattamento in casi analoghi, incrina il principio di certezza del diritto, intesa come possibilità di prevedere che ad una certa azione corrisponda una determinata risposta da parte degli organi competenti.

L'accostamento al sistema ordinario di giustizia di un metodo alternativo per la risoluzione delle controversie richiede uno studio dei processi logici ad esso sottesi, al fine di comprendere se sia possibile configurare anche nella mediazione un ragionamento giuridico e con quali caratteristiche.

Obiettivo di questo lavoro è mettere in luce la presenza, nella mediazione, di una struttura logico-argomentativa, rinvenuta nella teoria pragma-dialettica dell'argomentazione, al fine di restituire a tale strumento

³ Chase O., *Gestire i conflitti, Diritto, cultura, rituali*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 116.

⁴ Foddai M.A., *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritti*, Jovene editore, Napoli, 2017, p. 170.

⁵ Tra i vari scritti critici sulla mediazione vedi: Della Noce D., Baruch Bush R., Folger J., *Considerazioni sui presupposti teorici della mediazione: implicazioni pratiche e politiche*, in Luison L. (a cura di) *La mediazione come strumento di intervento sociale. Problemi e prospettive internazionali*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 37-55. Nader L. *Le forze vive del diritto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003.

dignità giuridica e inserire il processo dialogico che si sviluppa al suo interno, nella categoria «ragionamento giuridico». Per far questo partiremo dalla definizione di ragionamento giuridico, sottolineando gli elementi che ci permettono di includere in esso la procedura argomentativa che si svolge nella mediazione.

1.1. Il ragionamento giuridico: definizioni e profili applicativi

Il termine “ragionamento” può essere inteso in una duplice accezione: con esso è possibile riferirsi sia all’atto, processo mentale del ragionare, sia al risultato di tale ragionamento, inteso come discorso attraverso il quale l’atto del ragionare si esprime e viene reso pubblico⁶. Con la prima accezione, si suole indicare il processo di tipo psicologico che porta ad una decisione e ha luogo nella mente di un individuo. Con la seconda, intendiamo quel discorso attraverso il quale vengono addotti argomenti a sostegno della decisione. I due aspetti sono nettamente distinti poiché da un lato stanno i motivi di una decisione, che corrispondono a eventi mentali, fenomeni psichici che inducono ad avere una credenza o a sostenere una tesi piuttosto che un’altra; dall’altro lato vi sono gli argomenti che la sorreggono, che sono quei processi linguistici che si adducono, a posteriori e pubblicamente, a sostegno e giustificazione di una tesi⁷. Il ragionamento-processo mentale costituisce oggetto di indagine della psicologia cognitiva e della neurofisiologia, a differenza del ragionamento-discorso, che è, invece, campo di analisi della logica⁸.

⁶ Guastini R., *Il ragionamento giuridico*, in Cicu A., Messineo F., Mengoni L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 229.

⁷ Scarpelli U., *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in ID., *L’Etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 280.

⁸ Vedi Canale D., *Il ragionamento giuridico*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013, p. 316-351.

I ragionamenti possono essere classificati secondo diversi criteri; in questo contesto, il più rilevante è quello che opera una distinzione sulla base dei tipi di enunciati che lo compongono. Viene denominato «teorico» o «aletico» il ragionamento le cui premesse e la cui conclusione siano entrambe proposizioni, ovvero enunciati di tipo descrittivo; si definisce, invece, «pratico» o «normativo», il ragionamento nel quale almeno una delle premesse e la conclusione siano una norma, ovvero un enunciato di tipo prescrittivo⁹. Il ragionamento giuridico è un tipo di ragionamento pratico o normativo, caratterizzato dal fatto che la premessa minore e la conclusione sono norme giuridiche (e non, ad esempio, morali)¹⁰.

Secondo la definizione di Bobbio, sotto la denominazione “ragionamento giuridico” devono essere incluse «tutte quelle tecniche di risoluzione dei problemi giuridici proprie dei vari operatori del diritto»¹¹. Egli ritiene che non esista un unico ed astratto ragionamento giuridico e che si possa, tra i soggetti del diritto, convenzionalmente distinguere tra coloro che producono le norme e coloro che applicano il diritto¹². Nonostante l'estensione di tale definizione, tutti gli studi sul ragionamento giuridico sono stati, sinora, essenzialmente dedicati al ragionamento di coloro che applicano il diritto e, in particolare, al ragionamento dei giudici di merito. Il mancato interesse per uno studio del ragionamento giuridico di coloro che producono le norme è, verosimilmente, legato al fatto che le leggi siano prive di motivazione e che il legislatore non debba dar conto dei propri ragionamenti, se non in termini di astratta rispondenza ai principi superiori. Egli ha il compito di creare il diritto, attività considerata libera nel fine e non vincolata al perseguimento di fini eteronomi predeterminati¹³. Compito

⁹ Ivi, p. 240.

¹⁰ Guastini R., *Il ragionamento giuridico*, cit. p. 232.

¹¹ Bobbio N., *Sul ragionamento dei giuristi*, in Comanducci P., Guastini R., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti. vol. 2*, Giappichelli, Torino 1989, p. 164.

¹² Guastini R., *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 232.

¹³ Eccezione fatta per le norme costituzionali programmatiche. Ivi, p. 233.

del giudice è, invece, quello di applicare a casi concreti norme generali precostituite e motivare le sue decisioni sulla base di tali leggi: in tal senso l'attività giurisdizionale viene considerata lo specchio dello Stato di diritto¹⁴.

E' nel momento della sentenza che trovano massima espressione i principi di legalità, uguaglianza di fronte alla legge e separazione dei poteri¹⁵. In virtù del principio di legalità, ogni decisione giurisdizionale deve essere fondata su una norma giuridica preesistente; secondo il principio di uguaglianza, i casi che presentano le stesse caratteristiche devono essere decisi in maniera analoga e, infine, in ossequio al principio di separazione dei poteri, il giudice non può assumere le vesti del legislatore, decidendo in maniera contraria a quanto prescritto dal diritto. Per permettere una verifica del rispetto di tali principi, l'organo giudicante, a differenza del legislatore, ha l'obbligo di offrire un resoconto del proprio ragionamento e di renderlo pubblico. Il ragionamento del giudice, contenuto nella motivazione, costituisce, invero, parte integrante e necessaria della sentenza, senza il quale, essa è considerata invalida¹⁶. L'importanza di uno studio della teoria del ragionamento giudiziale è, dunque, legata alla necessità di definire un metodo per controllare l'attività decisionale di chi esercita un potere pubblico, attraverso il quale garantire la certezza del diritto intesa come prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Ciò detto, se è comprensibile, per i motivi sopra indicati, la mancanza di studi relativi al ragionamento giuridico del legislatore e l'abbondanza di quelli relativi ai giudici di merito, si ritiene, invero, necessario colmare la lacuna relativa agli studi di quello che si reputa essere il ragionamento giuridico di una nuova tipologia di operatori del diritto. Si tratta dei mediatori, che negli ultimi trent'anni si sono affacciati nello scenario giuridico italiano e che oramai sono ufficialmente riconosciuti

¹⁴ Ivi, p. 235.

¹⁵ Canale D., *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 319.

¹⁶ Guastini R., *Il ragionamento giuridico*, cit. p. 232.

come parte integrante dello stesso. Il legislatore italiano, con il D.lgs. 28/2010, ha, infatti, inserito la mediazione tra gli strumenti endoprocessuali di risoluzione delle controversie, conferendo validità giuridica a quella che, sino ad allora, era per lo più considerata, in Italia, come una pratica sociale di composizione pacifica dei conflitti. L'aver previsto delle fattispecie obbligatorie, nelle quali la mediazione costituisce il primo accesso del cittadino alla giustizia, rende necessaria la previsione di un metodo di controllo sul corretto svolgimento dell'attività conciliativa. A differenza del giudizio, la cui verifica di legittimità avviene, come si è detto, sulle sentenze; la mediazione è sprovvista di un metodo di controllo sul prodotto della sua attività, ovvero sull'accordo di conciliazione¹⁷. L'impossibilità di tale vaglio deriva dal fatto che l'accordo di conciliazione non rappresenta il resoconto del processo comunicativo che porta alla composizione della disputa, né tanto meno una giustificazione dello stesso. Esso è costituito da una norma giuridica che regola i rapporti tra le parti e, nel caso in cui venga redatto in presenza dei difensori, è immediatamente esecutivo, fatto che permette di associarlo al dispositivo della sentenza. È, tuttavia, opportuno rimarcare che se anche l'accordo contenesse il resoconto della discussione critica sviluppatasi tra le parti, esso in ogni caso non potrebbe essere soggetto a controllo. La mediazione si fonda, invero, sul principio consensualistico: sono le parti che volontariamente prendono la decisione, aidate da un terzo, il mediatore, che ha il compito di guidarle nel raggiungimento dell'accordo.

Per tali ragioni, la garanzia predisposta dal legislatore riguarda a monte, il possesso, da parte dei mediatori e degli organismi nei quali essi sono incardinati, dei requisiti richiesti dalla legge per l'esercizio della professione. Si tratta, nella sua configurazione attuale, di un controllo piuttosto blando, rispetto a ciò che ci si aspetta da questo strumento: la

¹⁷ Così l'art 1 del D.lgs. 28/2010 definisce e distingue la mediazione dalla conciliazione, intendendo l'una come il processo che permette di addivenire all'accordo, l'altra l'accordo stesso.

realizzazione di una giustizia concreta ed efficace, più vicina alle esigenze dei cittadini e più snella nelle sue pratiche. Se l'unico controllo che può essere esercitato nei confronti di questa procedura è una verifica sul possesso dei requisiti di professionalità, tali requisiti devono concorrere a creare una figura che abbia le capacità e le competenze per il compito che gli viene richiesto, ovvero un soggetto esperto e consapevole in grado di condurre una discussione razionale. Il tentativo di inserire il ragionamento che si sviluppa nella mediazione, che denomineremo "ragionamento mediativo", nella categoria "ragionamento giuridico" ha proprio questo obiettivo: mettere in luce le strutture argomentative implicate nel raggiungimento dell'accordo per il tramite del terzo, al fine di comprendere quali capacità e competenze il mediatore deve possedere e di mostrare che l'accordo di conciliazione segue delle precise regole logico-argomentative e non è il frutto di circostanze fortuite.

1.2 Il ragionamento giuridico nei sistemi competitivi e cooperativi di risoluzione delle controversie

Le prime ragioni che inducono a considerare la procedura di mediazione, al pari del giudizio, come un ragionamento giuridico, sono rinvenibili nel fatto che essa possiede entrambe le caratteristiche richieste dalle definizioni qui utilizzate per descriverlo: ha come conclusione una norma giuridica che regola il caso concreto¹⁸ ed è finalizzata alla risoluzione di problemi giuridici¹⁹, nello specifico, le controversie.

Emerge immediatamente, tuttavia, una difficoltà anche concettuale nell'associare il ragionamento giudiziale al ragionamento mediativo. Questo deriva dal fatto che, comunemente, in ambito giuridico, si intende il termine "ragionamento" nell'accezione di risultato, prodotto dell'attività

¹⁸ Guastini R., *Il ragionamento giuridico*, cit., p. 229.

¹⁹ Bobbio N., *Sul ragionamento dei giuristi*, cit., p. 164.

mentale di un soggetto, in questo caso, dell'attività decisionale del giudice. Il ragionamento giudiziale, pur se si sviluppa lungo tutto il processo è un prodotto che consiste nelle argomentazioni del giudice nel momento in cui, a posteriori, egli decide e giustifica la decisione presa.

A ben vedere, tuttavia, e le attuali teorie dell'argomentazione lo confermano²⁰, il termine "ragionamento" è, altresì, indicativo di un percorso, non necessariamente mentale o soggettivo, che consiste nella relazione e nella comunicazione tra le parti. Il ragionamento mediativo si inserisce nell'estensione di tale termine, consistendo nel processo argomentativo che si sviluppa nell'interazione tra il mediatore e le due parti.

Le differenti accezioni di ragionamento, giudiziale come prodotto e mediativo come processo, trovano la loro ragion d'essere nel contesto nel quale sono inserite.

La concezione di ragionamento giudiziale riflette un modello aggiudicativo e competitivo di risoluzione dei conflitti. La struttura triadica, che forse sarebbe più corretto disegnare come pentadica, attraverso la quale si esplica il giudizio, è di tipo competitivo: gli avvocati, che rappresentano le parti, mostrano al giudice le proprie strategie argomentative e quest'ultimo, sulla base delle risultanze processuali, stabilisce quale sia la norma applicabile al caso concreto, idonea alla risoluzione della controversia. La decisione, imposta dall'alto, sancisce la vittoria di una parte a discapito dell'altra. Il contesto istituzionale, nel quale il giudice è chiamato a decidere, è governato da rigide regole procedurali, che impediscono che in esso possa esplicarsi un tipo di ragionamento dialogico, inteso come un effettivo 'ragionare insieme' per prendere una decisione. Le parti non possono partecipare al processo decisionale: il principio del

²⁰ Un'estensione dell'ampiezza di tale termine si troverà nelle logiche argomentative-dialogiche che considerano il ragionamento non più solo in senso dialettico, come presenza di una tesi, un'antitesi e una sintesi, ma anche in senso dialogico, come reale interazione tra più interlocutori.

contraddittorio, posto a loro tutela, non è finalizzato ad una loro partecipazione effettiva, bensì alla conoscenza da parte del giudice degli elementi della vicenda processuale sia dell'attore, che del convenuto.

Nella mediazione, a differenza del giudizio, il ragionamento dialettico diventa anche “dialogico”, consistendo nella reale interazione tra più soggetti. Esso si esprime nel processo che coinvolge il mediatore ed entrambe le parti, protagoniste della controversia. La struttura, realmente triadica, della mediazione realizza un modello cooperativo di risoluzione del conflitto, il cui obiettivo è il raggiungimento di una soluzione consensuale, che veda entrambe le parti vincitrici²¹. Il sistema cooperativo della mediazione rientra in un modello di giustizia nuovo e diverso dal modello gerarchico tradizionale: si tratta della cosiddetta «giustizia partecipativa», che rifiuta il sistema processuale aggiudicativo come unico strumento di risoluzione delle controversie²². Il modello di giustizia partecipativa si basa sul rispetto di tre valori fondamentali: «rispetto delle persone coinvolte nel conflitto, creatività nell'individuare le soluzioni volte al soddisfacimento degli interessi e proattività, termine con il quale si indica l'attiva partecipazione delle persone coinvolte al processo di gestione del conflitto»²³. La giustizia partecipativa necessita, per la sua realizzazione, di strumenti che si sviluppino secondo un tipo di ragionamento dialogico, quale la mediazione, che consista in un ragionare insieme per prendere le decisioni.

I due sistemi, giudizio e mediazione, nella loro diversità di strutture e modalità di ragionamento riflettono due diverse logiche di risoluzione delle controversie, entrambe necessarie in un sistema istituzionale che voglia correttamente rispondere ai bisogni di giustizia dei suoi cittadini.

Se, tuttavia, sono numerosi gli studi relativi alla logica del ragionamento giudiziale, finora quelli relativi alla logica della mediazione

²¹ Arielli E., Scotto G., *Conflitti e mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2003, p. 53.

²² Foddai M. A., *Accesso alla giustizia e modelli partecipativi in Canada*, cit., p. 102.

²³ Ivi, p. 104.

non sono stati sufficientemente approfonditi; per queste ragioni appare opportuno soffermarsi sulla struttura argomentativa implicata nel procedimento di mediazione, rinvenuta nella teoria pragma-dialettica.

1.3 La teoria Pragma-Dialettica dell'argomentazione nel ragionamento mediativo. L'ideale filosofico di razionalità critica.

La «Pragma-Dialettica» è la teoria dell'argomentazione elaborata da Van Eemeren e Grootendorst, esponenti della Scuola di Amsterdam, a partire dalla fine degli anni Ottanta e finalizzata allo studio del processo dialogico per risolvere le divergenze di opinioni²⁴. Tale processo consiste nell'interazione tra (almeno) un proponente o protagonista ed un antagonista, nell'ambito di una discussione critica, disciplinata da regole e finalizzata al superamento della differenza dei punti di vista di ciascuno²⁵. Scopo dell'argomentazione è la risoluzione del disaccordo, compiuta congiuntamente e cooperativamente dai parlanti.

Il nome «pragma-dialettica» mette in evidenza l'interesse dei due autori per gli aspetti pragmatici e dialettici dell'argomentazione. La teoria è «pragmatica»²⁶, perché concepisce il discorso come uno scambio tra atti linguistici e discorsivi²⁷, che vengono considerati come «mosse pragmatiche»²⁸ che se correttamente utilizzate permettono di addivenire ad

²⁴ Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, Milano, Mimesis, 2008.

²⁵ Ivi, p. 113.

²⁶ In particolare essi fanno riferimento alla *pragmatica linguistica*, ovvero alla teoria del discorso e degli atti linguistici.

²⁷ Austin J. L., *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova, 1987; Sbisà M., *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*, Il Mulino, Bologna, 1989;

²⁸ Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit. p. 60. I due autori olandesi fanno riferimento alla classificazione di Searle tra atti assertivi, direttivi, commissivi, espressivi e dichiarativi. Vedi Searle J., *Expression and meaning. Studies in the theory of speech acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

un accordo, ed è al tempo stesso, «dialettica», perché vede nello scambio comunicativo tra i parlanti il metodo per risolvere una divergenza di opinioni. Il pregio di tale teoria è quello di coniugare due diversi tipi di analisi, normativa e descrittiva, al fine di costruire un codice di condotta per il discorso quotidiano, che parta da un ideale normativo, ma mantenga una relazione diretta con il modo in cui l'argomentazione viene effettivamente praticata. L'aspetto normativo consiste nell'elaborazione di un sistema di regole per la buona argomentazione, basato su un ideale filosofico di razionalità critica; l'aspetto descrittivo si realizza, invece, nel confrontare tali risultati con le osservazioni empiriche del modo in cui le persone, di fatto, si relazionano ed argomentano. In tal modo le regole elaborate derivano non solo da un ideale filosofico, ma dal confronto tra questo e la realtà empirica²⁹.

Per spiegare cosa si intenda per «razionalità critica», i due autori fanno riferimento alla distinzione proposta da Toulmin, in «*Knowing and Acting*», tra la concezione di ragionevolezza «geometrica», «antropologica» e «critica»³⁰. Nella concezione «geometrica», un argomento è considerato ragionevole se conforme alle regole della logica formale. Si parte da statuizioni di tipo assiomatico e si giunge, attraverso le regole di inferenza, ad una conclusione certa ed incontrovertibile, tale procedimento è detto «dimostrazione». Nella concezione «antropologica», la ragionevolezza è determinata in conformità alla cultura di riferimento: si tratta di un concetto intersoggettivo e culturalmente determinato. Van Eemeren e Grootendorst aggiungono alla denominazione attribuita da Toulmin di ragionevolezza «antropologica», l'ulteriore appellativo «relativistica», in virtù del fatto che si tratta di una concezione dinamica,

²⁹ Cantù P., Testa I., *Dalla «Nuova retorica» alla «Nuova dialettica»: il «dialogo» tra logica e teoria dell'argomentazione*, in *Problemata: Quaderni di filosofia*, 1, 2001, pp. 123-173.

³⁰ Toulmin S., *Knowing and Acting. An invitation to Philosophy*, Macmillan, New York, 1976 in Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., pp. 110 ss.

soggetta al cambiamento, in quanto legata ad un particolare contesto storico di riferimento.

La concezione di ragionevolezza «critica» parte dal presupposto che non sia possibile avere certezze assiomatiche. Il punto cardine è la discussione: si incentiva l'interlocutore a mettere in dubbio, in modo sistematico, le tesi dell'altra parte, sollecitandola, così, ad offrire ulteriori spiegazioni. In questa prospettiva, l'argomentazione è vista come parte di una discussione critica e non può essere considerata isolatamente dal processo dialogico nel quale si inserisce e del quale è il risultato³¹. La ragionevolezza critica è un concetto graduale; una regola verrà considerata ragionevole, a seconda della sua capacità, all'interno di una procedura di discussione critica, di risolvere un problema concreto.

Van Eemeren e Grootendorst si distanziano nettamente dalla concezione geometrica e antropologica di ragionevolezza, ritenendole entrambe basate sul giustificazionismo, che si occupa esclusivamente di legittimare una tesi in maniera definitiva e non di risolvere una divergenza³². Questo è l'aspetto chiave che la rende idonea alla spiegazione del processo linguistico che avviene nel ragionamento mediativo: a differenza del ragionamento giudiziale, che ha come obiettivo e come esigenza la giustificazione delle argomentazioni; il ragionamento mediativo ha, infatti, il solo fine della risoluzione della disputa.

La Pragma-dialettica aderisce alla prospettiva del razionalista critico che parte dal presupposto che il pensiero umano sia fallibile e, per tale motivo, ritiene che un esame critico sistematico di ciò che lo circonda, sia l'unico mezzo per la risoluzione dei problemi³³. In questo approccio la ragionevolezza, detta «dialettica», della procedura deriva dalla sua capacità

³¹ Damele G., *Dialettica, retorica e argomentazione giuridica*, in *Analisi e Diritto*, 2006, n. 1, pp. 115-136.

³² Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit. p. 113.

³³ *Ibidem*.

di risolvere le divergenze di opinioni (validità rispetto al problema) combinata con la sua accettabilità da parte degli interlocutori (validità convenzionale o intersoggettiva)³⁴. Le regole della discussione devono, perciò, essere sviluppate ed esaminate nei termini sia di una loro efficacia nella risoluzione dei problemi, che di una loro accettabilità intersoggettiva³⁵.

La Pragma-dialettica si inserisce nell'approccio dialogico dell'argomentazione, costituendo un'evoluzione delle teorie ad essa precedenti, che punta a mettere in risalto non solo gli aspetti dialettici del discorso, ma altresì quelli pragmatici. Si tratta di un nuovo paradigma attraverso il quale viene interpretata in maniera innovativa la dialettica. Essa viene, infatti, considerata come un processo dialogico, che coinvolge una «reale pluralità di parlanti», che si confrontano su una tesi e un'antitesi³⁶. Viene attribuito un nuovo valore allo stesso concetto di «validità intersoggettiva», presente sia in Perelman, riferito al consenso dell'uditorio, che nei teorici dell'etica del discorso, riferito al consenso di una comunità ideale di argomentanti³⁷. Nelle logiche dialogiche il paradigma intersoggettivo diventa fattuale, perché relativo a discorsi reali che avvengono tra due o più parlanti³⁸. In esse, dunque, il ragionamento non è più riferibile esclusivamente ad un solo soggetto, bensì al processo comunicativo che si sviluppa tra più interlocutori.

Questo aspetto la rende particolarmente adatta alla descrizione di quei processi linguistici che avvengono in «giochi dialettici»³⁹, per

³⁴ *Ibidem*. Cantù P., Testa I., *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Mondadori, Milano, 2006, p. 79; Calogero G., Voce *Razionalismo*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/razionalismo/>

³⁵ Foddai M. A., *Dalla decisione alla partecipazione*, cit., p. 171.

³⁶ Cantù P., Testa I., *Teorie dell'argomentazione*, cit., p. XV.

³⁷ *Ivi*, p. XVI.

³⁸ Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., p. 113.

³⁹ Atienza M., *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

utilizzare le parole di Walton, nei quali il dialogo tra i due interlocutori assume un ruolo primario, come avviene nella mediazione⁴⁰.

1.4 Fasi della discussione razionale e fasi del procedimento di mediazione

Il modello pragma-dialettico di discussione critica consta di un sistema dettagliato suddiviso in fasi e retto da regole che, fatte proprie dal mediatore, possono condurre le parti ad una comunicazione efficace e ragionevole. In ogni fase vengono utilizzati atti linguistici differenti che assumono un ruolo attivo di costruzione della discussione critica⁴¹. Tale modello assolve ad una funzione sia euristica che critica nella conduzione della discussione: la sua funzione euristica consiste nel fornire indicazioni per l'analisi del discorso; la funzione critica, invece, offre degli standard normativi che permettono di capire quando uno scambio argomentativo diverge dalla procedura che permette di risolvere più agevolmente il conflitto.

La prima fase è detta «fase del confronto» ed è il momento in cui emerge la divergenza di opinioni. La tesi esposta dal protagonista viene, infatti, messa in discussione dall'interlocutore antagonista, che potrà avanzare una tesi contrapposta o semplicemente sollevare un dubbio e

⁴⁰Un riferimento sull'accostamento delle strutture logiche della pragma-dialettica alle tecniche di mediazione si trova in nota in Reggio F., *La mediazione conciliativa come alternativa al giudizio in materia civile. Implicazioni deontologiche e profili metodologici*, in Manzin M., Moro P. (A cura di), *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010, p. 174.

Un'interessante descrizione del ruolo della pragma-dialettica nella mediazione è stato svolto da S. Greco Morasso, *Argomentare per superare il conflitto: l'argomentazione nella mediazione*, in *Sistemi intelligenti*, a. XXIV, N°3, Dicembre 2012, p. 481-501. La ricercatrice lugana ha condotto una ricerca empirica a partire da sei casi di mediazione su conflitti interpersonali al fine di dimostrare il contributo argomentativo del mediatore nella discussione delle parti.

⁴¹ Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit., p. 62.

chiedere al protagonista di esporre le ragioni della posizione sostenuta. La divergenza di opinioni può riferirsi a più di una tesi, ed in tal caso viene denominata «multipla»; può venire espressa esplicitamente o rimanere implicita, in quest'ultimo caso o si è assunto che esista una divergenza di opinioni o viene anticipata la possibilità che questa avvenga. Senza un confronto reale o presunto non vi è necessità di discussione critica. Nella fase successiva, detta «fase di apertura», si cercano delle premesse condivise, come valori, e conoscenze di fondo che possano costituire la zona d'accordo tra le parti, necessaria per portare avanti una discussione critica. Non è possibile, o quanto meno risulta poco vantaggioso, tentare una risoluzione del disaccordo attraverso uno scambio argomentativo di punti di vista, se non ci si impegna a stabilire un punto di partenza comune, relativo o ad impegni di tipo procedurale, o ad accordi sostanziali, o entrambi. Nella pratica, questa è la fase nella quale le parti assumono un ruolo e determinano se esiste una base per uno scambio proficuo. Nella terza fase, detta dell'«argomentazione», il protagonista presenta a sostegno della propria tesi gli argomenti necessari per superare i dubbi dell'antagonista che, a sua volta, se non li considera sufficienti potrà replicare e chiedere ulteriori argomentazioni. L'ultima, è la «fase della conclusione» e corrisponde al momento in cui le parti stabiliscono se la divergenza di opinioni può considerarsi risolta o meno. Questo accade se la tesi del protagonista è stata accettata o la replica dell'antagonista è stata ritirata, o ancora se la tesi del protagonista è stata ritirata.

Le quattro fasi del modello pragma-dialettico riproducono le modalità attraverso le quali si esplica il ragionamento mediativo. Il procedimento di mediazione, pur essendo una procedura informale, si sviluppa anch'esso in fasi, il cui numero e durata vengono gestiti dal mediatore. Si apre con una sessione congiunta iniziale, nella quale, dopo un discorso introduttivo finalizzato a spiegare cosa sia la mediazione, quali siano i principi che ne stanno alla base e quale sia il ruolo del mediatore

nella gestione del conflitto, si procede all'esposizione dei punti di vista delle parti sulla controversia⁴². Questo momento, corrisponde alla fase del confronto in cui vengono espresse le posizioni delle parti ed evidenziate le divergenze. Compito del mediatore è quello di consentire l'emergere delle tesi contrapposte, alla luce del «principio di esternalizzazione»⁴³, poiché in assenza di un confronto esplicito e chiaro non è possibile condurre alcuna discussione critica. Il mediatore procede, inoltre, alla puntualizzazione delle tesi delle parti mediante la parafrasi, ovvero un riassunto di quanto esposto precedentemente, scevro da tutto ciò che si rivela un ostacolo per una discussione critica (giudizi, attacchi personali, vocaboli negativi). Questo passaggio si rivela particolarmente utile per mettere in evidenza quale sia la posizione sostenuta dal «protagonista» e le ragioni per cui tale tesi non venga accettata dall'«antagonista».

La seconda fase della mediazione si sviluppa nelle sessioni separate, dette «*caucuses*»⁴⁴. Queste consistono in una o più sedute, a seconda della necessità, nelle quali il mediatore ascolta privatamente prima una parte, poi l'altra, con l'obiettivo di far emergere i reali interessi sottesi alle posizioni espresse dalle parti. Questa fase, coincidente con la *fase di apertura*, è finalizzata alla verifica dell'esistenza o meno di una zona comune⁴⁵ tra le parti, indispensabile per il raggiungimento di un accordo.

⁴² Vedi Così G., Romualdi G., *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, Torino 2012, p. 171.

⁴³ Il principio di *esternalizzazione*, insieme a quello di *funzionalizzazione*, *socializzazione* e *dialettizzazione* fa parte dei principi meta-teorici della pragma-dialettica. Esso afferma che, poiché gli interlocutori sottopongono ad una pubblica verifica i propri punti di vista, devono impegnarsi ad esplicitarli attraverso atti linguistici, poiché è a proprio dall'interazione verbale che si sviluppa l'argomentazione. Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione*, cit. p. 54. Vedi anche Barth E., Krabbe E., *From axiome to Dialogue*, cit., p. 138.

⁴⁴ Cicogna M., Di Rago G., Giudice G. N., *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli, Rimini, 2010, p. 151.

⁴⁵ Nella mediazione questa zona comune viene definita Z.O.P.A (*zone of possible agreement*). Cuomo Ulloa F., *La nuova mediazione*, cit., p. 100.

La mediazione si conclude con una sessione congiunta finale, in cui trovano spazio le ultime due fasi della discussione pragma-dialettica. In essa, infatti, si procederà all'esposizione degli argomenti a sostegno della tesi iniziale, alla luce degli interessi emersi nelle sessioni private, alla risposta alle critiche e alle eventuali repliche: momenti propri della «fase dell'argomentazione».

Si procederà, infine, alla fase della conclusione vera e propria, in cui le parti e il mediatore stabiliranno se il tentativo di risoluzione del conflitto sia riuscito o meno e, in caso positivo, procederanno alla stesura dell'accordo.

Nel sistema pragmadialettico, ciò che è necessario per condurre una discussione ragionevole è non solo il rispetto delle regole, ma altresì la presenza di attitudini cooperative in chi discute. Si ritiene che queste siano sempre presenti nelle parti che conducono una mediazione, per il solo fatto che esse scelgono di parteciparvi. La procedura di mediazione è, difatti, totalmente volontaria nel suo sviluppo e sono le parti che decidono se andare avanti nel tentativo di risolvere il loro conflitto o meno. Questa caratteristica non è inficiata dalla presenza di forme di mediazione obbligatoria relative a talune vertenze; l'obbligatorietà, infatti, riguarda esclusivamente il primo incontro tra le parti e il mediatore in cui si verifica la fattibilità della mediazione.

Conclusioni

La riconosciuta necessaria presenza, accanto al sistema ordinario processuale, di un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, suggerisce l'opportunità di uno studio sul suo strumento principale, la mediazione, al fine di considerarne con attenzione la sua particolare struttura logico-argomentativa.

La tesi avanzata in questo lavoro è che il procedimento di mediazione integri un ragionamento giuridico, che necessita di uno studio specifico, finalizzato alla corretta interpretazione dell'istituto e delle sue pratiche. Le definizioni di ragionamento giuridico utilizzate per descrivere il ragionamento giudiziale sembrano, infatti, lasciar aperto uno spiraglio per configurare, alla luce di tale categoria logica, forme di argomentazione relative ad altri operatori giuridici, oltre ai giudici e al legislatore.

È emersa, tuttavia, la difficoltà consistente nell'accostare le argomentazioni che si sviluppano nella decisione giudiziale a quelle proprie del procedimento di mediazione: in quest'ultimo, infatti, a differenza del giudizio, non vi è un prodotto valutabile e criticabile, che racchiuda le argomentazioni di chi decide la controversia. Il ragionamento si esprime, nella mediazione, come un processo argomentativo che ha luogo nell'interazione tra il mediatore e le parti. Sulla base di queste premesse, è opportuno riformulare la definizione di ragionamento giuridico, inteso come l'insieme dei processi mentali e dialogici finalizzati alla risoluzione di problemi giuridici, attraverso la ricerca autonoma, fondata sulla comunicazione tra le parti o eteronoma, basata sulla decisione dell'organo giudicante, di una norma che regoli il caso concreto.

Questa definizione estesa di ragionamento giuridico è in linea con le contemporanee teorie dell'argomentazione, fondate sul processo dialogico. Tra queste riveste un particolare interesse per la mediazione la pragma-dialettica, che coinvolge una «reale pluralità di parlanti», che si confrontano su una tesi e un'antitesi⁴⁶. È in questa concezione pragma-dialettica dell'argomentazione che si ritiene di poter inserire il procedimento che si sviluppa nella mediazione. Questo può essere considerato come un ragionamento, inteso come processo dialogico, che si realizza nell'interazione tra il mediatore e le parti, finalizzato alla risoluzione della disputa. È proprio la sua duplice proprietà sia pragmatica, concepita per

⁴⁶ Cantù P., Testa I, *Teorie dell'argomentazione*, cit., p. XV.

uno scambio comunicativo reale e non ideale, che dialettica, finalizzata a risolvere una divergenza attraverso una discussione critica, a renderla adatta all'interpretazione del ragionamento che si sviluppa nella mediazione.

Considerare la mediazione come uno strumento irrispettoso delle garanzie costituzionali in tema di tutela dei diritti deriva, probabilmente, dall'utilizzo per la sua analisi delle categorie della giustizia processuale. Questo accade se si interpreta la mediazione alla luce dei principi che reggono il processo, quali il principio di trasparenza, di pubblicità, di uguaglianza, il diritto alla difesa e l'obbligo di motivazione. Nella mediazione vige, invece, il principio della riservatezza, sia interna che esterna; non vi è l'obbligo che i casi simili siano regolati in maniera analoga e le parti non necessitano di essere difese, negli stessi modi previsti per il processo, perché loro stesse partecipano al processo decisionale. Per quest'ultimo motivo, non vi è l'obbligo di motivazione dell'accordo, in quanto decisione presa dalle parti, con l'aiuto, ma non l'imposizione, del mediatore.

Per la corretta interpretazione della mediazione sembra, dunque, opportuno un cambio di prospettiva. A differenza del giudizio, che nella sua finalità di «dire il diritto», mira al raggiungimento della certezza e postula l'uguaglianza delle decisioni nei medesimi casi, la mediazione può giungere a soluzioni differenti per casi uguali o simili. Questo aspetto costituisce una ricchezza perché rende la mediazione idonea a produrre soluzioni che siano non oggettivamente, bensì intersoggettivamente valide. Non vi è un'unica possibilità di accordo: esistono molteplici accordi creati su misura dalle stesse parti.

La mediazione, nella sua risposta di giustizia, non necessita di essere oggettiva, il suo obiettivo è la risoluzione dei conflitti attraverso una modalità che permetta alle parti di sentirsi e di essere partecipi della decisione: la pragma-dialettica, attraverso le regole argomentative, rende possibile il raggiungimento dell'accordo.

Bibliografia

- Arielli E., Scotto G., *Conflitti e mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2003.
- Atienza M., *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- Austin J. L., *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova, 1987.
- Bobbio N., *Sul ragionamento dei giuristi*, in Comanducci P., Guastini R., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti. vol. 2*, Giappichelli, Torino 1989.
- Calogero G., Voce *Razionalismo*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/razionalismo/>
- Canale D., *Il ragionamento giuridico*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013.
- Cantù P., Testa I., *Dalla «Nuova retorica» alla «Nuova dialettica»: il «dialogo» tra logica e teoria dell'argomentazione*, in *Problemata: Quaderni di filosofia*, 1, 2001, pp. 123-173.
- Cantù P., Testa I., *Teorie dell'argomentazione. Un'introduzione alle logiche del dialogo*, Mondadori, Milano, 2006.
- Cappelletti M., voce *Accesso alla giustizia* in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1988, [http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/)
- Chase O., *Gestire i conflitti, Diritto, cultura, rituali*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- Cicogna M., Di Rago G., Giudice G. N., *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli, Rimini, 2010.
- Così G., Romualdi G., *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, Torino 2012.

- Cuomo Ulloa F., *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Zanichelli, Bologna, 2013.
- Dalfino D., *Mediazione civile e commerciale*, Zappichelli, Bologna, 2016.
- Damele G., *Dialettica, retorica e argomentazione giuridica*, in *Analisi e Diritto*, 2006, n. 1, pp. 115-136.
- Della Noce D., Baruch Bush R., Folger J., *Considerazioni sui presupposti teorici della mediazione: implicazioni pratiche e politiche*, in Luison L. (a cura di) *La mediazione come strumento di intervento sociale. Problemi e prospettive internazionali*, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 37-55.
- Foddai M.A., *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritti*, Jovene editore, Napoli, 2017.
- Foddai M. A., *Accesso alla giustizia e modelli partecipativi in Canada*, in ID. (A cura di), *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Jovene Editore, Napoli, 2013.
- Foddai M. A., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *Giureta. Rivista di Diritto dell'economia, dei Trasporti e dell'ambiente*, 2012, n. 10, pp. 101-112
- Greco Morasso S., *Argomentare per superare il conflitto: l'argomentazione nella mediazione*, in *Sistemi intelligenti*, a. XXIV, N°3, Dicembre 2012, p. 481-501
- Guastini R., *Il ragionamento giuridico*, in Cicu A., Messineo F., Mengoni L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011
- Nader L. *Le forze vive del diritto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003
- Reggio F., *La mediazione conciliativa come alternativa al giudizio in materia civile. Implicazioni deontologiche e profili metodologici*,

in Manzin M., Moro P. (A cura di), *Retorica e deontologia forense*, Giuffrè, Milano 2010

- Sbisà M., *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*, Il Mulino, Bologna, 1989.
- Scarpelli U., *L'Etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982
- Searle J., *Expression and meaning. Studies in the theory of speech acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- Trocker N., *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in ID – De Luca A. (A cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE.*, Firenze University Press, Firenze, 2011
- Vaccà C., *La Direttiva sulla conciliazione: tanto rumore per nulla*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2008, n. 3, pp. 117-128
- Van Eemeren F. H., Henkemans A. F. S., *Il galateo della discussione (orale e scritta)*, Mimesis, Milano-Udine 2011.
- Van Eemeren F. H., Grootendorst R., *Una teoria sistematica dell'argomentazione. L'approccio pragma-dialettico*, Milano, Mimesis, 2008