

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA CORSO DI
DOTTORATO DI RICERCA in GIURISPRUDENZA



TESI DI DOTTORATO
XXX CICLO
DIRITTO EUROPEO SU BASE STORICO-COMPARATISTICA

in
FILOSOFIA DEL DIRITTO

MEDIAZIONE e CONFLITTO

Relatore: Emerito
Prof. Eligio Resta

Dottoranda:
Maddalena Capponi

Anno Accademico 2017 – 2018

MEDIAZIONE E CONFLITTO

INDICE

INTRODUZIONE

.....p.1

CAPITOLO I

SUL TEMA DEL CONFLITTO

- 1.1 La concezione del conflitto.....p.9
- 1.2 Pensare il conflitto.....p.15
- 1.3 Lo spazio della differenza.....p.20
- 1.4 Risolvere il conflitto.....p.22

CAPITOLO II

MEZZI DI RISOLUZIONE INFORMALE DELLE CONTROVERSIE

- 2.1 Il contributo dell'antropologia.....p.27
- 2.2 La filosofia del confucianesimo.....p.29
- 2.3 L'approccio giapponese alla risoluzione delle controversie.....p.34
- 2.4 La tradizione occidentale. Cenni.....p.39
- 2.5 Il fenomeno dell'*ADR*.....p.41
- 2.6 L'*ADR* in Europa.....p.49
- 2.7 L'evoluzione della conciliazione nell'ordinamento italiano.....p.55

2.7.1 La disciplina della conciliazione giudiziale in Italia in sede non contenziosa.....	p.57
2.7.2 La disciplina della conciliazione giudiziale in Italia in sede contenziosa.....	p.60
2.7.3 La conciliazione nel rito del lavoro.....	p.65
2.7.4 La conciliazione nel processo societario.....	p.66
2.8 La mediazione in Italia.....	p.68

CAPITOLO III

L'IDENTITA' DELLA MEDIAZIONE

3.1 Medi-azione.....	p.79
3.2 <i>Med-</i> e la nozione di misura.....	p.81
3.2.1 <i>Themis, dike e ius</i>	p.83
3.3 La medietà.....	p.88
3.4 Lo spazio mediativo.....	p.90

CAPITOLO IV

MEDIARE, CONCILIARE e GIUDICARE

4.1 Mediazione e conciliazione.....	p.95
4.2 Mediazione e giudizio.....	p.105
4.3 Tempi del conflitto.....	p.110

4.4	Linguaggi del conflitto.....	p.112
4.5	<i>Media, moda, mediana</i>	p.115
4.6	Il carattere performativo della mediazione.....	p.117
5.7	Il mediatore.....	p.120

CAPITOLO IV

LA SAPEINZA DELLA MEDIAZIONE

5.1	La forza della parola.....	p.125
5.2	Il <i>logos</i> della pacificazione.....	p.132
5.3	Coesione sociale.....	p.139
5.4	<i>Philia</i>	p.143

CONCLUSIONI	p.151
-------------------	-------

BIBLIOGRAFIA	p.155
--------------------	-------

INTRODUZIONE

In ambito legale l'utilizzo del termine *mediazione* ha (forse da sempre) generato notevole confusione tra gli stessi operatori del diritto (Scaparro 2005): il legislatore, d'altronde, non ha attribuito significato univoco al vocabolo, inoltre la produzione linguistica che negli anni si è accumulata e stratificata in merito ad una presunta gamma di "mediazioni", tanto da indurre a far ritenere che il tema in oggetto presenti una natura poliedrica, prestandosi a più letture e a diversi approcci, quasi da poterlo delineare in una prospettiva trans-disciplinare, ha corroborato tale confusione.

Della mediazione infatti, si incontrano varie e variegate definizioni, ognuna erede del contesto in cui essa si sviluppa; la mediazione, cioè, viene perlopiù definita a seconda della funzione che le si chiede di assolvere, quasi fosse un vocabolo dal significato *camaleontico*: è così che si parla di una mediazione sociale, una culturale, una internazionale, e di una mediazione familiare, penale, commerciale, ma anche facilitativa, aggiudicativa, etc., ognuna differente dall'altra come se la mediazione, appunto, non fosse una ma fossero tante. Si potrebbe parlare a riguardo di una vera e propria *inflazione* (di tipo linguistico quanto semantico) del termine mediazione: quell'aumento quantitativo, cioè, ed eccessiva diffusione che ne determina la perdita di valore. Con il crescere e il diffondersi di tante idee di mediazione, la tendenza è quella di enfatizzare e complicare qualcosa che in sé è estremamente lineare al fine di creare nuovi spazi ed adattare un contenuto alle più varie esigenze. Il concetto unitario di *mediazione*, al contrario, evidenzia l'importanza di una cultura e valorizza la funzione preventiva dell'intervento che, il più delle volte, viene sacrificato in pro di una emergenza o di risposte riparatorie che ne ridimensionano le sue stesse capacità.

Il presente lavoro rappresenta anzitutto un tentativo di sottrarre idealmente la

mediazione dal quadro della tecnica per restituirla alla profondità filosofica che le appartiene.

La mediazione è strumento che utilizza l'interazione per rafforzare la sopravvivenza e aprire allo sviluppo, in modo da guardare al futuro come possibilità di costruzione e di innesco di architetture di comunità. L'esigenza, nell'epoca attuale, è quella di strumenti conoscitivi, e dunque metodologie operative, che consentano il governo dell'incertezza dell'interazione nella comunità e di perseguire obiettivi di coesione sociale.

È bene dunque investire nella mediazione. La mediazione è struttura capace di competenze comunicative, ha la capacità di mettersi in mezzo e valorizzare le differenze comuni. Ma si sa che fra la prassi e la teoria il divario è, talvolta, immenso. Il lavoro filologico sui testi di legge, infatti, mette in evidenza l'assenza di un panorama teorico valido nella sfera pubblica sulla questione della mediazione.

Nel panorama normativo italiano, il termine mediazione per la prima volta fa il suo ingresso con una figura contrattuale legata al mondo del commercio, disciplinata dal Codice Civile nel Libro IV al Capo XI (del Titolo III "Dei singoli contratti") intitolato appunto "*Della Mediazione*". L'art. 1754 ne fornisce, una definizione etnometodologica, ovvero definisce la mediazione attraverso l'attività del mediatore, il quale, secondo la norma, è colui che "mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza". Le norme di corollario (artt. 1755-1765 c.c.) si limitano a disciplinare la provvigione, le responsabilità e gli obblighi che al mediatore rivengono dalla conclusione del contratto.

Successivamente, con lo sviluppo della mediazione quale metodo di composizione delle controversie, ad essa si fa riferimento nella Legge 28 agosto 1997 n. 285 ("*Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per*

l'infanzia e l'adolescenza) che all'art.4 ("Servizi di sostegno alla relazione genitori-figli di contrasto della povertà e della violenza, nonché misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo-assistenziali") lett. i) prevede "i servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali". La Legge 4 aprile 2001 n. 154 (*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*) all'art.2 fa poi assurgere la mediazione a forma di intervento a supporto degli ordini di protezione che il magistrato emette a tutela del soggetto vittima di violenza. Entrambe le disposizioni legislative sopra richiamate, parlano di mediazione quale misura di "sostegno", affiancandola all'attività dei consultori e/o dei servizi sociali o all'intervento di consulenza familiare, senza specificare in che cosa consista la mediazione e rischiando di negare la premessa fondamentale della stessa.

La legislazione, così come formulata, sembra perciò attribuirle talvolta una funzione "assistenziale", derogando quindi alla sua natura, altre volte addirittura una funzione "ancillare", di puro supporto all'attività conciliativa. Nel D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274, recante disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, all'art. 29, co. 4 è stabilito che il giudice "quando il reato e' perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti (...) e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio". Anche in questo caso non viene chiarito alcunché ne' in relazione alla mediazione ne' in relazione al mediatore, ma è attribuita al giudice la triplice funzione di conciliatore, mediatore e giudicante, e posta la mediazione a servizio della conciliazione. Inoltre la norma conclude stabilendo che "In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione". Tale regola, posta a tutela della riservatezza, rende ancora meno chiaro il panorama insidiando l'interrogativo sul se intenda proporre un concetto diverso di conciliazione rispetto

a quello conosciuto (e al quale non si applica nessuna regola sulla riservatezza) o se debba intendersi riferita alla vera e propria attività mediativa, a cui nella legislazione di altri paesi essa viene riferita (Ivi, p.215-217).

Successivamente, con il consolidarsi della mediazione quale metodo di composizione delle controversie, è la volta della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (*"Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli"*), introduttiva di nuove disposizioni normative in seno alla disciplina concernente la separazione personale dei coniugi. Tra queste, vi è l'art. 155-sexies c.c., il quale al secondo comma stabilisce che "Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.". Anche in questo caso, senza fornire nessuna precisazione, viene istituito un nuovo potere discrezionale del giudice facente capo alla possibilità che questi rimetta le parti in causa dinnanzi ad un collegio di esperti affinché tentino una mediazione (intesa al raggiungimento di accordi), lasciando/affidando, ancora una volta, alla sola intuizione degli operatori stessi l'apprendimento della metodologia e la sua attuazione¹.

Con il D.Lgs.. 4 Marzo 2010, n. 28 (*"Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle"*

1 Già a questo punto, in un tale quadro legislativo, e nel vuoto normativo di una legge *ad hoc* sulla mediazione, "si spiega agevolmente la difficoltà, che ha sempre caratterizzato questa materia/tema, di trovare fra avvocati, magistrati, assistenti sociali, studiosi e mediatori un linguaggio comune. Il discorso sulla mediazione si è sempre portata dietro alcune incongruenze che ad oggi non possono ancora dirsi risolte/eliminate: si parla di mediazione ma la si confonde con la conciliazione; si sostiene di *saper fare* la mediazione da sempre, perché connaturata alla funzione propria di ciascuna categoria professionale, ed invece si svolge un'attività altra, ponendo in atto un intervento mediativo nel senso atecnico del termine; si evidenzia nella sostanza una non accettazione di un'*autonomia* della mediazione e non si intende riconoscere il mediatore come libero professionista impegnato all'osservanza di regole metodologiche e deontologiche ben precise". SCAPARRO F. (a cura di), CALFAPIETRO T., *Dizionario delle Mediazioni*, in *Mediares*, n.5, 2005, cit. pp.219-220.

controversie civili e commerciali”), poi, la mediazione acquista, nel processo civile, il ruolo di condizione di procedibilità della domanda giudiziale, per determinate materie tassativamente elencate dal legislatore, e viene, per la prima volta, definita sia la mediazione che il ruolo del mediatore: l’art.1 recita “AI fini del presente decreto legislativo, si intende per a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale 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; b) mediatore: 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; c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”². La portata rivoluzionaria di una tale “mediazione” (così come definita dal richiamato D.Lgs.) che prorompe nel sistema giuridico italiano, inevitabilmente coinvolge in diversi modi anche il linguaggio, essendo la lingua il luogo simbolico entro il quale si condensano, e sul quale hanno effetto, tutte le vicende storiche e sociali della comunità. Reduce di un contesto che già poneva le criticità di cui si è detto, l’avvento del D.lgs. 28/2010 così come formulato, e le precisazioni terminologiche del legislatore, che ha voluto distinguere tra mediazione come “processo” e conciliazione come “esito” dello stesso, si sono rivelate poco utili, accrescendo il livello di ambiguità semantica. La produzione linguistica che ne è derivata ha visto il consolidarsi di quella indifferenziazione che pone conciliazione e mediazione come vocaboli perfettamente interscambiabili.

La confusione terminologica è in parte ineliminabile, essendo i sistemi

2 In sede di conversione del D.L. 69/2013 la definizione di mediazione è stata modificata; la norma, nella formulazione finale divenuta legge così stabilisce: “a) *mediazione*: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

linguistici per loro natura vivi: la lingua registra i cambiamenti e ne diviene traccia e testimonianza, non potendo impedire o definire in maniera aprioristica cosa un termine dovrà significare né in che modo e con quali sensi (significati specifici) dovrà essere utilizzato.

Nell'intento di ristabilire il nesso fra la mediazione e la complessità che le appartiene costitutivamente, si è reputato di sviluppare un'analisi che ricostruisce la semantica della mediazione e la valorizza per quelle che sono le sue capacità al di là di quelle che il legislatore ha stabilito, nel D. Lgs. 28/2010, con il suo controllo monopolistico dei tempi, dei modi, dei linguaggi, in altri termini della *grammatica* della mediazione.

Alla base delle scelte operate dal legislatore risiede la convinzione che i c.d. strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, in cui viene ricompresa anche la mediazione, vadano utilizzati per deflazionare il contenzioso pendente e, di riflesso, per rendere più efficiente il processo civile.

D'altronde quella occidentale è sempre stata la cultura del giudizio, non quella della mediazione. La più grande astrazione dell'occidente è stata la creazione di un terzo che decidesse tutti i conflitti. Di fronte all'aumento progressivo dei conflitti si chiedono aumenti consistenti di risorse, pensando che così i conflitti possano diminuire. Purtroppo, non soltanto l'inferenza causale risulta del tutto gratuita, ma ci si innesta in una logica *rimediale* che contribuisce di per sé non soltanto a non risolvere, ma addirittura a inflazionare il saldo di domanda e offerta. Il problema di *policy* che emerge è quello di un sistema che investe sul rimedio senza incidere sulle cause. Manca l'attenzione al conflitto.

Si è ritenuto allora di partire sviluppando un quadro di riferimento teorico generale sul conflitto (Cap.1), seguito da un approfondimento sul tema dei mezzi di risoluzione alternativa delle controversie (Cap.2). Gettate le premesse, dunque, per la ricerca di quei nodi teorici che non possono essere dimenticati per porsi la

questione della mediazione (Cap.3), ci si è dedicati ad una ricostruzione della semantica influente della mediazione nella radice *med-*, ma anche nei concetti di *ius* e *themis*, passando per un'analisi dell'atto mediativo inteso in sé, fino a giungere alle sue differenze con la conciliazione. Si sono quindi potute considerare le differenze con il giudizio e affrontare il tema del *se* la mediazione supporti ruoli istituzionali (Cap.4). Nell'ultima parte del lavoro (Cap.5), infine, si è cercato di mettere in evidenza come la mediazione non si configuri solo come un istituto a disposizione dell'amministrazione della giustizia, ma intervenga sulla comunità in termini di coesione della stessa.

CAPITOLO I

Sul tema del conflitto

1.1 LA CONCEZIONE DEL CONFLITTO

Quello del conflitto, fenomeno proteiformi dai confini incerti, è un tema complesso che la logica della mediazione, con i suoi meccanismi congiuntivi e disgiuntivi, svela, in questa dinamica alternata, come suo luogo d'origine, fornendone una prospettiva più ampia, capace di comprenderne fino in fondo la sua reale portata. La percezione che si ha del conflitto, infatti, è una percezione radicata da un pensiero che nel tempo lo ha visto sempre nella sola prospettiva del suo superamento, della sua soluzione: un mezzo in vista di un fine, un momento difficile che si tratta di oltrepassare³. Descrivendolo in una scala di possibilità che coinvolgono la rivalità, la concorrenza, l'invidia, l'inimicizia, esso costringe necessariamente a un effetto di misconoscimento che sposta tutto su come si percepisce e si regola collettivamente il rapporto tra i confliggenti. "Persino nelle teorie sociali alle posizioni cooperativistiche si oppongono quelle conflittualistiche che spiegano la società come costruita sull'inimicizia di fondo che definisce il modo di essere degli attori, i loro contesti strutturali, le istituzioni, le culture; ma nè le une nè le altre sono in grado isolatamente di interpretare in maniera definitiva la complessità di fondo del fenomeno. Dunque se ne avverte la centralità ma si è costretti a spiegare il fenomeno ricorrendo a trasposizioni simboliche o a processi metaforici. Così accade che il discorso sui conflitti, durkheimianamente, si incardini nel modo in cui le società si apprestano a regolarlo, col risultato che si hanno delle

³ Anche il campo del diritto e gli strumenti che questo predispone per il conflitto sono influenzati da una concezione riduttiva dello stesso.

conclusioni a geografia variabile" (Resta 2007, p.69-70). D'altronde, non è privo di interesse, osservare come le procedure usate e ritualizzate per la gestione dei conflitti, in ogni società, giochino un ruolo fondamentale esercitando riflessivamente un'influenza preponderante sul modo di confliggere di quella stessa società (Chase 2009). I modi attraverso i quali un sistema sociale regola i conflitti che nascono all'interno della società sono infatti tanti, tutti diversi, cambiano nel tempo e nello spazio, non sono per nulla eterni, e solo in parte dipendono dal modo in cui si confligge per lo più accade il contrario, così che il modo in cui si confligge dipende dal modo in cui esistono sbocchi del conflitto e sono predisposti culturalmente e socialmente rimedi. Perciò, in definitiva, quello che si sa del conflitto, lo si sa attraverso la lente di refrazione del diritto.

Fondamentale, allora, risulta approssimarsi a questo tema a partire dalla revoca di quella consapevolezza che vede nel conflitto solamente quello che viene definito dalla sua regolazione che dunque sia soltanto normatività e decisione. Esso, piuttosto, va restituito alla sua caratteristica, spesso misconosciuta nel sapere istituzionale, di comunità e legame sociale. Il conflitto è la dimensione inevitabile di qualsiasi relazione, e perciò parte integrante del nostro vivere sociale. Come aveva osservato Georg Simmel, lungi dal rappresentare un'interruzione nel normale svolgimento degli scambi sociali, rappresenta una forza essenziale per la produzione e il mantenimento delle relazioni sociali.

Per definire la cornice teorica del problema del conflitto è all'antropologia della prima epoca moderna che bisogna rifarsi e non è per caso che "quella sia anche l'epoca che fonda l'autonomia del politico non meno che la condivisione di una legge frutto di un patto che regoli e definisca i conflitti sociali. E anche per questo che tanto la regola quanto il suo giudice si costruivano come tentativi di ridurre la naturale insorgenza del meccanismo delle passioni, il più possibile lontano dal mondo dei confliggenti e dai loro desideri" (Resta 2007, p.73). A partire da quella

tradizione si consolida la consapevolezza che il conflitto è un meccanismo complesso che deriva da molteplicità di fattori; che c'è continuità tra il *micro* dei conflitti inter-individuali e il *macro* dei conflitti sociali; che esso è rottura ma anche riaffermazione del legame sociale e dei suoi meccanismi comunicativi; inoltre che deve trovare all'interno del sistema sociale un luogo autonomo di regolazione e decisione. Che sia il diritto e un giudice, piuttosto che il sacrificio o il duello a risolvere il conflitto, dipende poi dal modo in cui l'intero sistema sociale ritiene compatibili contenuti e modalità del conflitto stesso.

Questa tradizione del conflitto, che dunque lo interpreta come condizione "naturale" dell'uomo, fondativa dell'ordine sociale in una prospettiva teorica che mette in discussione un'immagine ideale di convivenza umana benevola e armoniosa, si può articolare in almeno due filoni principali di ricerca, che risalgono nel tempo. Semplificando, questi possono essere ricondotti a specifiche epistemologie: rispettivamente alla *teoria degli opposti inconciliabili* e alla *teoria delle complementarità*.

Alla base della teoria degli opposti inconciliabili vi è l'antinomia amico/nemico. Del tutto assimilabile alla contrapposizione tra "noi" e "loro", l'opposizione amico/nemico è il caposaldo della tesi per cui la genesi del conflitto coinciderebbe con il primato dell'inconciliabilità e della conseguente antitesi. Uno dei padri fondatori moderni di questa prospettiva teorica della tradizione del conflitto è sicuramente Georg W. Friedrich Hegel.

L'idea di fondo della tradizione hegeliana, così come di quella marxiana, ma anche di tutta una linea di pensiero successiva, non identificabile in un unico padre fondatore, ma che caratterizza un'ampia letteratura di studi delle scienze sociali e un vasto senso comune, è che la causa del conflitto sia da ricercare in differenze originarie tra loro inconciliabili e perciò realisticamente e oggettivamente contrastanti (individuo/società, proletari/borghesi, forze produttive/rapporti di

produzione, amico/nemico, noi/loro). In questa chiave epistemologica, le differenze vengono ricondotte a schemi dualistici rigidi, la molteplicità di parti si accomodano in relazioni che costituiscono le strutture e i processi sociali. Le nozioni esplicative adottate rappresentano i termini antitetici di un rapporto dualistico, dove uno dei due termini (individuo, bene, giusto, puro, amico, classe emergente) si conferma nella propria specificità grazie alla svalutazione dell'altro (società, male, ingiusto, impuro, nemico, classe dominante) (Iacono 1990). Quella degli opposti inconciliabili è una teoria che fornisce senza dubbio uno strumento fondamentale di osservazione, ovvero la capacità di non sottovalutare il conflitto che nasce dalle differenze e dalle condizioni strutturali che le generano, tuttavia non è questo il solo modo possibile di rappresentare la differenza e il conflitto.

La teoria della complementarità, o dell'unità molteplice, infatti, descrive la possibilità di immaginare modalità di polarizzazione dove i due termini siano fin dall'origine e intrinsecamente complementari, pur mantenendosi differenti, e anzi realizzando le rispettive differenze proprio attraverso il carattere complementare della loro relazione⁴ (Bateson 1972). Non si tratta di mera tolleranza delle differenze, all'interno dello spazio dell'unità, ma del riconoscimento di esse affinché possa principiare la trasformazione delle stesse - che è includente dunque e non escludente. A riguardo, la metafore migliore è quella che ci offre la letteratura con la figura dell'ossimoro. L'ossimoro è una figura retorica consistente nell'accostare, nella medesima locuzione, parole che esprimono concetti contrari. Lucida pazzia, è l'unità del molteplice pazzia e lucidità: ogni parola pur mantenendo la propria identità, il proprio significato, non produce quello che solo

4 Un primo esempio di questo spostamento epistemologico potrebbe essere la lezione di Michel Foucault, che, interrogando la nozione di "potere", si rifiutava di riconoscere in esso un soggetto discreto, un'istituzione particolare (il pater familias, il governo, la polizia, il tribunale, ecc.): così facendo, sosteneva, si rischierebbe di strumentalizzare la conoscenza e quella che egli chiamava la "volontà di verità"; al contrario, secondo Foucault il potere è la condizione della relazione, e pertanto è diffuso in tutti i livelli dell'esperienza umana, e non può essere esaminato soltanto secondo una logica binaria, reazionaria o revanscista che sia. S. TOMELLERI, *Sociogenesi del conflitto* in *Relazioni sistemiche* .4/2001, cit. p.145

la loro unione rappresenta. Il significato che si vuole esprimere, può esprimersi, appunto, solo dal loro scontro incontro: è scontro perché ognuna mantiene la propria identità perciò non c'è compromesso non c'è rinuncia parziale, ma è anche incontro perché solo insieme, solo legate acquistano il senso che gli è proprio. Perciò non c'è spazio per la scelta (o questo o quello): è questo e quello e lo è solo perché è questo e quello insieme.

La teoria della complementarità perciò permette di cogliere la costitutività del conflitto nella sua interezza, e di metterne in risalto le possibilità come strumento positivo di coesione sociale. Al contrario, la semplificazione dualistica e la trasformazione delle differenze in facili contrapposizioni che rimandano la loro risoluzione a "sintesi" superiori o future, lontane dal qui e ora delle relazioni sociali quotidiane, "concorrono a minare la possibile convivenza pacifica tra gli uomini. Concorrono a edificare un idolo comunitario, un "noi" – classe, comunità, generazione, famiglia, gruppo o categoria sociale, ecc. – pensato come purezza assoluta, che rifiuta ogni intromissione o perturbazione come altrettante contaminazioni, le condanna più o meno inconsciamente all'esilio nella terra di un altro-nemico trasformato in un mostro, mobilita fatalmente processi di esclusione e di rimozione delle fragilità e delle responsabilità" (Tomelleri 2001). Mantenere la forma dualistico-oppositiva nella definizione delle rispettive identità tra "noi" e "loro", dunque, equivale a coltivare la concezione del conflitto quale ostacolo che, rappresentato come esterno e oggettivo, può essere immaginato come causa dei propri mali, delle proprie mancanze e delle proprie impotenze.

Allora la questione diventa quella di riuscire a pensare il conflitto altrimenti che nella prospettiva del suo superamento, di pensarlo nell'ottica della sua permanenza, posto che tutto, nella nostra cultura e nella nostra educazione, aspira alla sua cancellazione, o almeno attenuazione. Ed è questo il motivo per cui "il persistere dei conflitti via via più complessi, nel momento stesso in cui viene

interpretato come segno di una "barbarie" che si tratterebbe di sradicare una volta per tutte, acuisce il nostro senso di impotenza e induce a pratiche sociali ancora più inquietanti" (Benasayag 2012). Come scriveva Claude Lèvi Strauss, "barbaro è anzitutto l'uomo che crede nelle barbarie" (1997, p.106): l'uomo che non vede l'altro come altro uomo, ma come un'anomalia che si tratta di eliminare. "Il conflitto sociale è peraltro esito e causa a un tempo della legittimità di una differenza generica, non connotata da un ordine gerarchico o da una disuguaglianza: si tratta di una tipica reazione circolare, tipica perché afferente alla capacità stessa del genere umano di comprendere e concettualizzare le proprie azioni. Attribuire all'altro una peculiarità autocostruita, data a priori, indipendente dalle dinamiche relazionali in cui essa prende forma, significa comunque trasformare la specificità del "noi" e del "loro" in valore assoluto (*ab-solutum*, sciolto da legami relazionali). La conseguenza di questa assolutizzazione delle differenze è di renderle inconciliabili, completamente estranee le une alle altre" (Tomelleri 2001, p.146)

Le radici di questi dualismi oppositivi sono peraltro molto antiche, poiché niente è più facile che creare una distinzione netta tra "noi" e "loro", al fine di procurarci una percezione rassicurante delle nostre identità. La questione che ci si dovrebbe porre, allora, è quella di capire in che modo l'essere umano possa costruire le condizioni di un vivere comune *malgrado* il conflitto e anzi *attraverso* il conflitto, mettendo fine al sogno o all'incubo di chi vorrebbe eliminare tutto ciò che vi è, in lui, di ingovernabile. "L'ingovernabile è parte essenziale della realtà dell'uomo: ogni tentativo di negarlo o di assoggettarlo violentemente a una forma - di formattarlo - è destinato a produrre un ritorno del rimosso, o nel peggiore dei casi un'esplosione di barbarie" (Benasayag 2012, p.80).

1.2 PENSARE IL CONFLITTO

È necessario dunque ripartire dal concetto di conflitto, svestito da qualsivoglia considerazione di natura valutativa, per ricostruire proprio ciò che esso rappresenta, quello che può definirsi il suo "senso". Pertanto, il primo tentativo di approssimazione, è quello di escludere quelle declinazioni che si potrebbero definire *patologiche*, dello spazio conflittuale, a favore della ricostruzione di un modello di confine che funzioni da criterio diagnostico. Risulta utile a questo punto un accenno etimologico.

Di chiara origine latina, conflitto, da *conflictus* urto, cozzo deriva da *con-fligĕre* urtare una cosa con un'altra (comp. di *con=cum* insieme e *fligere* percuotere, onde *flictus* percussione, collisione); l'attestazione più rilevante di questo verbo compare nel poema scientifico di Lucrezio *De rerum natura*, e in particolare nel IV libro dedicato alla passione amorosa, dove *conflixit* (indicativo perfetto terza persona singolare, che compare al v.1216) viene tradotto con "*si incontrano*" o "*si uniscono*". Il contesto di versi in cui è impiegato, è, infatti, relativo alla descrizione dell'unione carnale di uomo e donna al momento culminante dell'incontro dell'elemento maschile con quello femminile. *Conflixit* è utilizzato, dunque, per descrivere la massima forma di intimità possibile, da cui non si esce né vincitori, né vinti, ma riesce a cogliere l'ambivalenza che ogni relazione comporta, come compresenza di accoglienza e prossimità ma anche di irriducibile e necessaria alterità.

L'azione del confliggere, che il conflitto rappresenta, si estrinseca dunque in un incontro-scontro, in una differenziazione (vale a dire eterogenità cioè non omogenità, non idenità) che esiste in quanto esiste una relazione, una dinamica. Ogni "stato" di conflitto implica sempre una dinamica, un processo, che non ha, dunque, niente di statico (Castelli 2011, p.65): la tensione porta con sé una

trasformazione, un divenire, che è ciò che risolve il conflitto. Spostare l'attenzione su questo permette di evadere dalla "prigioni del pensiero dicotomico" (Galtung 2007) in cui è confinata la riflessione che si arresta quando concepisce il conflitto in termini dicotomici come scontro. Se concepito in questi termini, infatti, il conflitto risulta meramente statico, una contrapposizione fissa, che non può quindi stabilire equilibrio, non può ri-solversi attraverso l'attraversamento dei confini, dei limiti che stabilisce.

Uno degli aspetti principali del conflitto, dunque, che non può essere trascurato per coglierne il "senso" (o almeno uno dei suoi sensi principali) è proprio lo stato di tensione che l'opposizione implica, quel legame che oppone, e opponendo unisce. La tensione che oppone, oppone perchè lega: non era sfuggito all'analisi attenta di Simmel, il singolare apparente paradosso "comunitario" del conflitto. Quello che separa, tanto da giustificare il conflitto, è esattamente ciò che accomuna, nel senso che gli opposti condividono dunque proprio quello che determina il loro essere opposti. È quindi questo uno dei sensi nascosti dietro il senso manifesto di ogni conflitto: "la tensione che lega, invece delle sostanze che definiscono i termini dell'opposizione, della differenza, del contrasto. E' un legame dato dalla distanza, nella misura in cui lo sguardo è un'azione e non uno stato di cose: questa distanza avvicina (nello sguardo) in un modo diverso da come potrebbe fare per esempio un abbraccio," (Castelli 2011, p.65) è un unire differente, che si mantiene se l'opposizione non separa irreparabilmente.

Il conflitto è dunque ben altro del semplice scontro, e non si confonde mai con esso. Il conflitto "è un processo in cui l'essere stesso si realizza, senza obbedire ad alcun principio di armonia prestabilita ma anzi dispiegando l'intera complessità dell' "unità dei contrari" evocata da Eraclito. In quel movimento di dispiegamento possono certo verificarsi anche taluni scontri propriamente detti, i quali non costituiscono però in alcun modo la verità del conflitto in corso, ma solo una delle

sue molteplici dimensioni. Per questo il conflitto, in quanto processo di autodispiegamento dell'essere, non è mai pura distruzione, ma anche e sempre costruzione di dimensione d'essere" (Benasayag 2012, p.80). Ciò che consente di distinguere il conflitto dallo scontro è il fatto che quest'ultimo agisce a un livello molto superficiale del conflitto stesso attraverso un meccanismo speculare di identificazione per opposizione. Da questa dinamica deriva appunto la necessità caratteristica dello scontro di distruggere l'altro per affermare se stessi. "Il conflitto è irriducibile a uno schema fatto di identità separate e contrapposte, è tessuto complesso, un intreccio nel quale segmenti differenti si articolano nel labirinto di linee di tensione non necessariamente coincidenti con le identità in gioco in quella situazione. Nella logica pura dello scontro, la situazione non può che risultare consegnata, in ultima analisi, a una fondamentale immutabilità. La dinamica del conflitto si degrada in un meccanismo saturo di opposizioni speculari. Nello scontro nulla diviene. Tutto resta identico a sé" (Ivi, pp.96-97).

È dunque il rapporto, la dinamica che unisce e disunisce gli elementi, il modo stesso in cui tale dinamica istituisce gli elementi stessi, li definisce, li determina, li costringe al loro ruolo (come conflittuali, appunto), svincolandosi dalla polarizzazione, ciò a cui si deve guardare nella ricerca di quell'aspetto costitutivo che caratterizza l'identità del conflitto. Eraclito è colui che per primo lo ha approfondito, e che ha pensato il conflitto più di ogni altro in una prospettiva non bellica, non gerarchica, non di dominio reciproco, concependolo, infatti come l'essenza profonda di tutte le cose nella loro differenza irriducibile. L'armonia, non deve essere l'assenza di ogni differenza e di ogni conflitto, bensì la loro presenza efficace in un equilibrio che non deve stabilire rapporti di dominio o di privilegio; non c'è infatti violenza nell'armonia dei contrari.

Eraclito guarda al conflitto nel suo aspetto di stato di tensione costante fra le forze, ovvero guarda alla forza dell'opposizione, piuttosto che le sostanze degli

opposti. Il conflitto, infatti, come concetto e come realtà può essere analizzato secondo punti di vista differenti. Il punto di vista sostanziale da una parte e quello relazionale dall'altra, ovvero uno tradizionale concentrato sui termini che si oppongono, uno dinamico e attento alle relazioni che lo formano.

Così ciò che interessa Eraclito non sono le cose, le sostanze, le estremità della polarizzazione, quanto piuttosto "la tensione che le tiene nella relazione oppositiva. In questo senso *Polemos* non è una cosa, una realtà sostanziale, un'entità fisica o metafisica o una divinità, ma è una forza, una dinamica, un rapporto: quel rapporto per il quale il divenire diviene. La contesa è prima di ogni altra cosa, perché è ciò che permette alle cose di avere rapporti fra loro, rapporti di senso che il Logos deve cogliere, o svelare" (Castelli 2011, p.70). Anche Heidegger, nell'*Introduzione alla metafisica*, ne aveva riconosciuto l'importanza: "Ciò che viene qui denominato *polemos*, è un conflitto che emerge prima di ogni cosa divina e umana. Non si tratta di una guerra di tipo umano. La lotta, così com'è concepita da Eraclito, è quella che anzitutto fa sì che l'ente si ponga come distinto nel contrasto, e che acquisti la sua posizione, la sua condizione, il suo rango. Nell'attuarsi di tale separazione si verificano delle crepe, delle scissure, dei distacchi e delle connessioni. È nell'esplicarsi vicendevole del contrasto che si produce il mondo (l'esplicarsi per via di contrasto non sconnette né sopprime l'unità; al contrario, la forma: è raccoglimento, *logos*. *Polemos* e *logos* sono la stessa cosa). La lotta qui considerata è un conflitto originario in quanto anzitutto origina i combattimenti come tali; essa non costituisce un semplice attacco a qualcosa di già sussistente. La lotta è ciò che delinea ed enuclea inizialmente l'inaudito" (Heidegger 1968, p.72).

Il conflitto non viene "dopo" che la polarizzazione ha avuto luogo, o dopo che le sostanze si sono determinate: anzi, è il conflitto che fa essere le cose nel loro rapporto reciproco, delimitandole, delineandone i contorni, cioè le differenze, o addirittura generandole. È il caso per esempio dell'arco o della lira, la cui armonia

è discorde, la cui realtà è tensione fra opposti. L'arco è la tensione fra la corda e il legno opposti fra loro. Non c'è arco senza questa tensione, né c'è solo col legno o solo con la corda, e neppure quando legno e corda sono semplicemente insieme, l'uno accanto all'altra. Troppo spesso gli uomini, scriveva Eraclito, di fronte al conflitto "non comprendono come, disgiungendosi, con se stesso si accordi: una trama di rovesciamenti, come quella appunto dell'arco e della lira" (Eraclito, fr. 14 [A 4]). Non si tratta di principi che si oppongono, per cui nella loro polarizzazione vale l'uno oppure l'altro. Eraclito esprime una cosa del tutto diversa: l'opposizione è essa stessa tensione, perché non si tratta né di legno né di corda, ma sempre e solo di arco. Conoscere l'arco, capirlo, vuol dire capire che corda e legno non sono più tali, né che vale parlarne, perché è la tensione che regge il tutto ad essere ciò di cui vale la pena parlare. E' il conflitto a dare senso al legno e alla corda, nella relazione oppositiva che istituisce fra loro: è il conflitto a far sì che la corda sia la corda dell'arco, e il legno l'arco della corda. Questa tensione non ha nulla di violento, perché la violenza è sopraffazione dell'uno sull'altro, è vittoria e sconfitta che mirano all'esclusione dell'opposto (solo legno, o solo corda). C'è quindi una grande differenza fra forza e violenza, fra forza (potere) che si esercita e agisce, e violenza che s'impone e sovrasta. La forza del conflitto permette le cose, fa essere l'arco e la lira, la vita e la morte, la vecchiaia e l'infanzia; invece la violenza mira a sottomettere le cose, alla loro eliminazione.

La pace del conflitto è la realtà delle innumerevoli differenze, quelle che sono e si fanno in ogni momento, eterogenee e variabili; la pace, quella che segue la violenza e la guerra (quella aggressiva come quella difensiva), è una pace di annientamento delle differenze, di omologazione, di identificazione.

1.3 LO SPAZIO DELLA DIFFERENZA

Il conflitto è, come si è detto, rappresentabile come quella tensione oppositiva, quella forza che, nello spazio della differenza dove ciò che separa è esattamente quello che accomuna, lega e unisce. Quell'unire, che nel linguaggio poetico assume la figura dell'ossimoro, quello il cui senso vige se l'opposizione non separa irreparabilmente. C'è conflitto, dunque, quando c'è differenza, e c'è differenza quando non c'è identità ed omogeneità, vale a dire quando c'è eterogeneità, quando ci sono limiti, quando si tracciano confini. Il limite segna un conflitto, nel senso di una differenza fra una cosa e l'altra che impedisce la loro identificazione totale, l'azzeramento dell'una nell'altra. Il confine segna un rapporto. E inversamente, perché ci sia rapporto, occorre che ci siano confini, o meglio differenze.

La difficoltà allora, è quella di riuscire a pensare la differenza senza correre il rischio di pensare i singoli differenti al di fuori di qualsiasi rapporto. Pensare la differenza quando tra i singoli differenti non c'è niente che li accomuna non sembra compito facile, ma invero è solo il pensiero della differenza che fonda l'identità di ciascun essente.

Nel dire, infatti, $A=A$, si opera un falso sdoppiamento, una finta moltiplicazione, e ci si contraddice: A è infatti rimasto uno con se stesso, non si è realmente sdoppiato, non si è realmente moltiplicato, e l'identità di A si è come sottratta allo sguardo. Ad A in quanto identico ad A non si giunge se non pensando A nel rapporto con B: nel rapporto col suo differente. L'identico è invero tale perché è differente dal suo differente. Meglio: al differente del differente, dalla cui parte sta la forza del *principium individuationis*, l'identico è debitore della sua identità, debitore per aver potuto abitare la sua identità. La *parità* tra i soggetti, la *parità* tra l'io e il tu, solo in questo allora consiste: che ciascun soggetto è identico a sé in

quanto è differente dagli altri, differente dai suoi differenti. Senza questa *parità*, i differenti non avrebbero niente in comune.

Ne consegue che sono i molti, giacché tutti differenti fra loro, a costituire l'uno e a consentire che l'uno sia pensabile. Nei confronti dell'uno, i molti rappresentano una *condizione originaria*: nel senso che stanno all'origine dell'uno, e cioè presiedono al suo nascimento.

Ha scritto Aristotele che la "differenza", la *diaphorà*, è un'"alterità", un'*eteròtes* (Met. 1104a). E' così che lo spazio della differenza fonda l'intersoggettività, la relazionalità tra i soggetti o almeno la potenzialità che i soggetti hanno di stare in relazione. Ed è così che l'*alterità* dispiega tutta la sua potenza costruttiva. Gli *altri* non sono *nessuno*, non sono il niente. Gli altri sono i non-essenti; nel senso che sono differenti dall'essente, e quindi costituiscono l'essente, e lo costituiscono nel suo essere uno, nella sua unità. La potenza degli *altri* è di costruire l'*io* nella differenza. Lo spazio della differenza è anche lo spazio dell'*alterità*. E nell'*alterità*, nella relazione con l'altro, l'*io* (soggetto) si costituiscono ontologicamente come *in-dividum*: come un non-diviso. E proprio perchè *in-dividum*, proprio perchè *non-diviso* il soggetto è *suitas*. Ma della *suitas* si deve predicare non solo che è, che è essente, si deve pure predicare che *vale*, cioè, che *deve essere essente*.

La costituzione del soggetto o dell'*in-dividuum* come *suitas* è allora una costituzione ontologica e allo stesso tempo una costituzione assiologica: è una costituzione ontoassiologica. È questa la suprema magia della differenza: di non annullare l'*io* nel tu. Ed è forse per questo, come riferisce Aristotele nell'*Etica Nichomachea* (1155 b 4-6), Eraclito pensava che "dai differenti nasce la più bella delle trame".

1.4 RISOLVERE IL CONFLITTO

L'approccio che, nella società civile, generalmente si ha nei confronti del conflitto, mette in evidenza che il modo stesso in cui sorge manifesta la tendenza ad esaltare, piuttosto che a sedare, gli aspetti patologici dello stesso, determinando quindi tutta quella serie di conseguenze che ciò comporta sul piano della sua risoluzione. Risolvere il conflitto, infatti, richiede la capacità, prima di tutto, di comprenderlo, per non lasciarlo degenerare in altro.

Fondamentale, allora, risulta il modo in cui, nel concreto, le parti di un conflitto si avvicinano ad esso. È stato osservato (Cosi 2012) che, sebbene, possano essere diversi gli atteggiamenti di approccio al conflitto, si possono, semplificando, ricondurre a due modelli: un modello egocentrico e un modello ontocentrico.

Nel modello egocentrico, quello che si potrebbe definire ordinario, al centro non vi è l'oggetto del conflitto ma piuttosto le *personalità* delle parti che si arroccano sulle loro posizioni prendono rapidamente il sopravvento sull'oggettività del problema stesso. In tali casi è quindi la mancanza di una visione comune del problema e una devianza della comunicazione ad essere strumenti con cui si affronta il conflitto. D'altronde l'atteggiamento tipico di fronte al conflitto è quello di determinare le cause per attribuire delle responsabilità e non al contrario di domandarsi quali ne siano gli scopi e le possibilità. È vero che più che di una scelta si tratta di un condizionamento culturale sia filogenetico che ontogenetico. Filogeneticamente, si condivide da sempre un retaggio di strategie di senso basate su logiche alternativistiche: *aut aut, tertium non datur, vero/falso, vincere/perdere...*

Ontogeneticamente, è il contesto sociale entro cui ci si forma ad essere caratterizzato dalla presenza diffusa di "valori" competitivi che inevitabilmente influenzano il modo di porsi, gli atteggiamenti. Nel modello egocentrico, gli elementi oggettivi del conflitto vengono divisi in due visioni contrapposte di cui si

fanno portatori due Ego irriducibili. Protagonista non è più il problema, ma un Io contro un altro Io. La degenerazione del conflitto in scontro, dunque, è praticamente immediata.

Nel modello ontocentrico, al contrario, il conflitto rimane intatto; il ruolo di protagonista resta riservato alla "cosa", all'oggetto del conflitto. Le parti ovviamente non scompaiono, ma si mettono per così dire "al servizio" del problema e cercano insieme una possibile soluzione basata sul confronto. È dunque la comunicazione tra le parti a tenere in piedi il modello: che sta, o cade, insieme ad essa.

La degenerazione patologica del conflitto in mero scontro, quindi, non è affatto scontata ma dipende dal *come* i confliggenti si contrappongono. Fondamentale si rivela, allora, rintracciare quella discriminante che fa del conflitto un momento costruttivo piuttosto che uno distruttivo. A riguardo è certamente lo spazio della differenza a venire in rilievo, e quei confini o limiti che le parti tracciano intorno a loro stessi, poiché il confine mentre crea il conflitto, allo stesso tempo è anche quello che lo risolve, a patto che resti aperto per permettere quella trasformazione, quel divenire, che lo mantiene sano. Nell'atto di confliggere, infatti, le parti hanno un contatto che costituisce, figurativamente, quel *limite* in cui ha origine quella contrastività in cui si generano contrapposte identità; limite che può, però, essere tanto *limen* quanto *limes*.

Il termine limite, infatti, deriva da due differenti sostantivi latini: *limes* e *limen* (al genitivo *limitis* e *liminis*) che hanno diversi significati.

Il termine *limes*, che ha un ampio campo semantico, propriamente significa linea di confine, e, per metonimia, sta ad indicare frontiera fortificata. Rinvia, cioè, anche ad una dimensione militare, in quanto il *limes*, per esempio nell'Impero romano, era costituito per lo più da strade, presidiate da soldati, con postazioni fortificate e torri di avvistamento e di controllo: si pensi al *Limes* romano,

imponente fortificazione di confine controllata militarmente, che separava il mondo romano da quello germanico. Dal punto di vista culturale, questo aspetto militare che il termine possiede fa assumere al *limes* il significato di chiusura, di limite da non superare, nel senso di chiusura difensiva rispetto ad un mondo altro, considerato estraneo e ostile: il *Limes* romano separava la "civiltà" romana dalla "barbarie" germanica.

Mentre il *limen*, che, pur significando, per metonimia, anche confine, frontiera, propriamente sta ad indicare soglia e, in senso figurato, inizio, principio. Infatti, se *limes* viene solitamente, dal punto di vista concettuale, inteso come affine a *terminus*, *limen* trova affinità con *principium*: è la soglia che consente il passaggio, e dunque può essere condizione di rapporto, incontro, comunicazione. Esclusivo, il *limes*, inclusivo il *limen*.

Quando vi è *limes*, allora, le differenze non sono ricomposte perchè il limite che le separa, che le differenzia appunto, è chiuso, è un confine, una linea di demarcazione che non permette il passaggio. Si strutturano, dunque, contrapposte identità che sono fisse e chiuse in loro stesse. I confliggenti allora si scontrano senza possibilità di incontrarsi.

Se vi è *limen*, invece, le differenze sono ricomposte proprio perchè divise dalla soglia stessa, che se da una parte le distanzia dall'altra è invece il luogo in cui l'inclusività del conflitto si manifesta. La soglia, infatti, è qualcosa che si pone "tra" due "realità", e, in quanto tale, "equivale ad uno spazio di transito, un territorio di passaggio, ma allo stesso tempo anche di demarcazione, di differenziazione, di "distinzione-relazione". Il *limen* è come un lungo corridoio o un tunnel che rappresenta il passaggio della nostra soggettività verso un nuovo orizzonte: il limine è una fase o uno stato soggettivo di transizione, passaggio, trasformazione che si configura e si caratterizza nella sua dinamicità" (Gentile 2012, p.125). La soglia, dunque, è sia "confine" che "passaggio", delimita ma, allo stesso tempo,

apre e conduce oltre: è sia luogo che porta le identità a distanziarsi, che luogo in cui l'inclusività del conflitto si manifesta.

La soglia è il *limen* nella prospettiva dinamica del suo superamento: la soglia è il luogo della creatività della nostra soggettività nelle "situazioni-limite" che coinvolgono il fluire inesorabile del tempo, nell'esperienza, nella conoscenza e nell'esistenza umana. "Queste situazioni-limite ci possono portare fino al limite, fino a sperimentare un punto-limite che nella sua natura è qualitativamente e inevitabilmente diverso in ogni individualità. È proprio lì, nel momento in cui la nostra soggettività arriva al suo punto-limite, nella sua istantaneità, immediatezza e simultaneità, che il nostro essere si configura come un essere sulla soglia" (Ivi, p.8): nella sua natura più autentica, originaria e irripetibile, nel suo "punto-limite", la soglia è la terra di nessuno.

"La terra di nessuno è ciò che sta tra le due sponde, tra i margini di due realtà, di due spazi differenti. E' il luogo dove la norma, la regola che il confine stabilisce non vale più, la terra selvaggia, autentica e originaria [...] uno spazio e un orizzonte dove provare a liberare le potenzialità creative connaturate nella nostra soggettività e dove poter ritornare alla vita autentica: ritornare ad essere se stessi" (Ivi, p.118).

Risolvere il conflitto, allora, vuol dire prima di tutto avvicinarsi allo stesso in modo tale che questo non degeneri nelle sue declinazioni patologiche; significa quindi riuscire a mantenere l'attenzione focalizzata unicamente sull'oggetto del conflitto anziché sui soggetti dello stesso, adoperandosi affinché il *limen* non diventi mai *limes*. Significa, quindi mantenere aperto uno spazio di inclusione delle differenze che permette la comunicazione fra i soggetti in lite, e che, dunque, permette al conflitto di dispiegare le proprie funzionalità.

D'altronde, se depurato dalle infiltrazioni egoistico-soggettive, "ogni conflitto può presentarsi come un confronto onto-centrico con la realtà: una realtà spesso

difficile. Fatta di diversità, di ignoto, di alterità non dominabile dalla volontà particolaristica di qualcuno. Ma, proprio per questo, stimolante: ogni progresso, ogni approfondimento nascono in definitiva da un conflitto superato creativamente" (Cosi 2012, p.47)

CAPITOLO II

Mezzi di risoluzione informale delle controversie

2.1 IL CONTRIBUTO DELL'ANTROPOLOGIA

La mediazione e il diritto costituiscono due modi che la nostra specie si è data per cercare di gestire le interazioni tra i suoi membri; se la mediazione nasce, filogeneticamente, prima del diritto, poi, nel corso dei secoli, è diventata strumento silente, mentre il diritto si è imposto come artefatto umano per eccellenza nella gestione delle controversie e conflitti.

La nostra cultura appartiene da tempo, infatti, al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare la gestione dei conflitti sociali al diritto e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie. Non importa se di civil o di common law, se 'accusatori' o 'inquisitori', i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire la pace e l'ordine, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, o addirittura totalitari. Tuttavia è proprio dall'interno della più proceduralista tra le culture giuridiche moderne, quella americana, che si sono sviluppate le reazioni alternative più significative alla razionalità procedurale-formale. Sono ormai più di trent'anni che i metodi informali di risoluzione delle controversie - in particolare quelli basati sul modello della *mediation* conflittuale - trovano ampia applicazione negli ordinamenti anglosassoni, e specialmente in quello statunitense. L'interesse, sia teorico che pratico, per questi strumenti sta crescendo in numerosi paesi europei, il nostro compreso. Diversi fattori hanno congiurato, sul finire degli anni '60, nel favorire il fenomeno; ma, almeno per quanto riguarda gli Stati Uniti, esso s'inquadra in un più vasto movimento di critica de-legalizzante e de-istituzionalizzante al

proceduralismo formalista, le cui origini si collocano agli inizi del '900.

Dall'antropologia giuridica è venuto un contributo fondamentale alla giustificazione dell'informalismo. L'indagine sugli ordinamenti in senso lato "tradizionali", hanno infatti ridimensionato la centralità di modelli di legalità e di giudizio dominanti nelle moderne società tecnologicamente avanzate, mostrando come le procedure informali di risoluzione delle controversie - in particolare quelle basate sulla mediazione e la negoziazione - siano state largamente impiegate nel corso della storia da un gran numero di culture. Con i suoi dati l'antropologia ha sicuramente contribuito a far sorgere dei seri dubbi intorno al presunto ruolo "pacificatore" dello Stato, mostrando come le varie esperienze di soluzione informale delle dispute - e in particolare quelle conciliativo-cooperative - costituiscano un fenomeno originario e "universale" nella sua transculturalità: dall'Africa alla Russia, dal Giappone al sud America, innumerevoli esempi vengono prodotti a illustrare i vantaggi dell'informalismo. Si va da società molto semplici, dalle caratteristiche ancora pre-statali, a situazioni di antica organizzazione e di complessa cultura, come quella cinese e giapponese.

Il linea di massima è possibile notare come i gruppi umani associati che si organizzano in forma in senso lato "statale", tendono a orientarsi verso una centralità della legge in quanto strumento di gestione e di controllo delle relazioni sociali; conseguentemente manifestano anche la tendenza a sviluppare principalmente le forme di un ordine imposto attraverso strumenti decisionali basati sul modello del processo-giudizio. I gruppi che invece rimangono a un livello di organizzazione prevalentemente "comunitaria", sembrano propendere spontaneamente per la ricerca di un ordine negoziato basato sullo strumento dell'accordo e della conciliazione. Fa eccezione la cultura cinese: in essa la presenza di un forte e centralizzato apparato statale capace di riprodursi quasi strutturalmente inalterato per oltre due millenni, si accompagna a un modello di

gestione della conflittualità sociale storicamente incentrato soprattutto su strumenti conciliativi, che ha lasciato finora alla dimensione tipicamente e tecnicamente giuridica uno spazio quasi solo residuale.

È soprattutto dall'estremo oriente che ci giungono infatti le immagini di un vero e proprio altro mondo di rapporti tra gli strumenti in senso lato legali e i metodi "informali" di gestione dei rapporti e dei conflitti sociali. L'esperienza cinese è in proposito particolarmente interessante perché mostra una grande e duratura realtà politica-istituzionale (la più longeva esistente) che per mantenere il proprio ordine interno si è affidata prevalentemente a metodi "informali" di soluzione delle controversie, nel corso del tempo producendo in quest'ambito dei sistemi di intervento la cui complessità e articolazione è paragonabile a quella che in occidente si è venuta a costruire intorno agli strumenti riconducibili al modello-diritto.

2.2 LA FILOSOFIA DEL CONFUCIANESIMO

Nelle società occidentali, il diritto viene visto e vissuto soprattutto in modo individualistico soggettivo: è il proprio diritto, contro quello altrui; talvolta, contro lo Stato stesso (Jhering 1989). Una delle principali caratteristiche della tradizione culturale confuciana consiste invece nell'esaltare i doveri dell'individuo, più che i suoi diritti: è una concezione antica anti-individualista e anti-egocentrica, secondo cui l'individuo non è un soggetto completamente indipendente, ma solo una delle componenti del gruppo (dalla famiglia, fino alla nazione), tenuto ad adempiere il proprio dovere secondo un ordine basato su principi inalterabili, piuttosto che a reclamare i propri diritti (Weil 1999). Si può avere dunque una vita perfetta solo se

si compie bene il proprio dovere; il quale cambia a seconda della posizione che si occupa nella società. L'affermazione della supremazia del dovere sul diritto contribuisce in modo determinante ad agevolare l'atteggiamento conciliativo, spingendo l'individuo coinvolto in un conflitto a domandarsi per prima cosa se questo non sia sorto per una propria colpa, anziché addossarne immediatamente la responsabilità alla controparte. L'apprendimento del compromesso e della conciliazione è impegnativo almeno quanto quello della legge e del diritto: richiede un lungo processo educativo e il rispetto dei riti in cui si esprime lo status del gruppo sociale di appartenenza (Cosi 2012). Nella tradizione confuciana cinese, è del tutto inconcepibile l'idea di creazione (l'universo è infinito nel tempo, poiché continuamente si rigenera nel corso di cicli cosmici inafferrabili dall'intelletto umano), mentre il mondo e l'uomo sono governabili, rispettando l'armonia universale. In particolare è centrale proprio la tradizione del governo dell'uomo, e le pratiche civili tipiche della concezione confuciana tradizionale continuano a influenzare il sistema socio-giuridico cinese moderno, nonostante il tentativo rivoluzionario di soffocarle e di sostituirle con l'ortodossia ideologica marxista. Come è stato osservato "Confucio [...] sostenne l'idea che il buon governo dipende da colui che governa, piuttosto che dalle leggi e dalle regole di governo, e che un paese dovrebbe essere retto da *élites* di provata moralità. Egli riteneva che l'ordine sociale dipendesse da un elevato grado di moralità dei governanti e dal fatto che essi dessero al popolo un buon esempio, che gli procurassero benefici, che lo educassero e lo facessero cambiare secondo moralità. Per Confucio, la società ideale è quella in cui non esistono litigi né crimini, quindi la società che non ha bisogno né di leggi né di regole. Benché non potesse negare la funzione fondamentale che il diritto svolge in una società imperfetta, l'idea principale di Confucio era che la posizione personale e il peso dei governanti fossero più importanti del ruolo del diritto. [...] A più di duemila anni dalla sua morte, il

"governo dell'uomo" non è soltanto una tradizione che si è trasmessa in perfetta continuità, ma anche un principio di governo applicato in Cina da intere generazioni" (Yanlong 1995, pp.79-80). In questo universo di pensiero perciò il diritto non rimane escluso ma è comunque considerato diversamente: è metodo di regolazione sociale estremamente rudimentale, che manifesta la sua utilità per trattare soprattutto con stranieri e i criminali incorreggibili. Perciò, a differenza di quanto generalmente accade nel mondo occidentale, anche il prestigio e la stima per i giuristi in Oriente è scarsa. L'ottica è quella della necessità di *dissolvere* più che *risolvere* i contrasti e rivolgendosi ai giuristi si genererebbe un controsenso, in quanto essi fanno riferimento a regole astratte, che possono sbarrare la via a soluzioni ragionevoli; in nome della giustizia possono addirittura fomentare il disordine. Le leggi certamente esistono, ma non possiedono lo stesso carattere imperativo che manifestano nei sistemi giuridici occidentali: rappresentano dei modelli di condotta cui bisogna pazientemente avvicinarsi, ma che non vanno obbediti alla lettera; le minacce che talvolta contengono, sono lì più per dissuadere che per essere effettivamente applicate (Cosi 2012). C'è un forte legame tra il disvalore del litigio e l'interiorizzazione dei precetti religiosi. Si dice che per la religione confuciana "ad andare dal giudice si perde la faccia", quasi che litigare sia peccato.

I concetti di "salvare la faccia" (*mianzi*) e di "armonia" (*hexie/hemu*) sono concetti profondamente radicati nella cultura cinese. In particolare, il concetto di "*mianzi*" concerne l'idea del rispetto di sé e del prestigio, oltre a riguardare la considerazione di cui si gode nella società civile; il concetto di "armonia", inoltre, rappresenta uno dei valori primordiali della cultura cinese che vede il raggiungimento dell'armonia come il percorso universale che ogni individuo dovrebbe compiere in quanto concetto chiave del Confucianesimo. Il predetto concetto, poi, richiama immediatamente quello taoista dei *Yin* e *Yang*, ovvero le

due forze opposte che devono essere tenute costantemente in equilibrio nel tempo. Per tutte queste ragioni chiunque si trovasse a dover risolvere un contrasto a carattere commerciale dal quale potrebbe scaturire una controversia, dovrebbe evitare l'aula di tribunale, tentando prima di risolvere la questione prendendo in considerazione ogni possibile opzione tesa a risolvere la questione in modo bonario (Henderson 1965); infatti la causa in tribunale non solo rovinerebbe il rapporto di business, ma anche il rapporto come relazione in se considerato. In Cina il rapporto umano (*guanxi*) ha una connotazione molto più profonda e di rilevante importanza rispetto alla condizione dei paesi occidentali: i *guanxi* infatti consistono in connessioni di fiducia ed obblighi reciproci.

Una cultura incentrata sulla morale del dovere⁵, produce inevitabilmente degli ordinamenti in cui le norme civili che tutelano i diritti degli individui sono meno evolute delle leggi (soprattutto penali) che determinano le loro responsabilità.

Ancora oggi, nonostante che negli ultimi 50 anni la nozione occidentale di diritto soggettivo abbia cominciato a diffondersi nei sistemi giuridici orientali, la tradizione anti-individualista resiste: i Giapponesi, ad esempio, continuano a percepire le libertà fondamentali introdotte con la legislazione post-bellica, non tanto come delle facoltà e delle possibilità riconosciute all'individuo in quanto tale, ma in quanto membro di categorie (il consumatore, il malato, l'utente). Durante l'arco della sua storia, la Cina ha addirittura ignorato la categoria del diritto civile. Tutto il suo ordinamento si è sempre strutturato intorno alla legislazione, in senso lato, criminale e a una serie di leggi, ordinanze e regolamenti, relativi alla creazione di agenzie statali e al ruolo amministrativo dei funzionari pubblici. Le questioni c.d. "civili", o rientravano nella categoria del penale, oppure venivano demandate a procedimenti mediatori il cui scopo reale era più quello di tutelare la moralità

5 "La morale del dovere, che si sostanzia soprattutto in divieti, condanna gli uomini non per una loro carenza nel valorizzare le opportunità di massima realizzazione delle loro potenzialità personali, ma per aver mancato alle fondamentali esigenze di ordine nella vita sociale". L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, trad. it., Giuffrè, 1986, cit. p. 11

sociale che non quello di proteggere diritti o di comporre interessi in conflitto. Confucio aveva espresso chiaramente l'idea secondo cui il governo dovrebbe educare il popolo, piuttosto che eliminare la gente priva di educazione; e i confuciani non si sono limitati a sostenere l'importanza dell'educazione, ma hanno anche elaborato una teoria sistematica sul rapporto tra educazione e punizione. Essi infatti ritenevano l'educazione come lo strumento principale del buongoverno; uno strumento che poteva sia incrementare la moralità sociale, sia eliminare la criminalità, mentre il ricorso alla punizione poteva essere ammesso solo se i metodi preventivi non avessero funzionato. Per riuscire a limitare il tasso di criminalità e stabilire una società basata sull'ordine, occorre dunque agire su due fronti: da un lato, governare secondo moralità, educando il popolo in modo che coltivi il senso dell'onore e della vergogna (sottomettendosi coscienziosamente ai riti e alle leggi); dall'altro, bisogna assicurare al popolo un'esistenza sicura e possibilmente prospera, così che gli individui non siano costretti a rischiare per procurarsi i beni necessari alla sopravvivenza. Omogenei al perseguimento di questi obiettivi di politica sociale sono, nel pensiero confuciano classico, la ricerca dell'armonia e il disprezzo per la litigiosità. Durante oltre duemila anni i cinesi, per tradizione radicata, hanno considerato la disputa un errore da evitare a ogni costo, e i tribunali come dei luoghi pericolosi. Non solo la popolazione è sempre stata riluttante a recarsi davanti a un giudice, ma gli stessi governanti hanno guardato con sospetto coloro che intentavano cause; per molti anni l'assenza di litigiosità nel territorio loro affidato, è stata uno dei criteri fondamentali di valutazione degli atti e dei meriti dei funzionari locali: quelli che riuscivano effettivamente a disincentivare le dispute, acquistavano fama in tutto il paese. In tutto questo il ricorso alla mediazione è stato sicuramente lo strumento più utilizzato di riduzione della litigiosità, e ha assunto tre forme principali: i) la mediazione popolare, dove la disputa, anziché finire davanti a un tribunale, viene risolta da soggetti come il più

anziano del clan, il funzionario locale o altri personaggi dotati di autorità e riconosciuta moralità; ii) la mediazione popolare autorizzata dai funzionari, attraverso la quale le dispute vengono risolte nei villaggi o nelle circoscrizioni, quando il governo ritiene che la questione non sia di grande importanza o inadatta per un'udienza pubblica; iii) la mediazione effettuata direttamente dal governo o da agenzie governative (Yanlong 1995, p.87).

2.3 L'APPROCCIO GIAPPONESE ALLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

Ancora prima di affrontare la collocazione dell'istituto della mediazione all'interno dell'ordinamento giuridico giapponese, pare opportuno analizzarne brevemente la storia del diritto la cui origine si può far risalire al 646, anno dell'inizio dell'era *Taika*, caratterizzata da una struttura sociale molto gerarchizzata che vedeva al vertice un imperatore, sacralizzato e sottomesso ad una legge naturale immutabile; uno Stato che dirigeva l'economia, principalmente basata sulla coltivazione del riso, una divisione della società in classi sociali o caste ad ognuna delle quali erano affidati ruoli sociali ben precisi. Il rispetto delle regole è garantito essenzialmente dal *ritsu* e dal *ryo*; si tratta rispettivamente della regola repressiva e di quella amministrativa i cui concetti vengono esplicitati mediante delle compilazioni e la cui diffusione è affidata ad apposite scuole. Successivamente la società giapponese si è fondata su una casta guerriera, costituita dai *buke*, dai *bushi* e dai *samurai*, la quale è rimasta fedele ad una regola consuetudinaria cavalleresca alla quale i membri aderiscono in modo del tutto

spontaneo⁶. Per un lungo lasso di tempo il Giappone ha visto la coesistenza di due ordini di diritto: quello *castale*, che si applicava al guerriero e quello *ritsu-ryo* che regolamentava la classe sociale contadina; con l'avvento del XIV secolo si è assistito al decadimento del *ritsu-ryo* ed alla diffusione della dominazione delle persone di rango superiore su quelle di rango inferiore, nonché alla conseguente suddivisione della società in ranghi sociali la cui base è costituita dal confucianesimo, divenuto la nuova dottrina sociale del paese che affonda le radici in un ordine naturale creduto immutabile. Nel successivo XVIII secolo l'imperatore accentra su di sé il potere, tant'è che anche l'attività giurisdizionale riprende una certa consistenza registrando tuttavia la mancanza costante della figura del giurista.

Inoltre, laddove la norma autoritativa non arriva, lì agisce il *giri*, ossia una regola di convivenza che acquisisce peculiarità specifiche per ogni ambito, ossia i rapporti di famiglia, quelli di lavoro e di scambio economico di qualsiasi genere, come ad esempio il rapporto sussistente tra proprietario e conduttore, tra commerciante e cliente, etc. Esso indica la maniera in cui si deve comportare verso gli altri, tenuto conto della propria situazione sociale ed è osservato spontaneamente al fine di non incorrere nel biasimo sociale. Non è semplice trovare un termine italiano che traduca tale vocabolo, tuttavia approssimativamente la traduzione migliore è quella di dovere sociale, obbligo morale o, debito di gratitudine. I primi usi del *giri* si rinvencono in Cina attorno all'VIII sec. a. c., ma gli studi attorno al *giri* fioriscono durante la dinastia Song (960-1279 d.c.). Successivamente, nel IX secolo il concetto e le caratteristiche del *giri* si sono diffusi anche in Giappone, assieme allo studio della filosofia confuciana e neoconfuciana (Ortolani 2009, p.371 ss.). Dovendo valutare l'impatto e l'uso del

⁶ La regola che governa la casta del samurai si basa sulla fedeltà assoluta del singolo vassallo al signore, mentre a quest'ultimo non vengono imposti obblighi coercibili nei confronti del suo subalterno. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2008, p. 405 ss.

giri nel diritto giapponese contemporaneo occorre rifarsi a quanto Y. Noda scriveva nel 1966 (p. 175 ss.): il diritto creato dallo stato e fondato su principi razionali ed immutabili non ha saputo divenire il fulcro della vita sociale giapponese, ormai imperniata sull'idea del *giri*. Di conseguenza non ha trovato terreno fertile l'idea di base della giustizia statale secondo la quale per ottenere giustizia occorre rivolgersi alla legge dello stato; quest'ultima, infatti, non è vista come garante delle posizioni dei singoli che preferiscono utilizzare altri mezzi di risoluzione delle liti, piuttosto che adottare un atteggiamento egoistico che sfocia nell'atto di rivolgersi alla giustizia ordinaria.

La storia della mediazione in Giappone vanta, al pari di quella della Cina, una lunga e ricca storia. Basta pensare che in questa realtà i giudici e gli avvocati, al contrario dei paesi a cultura occidentale, sono pochissimi e la cultura giapponese confida in un incoraggiamento ed in un permesso di un ampio lasso di tempo per trovare un accordo conciliativo. La struttura sociale del Giappone si caratterizzava per una gerarchia rigidamente feudale ed era divisa per classi: partendo dalla "base", ultimo rango della scala sociale, vi erano gli artigiani ed i commercianti, salendo si trovano i contadini che avevano avuto il terreno in concessione dai signori feudali e, al vertice, vi erano i sacerdoti, i medici, gli intellettuali, i soldati dei principi e del supremo signore feudale: lo *Shogun*. Per tali ragioni la scelta dei giapponesi di adottare la filosofia sociale del Confucianesimo che, tra l'altro meglio corrispondeva alla precedente descrizione per classi, non dovrebbe lasciare stupiti; infatti l'umanità come la divinità, il cielo come la terra e la natura viva al pari di quella morta, sono considerati parti di un universo ordinato in modo armonico ed unitario. Ne conseguiva che le differenti posizioni ricoperte dal singolo all'interno della società, a seconda di alcune caratteristiche, ossia sesso, professione, posizione all'interno della famiglia e prestigio sociale, non erano che una parte dell'ordine naturale predeterminato e, a sua volta, che doveva essere rispettato.

Nonostante l'organizzazione delle corti giudiziarie fosse ben arrivata, efficiente e capillare, le controversie venivano decise mediante l'instaurazione di procedimenti di conciliazione stragiudiziali all'interno del gruppo sociale di appartenenza dei litiganti. La ragione per la quale si preferiva utilizzare questo mezzo di risoluzione delle vertenze si rinveniva nella condizione per la quale, mentre la soluzione sanzionatoria portava inevitabilmente con sé una divisione del gruppo sociale tra coloro che appoggiavano il vincitore e quelli che, invece, parteggiavano per lo sconfitto, la definizione accettata da entrambe le parti, e quindi la procedura conciliativa, riusciva a mantenere compatta la comunità. Questa filosofia così particolare, in realtà, cela un aspetto assai interessante, ossia quello che si ritrova nella cd. teoria della "vergogna reintegrativa o moralizzante"; in base a quest'ultima i sentimenti di vergogna che un soggetto proverebbe avrebbero un effetto deterrente sui comportamenti criminali, come tali deplorabili. Detto in altri termini, questa teoria afferma che ogni essere umano, componente di una comunità, ha la piena consapevolezza che ponendo in essere comportamenti scorretti che nuociono a terzi, si registrerà necessariamente un cambiamento che si rifletterà nei sentimenti e nelle relazioni con gli stessi; tuttavia, tale consapevolezza, traducibile in un sentimento di vergogna e ansietà, sfocia nello sviluppo di un sistema di controllo interiore. Occorre ora dar conto dello sviluppo che il diritto nipponico ha subito nel corso del tempo; senza pretesa di esaustività basta ricordare che l'evoluzione più significativa è quella degli anni '90 la quale ha visto uno sviluppo molto forte del sistema economico cui ha fatto seguito una riforma del diritto su ampia scala che ha visto innanzitutto aumentare il numero degli avvocati e dei giudici, oltre ad aver assistito all'intervento di numerose modifiche al codice di procedura civile. Come logica conseguenza si è registrato un aumento della litigiosità, seppur contenuta rispetto agli standard cui siamo avvezzi, e la volontà di procedere alla riforma della giustizia; volontà che è stata resa nota nel

documento pubblicato nel giugno del 2001 dal Comitato per la riforma del Sistema Giuridico laddove il governo prende atto dell'evoluzione avvenuta nel decennio precedente e la porta a compimento mediante diverse raccomandazioni che vanno ad incidere sulla struttura del sistema giuridico. Tra le riforme citate sicuramente due meritano attenzione: la prima è quella che ha previsto al nascita di una "Law School" di derivazione statunitense; la seconda è l'introduzione di un sistema di partecipazione dei cittadini all'amministrazione della giustizia penale attraverso una giuria. Detto ciò, occorre riconsiderare quanto detto e chiarire che l'ampio ricorso alla conciliazione costituisce una caratteristica innegabile della cultura nipponica, nonostante essa non consegue necessariamente da un'avversione genetica dei giapponesi al diritto.

Una parte della dottrina sostiene che in Giappone l'alto tasso di conciliazione trae origine dalla conformazione del sistema giustizia il quale, pur di mantenere lo status quo, aveva costruito un sistema di barriere in modo tale da rendere difficoltoso e complesso l'accesso alla giustizia ordinaria e, quindi, l'ottenimento di una sentenza, favorendo invece lo sviluppo di un sistema basato, di fatto, sulla conciliazione obbligatoria (Ortolani 2009, p.386 ss.) Altra autorevole dottrina (Gambaro 2008, p.409 ss.) specifica ulteriormente che lo sviluppo e la diffusione della mediazione in Giappone vanno letti alla luce della concorrenza che il diritto autotono fa a quello importato e del bisogno di strumenti adatti di cui il diritto estraneo alla norma scritta necessita per proseguire il proprio cammino. Uno di questi strumenti è, appunto, la conciliazione, specie se si tratta di quella non promossa dai giuristi. La conciliazione assistita da un intermediario, infatti, mette sempre in pratica un criterio di decisione che costituisce, a sua volta una norma giuridica. Il conciliatore statale invita in modo spontaneo le parti ad adeguarsi alla legge dello stato, così che la conciliazione può essere vista come quel mezzo mediante il quale il Giappone veicola l'applicazione di una regola non scritta e non

autoritativa, nota ai soggetti e molto utilizzata. Ancora oggi, in Giappone, proprio in ragione della preferenza che la società dimostra nei confronti dei metodi di risoluzione informali delle controversie, la conciliazione riveste un ruolo primario nell'ambito degli strumenti di gestione dei conflitti (Fragomeni 2012).

2.4 LA TRADIZIONE OCCIDENTALE. CENNI

Anche in Occidente i codici sottolineano mediazione e conciliazione e le raccomandano, senza tuttavia la corralità e quindi l'efficacia della tradizione orientale, non perché non vi siano tracce in quella occidentale di consolidate pratiche di mediazione e di conciliazione, ma perché queste ultime sono state dimenticate. Nella storia del pensiero occidentale, infatti, i grandi apparati speculativi appartengono alla metafisica, e quindi al filone dell'ontologia, laddove cioè la speculazione abbraccia il concetto e la struttura dell'essere in generale, della verità e della legalità. Tali impianti speculativi hanno generato e mantenuto una consuetudine di regolamentazione delle controversie caratterizzata dalla ricerca della verità e dalla tutela dei diritti individuali come processo di delega da parte dei cittadini nei confronti della giustizia riconosciuta nello Stato, dunque nell'istituto del tribunale.

Nella tradizione greca la teoria della giustizia che concepisce il tribunale come prima istituzione che può interrompere i conflitti attraverso la ricerca della verità e della tutela dei diritti individuali compare in Eschilo e si iscrive nel mito dell'Areopago, colle che diede il nome ad una assemblea, con funzioni di tribunale. Tuttavia questa non costituiva la pratica privilegiata. In generale le pratiche mediative nascono e si sviluppano a partire da un'insufficienza percepita

nell'applicazione della legge. E così, anche nell'antica Grecia, l'apparizione e la strutturazione del campo mediativo prova a dare risposta al dilemma della legge, la quale da sola non può definire i propri limiti. Secondo René Girard la genesi del campo mediativo può essere ricondotta all'apparire del coro nella tragedia classica. A strutturare però per la prima volta in maniera adeguata il campo mediativo è la figura di Giocasta, con il suo tentativo di mediare lo scontro tra i figli per il potere a Tebe; pur rimanendo all'interno della cornice del conflitto tragico, Giocasta tuttavia trova per sé un nuovo ruolo, e definisce quella che è stata chiamata "medietà virtuosa". La sua posizione anticipa però anche il principio etico generale della moderazione virtuosa, codificata in epoca più tarda da Aristotele nell'Etica Nicomachea. Alla potenziale apertura alla mediazione che compare nella tragedia si può ricollegare la successiva lenta evoluzione delle figure di mediatore nella società greca. Il concetto di *mesites* (che si può tradurre come *mediatore* in senso proprio), è un'innovazione terminologica testata almeno dal secondo sec. a.C., successiva, quindi, alla più antica figura di *diallaktes*, del conciliatore (Cozzo 2014).

Le pratiche conciliative erano conosciute e adoperate anche nell'antica Roma. Una consistente testimonianza della conciliazione la si può rinvenire nelle XII Tavole, una delle prime codificazioni scritte del diritto romano, del V sec. a.C., nelle quali risulta particolarmente importante il frammento: "*Rem ubi pacunt orato*" (Tavola I,6), col quale viene operato un chiaro riferimento alla composizione dei conflitti come ad un vero e proprio istituto giuridico. Nel testo, infatti, veniva stabilito che se le parti si mettevano d'accordo (*pactio*) sull'oggetto della controversia (*rem*) il giudice era tenuto a consacrarlo (*orato*) con l'emanazione di una sentenza.

Era stabilito, inoltre (Tavola I,7), che solo se le parti non erano in grado di trovare un accordo dovevano recarsi *in iudicio* ("*Ni pacunt, in comitio aut in foro*

ante meridiem causam coiciunto. com peroranto ambo praesentes”). Si intendeva, perciò, dare rilievo all'autonomia delle parti nella formazione di un accordo endoprocessuale che superasse la controversia, e solo in caso di mancato accordo si iniziava la causa. Era quindi ordinario prima di andare davanti al Pretore, profondere ogni sforzo per cercare di raggiungere un amichevole componimento della lite.

Il concetto delle pratiche conciliative era, dunque, già ben chiaro e diffusamente impiegato anche in forme che possono dirsi moderne. Zaleuco di Locri, vissuto nel VI secolo a.C., viene considerato da molti studiosi il primo legislatore del mondo occidentale; a noi sono giunti i quattordici frammenti delle Tavole di Zaleuco e tra queste troviamo un frammento che sembra quasi una disposizione attuale: *“Vietarsi di intraprendere un giudizio fra due se prima non siasi tentata la riconciliazione”*. Degno di nota inoltre è rilevare come il tentativo di conciliazione avveniva, nel processo romano, esclusivamente nella fase processuale, non era previsto un tentativo di conciliazione quale metodo alternativo al giudizio. Al contrario, in contesti sociali diversi, quali le comunità tribali, dove il bene giuridico protetto dall'ordinamento era la pace sociale, le pratiche conciliative era metodo di risoluzione delle controversie alternativo al giudizio.

2.5 IL FENOMENO DELL'ADR

Nell'epoca moderna assume grande rilevanza l'ADR. La crescente diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, può essere qualificata come uno dei fenomeni giuridici più rilevanti di questi ultimi decenni.

La locuzione "*metodi alternativi di risoluzione delle controversie*" è utilizzata dalla dottrina per tradurre l'espressione anglofona *Alternative Dispute Resolution (methods)*, solitamente abbreviata in *ADR*. Sotto tale acronimo vengono raggruppati una serie di pratiche e metodi eterogenei, accomunati dalla loro estraneità all'esercizio della potestà giurisdizionale dello stato. La diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, che a partire dagli anni settanta del secolo scorso ha interessato in forma sempre crescente la giustizia civile, è un fenomeno strettamente legata alla crisi dei sistemi giurisdizionali dell'Occidente e fornisce rilevanti argomenti per una riflessione sulla "giustizia della seconda modernità".

Con l'espressione *movimento ADR* si fa riferimento ad un movimento di pensiero e, allo stesso tempo, ad un fenomeno para-giuridico che ha dato notevole impulso alla diffusione di molteplici forme di risoluzione delle controversie, per l'appunto, "alternative" al tradizionale processo civile. L'esperienza degli Stati Uniti, patria di tali pratiche, riporta ormai una serie innumerevole di questi istituti, spesso difficilmente differenziabili l'uno dall'altro, che attestano l'ormai elevato livello di diffusione della *ADR* che appare essere ormai divenuta una componente stabile, oltre che dei testi normativi, anche della cultura civica nordamericana.

Il movimento *ADR* ha assunto in breve tempo una dimensione internazionale, favorendo una omologazione di questi metodi tale da poterli definire "transnazionali", capaci di valicare i confini della territorialità per uno spazio giuridico di comunicazione e confronto globale, favorito dalla estensione del mercato e dalla erosione delle prerogative derivanti dalle sovranità statali.

Le radici della *ADR* affondano nel passato lontano del paese, come è stato ampiamente documentato da Aurebach nel suo libro *Justice Without Law* (1983), ma diversi commentatori affermano che questo abbia avuto inizio intorno agli anni

'70 del secolo scorso per effetto di un aumento esponenziale del contenzioso (*litigation explosion*) che avrebbe fatto di colpo “esplosione” anche la necessità di gestire alternativamente (al processo ordinario) un carico giudiziale divenuto straordinariamente gravoso (*litigation crisis*). Considerata l'ampia diffusione, di istituti quali l'arbitrato e la conciliazione negli Stati Uniti ben prima di quegli anni, si deve tener presente che quando si parla delle origini del movimento *ADR*, propriamente, non si fa riferimento solo al dato quantitativo, al maggior utilizzo cioè dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, ma si pensa piuttosto al mutamento qualitativo degli stessi che, da rimedi aventi fondamento giuridico consensuale, divengono per legge “endoprocessuali”, ossia momento prodromico, e talune volte necessario, del processo ordinario (De Paolo 1999, p. 6)

Convenzionalmente la nascita del movimento *ADR* viene fatta coincidere con un evento culturale considerato un determinante punto di svolta nell'analisi dei problemi relativi alla giustizia civile nord americana; si tratta della “*National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, tenutasi a St. Paul, nel Minnesota, il 6 aprile 1976, alla quale parteciparono le più importanti e rappresentative organizzazioni giuridiche, nonché i più famosi avvocati, giudici e studiosi di diritto del paese. La conferenza, prende il nome dal titolo del celebre discorso⁷ che Roscoe Pound, aveva tenuto dinanzi all'*American Bar Association* settant'anni prima, nel 1906. Quella di Pound fu una delle prime e più importanti voci che all'epoca si levarono contro le distorsioni e gli eccessi del sistema *adversary* americano, suscitando le reazioni sdegnate di alcuni influenti membri del Bar, che dissero che Pound “aveva tentato di distruggere quello che la saggezza di secoli aveva costruito”.

⁷ The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (“le cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia”. R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Reports*, 1906, n.29, pp. 405-420

Sebbene Pound aprisse il suo discorso dicendo che "l'insoddisfazione verso l'amministrazione della giustizia è antica quanto il diritto" e rappresenta un sentimento universale, continuava dicendo che questo non era un buon motivo per sottovalutare il grave e reale malcontento verso le corti e la mancanza di rispetto verso il diritto che regnava negli Stati Uniti all'epoca. Proponendosi una "diagnosi" dei mali della giustizia civile, egli enunciava quattro principali cause di insoddisfazione. Le prime erano quelle che si ritrovano in ogni sistema giuridico: per Pound si riassumono nel formalismo, nel funzionamento eccessivamente meccanico che contraddistingue ogni norma giuridica e che rende difficile il suo adeguamento alla realtà sociale in rapido mutamento. Vi sono poi quelle che risiedono nelle peculiarità del sistema giuridico anglo-americano, quelle che derivano dall'organizzazione giudiziaria e dalla procedura americana e quelle, infine, che nascono dall'ambiente che circonda il sistema giudiziario. Tra le maggiori cause di malcontento derivanti dalle particolarità del sistema processuale, il grande giurista enunciò la celebre "*sporting theory of justice*" (Pound 2007, p. 410). Come in una competizione sportiva, notava Pound, nel sistema giudiziario statunitense il giudice ha il ruolo dell'arbitro che non può interferire in alcun modo nel gioco e nella lotta condotta dagli avvocati delle parti. Ogni sua interferenza verrebbe considerata come indebita, anche se fatta nell'interesse della giustizia. Questa teoria, così radicata da essere considerata nella professione legale un fondamentale dogma giuridico, "porta gli avvocati a dimenticare di essere ufficiali della corte e a trattare le norme del diritto e della procedura esattamente come un allenatore professionista di football tratterebbe le regole sportive" (Ivi, p. 413). In questo quadro il ruolo del giudice sembra quello di chi assegna una vittoria o una sconfitta, piuttosto di chi ricerca la verità e la giustizia. L'effetto di questa esasperata procedura non è solo quello di irritare le parti, i testimoni e i giurati, continuava Pound, ma va oltre i casi particolari e si

estende all'intera società, comunicando una nozione falsa degli scopi e dei fini del diritto. "Se il diritto è solo un gioco, non si può pretendere che i giocatori che vi prendono parte, né il pubblico che vi assiste, possano capirne lo spirito, quando i loro interessi vengono serviti evadendolo" (Ibidem). Settant'anni dopo quel discorso, considerato come uno dei più influenti e decisivi mai scritti da un giurista americano, circa 270 tra le più brillanti menti giuridiche d'America si riunirono per tre giorni nella stessa sala dove Pound aveva parlato, per analizzare i problemi dell'amministrazione della giustizia e individuare una serie di soluzioni entro la fine del secolo. A molti dei problemi denunciati da Pound, che conservavano tutta la loro attualità, durante la conferenza si affiancò la pressante esigenza di ridurre l'elevato tasso di conflittualità, di fronte a un sistema giudiziario ormai prossimo al collasso. Sotto l'influente guida dell'allora presidente della Corte Suprema Warren Burger, che aprì i lavori della conferenza, emerse un orientamento comune, volto a dirottare fuori dalle aule giudiziarie tutte quelle controversie di minima entità che potevano meglio essere risolte con metodi alternativi, come l'arbitrato e la mediazione. Come nota Pupolizio (2005a, p. 30), sebbene lo stesso Burger rilevasse la difficoltà di reperire un criterio discriminante tra dispute "minori", destinate a un sistema alternativo, e "maggiori", meritevoli di essere trattate davanti a un giudice, la questione venne rapidamente superata sotto la pressante esigenza di garantire il maggior accesso possibile alla giustizia per tutti. Come la maggior parte degli studiosi e commentatori notarono, accanto all'obiettivo strategico di snellire il lavoro delle corti, emerse, sia pure in modo meno esplicito, un altro obiettivo: quello di ridimensionare il ruolo politico che la magistratura aveva assunto in quegli anni, divenendo il punto di riferimento per il riconoscimento di nuovi diritti e la rivendicazione di nuove forme di tutela. Si trattava, in sostanza, di ridefinire il ruolo delle corti, che con le loro decisioni sembravano svolgere compiti di *public policy*, piuttosto che di *dispute-resolvers*. Il

problema, sottolinea Chase, "era che esso finiva per somigliare più alla politica che al diritto, e quindi minaccioso per quella essenziale pretesa di legittimazione del diritto, che si basa sulla sua autonomia." (Chase 2009, p. 104).

Tra le misure da adottare si considerarono sia quelle volte a snellire la procedura, ad esempio eliminando la giuria nelle cause civili, sia quelle dirette a incrementare l'uso di sistemi alternativi. Fu Frank Sander, professore di diritto a Harvard, a presentare una delle proposte più innovative ed efficaci: la teoria del "*Multidoors Courthouse System*" (Sander, p. 65). La tesi di Sander intendeva conciliare l'esigenza di limitare il numero di cause che giungevano alle corti con l'obiettivo di trovare delle soluzioni adeguate per ciascuna. Non si trattava dunque di negare l'accesso alla giustizia per alcuni tipi di dispute, riservandolo ad altre, ma di garantire per ciascuna una soluzione appropriata. Il sistema del tribunale "multi-porte" prevedeva la costituzione di un "*alternative dispute resolution center*", all'interno del quale le parti in conflitto potessero scegliere tra più sistemi per risolvere la controversia. In realtà Sander proponeva che la scelta del metodo venisse affidata a un funzionario, debitamente formato, che indirizzasse le parti verso l'alternativa più idonea. Il principio cardine era quello della flessibilità, dell'adattabilità dei metodi alle dispute e non viceversa. L'idea della non esclusività del metodo giudiziale era stata già autorevolmente sostenuta da Lon Fuller, secondo il quale ogni metodo di gestione delle dispute ha la sua particolare forma e funzione, che non deve essere confusa o sovrapposta a quella degli altri metodi. La "*mediation*" o "*conciliation*" si rivela lo strumento più adatto a gestire i conflitti tra persone che hanno relazioni continuative, come nel caso di conflitti familiari o di lavoro. Oltre alla validità ed efficacia, Fuller ne sottolineava la "dignità morale", offrendo validi fondamenti teorici all'impiego di *alternative forms* al processo ordinario. Nella sua relazione, Sander fece ampio riferimento alla tesi di Fuller, proponendo una serie di "*alternative dispute resolution mechanism*". Fu proprio

allora che si creò l'ambiguità, che ancora oggi, non casualmente, si ritrova, nel termine "alternative", riferito alle procedure che si svolgono al di fuori del giudizio: in realtà si trattava, nella proposta e nella sua ampia e successiva realizzazione, di procedure che s'instaurano all'interno delle corti (*court-annexed*), da esse regolate, la cui principale caratteristica è l'adeguatezza più che l'alternatività della soluzione. È da allora che l'acronimo *ADR* comincia a designare un insieme di metodi che, più che svilupparsi come una reale alternativa al diritto giurisdizionale, nasce e cresce, "all'ombra del diritto"⁸, acquistando la sua legittimità e forza dalla criticità e debolezza del sistema formale. Negli anni immediatamente successivi alla Pound Conference, si assistette allo sviluppo rapido e imponente in tutti gli Stati Uniti di programmi di Alternative Dispute Resolution sia in ambito civile e commerciale, dove prevalsero le sperimentazioni endoprocessuali o *court-annexed*, sia in ambito sociale, familiare e scolastico, dove si sperimentarono i Community Centers e i Neighborhood Justice Centers, per citare le esperienze più note (De Paolo 1999). Nel giro di venti anni si verificò, come aveva ipotizzato Abel, la più importante trasformazione del sistema giuridico statunitense (Abel 1982, p. 1). In questo radicale cambiamento del sistema non bisogna dimenticare la spinta del legislatore che dal 1980 fino al 1998, anno in cui venne promulgato l'*Alternative Dispute Resolution Act*, gradualmente introdusse la riforma della procedura civile fino a dare alla materia una sistemazione organica (Chase 2009, p. 122 ss.). L'*ADRA* prevede che ciascuna corte distrettuale federale degli Stati Uniti debba offrire almeno una procedura di risoluzione alternativa al processo ordinario, e che possa imporre alle parti il ricorso preventivo ad un metodo *ADR* prima di un eventuale procedimento giudiziario. Nella sezione 2 della legge il Congresso dichiarava le ragioni della decisione, affermando che l'*ADR* può fornire numerosi vantaggi: una maggiore soddisfazione delle parti, la possibilità di sperimentare nuovi metodi di risoluzione delle controversie, una maggiore efficienza nel raggiungimento degli

⁸ Il riferimento è a Mnookin e Kornhauser.

accordi e la riduzione del numero dei casi pendenti davanti alle corti (Ivi, p. 118-119). Gli auspici della Pound Conference si erano in gran parte realizzati. Ma non tutti i partecipanti alla Conferenza manifestarono il medesimo entusiasmo di fronte al nuovo rimedio o a quella che venne definita come una nuova "*wonderful drug*". Come osserva Laura Nader, una delle voci critiche nei confronti della Pound Conference, dalla *litigation explosion* si passò all'*ADR explosion*. Attraverso i metodi extragiudiziali informali di risoluzione delle controversie si diffuse quella che Nader definisce "ideologia dell'armonia", che equivale a un sistema di controllo culturale e che esclude l'accesso da parte dei cittadini al riconoscimento e al godimento dei diritti (Nader 1989, p.270). Risolvere le controversie non realizza la funzione propria della giurisdizione, che risiede nell'affermazione dei principi giuridici della convivenza, oltre che nella pacificazione sociale. Secondo i critici dei metodi alternativi, il dibattito sulla legalità e la ridefinizione giuridica delle pretese è stato "oscurato", affievolito e significativamente ridotto dietro la credenza nelle funzioni "terapeutiche" dei metodi di pacificazione sociale come la mediazione (Chase 2009, p. 126 ss.). È proprio nel 1976, anno della Pound Conference, che per una non casuale coincidenza, nota Pupolizio, sorge a san Francisco il *Community Boards Program*, che rappresenta ancora oggi uno dei più importanti centri di mediazione sociale negli Stati Uniti, e che si è affermato a livello internazionale come un modello di riferimento (2005a, p. 21 ss.). Le numerose iniziative di pratica della mediazione che seguirono nel volgere di pochissimi anni rivelarono due opposte tendenze: la prima, manifestata in particolare nella Pound Conference, tendente a considerare i sistemi *ADR*, e tra questi la mediazione, come un rimedio ai problemi della giurisdizione, da impiegare come uno strumento al servizio dell'immutata ideologia giuridica; la seconda, che considerava i sistemi di giustizia informale come un processo spontaneo nascente dal basso, espressione di un disagio sociale e dell'esigenza di

gestione di spazi di libertà al di fuori del controllo statale.

2.6 L'ADR IN EUROPA

Dopo essersi diffusa negli Stati Uniti, l'ADR ha inizialmente attecchito soprattutto in Paesi ad essi più legati per motivi di contiguità geografica e/o culturale o di rapporti economici: dapprima nel Canada, poi in altri Stati del continente americano e in Inghilterra. In questo Paese l'approccio conciliativo è stato particolarmente facilitato dalla condivisione con gli Stati Uniti, oltre che della lingua, anche del sistema giuridico di "common law": questo, infatti, privilegiando il valore dell'elaborazione giurisprudenziale nei confronti della staticità della norma scritta, "si pone come un ordinamento in continua evoluzione, particolarmente sensibile ai mutamenti sociali, alle tendenze evolutive ed alle spinte della comunità. In questo contesto, la ricerca di soluzioni concordate - tipica dell'ADR - anche al di fuori degli schemi normativi già esistenti, appare molto più congeniale di quanto non lo sia per i sistemi di diritto codificato, tradizionalmente garantisti e legati alla funzione propria della norma" (Di Rocco 2003, p.30). Pur agevolata dal favore con cui le iniziative originate in America vengono spesso accolte - talvolta, anche in modo acritico - l'espansione dell'ADR ha peraltro incontrato intuibili difficoltà derivanti dalle differenti tradizioni giuridiche e, più in generale, dai diversi bagagli culturali di ciascun Paese. Anche nella stessa Inghilterra, in un primo tempo questi nuovi metodi di gestione delle controversie vennero considerati come peculiari degli USA e perciò scarsamente esportabili. Si riteneva infatti che essi fossero dovuti principalmente al fatto che le locali società sono spesso costrette a fronteggiare azioni intentate da avvocati che assumono su di sé il

rischio della causa (anticipando le spese a fronte di una partecipazione al ricavo in caso di esito vittorioso, col sistema tradizionalmente da noi vietato del "contingent fee", o: patto di quota lite) per conto di clienti che in caso di soccombenza non sono in grado di rimborsare alla parte vittoriosa i costi da essa sostenuti per la propria difesa, che in America sono notoriamente elevati.

Peraltro, come si è accennato, l'iniziale atteggiamento negativo è successivamente venuto meno; questo diverso approccio ha poi trovato formale conferma anche sul piano normativo con le nuove "*Civil Procedure Rules*" inglesi del 1999, che hanno grandemente contribuito alla diffusione dell'*ADR* in quel Paese, nel quale ormai anche la pubblica amministrazione tende a far sempre più frequentemente uso delle procedure in esame, e tra queste particolarmente la *mediation*, per risolvere le dispute in cui essa è interessata. L'*ADR* ha quindi varcato la Manica per trovare accoglienza in molti altri Paesi europei, sino a costituire un fenomeno abbastanza diffuso, che ha formato ripetutamente oggetto d'attenzione anche da parte dell'Unione Europea⁹.

Inizialmente questa ha focalizzato la propria attenzione soprattutto sui rapporti tra imprenditori e consumatori (il c.d. *Business to Consumers*, sintetizzato nella formuletta: "*B 2 C*"), considerando l'importanza per il consumatore europeo di un accesso alla giustizia che risulti semplice poiché esso favorisce "la credibilità dell'assetto unitario dell'Europa" rendendo "più vicina e tangibile la realtà comunitaria, [...] nella quale la libera circolazione di beni e servizi si traduce nella stipulazione di un gran numero di contratti" (Caspani 2002, p. 135) che riguardano perlopiù i consumatori.

In materia, la Commissione ha pubblicato in data 30 marzo 1998 una

⁹ Sebbene va considerato che tali metodi fossero già presenti in modo diffuso e peculiare in molti Paesi membri dell'Unione Europea, già prima degli anni novanta. Ad esempio, in Danimarca ed in Svezia la *Ombudsman* dei consumatori (Commissione centrale di ricorsi extragiudiziari per i consumatori) è stata istituita nel 1975.

raccomandazione riguardante le procedure in cui il terzo esprime un giudizio, anche non vincolante, sulla controversia¹⁰ e, in data 4 aprile 2001, una relativa invece a quelle in cui il terzo non assume una sua autonoma posizione ma si limita ad aiutare le parti a trovare tra loro un accordo che componga la vertenza¹¹, tali raccomandazioni enunciano i principi regolatori delle procedure in questione - rispettivamente: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza, le prime; imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità, le seconde - destinati a garantire un trattamento rigoroso, equo ed imparziale delle controversie sottoposte agli organi stragiudiziali. In particolare la Raccomandazione n. 98/257/CE "*concernente i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*", contiene l'obiettivo dichiarato di rafforzare, garantendo il rispetto di tutti i principi, " la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e la loro capacità di trarre pienamente vantaggio dalle possibilità che quest'ultimo offre loro" che "comprende la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali o altre procedure comparabili".

Per facilitare più concretamente la diffusione dell'ADR, la Commissione ha inoltre favorito la creazione nel 2000 di una rete europea di assistenza ed informazione ai consumatori (EEJ - net) - composta da punti di contatto nazionali che fanno da collegamento per le informazioni agli organi deputati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo - e nel 2001 di una rete europea degli organismi competenti per la composizione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere in materia di servizi finanziari (FIN-NET). In un secondo momento, il campo messo a fuoco è stato allargato dal Libro Verde presentato il 19 aprile 2002, sui *Modi alternativi di risoluzione delle controversie di*

¹⁰ Raccomandazione 98/257/CE.

¹¹ Raccomandazione 2001/310/CE.

*diritto civile e commerciale*¹², col quale la Commissione ha inteso fare il punto sulla situazione dell'ADR all'interno dell'Unione Europea ed avviare un'ampia consultazione per determinare le misure più opportune da adottare al riguardo. Tale iniziativa, come precisa lo stesso Libro Verde, è dovuta al fatto che l'ADR costituisce "una priorità politica" di portata generale, in quanto offrendo alle parti una gamma più ampia e maggiormente flessibile, si avvale di metodi spesso più adatti alla natura delle controversie, inoltre dato il carattere comunque meno spiccatamente contenzioso ("*adversarial*") dei procedimenti in questione, è uno strumento al servizio della pace sociale: esso "può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo, che sarebbe altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice". Più specificamente, il Libro Verde non manca di sottolineare poi che i vantaggi dell'ADR si pongono "in particolare evidenza nel settore della società dell'informazione", in cui recitano un ruolo importante i "servizi on-line di risoluzione delle controversie in materia di risoluzione delle controversie transfrontaliere su Internet".

Successivamente, il 18 settembre 2002, il Consiglio d'Europa ha emanato una Raccomandazione¹³ sulla mediazione civile e commerciale in cui si sottolinea, fra l'altro, che la mediazione, se da un lato può essere uno strumento utile per ridurre i conflitti fra i cittadini e il carico di lavoro dei giudici, non può comunque sostituire il sistema giudiziario che deve essere efficiente, equo e facilmente accessibile.

Sempre nella medesima direzione, il 22 ottobre 2004 la Commissione ha presentato la *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*

12 Già con il Libro Verde del 1993 sull'Accesso dei consumatori alla giustizia e soluzioni dei litigi e delle controversie dei consumatori nel mercato unico, la Commissione formulava alcune proposte in merito alla risoluzione delle controversie transfrontaliere in materia di consumo, evidenziando la necessità di promuovere il ricorso di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giustizia ordinaria, in grado di risolvere i limiti imposti dalle diverse giurisdizioni degli Stati membri ed i costi del giudizio ordinario.

13 Raccomandazione 18 settembre 2002 n.10.

[(COM(2004) 718 definitivo, 2004/0251 (COD)]

Nella Relazione che accompagna la Proposta, si legge che un migliore accesso alla giustizia ha sempre rappresentato uno degli obiettivi prioritari della politica UE e tra essi è inclusa "la promozione dell'accesso ad adeguate procedure di risoluzione delle controversie per i privati e le imprese". Si sancisce quindi, con tale proposta, la necessità che il sistema giustizia di uno Stato membro preveda accanto al possibile ricorso all'autorità giudiziaria, forme alternative di tutela dei diritti.

Quella dell'Unione Europea, infatti, è una *filosofia* che non concepisce la mediazione come risposta all'insoddisfazione dei cittadini europei verso il sistema giurisdizionale, ma come uno strumento di diversificazione e di completamento della tutela di quei cittadini, ai quali gli Stati devono comunque, assicurare il diritto ad un effettivo ricorso alla tutela giurisdizionale secondo quanto prevedono gli art.6 e 13 della CEDU.

La necessità di un quadro giuridico stabile sulla interazione tra mediazione e procedimenti civili, si afferma, "potrebbe contribuire a porre la mediazione su un piede di parità con i procedimenti giudiziari quando i fattori connessi alla specifica controversia giocano il ruolo più significativo per le parti nella determinazione della scelta del mezzo di risoluzione della controversia".

Nel 2004 viene anche emanato il codice di condotta dei mediatori. Redatto da un gruppo di esperti con l'assistenza della Commissione Europea e adottato a Bruxelles il 2 luglio 2004, esso stabilisce una serie di principi che, nella procedura di conciliazione in materia civile e commerciale, i singoli mediatori possono spontaneamente adottare, sotto la propria responsabilità. Le organizzazioni di mediazione possono dare informazioni sulle misure (quali formazione, valutazione e monitoraggio) assunte per favorire il rispetto del codice da parte dei singoli mediatori. La prima parte del Codice di condotta riguarda la competenza, la

nomina e gli onorari dei mediatori e la promozione dei loro servizi. I mediatori devono essere adeguatamente competenti, per questo motivo si rivela di fondamentale importanza, per poter svolgere la loro funzione, il continuo aggiornamento della propria istruzione e della pratica nella capacità di mediazione. Prima di accettare l'incarico, il mediatore, "dovrà assicurarsi di essere dotato della preparazione e competenza necessaria a condurre la mediazione del caso proposto". Dovranno, inoltre, essere chiarite alle parti informazioni complete sulla remunerazione che si intende applicare e che le parti, a loro volta, dovranno approvare. L'art.1 assicura la possibilità per i mediatori di promuovere la propria attività, purché in modo professionale, dignitoso e veritiero. Nell'art. 2 vengono esaminati i principi che caratterizzano l'operato del mediatore, come l'esperienza in tecniche di mediazione e la provata imparzialità e indipendenza nei confronti delle parti. Il mediatore deve preoccuparsi che le parti che fanno ricorso alla mediazione abbiano compreso lo scopo della procedura ed il ruolo del mediatore (art.3). Il Codice si conclude con il richiamo al principio della riservatezza, pertanto il mediatore non dovrebbe riportare ad una parte quanto gli è stato rivelato dall'altra, salvo espressa autorizzazione di quest'ultima o nel caso a ciò sia obbligato per legge (art.4). Questo tipo di Codice di condotta è stato adottato dalla quasi totalità degli organismi che hanno richiesto l'iscrizione nel Registro in Italia.

Il passo successivo, compiuto dopo una lunga gestazione, è stato quello dell'adozione, il 21 maggio 2008, della direttiva con il numero 2008/52/CE, *"relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale"*.

La direttiva, che costituisce l'attuazione del Libro Verde del 2002, è rivolta espressamente alla disciplina della conciliazione stragiudiziale, intesa come procedura di mediazione nell'ambito delle controversie transfrontaliere. Come si legge nel testo, il suo obiettivo principale è quello di "facilitare l'accesso alla

risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario". La direttiva mira ad uniformare le legislazioni nazionali dei singoli Paesi comunitari in materia di mediazione delle controversie transfrontaliere, "essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri"¹⁴. La sua sfera applicativa sembrerebbe limitata alle controversie "transfrontaliere" ma in realtà, all'ottavo considerando, si prevede che "le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni". Da tale affermazione prenderà ispirazione il legislatore italiano per definire la disciplina interna sulla mediazione.

2.7 L'EVOLUZIONE DELLA CONCILIAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Prima di entrare nel merito del sistema della mediazione finalizzata alla conciliazione delle liti civili e commerciali, così come ricavabile dal decreto legislativo di attuazione della legge n. 60/2009, pare non priva di interesse una riflessione preliminare sull'evoluzione della conciliazione, non potendosi prescindere dal collocare le attuali manifestazioni dell'istituto mediativo, nell'ambito del più generale movimento politico e culturale che, anche in Italia si è creato in favore di forme di giustizia alternative alla giustizia tradizionale.

¹⁴ art.1 c.2.

In Italia, la riflessione sul tema della giustizia alternativa ha inizio intorno agli anni '80, ossia circa 20, 30 anni dopo l'avvio del dibattito americano e in leggero ritardo rispetto al parallelo dibattito europeo. All'avvio di tale riflessione hanno certamente contribuito le idee provenienti dagli Stati Uniti, così come gli impulsi della Comunità Europea. Tuttavia, in Italia, così come in altri ordinamenti europei, le idee provenienti dall'esterno hanno dovuto confrontarsi (oltre che con un solido tessuto normativo, anche) con una tradizione dottrinale consolidata, la quale, già nel corso dell'ottocento e poi del novecento aveva approfondito lo studio e l'analisi dell'istituto della conciliazione, così come dell'arbitrato incanalandolo nei canoni della scelta processualcivilistica tradizionale. Il confronto scontro tra novità e tradizione è stato pertanto inevitabile, rendendo particolarmente articolata l'evoluzione del dibattito scientifico. Cercando di ripercorrere le tappe di quella evoluzione si possono individuare almeno quattro momenti fondamentali, ai quali corrispondono altrettanti mutamenti di prospettiva nelle riflessioni dottrinali sul tema della giustizia alternativa e della conciliazione in particolare. In una prima fase, che si colloca al cavallo tra gli anni 70 e gli anni 80, i nuovi discorsi sui procedimenti operativi, sembrano in effetti mantenere una connotazione prevalentemente comparativistica: si guarda con interesse a quanto accade altrove e, tuttavia si ha l'impressione che permane una certa distanza tra quelle riflessioni e il dato normativo interno¹⁵.

La prospettiva comincia a mutare intorno alla fine degli anni 80 compresi anche l'approvazione di una serie di riforme che - sia per l'effetto degli obblighi comunitari sia per una mutata sensibilità interna - aprono nuovi spazi alla conciliazione nell'ambito del contenzioso sia civile sia commerciale (Alpa 1994, p.111). In quegli stessi anni, si manifesta anche una prima ondata di entusiasmo

15 In quegli anni, in effetti, si assiste ad una parziale rivalutazione dello strumento conciliativo, specialmente in alcuni ambiti quali il contenzioso del lavoro della materia delle locazioni. E, tuttavia, queste evoluzioni normative settoriali paiono prescindere dalla riflessione culturale e sociologica che altrove animava le sperimentazioni in materia di ADR.

nei confronti delle procedure alternative. La crescente insoddisfazione rispetto al sistema giudiziario tradizionale, sempre meno capace di rispondere alle esigenze di tutela dei cittadini e sempre meno reattivo rispetto ai tentativi di riforma processuale, fornisce un ulteriore motivo di interesse verso queste forme di giustizia alternativa, alimentando le aspirazioni di chi, nella conciliazione vede uno strumento per deflazionare il carico giudiziario e promuovere l'efficienza del sistema. Negli stessi anni, affiorano però anche le prime voci critiche che mettono in discussione la bontà delle nuove politiche pro *ADR*, rivendicando in Italia, come anni prima si era fatto negli Stati Uniti, il primato della giurisdizione e del processo.

Solo verso la fine degli anni novanta e poi soprattutto con l'inizio del nuovo millennio, il discorso sulle alternative viene definitivamente metabolizzato dalla dottrina italiana. I discorsi teorici che, fino a quel momento, erano rimasti prevalentemente incentrati sull'analisi del dato normativo o su considerazioni di carattere generale sulla necessità/opportunità della giustizia alternativa, lasciano infatti spazio a nuove riflessioni sul modo in cui la conciliazione funziona in concreto, nel tentativo di comprendere la vera dimensione alternativa di questo strumento.

2.7.1 La disciplina della conciliazione giudiziale in Italia in sede non contenziosa

La conciliazione in sede non contenziosa è un istituto già presente nella legislazione preunitaria, ed in particolare nella legislazione del Regno di Napoli che attribuiva al conciliatore, primo anello della catena giudiziaria, la funzione di amichevole compositore delle liti. Questa è la disciplina che ispira il codice del

1865, all'interno del quale la conciliazione trovava una collocazione particolare. Ad essa, infatti, veniva dedicato il capo primo del titolo preliminare, intitolato alla conciliazione giudiziaria preventiva, che collocava la disciplina dell'istituto fuori dalla disciplina del processo, collegandola ad essa in una relazione di anteriorità funzionale, quasi ad auspicare che il passaggio attraverso una fase di conciliazione amichevole precedesse sempre (e ove possibile) il più drastico intervento da parte del giudice. Il tentativo di conciliazione era affidato al conciliatore, al quale le parti potevano rivolgersi unilateralmente o concordemente. Lo svolgimento della conciliazione era comunque subordinato alla partecipazione di entrambe le parti all'udienza, al termine della quale ed in caso di esito positivo – veniva redatto un verbale di conciliazione cui la legge attribuiva forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio. Questa disciplina venne sostanzialmente trasfusa nel codice del 1942, che ancora attribuiva la competenza conciliativa al giudice conciliatore. Fu tuttavia modificata la collocazione della normativa che, dal titolo preliminare, scivolò all'interno del libro II del codice di procedura e fu ridotta a due soli articoli (art. 321 e 322), i quali disciplinavano la competenza del conciliatore, le modalità di presentazione dell'istanza ed il regime di efficacia del verbale di conciliazione. È probabile che quella scelta sistematica riflettesse il mutato atteggiamento del legislatore nei confronti di questo istituto, una presa d'atto della scarsa rilevanza pratica dello strumento, poco utilizzato dalle parti e ancor meno valorizzato dal conciliatore: in effetti, già negli ultimi anni di vigenza del precedente codice e poi nel vigore del codice del 1942, la conciliazione non contenziosa subì una progressiva ed inarrestabile involuzione, fino a divenire, verso la fine degli anni 80, un istituto statisticamente irrilevante. Con le riforme del 1990-91 lo spazio dedicato alla conciliazione è stato ulteriormente compresso; contestualmente alla soppressione del conciliatore e all'istituzione del giudice di pace, infatti, la disciplina della conciliazione è stata riunita in un unico articolo posto a chiusura

del titolo dedicato al procedimento davanti al giudice di pace (art. 322 c.p.c.). Tale compressione ha tuttavia una valenza più simbolica che reale: nei contenuti, infatti, la disciplina della conciliazione in sede non contenziosa è rimasta invariata ed in larga misura conforme a quella contenuta nel testo originario e, prima ancora, nel vecchio codice del 1865. Conformi alla disciplina originaria sono in particolare le modalità di avvio del procedimento, ispirate al criterio di informalità; conforme è anche il regime della partecipazione delle parti, ispirato al criterio della volontarietà e della non coercibilità, dal momento che la parte nei cui confronti è stato avviato il procedimento, quanto quella che lo ha promosso non hanno alcun onere di comparire all'udienza e l'intervento del giudice di pace è in ogni caso subordinato alla volontà di partecipazione di entrambe, esclusa qualunque forma di coercizione o di sanzione nel successivo processo. In altre parole, sono rimasti immutati tutti i parametri procedurali di riferimento, essendo il procedimento attuale, così come quello previsto nel codice del 1865, un procedimento giudiziale, doppiamente facoltativo ed extra processuale, privo di qualunque collegamento con il processo civile contenzioso. Apparentemente invariato è del resto anche il regime del verbale di conciliazione, al di là del parziale adeguamento dei valori economici. Come nel passato, infatti, anche l'attuale disciplina prevede che il verbale di conciliazione conclusa dinanzi al giudice di pace costituisca titolo esecutivo, solo se la controversia rientra nei limiti di competenza di questo giudice, mentre negli altri casi esso abbia valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio. Al riguardo, ci si potrebbe chiedere se la giustificazione che allora aveva indotto il legislatore ad operare questa distinzione, mantenga la sua validità anche oggi o se la norma – nel mutato contesto socio-economico – sia divenuta fonte di una ingiustificata disparità di trattamento. Tale conciliazione in sede non contenziosa non ha, tuttavia, riscosso notevole successo e le cause non vanno ricercate tanto nei dettagli normativi, quanto piuttosto nella configurazione complessiva del

procedimento. Sembrerebbe, infatti, che la causa principale dell'insuccesso della conciliazione in sede non contenziosa si debba individuare nel tipo stesso di procedimento che essa realizza. La particolare combinazione di una procedura che è al contempo giudiziale ed extraprocessuale, infatti, pare particolarmente penalizzante per la sua diffusione. Da un lato, infatti, la circostanza che il tentativo di conciliazione sia affidato ad un giudice dotato anche e soprattutto di funzioni giudicanti, concorre a giustificare la sottovalutazione dello strumento conciliativo, essendo prevalente la funzione giudicante di quest'organo, piuttosto che la sua funzione conciliativa. Il fatto poi che il giudice di pace sia un giudice laico e generalista, privo di specifiche competenze, può spiegare la scarsa fiducia nutrita nell'effettività del suo intervento e giustificare la diffidenza dei potenziali utenti nell'accedere a questo servizio. La natura bilateralmente facoltativa del procedimento e l'assenza di incentivi e/o meccanismi di tipo coercitivo in grado di favorire la partecipazione rendono, d'altra parte, ancor meno efficace questo strumento, la cui attivazione risulta necessariamente subordinata alla duplice condizione della volontà di entrambe le parti di tentare la conciliazione.

2.7.2 La disciplina della conciliazione giudiziale italiana in sede contenziosa

A differenza della conciliazione in sede non contenziosa, la conciliazione che ha luogo nel processo, davanti al giudice ordinario, ha subito una serie di rilevanti modifiche che, anche di recente, ne hanno alterato la collocazione processuale.

Nel codice del 1865, la conciliazione giudiziale era essenzialmente quella, preventiva, del conciliatore. In quel codice, però, erano anche previste procedure di conciliazione contenziosa, ma il tentativo di conciliazione in corso di giudizio era

limitato ai soli procedimenti che si svolgevano davanti al conciliatore e al pretore. Una forma particolare di conciliazione era poi prevista per i procedimenti dinanzi ai Tribunali di commercio, stabilendosi che, in ordine a particolari tipologie di controversie, "si provvedesse alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti e conciliarle, se possibile". Con il codice del 1942 si giunse ad un'autonoma regolamentazione della conciliazione contenziosa, quale doveroso adempimento del giudice nel corso del processo di cognizione ordinario. L'originario art. 185 c.p.c., in particolare, prevedeva che il giudice istruttore, nella prima udienza, dovesse cercare di conciliare le parti, disponendo all'occorrenza la loro comparizione personale: istituiva cioè un procedimento di conciliazione obbligatorio per il giudice, subordinando alla sua discrezionale valutazione l'insorgere di un obbligo ulteriore di comparizione personale delle parti. Facoltativa era poi la rinnovazione del tentativo di conciliazione, in qualunque momento dell'istruzione, ad opera dello stesso giudice istruttore. Nel 1973, con la riforma del processo del lavoro, la conciliazione giudiziale ha ricevuto nuovo impulso: nel nuovo rito, l'obbligo di comparizione personale delle parti all'udienza, imposto dal riformato art. 420 allo scopo di consentire il tentativo di conciliazione e il libero interrogatorio, rivalutava, infatti, almeno indirettamente, la funzione dell'istituto, rivitalizzando al contempo il contatto tra tutti i protagonisti del processo. Come noto, il procedimento di conciliazione introdotto dalla riforma del rito del lavoro è stato successivamente ripreso dalla riforma del 1990, che lo ha trasferito nel processo ordinario di cognizione: sopprimendo il primo comma dell'art. 185 c.p.c. e trasferendo la disciplina del tentativo giudiziale di conciliazione nell'art. 183 c.p.c., dedicato alla prima udienza di trattazione, il legislatore del 1990 ha infatti generalizzato l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero, rendendo allo stesso modo obbligatoria, per le parti, la comparizione personale all'inizio della trattazione anche ai fini del tentativo di conciliazione. Rimaneva invece invariata la

previsione, di cui all'art. 185 c.p.c., che consentiva al giudice di ripetere il tentativo di conciliazione nel corso del giudizio, disponendo all'occorrenza la comparizione delle parti. A differenza di quanto avvenuto nel processo del lavoro, dove la conciliazione obbligatoria ha avuto una discreta importanza pratica, nel processo ordinario, il regime introdotto con la riforma del 1990 ha dato tuttavia risultati deludenti: il numero delle conciliazioni raggiunte in sede di udienza ex art. 183 è rimasto, anche dopo le modifiche apportate nel '90, piuttosto limitato, nonostante la più stretta correlazione individuata tra conciliazione e interrogatorio libero. La previsione della necessaria comparizione delle parti all'udienza, d'altro canto, non ha dato i frutti sperati, essendo assai diffuse prassi di sostanziale disapplicazione della norma, poco apprezzata dalle parti e non adeguatamente valorizzata dai giudici. Proprio la scarsa utilità di questa fase processuale è presumibilmente all'origine delle più recenti modifiche al codice di procedura civile, animate, come suggerisce il decreto che ha dato avvio a queste riforme, dal desiderio di rendere più competitivo il processo civile, eliminando inutili frazionamenti dell'iter processuale. Con la riforma del 2005-2006 scompare, infatti, l'udienza di prima comparizione e le attività in essa previste vengono poste all'inizio dell'udienza di trattazione, dalla quale vengono espunte le attività in precedenza connesse con la comparizione personale delle parti: tra le quali, ovviamente, anche il tentativo di conciliazione. Invero, nella prima formulazione della riforma (quella contenuta nella legge di conversione del decreto sulla competitività) il tentativo di conciliazione risultava addirittura cancellato: il riformato art. 183, infatti, non menzionava più l'istituto, al quale non si faceva più cenno nemmeno nella parte della norma che, innovando rispetto al passato, contemplava la possibilità di una comparizione personale delle parti – su richiesta di queste o su iniziativa del giudice – al solo fine però dell'interrogatorio libero. Questa lacuna è stata prontamente corretta con gli ultimi interventi di riforma. Nella legge correttiva

263/05, infatti, il tentativo di conciliazione è ricomparso, grazie ad una revisione dell'art. 183 e alla riformulazione del primo comma dell'art. 185 che è ora destinato a regolare ex novo e autonomamente l'udienza di comparizione delle parti, nel corso della quale potranno svolgersi tanto l'interrogatorio libero, quanto il tentativo di conciliazione: entrambi però come eventi facoltativi ed eventuali, al pari dell'udienza di comparizione destinata al loro espletamento. Alla luce della nuova e corretta disciplina, più in particolare, spetta alle parti chiedere congiuntamente al giudice di fissare un'apposita udienza ai sensi dell'art. 185, alla quale le parti dovranno personalmente intervenire per sottoporsi all'interrogatorio libero e perché il giudice possa "provocarne la conciliazione". Esaurite queste attività, qualora non sia stata raggiunta la conciliazione, il processo potrà regolarmente proseguire, potendo in particolare il giudice esercitare i poteri di chiarificazione di cui al comma 4 dell'art. 183 c.p.c., e le parti provvedere alle variazioni, alle modifiche e alle correzioni delle domande e delle eccezioni ancora consentite dal comma 5. Nel caso di esito positivo, invece, dovrà essere redatto processo verbale, secondo quanto previsto dall'art. 185 comma 2. Ferma la facoltà delle parti di richiedere la fissazione dell'udienza di comparizione personale, il nuovo comma 3 dell'art. 183 prevede, poi, la possibilità che tale udienza possa essere fissata anche d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 117, essendo certamente lecito interpretare il richiamo a questa norma come comprensivo del potere di effettuare, in quell'udienza, oltre all'interrogatorio, anche il tentativo di conciliazione. L'esercizio di tale potere e la conseguente fissazione dell'udienza di comparizione dovrebbe avvenire, come nel caso di richiesta congiunta delle parti, all'udienza di cui all'art. 183, una volta completate le verifiche preliminari ora contemplate dal nuovo primo comma di tale norma; ovviamente, però, qualora a seguito di tali verifiche si imponga uno slittamento della prima udienza, l'udienza di comparizione – sia essa disposta d'ufficio dal giudice o su richiesta congiunta

delle parti – dovrà essere fissata nel corso dell'udienza così rinviata; potendosi peraltro condividere l'opinione di chi ammette la comparizione personale delle parti direttamente all'udienza rinviata. Ai sensi del nuovo comma 8, inoltre, è anche possibile che il giudice ordini la comparizione delle parti ai fini dell'interrogatorio libero con l'ordinanza che ammette le prove: ossia l'ordinanza che, ai sensi del nuovo comma 6, può essere pronunciata anche fuori udienza, dopo l'esaurimento della fase di trattazione, con contestuale fissazione dell'udienza per l'assunzione delle prove ai sensi dell'art. 184 c.p.c. In verità, l'interpretazione di tale ultima disposizione non appare del tutto lineare: il comma 8 dell'art. 183, infatti, dopo avere previsto la possibilità di disporre l'interrogatorio con l'ordinanza istruttoria, prevede che allo stesso si applichino le disposizioni di cui al terzo comma; il terzo comma ,tuttavia, non contiene più disposizioni sullo svolgimento dell'interrogatorio, ma prevede solo il potere di fissazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 185. A completamento dell'analisi della nuova disciplina, l'invariato art. 117 consente ancora al giudice di ordinare la comparizione delle parti per interrogarle liberamente in qualunque altro stato e grado del giudizio e quindi anche dopo il completamento della fase di trattazione, potendo in quell'occasione il giudice provvedere a rinnovare il tentativo di conciliazione. In assenza di una disposizione espressa in tal senso, sembra che anche le parti che non abbiano formulato la loro istanza ai sensi dell'art. 183, possano farlo congiuntamente nel corso dello svolgimento della causa e fino al momento della precisazione delle conclusioni, qualora, solo successivamente, sia emersa l'intenzione o la volontà di tentare la conciliazione.

2.7.3 La conciliazione nel rito del lavoro

Il processo di revisione iniziato nel 1993 che ha interessato il rapporto di lavoro pubblico e privato ed il conseguente passaggio nel 1998 delle controversie del pubblico impiego dal giudice amministrativo a quello ordinario, ha reso necessaria l'introduzione di forme stragiudiziali di soluzione delle controversie fra datore e prestatore di lavoro, allo scopo di limitare il ricorso all'autorità giudiziaria. Il legislatore aveva quindi previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione sia per le controversie di lavoro pubblico, sia per quelle di lavoro privato da espletarsi prima della proposizione della domanda giudiziale. L'aspetto di specialità, rispetto al modello della conciliazione disciplinata all'art. 185 c.p.c. e prevista per il processo ordinario, atteneva essenzialmente al carattere obbligatorio del tentativo: esso si caratterizzava per la sua generalizzata doverosità, dovendo il giudice effettuare l'interrogatorio libero ed il tentativo di conciliazione nei confronti delle parti, chiamate a partecipare obbligatoriamente e personalmente all'udienza. Tale regime dell'obbligatorietà risultava assai poco stringente: le stesse norme che imponevano il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero, infatti, omettevano di stabilire le conseguenze della loro violazione.

Con la legge n. 183 del 2010, indicata come Collegato lavoro, il legislatore, probabilmente facendo tesoro della pessima riuscita che fino a quel momento avevano avuto i tentativi obbligatori nella materia lavoristica, ed in controtendenza e nell'ambito della stessa materia e della scelta compiuta dal legislatore del 2010 in materia di mediazione, abbandona il principio dell'obbligatorietà del tentativo. Recita adesso l'art. 420 1° comma dell'art. 420 c.p.c., come modificato dall' art. 31 4° comma della legge 183/2010 che: "Nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva. La mancata

comparizione personale delle parti, o il rifiuto della proposta transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio". Le parole "e tenta la conciliazione della lite" e inoltre, "senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione", sono state introdotte dalla legge 183/2010. Il Collegato lavoro sulla scia del *favor conciliationis* ha, quindi, modificato l'art. 420 per rendere più concreto il tentativo di conciliazione ed anche per avvertire le parti che un loro rifiuto ingiustificato potrebbe essere valutato dal giudice come comportamento non collaborativo ai fini del bonario componimento della controversia.

2.7.4 La conciliazione nel processo societario

Il rito societario disciplinato dalla decreto n. 5 del 2003, è stato abrogato dalla legge n. 69/2009 la quale ha lasciato in vita solo le disposizioni concernenti gli istituti dell'arbitrato e della conciliazione extragiudiziale. Il legislatore societario del 2003 aveva previsto come facoltativo il tentativo di conciliazione, anticipando così la riforma del rito ordinario prevista dal legislatore del 2005; egli inoltre aveva affidato la valutazione circa l'eventuale svolgimento della conciliazione principalmente al giudice, al quale spettava, in sede di redazione del decreto di fissazione dell'udienza, disporre, ove lo ritenesse opportuno, la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione e l'interrogatorio libero. Alle parti veniva dato, invece, un potere di sollecitazione che, operava in modo diverso rispetto al potere di sollecitazione loro riservato all'art. 183 c.p.c.: mentre, infatti, nel rito ordinario, l'iniziativa delle parti deve assumere le forme di una richiesta congiunta, nel rito societario l'iniziativa poteva anche essere disgiunta, ma doveva assumere la forma

di una proposta conciliativa, che la parte poteva formulare nell'istanza di fissazione dell'udienza o nella nota di precisazione delle conclusioni. Il giudice non era vincolato dalla proposta ad opera della parte; egli, infatti, nel decreto di fissazione dell'udienza, poteva anche non disporre la comparizione personale: egli poteva, in ogni caso, invitare le parti a prendere esplicita posizione su quella proposta, formulando l'invito stesso nel decreto. Il giudice relatore, quindi, a fronte della proposta della parte, avrebbe potuto decidere di disporre la comparizione personale per promuovere, anche sulla base di quella proposta, il tentativo di conciliazione; ma avrebbe anche potuto, in alternativa, optare per una conciliazione/negoziazione tra i soli difensori, ai quali le parti avrebbero dovuto affidare il compito di esprimere, all'udienza, le loro posizioni conciliative ed eventualmente negoziarle a fini transattivi. Le differenze più significative tra la disciplina societaria e quella ordinaria riguardano il ruolo svolto dal giudice nel tentativo di conciliazione: infatti secondo l'art. 16 del decreto n.5 del 2003, il giudice relatore, quando veniva esperito il tentativo di conciliazione, poteva, eventualmente proporre "soluzioni di equa composizione della controversia". Nel rito societario, inoltre, il fallimento del tentativo provocava ripercussioni a carico delle parti: si prevedeva, infatti, che qualora la conciliazione non fosse stata possibile per mancata comparizione della parte o comunque gli sforzi conciliativi fossero falliti e le proposte di soluzione rifiutate, il giudice avrebbe dovuto dare atto nel processo verbale delle posizioni assunte dalle parti, potendo poi il collegio tenerne conto delle risultanze di quel verbale, ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole a carico della parte vittoriosa. Lo scopo di questa previsione era quello di scoraggiare comportamenti eccessivamente litigiosi, facendo ricadere sulla parte le conseguenze (economiche) del suo atteggiamento anti-conciliativo. Questo e altri principi verranno poi ripresi per disciplinare la mediazione.

2.8 LA MEDIAZIONE IN ITALIA

Nel 2010 approda in Italia la mediazione, disciplinata dal D.Lgs. 4 Marzo 2010, n. 28 <<*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*>> viene prevista, per determinate materie tassativamente elencate all'art.5, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'istituto è finalizzato alla deflazione del sistema giudiziario italiano rispetto al carico degli arretrati (e al rischio di accumulare nuovo ritardo); rappresentando uno dei pilastri fondamentali della riforma del processo civile.

È, dunque, anche in questo caso l'intento di ridurre il carico di lavoro dell'Autorità giudiziaria, l'intento deflattivo, il motivo, di tale intervento. Anche nel nostro ordinamento, infatti, fra le ragioni che, come si è visto, maggiormente hanno spinto (e continuano a spingere) nella direzione della *ADR*, spicca la "crisi della giustizia civile". Come è stato sottolineato "di crisi della giustizia, in Italia come nel mondo, si parla da tempo immemorabile: se ne parlava persino nell'antica Roma, ma allora la crisi della giustizia era soltanto correlata alla sua limitata, intrinseca difficoltà di distinguere, con assoluta precisione, il lecito dal doveroso e l'uno e l'altro dall'illecito; nell'età contemporanea a questo endemico, insopprimibile limite di origine che, a sua volta si coniuga con l'impossibilità di sovrapporre la verità processuale alla verità assoluta, si è aggiunta una costante che, progredendo nel tempo, ha abbandonato gli angusti confini dell'eccezionalità per diventare una vera e propria componente fisiologica dell'amministrazione della giustizia: la sua lentezza" (Marvulli 2005). Si osserva costantemente, infatti, che la giurisdizione ordinaria non può dirsi in grado di svolgere la propria funzione se i tempi della giustizia vanificano l'effettiva soddisfazione di qualsiasi pretesa fatta valere in giudizio, che non può ritenersi minimamente appagata da una pronuncia

che intervenga a distanza di anni dal momento in cui è stata azionata. Ciò si constata, con maggiore gravità, in tutti quei settori dove la necessità di una rapida soluzione di una controversia diventa requisito indispensabile per la sopravvivenza di un soggetto o per la stessa utilità concreta della pronuncia (Di Rocco 2003).

Ma se l'eccessiva durata delle controversie rappresenta da sempre un problema endemico del nostro ordinamento¹⁶, la preoccupazione (del legislatore) per l'exasperata lentezza ha assunto di recente connotazioni differenti, sostanzialmente riconducibili a preoccupazioni di natura economica; come è stato efficacemente osservato "alle preoccupazioni per il *vulnus* che una giustizia troppo lenta arreca a chi chiede giustizia si è aggiunta, in questo modo, una preoccupazione economica, per l'incidenza negativa che una giustizia tardiva avrebbe sul nostro sistema produttivo" (Verde 2011, p.58ss).

E' ormai riconosciuto, infatti, che le caratteristiche dei sistemi giudiziari influenzino l'economia, reale e finanziaria (Marchesi 2009). L'importanza di questo legame è sottolineata, ad esempio, da organismi internazionali, quali la Banca Mondiale, il Fondo Monetario Internazionale. L'inefficienza della giustizia civile italiana è ampiamente documentata e molti studi ne hanno valutato gli effetti negativi sul nostro sistema economico. La statistica giudiziaria sottolinea la gravità della situazione, evidenziando che risultano pendenti in Italia circa sei milioni di

16 Come afferma V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Giappichelli, 2017, cit. p. 22 << Epitomizzano la circostanza di quanto simili aspirazioni risultino ricorrenti e risalenti, le parole utilizzate già nel 1907 dall'autore che, probabilmente più di ogni altro, ha segnato il dibattito della nostra dottrina e l'evoluzione stessa del processo civile italiano. Ed infatti, già agli inizi del secolo scorso Chiovenda rileva che "la brevità della lite è un desiderato di tutti i tempi"; ma, aggiunge l'A., "ciò nonostante la durata dei procedimenti costituisce da sempre poco più che un altro luogo comune nelle critiche del processo". In una *weltanschauung* autenticamente moderna la riforma globale del processo è dunque ritenuta l'unica modalità in grado di adeguare la struttura del processo "alla natura agile, pronta alle concezioni, rapida all'esecuzione e per così dire nervosa, del nostro pensiero"; e ciò affinché "l'intensità della vita nostra, il moltiplicarsi degli scambi, il rapido formarsi dell'opinione pubblica paiono reclamare la pronta definizione dei rapporti incerti". Sembra tuttavia doversi rilevare l'estrema attualità delle conclusioni di Chiovenda in quanto, allora come ora, "noi siamo ben lontani da questo". >>

controversie, con una netta tendenza all'aumento, dato che il numero impressionante delle nuove iscrizioni supera di gran lunga quello delle sentenze passate in giudicato (Taruffo 2014, p.1). Inoltre la durata complessiva di una controversia nei tre gradi di giudizio è pari a circa 10 anni. Una situazione che, secondo le graduatorie stilate dalla banca mondiale, collocano l'Italia al 157 posto su 183 paesi presi in considerazione e che, pertanto, è destinata a incrementare a dismisura i costi (economici e sociali) della giustizia statale (Ansanelli 2017, p.23). Situazione dunque che, nei Rapporti della banca Mondiale Investimenti, colloca l'Italia fra quei paesi in cui si sconsiglia caldamente di investire proprio per il deficit di certezza del tempo del processo e quindi certezza del diritto. In questa prospettiva, l'inefficienza del processo civile viene percepita come uno dei principali ostacoli alla crescita economica del paese. Inoltre, in tema di diseconomie prodotte dalla esasperata lentezza dei processi, non possono non menzionarsi quelle perdite che direttamente scaturiscono dalla violazione del termine di ragionevole durata del processo: si consideri che in base al Rendiconto 2015 della Corte dei Conti, i fondi destinati al pagamento degli indennizzi per violazione del termine di ragionevole durata del processo (capitolo di spese obbligatorie 1264) sono stati nel 2015 pari a 180 milioni di euro.

Sulla base di questa situazione si finisce per privilegiare senza soverchie incertezze l'interesse per l'immediatezza della decisione (o, meglio, per la maggiore rapidità della decisione) rispetto alle esigenze connaturate all'idea di giustizia della stessa. In tale diffusa prospettiva, l'efficienza della giustizia diviene dunque strumento e valore funzionale in maniera pressoché esclusiva alle prevalenti esigenze dell'economia (Ibidem). La preoccupazione del legislatore italiano per la durata dei processi civili appare del resto direttamente connessa alla crisi economica del paese.

In tale contesto, nel quale "le istanze economiche precedono, quindi, quella

della tutela del diritto” (Grossi 2012, p.1029 ss.), entra a far parte del nostro ordinamento l'istituto della mediazione civile, come obbligatorio.

Si apre così, con la *degiurisdizionalizzazione*, una nuova fase. La tendenza è quella, come è stata definita (Capponi 2014), del respingimento: le riforme non debbono servire più a far meglio e prima ma, prendendosi atto che meglio e più velocemente di così non si può fare con le risorse disponibili, esse dovranno servire a limitare il ricorso al giudice. È la logica perversa dei rimedi: il rimedio reagisce al rimedio senza incidere sulle cause. *Degiurisdizionalizzare* significa (tentare di) portare i conflitti civili fuori dalle aule dei tribunali; ma significa anche sottrarre ai cittadini quelle garanzie, tipiche della giurisdizione, che derivano dalla corretta applicazione dell'insieme delle regole del “dovuto processo legale” (Ibidem).

L'idea che sta alla base, è quella che il sistema, per recuperare efficienza e consentire tanto la definizione dell'arretrato quanto la celebrazione dei processi civili entro tempi che possano definirsi “ragionevoli”, deve necessariamente far conto su metodi alternativi di risoluzione delle liti. Dunque, l'obbiettivo del più recente legislatore è di restringere progressivamente l'accesso alla giustizia, prendendo atto di una sempre più diffusa opinione che vede nel ricorso al giudice – specie nelle fasi di impugnazione ma non soltanto – la manifestazione di un “abuso”. “Si parla infatti sempre più di “abuso del processo”, divenuta rapidamente un'autonoma categoria oggetto di studio. Una variante di tale tendenza considera “giustizia” non soltanto quella somministrata dal giudice (la “giurisdizione”), ma anche quella in vario modo gestita dal mediatore, dal conciliatore, dal negoziatore, dall'arbitro, da sedi amministrative di varia natura che possano fronteggiare con un minimo di credibilità i contenziosi che crescono a ritmo incontrollabile. Come se, all'atto pratico, ogni possibile soluzione si equivalesse purché sia data una risposta, alternativa a quella giurisdizionale, alla domanda di tutela legale” (Ibidem).

Eppure è evidente come non sia affatto vero che il problema dell'irragionevole durata dei giudizi possa essere superato incentivando il ricorso ai mezzi di *Alternative Dispute Resolution*. Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie, quale che ne sia la forma, sono naturalmente destinati ad affiancarsi, non a sostituire la tutela giudiziale. L'efficienza e l'utilità degli strumenti di *ADR*, infatti, non possono prescindere dalla efficienza delle forme di tutela giudiziale, perché la parte che ritiene di avere torto, se non ha nulla da temere dall'esercizio dell'azione, non avrà alcun incentivo alla definizione altrimenti della controversia (Costantino 2009, p.32).

Il punto cruciale dell'annosa questione consiste, in sostanza, nel seguente paradosso: "che, come già avvenuto in passato, i *conditores legis* sembrano aver invertito i termini del rapporto virtuoso fra mezzi alternativi di composizione delle liti ed efficienza del processo civile" (Gradi 2014, p.7)

In realtà, paradossalmente, l'efficienza della tutela giudiziale costituisce il maggior incentivo alla utilizzazione degli strumenti di *ADR*, i quali, peraltro, sono stati sovente illusoriamente pensati in funzione della efficienza della prima. Se questa elementare constatazione pratica impedisce di considerare alternativi alla giurisdizione la conciliazione e l'arbitrato, tale conclusione, sul piano formale, è confermata dalle norme costituzionali, quali sono state interpretate ed applicate dalla giurisprudenza. Nonostante l'espressione tradizionalmente usata, infatti, gli strumenti alternativi di composizione delle controversie in realtà non possono essere tali, non solo perché chi viola il diritto altrui, se è consapevole di restare impunito e non ha interesse alla prosecuzione del rapporto con l'altra parte, non sarà disposto né ad alcuna conciliazione, né a sottoporsi al giudizio degli arbitri, ma soprattutto perché non possono essere tali rispetto all'esercizio della giurisdizione (Costantino 2009, p.32-33). Inoltre, se da un lato questo fenomeno di *respingimento* del contenzioso, che ha genesi complesse, non è idoneo a produrre

la deflazione che il legislatore si auspica, dall'altro lato si potrà rivelare addirittura dannoso per il meccanismo perverso che rischia di instaurare: considerando infatti che la gestione negoziata della controversia all'interno di una cornice di giustizia inefficiente, come si diceva, non rende appetibile per la parte che ha torto addivenire ad un accordo (idoneo ad evitare la decisione del giudice), ben potendosi giovare del ritardo che la giustizia impiegherà a sentenziare, per la parte che ha ragione quel medesimo ritardo si potrà tradurre in un pregiudizio tale da farla propendere benevolmente per l'accordo, con il conseguente paradosso di trovarsi quest'ultima nella posizione di "contraente debole". L'efficienza della giustizia, in funzione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, costituisce un valore fondamentale ed un preciso impegno internazionale, ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., dell'art. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché ai sensi della Costituzione europea, ratificata con la l. 2 agosto 2008, n. 130.

La "cultura" delle *ADR*, e, in particolare della mediazione, sembra profilarsi più, quindi, come un'esigenza dello Stato che non del cittadino. Eppure il legislatore nell'introdurre la mediazione la fa figurare diversamente. Il decreto legislativo 28/2010 distingue nettamente l'istituto della mediazione civile dalle altre forme di conciliazione già esistenti nell'ordinamento e ciò per evidenziare come questo, a differenza degli altri, sia uno strumento innovativo di portata generale, a cui sono attribuite potenzialità maggiori, riguardante tutte le controversie civili e commerciali, eppure parrebbe che, a prescindere dalla terminologia utilizzata dal legislatore, la novità, in vero, non riguardasse tanto lo "strumento" in sé, l'istituzionalizzazione della mediazione quale nuovo approccio al sistema dei conflitti, bensì un impiego maggiormente diffuso del vecchio strumento, ovvero l'imposizione di una conciliazione "diffusa" quale risposta al fenomeno crescente

della litigiosità. Il legislatore è, infatti, solo preoccupato di arginare la crisi della giustizia e non di analizzare le complesse implicazioni (etiche e culturali, prima ancora che giuridiche) della mediazione, limitando quindi l'attenzione alla fuga dal processo, senza considerare gli aspetti positivi che possono derivare da una cultura della pacificazione. È un approccio limitativo che non rende giustizia alla ben maggiore ampiezza del fenomeno, che invece era stata colta dalla Commissione delle Comunità Europee, nella cui Proposta di Direttiva sulla mediazione civile e commerciale, già menzionata, si pone in rilievo che "la mediazione ha un valore intrinseco come metodo di risoluzione delle controversie... che merita di essere promosso indipendentemente dalla sua caratteristica di poter alleggerire la pressione sul sistema giudiziario".

Il legislatore, invece, si preoccupa della deflazione e sembra ricalcare una disciplina vecchia già conosciuta riguardante la conciliazione, non sembra, quindi, sapersi porre la questione della mediazione, e lo dimostra già a partire dal primo articolo del D.Lgs.28/2010, nell'uso confuso dei termini, mediazione e conciliazione - indice di una approssimazione e di imprecisione non giustificabili. Nel distinguere tra mediazione come "processo" e conciliazione come "esito" dello stesso, il legislatore sembra essere vittima del proprio tecnicismo.

La mediazione è profondamente diversa dal processo, essendo la sua *grammatica* e le sue logiche di funzionamento differenti da quelle tipiche del processo, ed è così, infatti, che viene sponsorizzata; allo stesso tempo però, la mediazione è istituzionalizzata come un "un processo" in quanto è "una serie di azioni ed operazioni tecniche dirette ad uno scopo"; questo processo-diverso-dal-processo si realizza attraverso un procedimento (nel senso di una "serie di atti finalizzati a un dato scopo") che però rifiuta l'adesione alla logica procedimentale, essendo in primo luogo caratterizzato da una profonda informalità; una non-formalità che si realizza però in atti (*domanda di mediazione e accordo di*

conciliazione) la cui forma, contenuto ed effetti vengono definiti con precisione nel dettato normativo: art. 4, commi 1 e 2 (*forma e contenuto della domanda*), art. 5, comma 6 (*effetti della domanda*), art. 11 (*forma e contenuto dell'accordo*), art. 12 (*effetti dell'accordo*).

Il legislatore, inoltre, stabilisce l'obbligatorietà della mediazione, affida al mediatore un *potere* sulle parti, introduce l'*indice di* mediabilità, obbliga ad un tempo definito per mediare, richiede la presenza degli avvocati, svuota, in sostanza dei suoi stessi contenuti la mediazione per poterla condurre verso logiche distanti, quali quelle della negoziazione o della transazione.

All'art. 1, dà un'insolita descrizione della mediazione intesa 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 della controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa¹⁷". Per capire a cosa si riferisca la disposizione bisogna spingersi fino all'art. 11, rubricato "Conciliazione", dove, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, è prevista la facoltà per il mediatore – che diventa dovere se le parti gliene fanno richiesta- di formulare una proposta di conciliazione. O meglio, di formalizzare una proposta per iscritto alle parti, che hanno l'onere di comunicare entro sette giorni le rispettive posizioni, sempre per iscritto; in caso di mancata accettazione nei termini da parte degli interessati, poi, è stabilito che di tale proposta si lasci traccia nel verbale redatto dal mediatore. Il perché di tale inconsueto formalismo è spiegato dal successivo art. 13, comma 1, che dispone: "Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute

17 In sede di conversione del D.L. 69/2013 la definizione di mediazione è stata modificata; la norma, nella formulazione finale divenuta legge così stabilisce: <<a) *mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*>>.

dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4". La *ratio* sottesa al combinato disposto delle disposizioni citate risulta dunque essere quella di addossare le spese sostenute per il giudizio, evitabili quindi in caso di conciliazione, sulla parte responsabile di tale scelta di non accordarsi. Una previsione che si pone quindi come una sorta di "punizione" nei confronti di chi sceglie di andare in giudizio piuttosto che conciliarsi. Previsione che non può che stridere nel contesto della mediazione, posto che l'efficacia stessa della mediazione riposa sull'assoluta mancanza di poteri decisionali/coercitivi del mediatore ma anche sull'impossibilità per il mediatore di esprimere pareri e/o proposte che possano avere una qualche efficacia al di fuori dell'ambito "protetto" della mediazione. Il legislatore, d'altronde, non si pone la questione perchè semplicemente non fa che ricalcare, in gran parte, la precedente disciplina della conciliazione. Infatti, nonostante la disciplina del rito societario non avesse dato eccellenti risultati (essendo statisticamente irrilevanti i procedimenti avviati sulla base dell'art. 38, D.lgs. 5/2003), il legislatore decide che la nuova disciplina si sviluppi nel segno della continuità con quel modello procedimentale, riproponendo in particolare il modello organizzativo adottato nel 2003, con la creazione del registro degli organismi di conciliazione societaria. In merito alla disciplina applicabile e alla forma del procedimento di mediazione, stabilisce infatti che: "Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti." (art.3). Tale

scelta muove dall'idea di valorizzare le esperienze autoregolamentate degli organismi di conciliazione e di minimizzare l'intervento statale nella disciplina dell'attività di mediazione. Organismi, però, di conciliazione (appunto).

Al modello societario si rifanno poi anche le norme, contenute nella delega, relative alla previsione di incentivi fiscali, così come quelle che prospettano l'introduzione di regole in materia di spese in danno delle parti irragionevolmente litigiose o ancora quelle che riguardano l'esecutorietà del verbale di conciliazione. Tutte indicazioni, queste, fedelmente recepite nella disciplina del D.lgs 28/2010, le cui norme, dunque, in larga parte riproducono soluzioni regolamentari già previste dagli artt. 38, 39 e 40, D.lgs. 5/2003, e dai relativi decreti attuativi.

In definitiva l'intervento del legislatore muovendo da intenti funzionali ad un miglioramento sociale globale - segnalando la necessità di una modifica di prospettiva (*cognitiva*) che in sintesi fa riferimento al cambiamento (*culturale*) dalla logica unidirezionale del giudizio dall'alto, alla logica circolare-dialogica della condivisione - si palesa, poi, in tutta la sua inadeguatezza, in una riproposizione "diffusa" dello strumento conciliativo, attraverso una bieca strumentalizzazione della mediazione al fine di realizzare l'interesse, unico meritevole d'intervento, della deflazione del carico giudiziario. Si parte, cioè, da premesse razionali e ragionate per poi giungere a risultati del tutto contrastanti (passando, però, per argomentazioni che non peccano di illogicità).

L'ossimoro "mediazione-deflazione" sfrutta la mediazione, ingabbiandola in protocolli che non le permettono di esplicitare il suo proprio *essere*, presentandone perciò una versione che non le appartiene.

CAPITOLO III

L'identità della mediazione

3.1 MEDI-AZIONE

Il termine *mediazione* designa più concetti: la procedura (il rito), il metodo (i modi, la grammatica e in genere la tecnica della mediazione), il fine e i suoi presupposti: quello della mediazione è dunque campo di significato, una dimensione semantica che si caratterizza come spazio d'inclusione dei possibili *designata* e delle diverse pratiche ricomprese nel discorso *sulla* mediazione, che va inteso tanto come discorso sullo spazio fra le parti confliggenti quanto come carattere costitutivo di ogni procedura finalizzata alla mediazione, che si costituisce nella sua collocabilità in una generica *medietas*, per cui il *medio* finisce per essere tanto lo spazio fra le parti quanto l'atto dello stare in mezzo.

Lo spazio della mediazione, innanzitutto, è *nel* mezzo, tra due estremi; coincide con la loro relazione e con la loro esistenza. Condivide le distanze e gli avvicinamenti. Ed in questo spazio reale tra i due estremi la *medietas* conquista la posizione difficile, ma ricca, dello stare in mezzo, del condividere, dell'appartenere comune. Comune come lo è quello che divide i confliggenti; essi infatti condividono proprio ciò che li separa (Simmel 1996), ovvero, quello che li divide, a tal punto da giustificare il litigio, è esattamente quello che li accomuna, in quanto condividono la lite e, quindi, un intenso mondo di relazioni, norme, legami, simboli che appartengono a quel meccanismo. La posta in gioco separa e unisce, interrompe la comunicazione e ne instaura una forma diversa, per quanto fuorviante e distruttiva si possa rivelare.

Allora quando mediare indica *il mediare*, e non soltanto l'essere strumentale, esso appare come uno stare in mezzo tra due poli differenti, complici e rivali, in cui l'uno dipende dall'altro. La mediazione, dunque, quando è attività del mediare, dal latino *mèdius*, "che è nel mezzo", significa "essere interposto", "essere tra due tempi o cose"; ovvero interporre un terzo tra due elementi e, quindi, creare un sistema ternario laddove, prima, esisteva un sistema binario. Tale processo costituisce l'atto fondante della costruzione sociale.

La mediazione, dunque, si può descrivere come quel complesso di attività rivolto a collegare due termini distanti ma tra loro connessi, connessi perché c'è interdipendenza tra le due estremità, essendo, queste, unite esattamente da ciò che le separa. Per evocare una figura simbolica, l'immagine efficace è quella del ponte che permette il tramite tra l'una e l'altra riva del fiume; dove il fiume è ciò che separa le due sponde esattamente come le unisce. La mediazione, dunque, è un attraversamento, è un *andare* al di là e al di qua del fiume, un mezzo mediante, appunto, il quale si possono ricongiungere i due estremi, poiché da essere altri (isolati) diventano uno.

Sarà allora medi-azione quando è azione e risultato allo stesso tempo, quando il mediatore opererà affinché i confliggenti riprendano la *comunicazione*, appunto il *munus* comune ad entrambi.

Qui il medio torna ad essere mezzo per risolvere i problemi, esattamente come il *medicus* lo è grazie al suo sapere rispetto al male. Questo rimanda ad altre azioni quali la *medi(c)azione*, l'azione di colui che "si prende cura", attua una terapia sociale o *medi(t)azione*, l'azione di chi tenta di scalfire la superficie per cogliere le ragioni profonde. *Medicare* dunque e *meditare* che ricordano quanto tutto sia frutto del pensare per trovare *rimedi*. Il mediatore è allora *mezzo* per la pacificazione, rimedio per il conflitto grazie allo stare *tra* i contendenti, né più alto né più basso, ma nel loro *mezzo*.

Ed è in quel *mezzo* che la mediazione permette l'attività di comprensione dell'altro diverso da sé, di affermazione e auto-comprensione di sé in funzione della presenza dell'altro, di creazione di un nuovo stato rappresentativo delle parti.

La mediazione nel diritto, però, sembra aver subito slittamenti semantici ed essere stata erroneamente identificata con una logica della terzietà, perdendo così il suo carattere di inclusione delle differenze in un luogo comune e in una logica della ricomprensione.

Nel sistema con il terzo, quale è quello del processo giudiziario, infatti, l'indistinzione, che attraverso il contatto dei confliggenti è mantenuta, va ad annullarsi, e la bipolarità lascia spazio, quindi, alla bivalenza, in cui, al contrario, le identità sono alternative. Si perde cioè la possibilità di ricomporre l'equilibrio relazionale. Nella bipolarità tale possibilità rimane latente, nella bivalenza, invece, essa scompare.

Il problema, allora, è spostare l'attenzione su di un sistema, non più *con il terzo*, ma, *a tre* e cercare, proprio, nel medio una possibile risposta all'approccio evolutivo nel conflitto. Si dovrebbe quindi riconferire spazio al campo semantico con il quale la tradizione circoscrive il paradigma *medio, mediare, mediazione*, così da individuarne gli strati di significato che gli sono propri.

3.2 MED- E LA NOZIONE DI MISURA

I termini del paradigma *medio, mediare, mediazione*, condividono, innanzitutto, la loro radice, che è *med-*. La radice *med-*, di origine indoeuropea, appartiene ad un campo semantico molto vasto. In data storica, infatti, la radice designa nozioni molto differenti quali: "governare", "pensare", "curare", "misurare",

che risultano difficili da ricondurre l'una all'altra. La radice ha prodotto nelle lingue vicine dei termini con valore diverso e la varietà delle significazioni di *med-* (così vasta) deve essere considerata nel suo insieme; infatti qualora se ne volessero enumerare tutte le forme verrebbe in rilievo quanto i sensi siano distanti tra loro, ma, allo stesso tempo, come vi sia una origine in cui tutti possano riconoscersi. Tale origine è il valore che predomina nella ricostruzione ed è quello della nozione di "misura". Su tale misura però va subito fatta una precisazione poichè si tratta di una misura che non è propria del misurare. Partendo dal latino *modus* (da cui deriva l'aggettivo *modestus* ed il verbo *moderor, moderari*), nonostante il suo significato di "misura", viene in rilievo immediatamente come questa non sia una dimensione propria *delle cose*: infatti per "misurare", il latino usa un verbo differente che è *metior*; mentre con *modus*, si esprime una misura imposta *alle cose*; una misura di cui si è padroni che presuppone riflessione, scelta e anche decisione; perciò una misura (non di misurazione appunto ma) di moderazione. Ecco perché *modus* ha piuttosto un senso morale che materiale; *modestus* è "colui che ha misura, che osserva la misura"; *moderari* è "sottomettere a misura (ciò che vi sfugge)". È l'idea di una misura di limitazione o di obbligo propria a ristabilire l'ordine o ad assicurarlo in un corpo malato (*Lat. Medeor* "curare", *medicus*), nell'universo (*om. Zeùs (Idèthen) médeon* "Zeus moderatore"), negli affari umani. E anche l'uomo che "conosce le medea" (*om. medea eidos*) non è un pensatore, un filosofo: è uno di quei "capi moderatori" (*om. hègetores edè mèdontes*) che in ogni circostanza sanno prendere "le misure" efficaci che si impongono.

Med- appartiene quindi allo stesso registro di *ius* e *dike*: è la regola stabilita, non di giustizia, ma di ordine, che il magistrato moderatore ha come funzione di formulare: *osc. med-diss (come iu-dex)*. Questa nozione di misura applicata alle cose, è dunque "una "misura" di carattere tecnico; di un mezzo consacrato dall'uso e dall'efficacia già ben provata. Non si tratta affatto di un espediente inventato

sull'istante ne' di una riflessione che deve creare i suoi piani. Questa "misura" è sempre considerata applicabile in una circostanza determinata, per risolvere un problema determinato. Si è dunque lontani dalla nozione di "riflettere" in generale, come anche di "proteggere" o di "governare". Per dare una definizione approssimativa di med-, si potrà dire, allora, che è "prendere con autorità le misure che sono appropriate a una difficoltà attuale; riportare alla norma - con un mezzo consacrato - un problema definito"; e il sostantivo medes- o modo- designerà "la misura a tutta prova che riporta l'ordine in una situazione turbata". La nozione non si trova conservata allo stesso modo e ovunque; secondo le lingue, si diversifica, ma non si fa fatica a riconoscere il senso iniziale" (Benveniste 2001, p.381). A conferma di ciò si può notare che *medeor* non significa propriamente "guarire", ma "trattare secondo le regole una malattia"; ed in greco è proprio lo stesso senso: si tratta sempre di misure, ordinate con autorità, per far fronte con mezzi sicuri a un problema preciso: la guerra, un imbarco, etc. Quando Zeus è chiamato *mèdon*, questo epiteto, diventato tradizionale, si riferisce al potere che detiene il signore degli dei di applicare la "misura" in una circostanza data, per un giuramento solenne o in vista di un aiuto.

3.2.1 Themis, dike e ius

Accanto allo studio della radice *med-*, non sembra privo di interesse l'approfondimento delle radici di alcuni temi fondamentali che riguardano anzitutto l'idea di giustizia e poi anche, in rapporto ad essa, il fine e i modi della mediazione. Il che permette di tracciare non solo un filo rosso fra i più generici concetti di *themis*, *dike* e *ius*, che già dal mondo classico hanno segnato un

destino semantico e concettuale di giustizia e diritto caratterizzato da profonde continuità discontinue, ma consente anche di verificare il nesso logico che li tiene insieme attraverso quella precisa idea di misura (intesa come misura di "moderazione" e non di "misurazione") che ne costituisce la trama comune.

Il primo fra i termini del quadro concettuale che qui si ricostruisce è il greco *themis*, che designa una serie variegata di concetti accomunati dalla radice vicina al sanscrito *rta*, all'iraniano *arta* (da cui il latino *ars*), radice che fa riferimento ad un'idea di ordine come adattamento armonico delle parti di un tutto tra loro; un ordine immaginato al di là di ogni proiezione in un contesto politico-giuridico, tanto che tale radice non fornisce ancora, in indoeuropeo, alcuna designazione giuridica: il concetto di "ordine" rimanda ancora, in epoca risalente, ad un'idea cardinale dell'universo giuridico e anche religioso, per cui "niente di quello che riguarda l'uomo, nel mondo, sfugge all'impero dell'Ordine. È dunque il fondamento sia religioso che morale di ogni società; senza questo principio tutto tornerebbe nel caos."¹⁸ (Ivi, 358). In questi termini l'idea di ordine e quella di giustizia sono coessenziali e possono inglobare, sotto diverse varietà lessicali, aspetti religiosi, giuridici e tecnici dell'ordine. D'altra parte la *thémis* greca è di origine anzitutto divina, e soltanto questa provenienza può giustificare l'alto livello d'inclusività di questo concetto, che racchiude appunto una dimensione tanto spirituale quanto "secolare" di ordine come equilibrio delle parti in un tutto: "la *thémis* è appannaggio del *basileus*, che è di origine celeste, e il plurale *thémistes* indica l'insieme di quelle prescrizioni, codice ispirato dagli dei, leggi non scritte, raccolta di detti, di giudizi resi dagli oracoli, che fissano nella coscienza del giudice (...) la condotta da tenere tutte le volte che l'ordine del *génos* è in gioco" (Ivi, 360). Queste leggi di origine divina (*thémistes*) non sono inventate, né tantomeno

18 In indoiranico la radice *rta* da cui è derivata *themis* designa specialmente per quanto riguarda le stagioni, il periodo di tempo, da cui è derivata l'idea di una regolarità che dalla dimensione temporale si è estesa anche a quella logico-concettuale.

fissate arbitrariamente da coloro i quali devono applicarle: avendo un fondamento indipendente dall'arbitrio del singolo, il carattere di questo diritto non è neppure convenzionale nel senso moderno, poiché esso esiste prima e al di là degli uomini e delle declinazioni che assume, e deve essere interpretato di volta in volta a seconda del contesto o delle esigenze.¹⁹

L'equilibrio e l'adattamento armonico delle parti di un tutto non è dato all'interno di un concetto di "ordine" fissato e convenzionalmente prestabilito, ma al contrario deve essere valutato e verificato caso per caso, proprio come nella mediazione l'equilibrio nella moderazione dovrebbe essere stabilito di volta in volta, ciò che rende la proceduralizzazione contraria alla logica della mediazione. L'ordine di *thémis* è un tipo di proporzione riproducibile su più dimensioni: tanto nel movimento degli astri, quanto nei rapporti fra uomini e dei e in quelli degli uomini fra loro. L'ordine, e quindi pure l'ordinamento giuridico, nasce allora anzitutto come meccanismo per l'adattamento delle parti al tutto.

Se *thémis* indica la giustizia che si esercita all'interno di un gruppo familiare, che non segue una logica stabilita convenzionalmente ma è agita caso per caso dal capo famiglia, l'unico in grado di interpretare l'ideale divino di giustizia, il concetto di *dike* rappresenta un'evoluzione nel senso di una giustizia che regola i rapporti tra le famiglie. Il greco *dike* si genera dal verbo *deiknumi* che significa mostrare, apparire, richiamando una dimensione della giustizia che si realizza nel riferimento a un modello.²⁰ La questione allora riguarda il come si faccia a "mostrare" la giustizia, per quale ragione l'idea del giusto (mezzo) sia stata associata all'atto dell'indicare. In effetti essa si può mostrare in diversi modi: con il

19 Infatti Nestore all'Atride dice "Tu regni su numerosi *laoi*; a te Zeus ha confidato lo scettro e le *thémistes*, perché tu diriga le loro deliberazioni". Benveniste continua "ovunque si afferma questo rapporto tra l'ordine del *génos* e le sentenze divine".

20 Per Benveniste (Op. cit. p.363) il verbo greco va letto in relazione al dire latino: "si tratta di una radice **deik-* che dà rispettivamente *dis-* in iranico, *dico* in latino, *deiknumi* in greco. Ma queste forme, che si corrispondono con tanta esattezza, non concordano nel loro senso, poiché il greco *deiknumi* significa "mostrare" e il lat. *dico* "dire". Bisognerà dunque arrivare, con l'aiuto dell'analisi, a ritrovare il senso che possa spiegare come mai *dike* assuma il senso di "giustizia".

gesto, con il rinvio a un modello o a un'immagine, con la parola: in generale il senso è "mostrare verbalmente" con la parola. Questa prima precisione è confermata da numerosi usi di *dis-* in indoiranico per "insegnare", che significa "mostrare" con la parola, non con il gesto. Inoltre, esiste in latino un composto sul quale bisognerà ritornare, in cui **deik-* è unito a *ius*: si tratta di *iu-dex*, in cui **deik* rappresenta un atto di parola. Se da una parte si può mostrare in diversi modi, per cui il mezzo e le modalità del riferimento possono assumere forme differenti, dall'altra parte l'oggetto del *mostrare* è riferito da un altro significato di **deik-*: si mostra quello che deve essere, una prescrizione che interviene sotto la forma, ad esempio, di una decisione giudiziaria,²¹ per cui il *mostrare* si risolve in un atto di parola spesso pronunciato dal *dikas-polos* - il giudice che veglia sulle *dikai* per mezzo della sua saggezza e che caso per caso valuta la compatibilità della *dike* (in quanto "uso, modo d'essere").

Parallelo a *dike*, il latino *ius* deriva dall'avestico *yaos* e se considerato nella sua affinità particolare con il verbo *dicere*, si può definire come regola di conformità. Da *Yaos* deriva *ius*: così si sviluppano molti derivati fra cui "colui che ha l'incarico di purificare", l'astratto concetto di "purificazione", tutti riconducibili al senso di "rendere conforme alle prescrizioni, mettere nello stato richiesto dal culto".²² Risalendo dall'iranico e dal vedico, si può ricostruire una traccia comune che accomuna tutti i derivati di questa radice: *yous* rinvia a uno stato di regolarità o normalità richiesto da regole di tipo rituale, tanto che anche *ius dicere* indica una formula di normalità cui ci si deve attenere e che costituisce il fondamento del

21 La relazionalità fra "mostrare" e "dire" dell'indoiranico e del greco potrebbe spingere a considerare come senso primo "mostrare" rispetto a "dire", ma ciò non implica automaticamente che la transizione da mostrare a dire sia semplice da ricostruire, né tanto meno che una volta avvenuta la transizione sia realmente possibile immaginare un significato indipendentemente dall'altro. Dimensione estetica e dimensione discorsiva si intersecano ed è possibile tanto mostrare dicendo, quanto dire mostrando.

22 La medesima radice (*yoh*) indica anche un'espressione di augurio: ancora una volta si replica il significato di "conformità" ad una situazione auspicata o ritenuta "normale", essendo un termine che si pronuncia quando ci si rivolge a qualcuno affinché uno stato di prosperità e d'integrità possa essergli accordato.

concetto di diritto a Roma. Così come *dike* nel mondo greco risponde a una regola di giustizia e non a una definizione generale e astratta del "giusto", allo stesso modo anche *ius* a Roma rappresenta una *formula* e non un concetto astratto.²³ Particolarmente interessante che sia un *pronunciare*, e non un *fare*, a costituire performativamente il diritto, che si realizza anticamente anzitutto attraverso l'intermediario di un atto di parola, lo *ius dicere*, come dimostra d'altro canto tutta una terminologia tipica del giudiziario: *iudex, iudicare, iudicium, iuris-dictio*. Questo rapporto fra la decisione e la parola non deve ingannare: ciò non significa automaticamente che la giustizia sia possibile soltanto attraverso il giudiziario o, ciò che talora è stato sostenuto riguardo la mediazione, attraverso l'istituzione di un terzo che sia in grado di ricomporre un conflitto. Al contrario, la centralità della parola già nelle radici della semantica della giustizia indica che, restituendo a *ius* il suo pieno valore, si può risalire al di là del diritto, poiché il concetto di *ius* non è soltanto morale, ma prima ancora religioso poiché ha nella *thémis* le sue origini, per cui alla parola deve essere restituito il suo valore di strumento primario della comunicazione, dimensione senza la quale la mediazione non potrà mai, in nessun modo, essere realizzata: tant'è che *ius* coincide con "la nozione indoeuropea di conformità a una regola, di condizioni da soddisfare perché l'oggetto (cosa o persona) sia accettato, perché compia il suo ufficio e abbia tutta la sua efficacia" (Ivi, p.373).

E' dunque il carattere della misura, misura come moderazione, a rappresentare un approccio di metodo; il filo rosso che unisce tanto *med-*, quanto *dike, ius, e thémis*, è proprio il concetto di misura come strumento per la valutazione della conformità all'interno di un ordine; misura, dunque, che viene a descriversi come

23 Benveniste (Op. cit., p. 369), sottolinea che "Queste *iura*, come le *dikai* o come le *thémistes*, sono delle formule che enunciano una decisione di autorità; e ovunque questi termini sono presi nel loro senso stretto, ritroviamo, sia per le *thémistes* e le *dikai* sia per *ius* e *iura*, la nozione di testo fissato, di formule stabilite il cui possesso è privilegio di certi individui, di certe famiglie, di certe corporazioni".

meccanismo e non come valore stabile. Questo ci racconta molto del mediare e della mediazione, ovvero della com-misurazione delle differenze, finalizzata a garantire la moderazione. Il termine mediazione infatti deve essere ricondotto a questa originaria dimensione di una moderazione da raggiungere attraverso la ponderazione delle identità e delle differenze all'interno di un contesto di riferimento.

3.3 LA MEDIATEA'

Nell'Etica Nicomachea, Aristotele indica la forma della virtù morale nella "medietà" (*mesótes*). Le virtù, secondo Aristotele, non sono né passione né capacità, ma "stati abituali": e sarà virtù morale, il realizzarsi in noi della "disposizione stabile" (*héxis* in greco, *habitus* in latino) a guidare opportunamente la passionalità (II, 4). Aristotele scrive che essa è una disposizione che orienta la scelta, e che consiste in una medietà relativa a noi, determinata dalla ragione (*logos*), cioè, vale a dire, nel modo in cui la determinerebbe l'uomo saggio (*phrónimos*) (Ivi, II, 6). Il "medio" non è, infatti, una disposizione alla mediocrità – un evitare di sbilanciarsi troppo – bensì una disposizione a trovare il "meglio" (*áriston*) in ogni circostanza. Provare determinate passioni "nel momento adatto, riguardo alle cose e in relazione alla gente adatta, per il fine e nel modo adatto, è il giusto mezzo e allo stesso tempo l'ottimo, il che è proprio della virtù" (Ivi, II, 5, 1106 b 21-23.). Inoltre "per il fatto che alcuni stati abituali, sia nelle passioni che nelle azioni, sono inferiori a ciò che si deve, e altri sono superiori, la virtù individua il giusto mezzo e lo sceglie. Per questo motivo secondo la sostanza, e secondo la definizione che ne esprime l'essenza, la virtù è medietà, mentre dal punto di vista

dell'ottimo e del bene è un estremo" (Ivi, II, 6, 1107a 2-9.). La medietà di cui Aristotele ci insegna, infatti, non è di tipo aritmetico (Ivi, II, 5) – una sorta di "media" tra il più e il meno – bensì di tipo qualitativo, e lo rimarca costantemente per chiarire la differenza tra giusto mezzo ed estremi. Analizzando casi particolari, spiega che il "coraggio", in relazione al "pericolo", è un esempio di medietà: il coraggio è medietà tra gli eccessi opposti della "temerarietà" e della "viltà". La medietà, aristotelicamente intesa, è, dunque, l'agire ponderato e scelto, visto in contrapposizione all'agire sconsiderato e reattivo, in cui è l'inerzia passionale a prevalere.

Perciò, tornando al paradigma *medio, mediare, mediazione*, dovremmo ricordarci che il medio nel mondo antico è stato *mesotes* prima di essere "mezzo" inteso come strumento per raggiungere un fine; esso era sia lo spazio che la virtù, la modalità per comprendere due eccessi. Ogni operazione che riguarda la mediazione, anche quella giuridica, può essere compresa fino in fondo soltanto quando si riesca ad interiorizzare l'ambivalenza di fondo del concetto di medio e delle operazioni ad esso connesse. Lo spazio del medio è, anche nel quadro dell'agire pratico, uno spazio di condivisione e appartenenza comune, e non è mai, al contrario, lo spazio della sottrazione. La storia del medio ci racconta che esso va inteso non come un modo per trovare una dimensione neutrale fra le differenze – *nec utrum*, ovvero "né questo, né quello" – ma come lo spazio di ri-comprensione in cui medio è *sia questo che quello*, o meglio ancora *questo e quello*. Il medio è il meccanismo che mette in comunicazione le differenze per trovare punti di contatto, per trovare equi-valenze, che è ciò che è proprio della mediazione, che è moderazione come virtù del giusto mezzo.

3.4 LO SPAZIO MEDIATIVO

In mediazione, il modo di manifestarsi della contraddizione che generano le parti in conflitto, è un modo dove "il prendere assieme non è un'operazione che viene condotta in maniera arbitraria ed erronea e, come tale, evitabile, ma è, piuttosto, espressione di un carattere costitutivo di ciò che viene assunto. In questo caso la connessione di qualcosa con la sua negazione, con il suo opposto, non è un atto che interviene, per così dire, all'estremo, ma è un tutt'uno con il darsi di quella cosa" (Fuselli 2010, p. 142). La struttura del confronto che costituisce la sua formula (A e non A) allude infatti, come si è visto, ad una condizione ontologica che rimanda alla totalità, all'intero. Questa struttura paradossale richiama la correlazione indissolubile tra opposti che interagiscono in qualcosa che è la ragione d'essere dell'uno e dell'altro: non è il prodotto del loro confronto, ma è la condizione affinché ogni confronto si possa costituire. "Abbiamo così due termini, A e non- A , di fronte ai quali il pensiero astratto (che Hegel chiama anche conoscere rappresentativo o riflessione esteriore, tutte espressioni riunificate in quella di intelletto, *Verstand*) si comporta come se la tensione dovesse essere concentrata unicamente su A e su non- A , concepiti per sé stanti, trascurando del tutto ciò che li connette, la congiunzione "e". Mentre il *Verstand* considera questo connettivo come qualcosa di talmente scontato da poter essere tralasciato come insignificante, un livello di pensiero che mira invece a non omettere nulla e che Hegel identifica con l'atto della ragione, la *Vernunft*, guarda principalmente proprio alla "e", vale a dire al rapporto come tale. Questo non viene più inteso come un accostamento accidentale di termini semplicemente diversi. Anzi è proprio la "e", la congiunzione con altro, che viene vista ora come essenziale al porsi di ogni determinazione in quanto negazione. La "e", che al *Verstand* appare come ciò su cui non è necessario soffermarsi a pensare, perché è il punto neutrale

e indifferente del passaggio da A e non-A, diventa invece per la ragione ciò che è necessario pensare per il costituirsi di entrambi” (Chiereghin 2004, p. 80-81). La mediazione possiede un valore razionale molto forte, dunque, in quanto la reciproca relativizzazione di ciascuna assunzione consente di accedere ad una dimensione che si presenta come limite del pensiero razionale. Limite che si manifesta come ciò che consente il *movimento* del pensiero da A a non-A e che non è né quiete né moto. Limite rappresentato dalla congiunzione “e” che costituisce il punto in cui ciascuna pretesa, in quanto determinata, si afferma e si nega. Infatti “La congiunzione “e”, pensata come limite tra A e non-A, è il principio generatore di ciò che è determinato e, al tempo stesso e sotto il medesimo rispetto, è anche ciò in cui il determinato “finisce” e si toglie nella sua determinatezza. Pensare ciò che è *nel* suo limite non significa quindi esaminare una proprietà qualsiasi accanto alle altre: se il limite è ciò che configura ogni cosa nella sua determinatezza, e nel limite A e non-A vengono a coincidere, allora ogni cosa è determinata in virtù della contraddizione, perché nel limite A = non-A. Congiungendo sotto il medesimo rispetto per cui separa, il limite è il punto essenziale alla cosa, in cui questa è al medesimo tempo e identicamente se stessa e la propria negazione” (Ivi, p.81).

La pratica della mediazione, dunque, non si risolve in una logica elementare giocata sulle pretese che emergono come contraddizioni, ma è fondata da una condizione di natura ontologica che si pone come antecedente necessario del pensare per opposizioni. D'altronde se la mediazione non viene restituita alla sua semantica originaria, ogni osservazione rimane comunque spoglia di quella dimensione discorsiva che invece le è propria. Fallimentare si rivela ogni *teoria* che tenta di incardinarla in una logica elementare in cui la soluzione sia affidata a una formula. La mediazione va ricollocata all'interno di una *dialettica* (intendendo questa espressione nel suo senso originario di *dialegein*, che è un tenere insieme

ma anche un distinguere) e non di una logica formale; questa realtà riposa su di un piano diverso rispetto ai due opposti e alla relazione che li lega, e si presenta al pensiero come ciò che consente tanto l'opposizione quanto il legame tra gli opposti. Ad un tempo, infatti, li tiene distinti e, tuttavia, li unisce. Ovvero consiste in ciò che permette agli opposti, in quanto opposti, di scontrarsi e, opponendoli, di mantenersi legati in unità. Etimologicamente, infatti, l'espressione *dialegein* indica ciò che unisce e distingue. Si manifesta, dunque, come una realtà all'origine del darsi e del distinguersi.

La mediazione, dunque, presuppone, come sua condizione di pensabilità, il limite razionale del *dialegein*, ovvero quel presupposto che precede ogni opposizione polare. La struttura della relazione di *dialegein* si presenta come compresenza simultanea degli opposti in un legame oppositivo, che costituisce l'unità degli opposti; è, quindi, condizione che consente di *prendere* insieme gli opposti. Essa è come un flusso all'origine di ogni confronto: un movimento senza fine che non consente alcuna determinazione, proprio perchè inesauribile: è solo nel punto di passaggio tra i due opposti che è possibile intuirne la compresenza simultanea. "La contraddizione non si dà tanto nel fatto che il positivo sia "anche" negativo, che la differenza sia posta "e insieme" tolta, quanto piuttosto *nel punto* in cui avviene il passaggio dall'una all'altra delle due determinazioni opposte, là dove il dileguare dell'una fa tutt'uno col sorgere dell'altra" (Ivi, p.91). La relazione, infatti, è oppositiva quanto legante, in quanto il *dialegein* custodisce, oltre che lo scontrarsi degli opposti, anche la relazione che li lega opponendoli. Nella relazione di opposizione gli opposti si combattono ma, nello stesso tempo, massimamente si avvicinano. Se gli opposti sono tali, significa che nulla altro è fuori di loro. Essi, pur essendo parziali, nello stesso tempo partecipano dell'intero che li tiene insieme opponendoli.

La mediazione, allora, ricerca la soluzione in un processo che non smetta la

relazione di opposizione. Essa mantiene la tensione bipolare e non distorce la logica conflittuale attraverso la neutralizzazione della tensione da cui il conflitto è generato, cosa che al contrario avviene quando la tensione bipolare è esportata in una logica di bivalenza in cui emerge l'alternatività delle identità che porta all'annullamento dell'indistinzione (che invece attraverso il contatto del conflitto è mantenuta.) Il che avviene quando alla mediazione si affidi un carattere esclusivamente replicativo della terzietà tipica del giudizio ordinario, costringendo la tensione bipolare a una logica bivalente in cui si perdono l'intersezione, il contatto e la conflittualità che sono piuttosto i presupposti della ricomposizione di un equilibrio dinamico. Da ciò derivano due principali considerazioni: da una parte, la mediazione può riuscire se al *modo* con cui si tenta di realizzarla è attribuito un carattere dinamico, capace di adattarsi alla mutevolezza dei casi (mutevolezza che altrimenti ricadrebbe in una neutralizzazione forzata dovuta alla staticità di una procedura pseudo-giudiziaria); d'altra parte, sostenere la prevalenza di una modalità dinamica di approccio al conflitto, che permetta di partire da esso mantenendo la logica tensionale che gli è propria, rispondendo così all'esigenza comunicativa che dalla logica giudiziaria è annullata e trasferita ad un giudice terzo ed esterno al conflitto, significa prima di tutto convenire sulla indefinibilità della procedura della mediazione, che di volta in volta deve trovare il proprio modello, la propria traccia per governare la tensione conflittuale, in altri termini la propria *misura*, una misura mutevole, finalizzata alla composizione di *questa* lite e di nessun'altra, una misura che dunque condivide, con la lite, il medesimo spazio di comunicazione. Per queste ragioni, lo spazio della comunicazione è anzitutto uno spazio d'inclusione che trova volta per volta la propria misura all'interno dell'equilibrio dinamico che deve essere ricomposto.

CAPITOLO IV

Mediare, conciliare, giudicare

4.1 MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE

La via dell'amichevole componimento delle liti, avvicinandosi maggiormente ai primigeni ideali di giustizia e soddisfacendo in miglior misura le esigenze dei singoli coinvolti, è sempre stata considerata come lo strumento per assicurare la pace sociale fra i contendenti ed il mezzo per evitare una rottura definitiva dei rapporti giuridici e sociali (Friedman 1978). Se ciò è vero, è però vero anche che alcune specificazioni sono d'obbligo e che non tutti gli accordi *pacificano* e ricuciono la frattura allo stesso modo. Al centro della scena vi è il conflitto e non può dirsi lo stesso se esso viene risolto o piuttosto (bruscamente) interrotto con una transazione.

Il conflitto, infatti, come già si è affermato, non rappresenta, una patologia ma una forma di interazione, così come la cooperazione, e dunque, come tale, è anch'esso costitutivo del sociale. Questa è un'idea del conflitto ormai radicata nel pensiero sociologico, e di cui molti autori si sono occupati, ma si deve a Simmel – e all'interpretazione che ne ha fornito Coser (1967) – una delle formulazioni più originali e sicuramente più utili per inquadrare la mediazione. Per il sociologo tedesco i fattori "negativi" – tanto quanto quelli "positivi" – contribuiscono a strutturare le relazioni di gruppo e, in questa prospettiva, il conflitto adempie funzioni sociali tanto quanto la cooperazione. Il conflitto non rappresenta un elemento antifunzionale, ma al contrario un elemento essenziale nella formazione e alla persistenza del gruppo (Simmel 1998, p.89). L'elemento dissociante è

costituito, semmai, dalle cause della lotta: l'odio e l'invidia, la necessità e l'avidità (Ivi, p.213). Di ciò però non si occupa la sociologia, il conflitto non viene infatti da Simmel considerato né nelle sue componenti motivazionali né nelle sue implicazioni individuali, quanto piuttosto nella sua esclusiva dimensione formale. Ed è proprio rivolgendo lo sguardo alle forme, piuttosto che ai contenuti, che è possibile cogliere, nel conflitto non la forza dissociativa ma quella associativa.

Seppur appaia nell'immediato come una desocializzazione esso non rappresenta, in realtà, che una delle forme della socializzazione, e, su questo aspetto, Simmel insiste particolarmente, mettendo in risalto come esso sia costitutivo del processo di trasformazione degli individui, del loro modo di entrare in relazione, e dunque del sociale. Il conflitto, però, viene ad assumere una connotazione positiva solo a patto che l'antagonismo e la contrapposizione vengano giocati all'interno di una dinamica relazionale: è appunto la forma che assume il conflitto, più che le cause in sé, che ne fa un potenziale strumento di integrazione²⁴. In questa prospettiva, è considerato come inerente al legame sociale dal momento che in sé è già risoluzione delle tensioni tra i contrari: "Ci si unisce per battersi e ci si batte sottomettendosi a delle norme e a delle regole comuni riconosciute da entrambe le parti" (Simmel 1998, p.228). Fondamentale si rivela allora il modo di operare del terzo nei confronti delle parti in conflitto. A riguardo è bene ricordare che quando entra in gioco il terzo all'interno dell'interazione, questo non solo contribuisce ad una gestione costruttiva del conflitto ma può anche, ugualmente, agire all'opposto o addirittura favorire la creazione di un nuovo conflitto. Simmel sostiene che il determinarsi dell'una o dell'altra circostanza non è lasciato al caso, alle predisposizioni soggettive o alla natura del contendere, ma corrisponde alle possibili configurazioni formali che la

24 Come ricorda Coser riprendendo Simmel, si deve sempre distinguere tra conflitti e atteggiamenti ostili o antagonistici. I conflitti sociali denotano sempre un'interazione sociale, mentre gli atteggiamenti o i sentimenti sono predisposizioni all'azione (cfr. L.A. Coser, Op. cit ., p. 43).

triade va ad assumere: "Il numero tre, in quanto tale, mi sembra produrre tre forme tipiche di raggruppamento che da un lato non sono possibili in presenza di due elementi, e dall'altro con un numero maggiore di tre o sono parimenti escluse o si ampliano soltanto quantitativamente, senza modificare il loro tipo formale" (Ivi, p.89). La funzione specifica del terzo può, dunque, essere quella di "*mediare tra due estremi*", o può, al contrario, inserirsi all'interno della diade, favorendone una contrapposizione qualora si presenti come un "*tertius gaudens*" tra due soggetti in conflitto, ovvero faccia propria la tattica del "*divide et impera*", promuovendo l'antagonismo tra le parti al fine di trarne un vantaggio personale. Nella prima delle tre combinazioni considerate, la finalità perseguita attraverso il passaggio dalla diade alla triade è "salvare l'unità del gruppo dal pericolo della rottura" mentre, al contrario, nelle altre due il terzo "fa dell'azione reciproca tra le parti un mezzo per i suoi scopi" (Ibidem). Simmel, particolarmente interessato ad approfondire la forma tipica di raggruppamento che viene a determinarsi quando il terzo svolge una funzione mediativa, mette in evidenza che solo il mediatore può offrire la possibilità per i due contendenti di uscire dal contrasto assoluto, affermando la possibilità di una composizione virtuosa della contesa; i conflitti "che gli interessati non possono appianare da soli vengono sanati dal mediatore" (Ivi, p.81). Grazie alla funzione esercitata da quest'ultimo diventa possibile il passaggio da una logica antagonistica volta a massimizzare il proprio utile, ad una risoluzione del conflitto in cui entrambe le parti, esplicitando nella relazione le ragioni del proprio contendere, siano in grado di trovare soluzioni volte ad ottenere il mutuo beneficio.

Il mediatore come soggetto terzo, inoltre, svolge anche quella funzione fondamentale di rendere il conflitto opportunità di unificazione. Laddove l'assenza di dialogo lascia sfuggire la scoperta di valori comuni, fissando le parti nella logica della contrapposizione, la mediazione, attraverso l'intervento del mediatore,

permette di unire ciò che si presenta diviso (pur nel mantenimento della reciproca distinzione). La finalità è quella di portare le parti su un terreno di riconoscimento reciproco che passa anche dal riconoscimento della natura del conflitto in gioco.

La mediazione determina, nei soggetti che ne sono protagonisti, la possibilità di sperimentare, attraverso una dinamica che la presenza del terzo rende societaria, uno stare in relazione nel rispetto delle reciproche differenze. Ciò diventa possibile non tanto perché il conflitto viene risolto ma perché la dinamica della mediazione può favorire l'integrazione degli individui, separati dal conflitto, "nella completezza dell'unità psichica che abita nella vita del gruppo" (Ivi, 230). Questa unità non si crea nella mediazione; è però all'interno di questa forma tipica di raggruppamento che diventa possibile per le parti sperimentare la persistenza del legame sociale. Nella mediazione, questo passaggio, dall'individuale-soggettivo al sociale-solidale, è reso possibile grazie alla presenza del terzo che consente la trasformazione della contrapposizione nominalistica in una relazione conflittuale. Nel caso della mediazione, dunque, il sistema appare ternario non solo nella struttura, ma anche nel risultato. L'intervento del terzo consente di far uscire da un riduttivo faccia a faccia i due soggetti contrapposti all'interno della dinamica conflittuale. Tale aspetto permette di operare una distinzione netta rispetto alla negoziazione o alla conciliazione. Queste lasciano infatti le due parti in conflitto fronteggiarsi nella ricerca di una soluzione attraverso l'eventuale ausilio di soggetti esperti e coinvolti.

Il mediatore, a differenza del conciliatore, non è colui che offre alle parti una soluzione, ma una possibilità di uscire dal dominio del sentimento che fa apparire come inconciliabile il contrasto. Il ruolo della mediazione non può, in nessun caso, essere ridotto ad una mera procedura di gestione delle reciproche pretese, come accade nella conciliazione. Fra la conciliazione e la mediazione vi è una differenza semantica ed ontologica. Mediazione e conciliazione devono perciò essere tenute

distinte. Differenza fondamentale fra la prima e la seconda è che la conciliazione è orientata al fine mentre la mediazione al mezzo. La conciliazione, infatti, mira esclusivamente al raggiungimento di un accordo. La mediazione, invece, ha il compito fondamentale di ristabilire, o di stabilire, la comunicazione indipendentemente dal fatto che ciò comporti la risoluzione del conflitto. Di fronte al mediatore, infatti, la chiusura del conflitto resta sempre nelle mani delle parti che l'avranno scelto e riconosciuto liberamente.

Mediazione e conciliazione, dunque, seguono logiche differenti ed operano, quindi, secondo meccanismi diversi; ciò si riverbera inevitabilmente sul conflitto e la sua gestione. In particolare, mentre la mediazione si preoccupa dell'equilibrio relazionale dei soggetti in lite, e quindi della tensionalità propria del conflitto, la conciliazione interviene o influenza secondo la prassi di un sistema binario, ricercando la soluzione in un processo che riconduce il conflitto a un sistema di ricomposizione delle differenze basato sulla neutralizzazione della tensione da cui esso è generato. Vi è quindi un'attenzione differente alla dinamica del conflitto, o meglio, la mediazione è attenta alla dinamica del conflitto, la conciliazione invece la annulla.

Come ha evidenziato Simmel, il processo di mediazione appare semplice nel suo funzionamento ma al contempo è rigoroso nelle premesse che lo rendono percorribile. Il suo agire, preciso e mirato, passa per quell'atto di reificazione del conflitto che implica necessariamente un trascendimento, ovvero la creazione di una nuova realtà, o di un nuovo tipo di realtà, qualcosa, cioè, che in potenza era già presente che diventa la realtà empirica. La strada per una tale trasformazione fruttuosa passa per la complessificazione, con la possibilità di un qualche raggruppamento di parti e obiettivi, ma cercando sempre di evitare la deformazione del conflitto. Le situazioni, d'altronde, non si comprendono se non riposizionandole in un insieme complesso; questo permette di inquadrare le

tensioni personali oggettivamente per quello che sono, permettendo di cogliere ciò da cui esse derivano, che siano appartenenze multiple, vissuti contraddittori, conflitti interni o ruoli contraddittori assunti dai confliggenti. Inoltre, per questi, il porsi in relazione con il soggetto terzo impone uno sforzo di oggettivazione delle cause del conflitto che permette di prendere le distanze dalla situazione contingente, mettendola in una prospettiva complessa, per meglio gestirla. Il senso della complessità consente di sfuggire al meccanismo che confina la mente al pensiero dicotomico della realtà che analizza. Attraverso questo intervento il mediatore porta il conflitto sulla via della metamorfosi e i confliggenti, dunque, sul terreno della comunicazione. Egli, attraverso l'ascolto e il suo stare nella relazione, cerca di lasciar trasparire le grammatiche che guidano le azioni e le ragioni del contendere. Successivamente, poi, il suo compito prevede una *restituzione* "presentando ad una parte le pretese e le ragioni dell'altra" (Ivi, p.91). Egli, quindi, "riduce in sé" la materia del contendere in modo tale da trasmetterla soltanto in forma oggettiva.

Al mediatore è richiesto di essere in grado di non collegare alcun interesse personale ai contenuti oggettivi delle opinioni di parte; questi vengono da lui sottoposti a un esame soltanto come "in un intelletto puro", impersonale, senza toccare una corda soggettiva. Tuttavia, egli deve anche, e necessariamente, possedere un interesse soggettivo per le persone - o per i complessi di persone - che sono portatori di quei contenuti contrastanti per lui puramente teorici; altrimenti non potrebbe assumere la funzione di mediatore. La peculiarità della relazione attraverso il mediatore è, infatti, data dal fatto che viene posto in azione "un meccanismo puramente oggettivo di calore soggettivo" (Ivi, p.93). Si è dunque di fronte ad una formulazione molto prossima al concetto di empatia (*Einfühlung*) usato per indicare la capacità di porsi nella situazione di un'altra persona con nessuna o scarsa partecipazione emotiva o, per usare la più

opportuna formulazione rogersiana, come la comprensione dell'altro che si concretizza immergendosi nella sua soggettività senza, tuttavia, sconfinare nell'identificazione.

L'elemento trasformativo più rilevante che avviene grazie all'opera del mediatore è il passaggio da una dimensione emotiva ad una dimensione intellettuale e il conseguente disvelamento della componente oggettiva della contesa. Si tratta di un passaggio fondamentale poiché non c'è nulla che serva così efficacemente alle parti in contrasto quanto la loro oggettività. In tale modo i soggetti appaiono soltanto come i portatori irrilevanti del conflitto. In qualche modo si assiste a un'operazione del tutto simile a quella propria dell'analisi formale: il mediatore, come il sociologo, è chiamato al compito di portare alla luce le forme lasciando cadere i contenuti. Avviene così un'autentica metanoia che permette alle parti di riprendere la comunicazione e poter consensualmente stabilire la direzione della prosecuzione del loro rapporto.

Tutto ciò, come si è detto, non avviene in conciliazione. Il conciliatore opera secondo uno schema differente: non è attento al conflitto, alle *forme*, ma ai contenuti. Il conciliatore lascia inalterata la contrapposizione a due dei confliggenti e orienta la sua attenzione sulle pretese, semplificando perciò il conflitto - non passa per la complessificazione, quindi, ma, al contrario, semplifica il conflitto per mantenerlo nelle logiche binarie. L'esperienza delle parti, dunque, non è quella della sperimentazione della persistenza del legame sociale, ma, al contrario, è una esperienza, al pari di quella del giudizio, *divisiva* e non interessata alla dinamica conflittuale ma piuttosto alla ricerca della modalità, più celere possibile, di rimozione degli effetti del conflitto. Non è funzione propria della conciliazione il ristabilire la comunicazione fra le parti: il conflitto è sospeso e l'attenzione si sposta sulle reciproche pretese. Non vi è spazio della comunicazione come spazio d'inclusione ma vi è esclusione. La logica della conciliazione è tutta qui, in

definitiva si esaurisce nell'opera di convincimento, che spetta al conciliatore esercitare sui confliggenti, per ottenere quelle rinunce che possano dar vita ad un compromesso accettabile da entrambe. La conciliazione dal latino *cum calare*, "chiamare insieme", (che riporta all'idea *del riunire, legare insieme*) è, infatti, facilmente identificabile con il compromesso, dal latino *compromissus*, obbligato insieme, composto da *cum* insieme e *promissus* promesso, che è "adattamento", è una transazione raggiunta a forza di reciproche concessioni.

Sono infatti le *rinuncie*, attraverso le reciproche concessioni, e non le parti, che permettono all'accordo di formarsi, dando vita ad una soluzione del conflitto che quindi si mostra carente sotto molteplici aspetti; la conciliazione, d'altronde, *pretende* di legare insieme ciò che non vuole essere insieme e questo si riverbera sulla qualità della relazione, sull'esito del conflitto, e non meno che sulla stabilità dell'accordo.

Insito nella conciliazione è anche perciò il meccanismo del *comando paradossale*, nella pretesa di un accordo, là dove, appunto, non si è d'accordo.

Il comando paradossale diventa pericoloso soprattutto in considerazione del fatto che esso può fomentare la lite distruttivamente, ingenerare cioè addirittura un ulteriore conflitto sul conflitto di partenza. Si pensi ad esempio al tipico comando paradossale "non essere arrabbiato", questo non modifica lo stato di rabbia ma moltiplica quella rabbia che oltre ad essere rimasta cristallizzata per il motivo per cui si era generata, si raddoppia per la frustrazione che genera il comando insensato.

L'idea della conciliazione, poi, si lega a quella del conflitto strutturando necessariamente un giudizio di valore su quest'ultimo. Se si ritiene, infatti, che l'accordo di conciliazione possa rappresentare l'esito migliore del conflitto, si prende automaticamente una posizione ben precisa nei confronti di quest'ultimo, considerandolo, cioè, alla stregua di un male endemico da esecrare. Considerato

infatti che la conciliazione si basa sulle differenze (al contrario della mediazione che si basa sulle equivalenze), ammettere che la miglior soluzione consti nell'eliminare tali differenze equivale a sostenere che non possano esistere modalità che non richiedono la *rinuncia* per gestire il conflitto e che, quindi, esso non possa in alcun caso esplicitare una funzione positiva. Inoltre significa anche non considerare che quando l'obiettivo è quello di eliminare le differenze l'accordo che si genera non potrà fondarsi che sull'obbligo (perciò sulla forza), poiché i confliggenti saranno disposti alle rinunce che danno vita al compromesso solo laddove siano obbligati a farlo, poiché al contrario se agissero in questo modo spontaneamente non sarebbero proprio in conflitto. La conciliazione, dunque, è incapace di provvedere alla legittimazione dell'accordo (è incapace cioè di raggiungere un accordo *volontario*). Quella della conciliazione è un gioco di forze, quello della mediazione è un rapporto di relazione. Inoltre, non si deve trascurare che, all'opposto di quanto si crede comunemente, le differenze (su cui si basa il conflitto), non le equivalenze, sono il postulato fondamentale del rapporto interpersonale (perciò di un accordo volontario): è quindi la *non rinuncia*, non la *rinuncia*, che ricuce il legame fra i confliggenti. In questo senso mediazione e conciliazione si oppongono come avversari irriducibili.

Ma vi è di più: la conciliazione non può essere confusa con la mediazione soprattutto in termini di impatto sul sociale. Ovvero, la centralità del mezzo (attraverso cui i confliggenti gestiscono il loro conflitto) e non del risultato (la conciliazione come transazione) nel discorso della pacificazione sociale, risiede proprio nel fatto che è l'autenticità del percorso di trasformazione del conflitto a definirne una valenza positiva e perciò costruttiva di un risultato positivo anche per la comunità stessa.

La ricucitura del legame tra due soggetti in lite si realizza come autentica laddove nessuna delle due sia spinta a transigere la propria posizione in vista di

una peggior possibilità di alternativa, ma al contrario nel riconoscimento dell'altro raggiunga una nuova posizione in merito alla frattura che caratterizza in quel momento quella relazione. Se ciò non avviene, se dunque la relazione non si trasforma, non subisce quella metamorfosi fisiologica che è propria della risoluzione del conflitto, se cioè non è una metamorfosi a divenire protagonista di quella situazione sarà la paranoia e perciò la fissazione della lite che immobilizzerà i contendenti sulle loro posizioni antagonistiche.

In questo senso la dottrina che definisce la mediazione "come strumento di oppressione sociale" (Cosi 2007, p.86) mette in evidenza la criticità di una attività che immersa in una realtà distorsiva della sua fisionomia finisce per diventare strumento nelle mani del più forte, a detrimento del più debole. Se è vero infatti, che un soggetto non sceglie ma ha la necessità di ricorrere ad una "giustizia informale" perché lo Stato non è in grado di garantire una giustizia efficiente, sul tavolo delle contrattazioni sarà il soggetto più debole a dover cedere, non avendo alternativa (concreta), non essendo davvero *tutelato* dalla giustizia, creando accordi che lungi dall'essere l'approdo di una negoziazione condivisa e consensuale si rendono piuttosto il riflesso della disuguaglianza dei poteri.

La retorica dell'informalismo, alla luce di questa evidenza, trapela la sua pericolosità, nel lasciare inalterate le disparità sociali, personali ed economiche e produrre compromessi a vantaggio del più forte. È perciò fondamentale che i luoghi "alternativi" di gestione dei conflitti, siano non la soluzione per le inefficienze della giustizia ma la possibilità concreta per la risoluzione dei conflitti, e allo stesso tempo che la giustizia funzioni e funzioni bene per assicurare al cittadino quella tutela, costituzionalmente garantita, che indefettibilmente gli spetta.

D'altra parte non può essere tanto una tipologia di conflitto piuttosto che un'altra a poter essere mediata (che sia per materia o per valore) ma è la

relazionalità tra i soggetti che sono in conflitto a fare da discriminare tra ciò che è o non è mediabile, e ciò non è in alcun modo aprioristicamente determinabile. D'altronde si può mediare solo ciò che si può mediare, la tautologia in questo caso non è un inutile ridondanza ma aggiunge qualcosa.

4.2 MEDIAZIONE E GIUDIZIO

Il campo della mediazione deve essere tenuto nettamente separato dal campo del giudizio. La mediazione non sopporta ruoli istituzionali, non può essere ingabbiata in protocolli. Giudizio e mediazione non condividono linguaggi e tempi, differenti sono i loro modi e i loro fini, il loro stare sulla scena è differente e tutto ciò ha una diretta incidenza sul loro agire. Sistema a tre e sistema con terzo, equidistanza ed equi-prossimità, tradurre le parole o dire l'ultima parola, esercitare il linguaggio o favorire la comunicazione. In definitiva: gestire il conflitto o decidere il conflitto.

Compito del giudice è quello di decidere il conflitto, il giudizio, infatti, si occupa di attuare i diritti e non di risolvere i conflitti. Attuazione dei diritti e risoluzione dei conflitti insieme, funzionano solo quando si attuano i diritti per risolvere i conflitti. Ciò è altamente improbabile, però, poiché la *giustizia* è discordia per definizione: aggiudica a qualcuno perché toglie a qualcun'altro. Quello che sempre permane è un risentimento continuo: il risentimento viene bandito per decreto (Resta 2008). Il risentimento – sentire, o provare di nuovo, gli effetti di qualcosa – svela il meccanismo della cattiva infinità delle liti, alla quale deve essere posta fine, e, per la quale il giudice è chiamato ad operare. Il diritto, infatti, non può permettersi l'incertezza: non importa se la proprietà di un

immobile qualsiasi sia di Tizio o di Caio, al diritto importa, solamente, che si definisca alla svelta se quell'immobile è di proprietà di Tizio o di proprietà di Caio.

Non c'è tempo per il tempo del conflitto, che è trasformazione, è la possibilità dell'impossibilità apparentemente data. Il giudice deve porre fine alla cattiva infinità della lite e lo deve fare alla svelta, tutto qua. D'altronde il diritto regola il conflitto senza doverlo risolvere, non è dunque interessato alle dinamiche relazionali, non spetta a lui il compito di cemento sociale.

Nel disegno della legalità moderna il giudice è capace di, ma è anche obbligato a, risolvere tutte le controversie. Il divieto del *non liquet*, infatti, è qualcosa di più di una previsione procedurale: oltre ad essere direttiva dell'azione per il giudice, è anche principio chiave della legalità moderna che funziona da clausola di chiusura sistemica, ed è il dispositivo dell'art.12 delle preleggi che ce lo racconta. In questo la legalità assume così un volto onnicomprensivo e un po' totalizzante (Resta 2007), pieno nell'assegnazione, anche, dell'esercizio obbligato di una funzione risolutiva. I *dissòi lógoi* (ragionamenti duplici) non sono sopportati: la giustizia non li consente perché non può permetterseli. La giustizia attua i diritti, ma lascia dietro di sé conflitti ancora vividi.

Il conflitto nel sistema del diritto, non solo non viene risolto, dando vita ad un meta-conflitto che sposta l'attenzione da quello originario a quello trasformato dal processo, ma talvolta viene amplificato se non moltiplicato.

In questa prospettiva la presenza del mediatore consente di ovviare a quei rischi, assolutamente frequenti nel sistema dibattimentale, per cui "il conflitto giuridico può naturalmente condurre a un formalismo della lotta, che si rende indipendente rispetto al contenuto. Ciò accade da un lato nella cavillosità giuridica, in cui addirittura non si controbilanciano più momenti oggettivi, ma si hanno soltanto concetti che conducono una lotta del tutto astratta. Dall'altro lato il contrasto viene talvolta trasferito a elementi che non hanno assolutamente alcuna

relazione con ciò che deve essere deciso attraverso la loro lotta" (Simmel 1998, p.230).

Le parti si identificano ben presto con la posizione presa, diventando *personaggi* che agiscono secondo un copione che deve condurre alla vittoria. L'*oggetto* del conflitto è necessariamente modificato, il processo ha bisogno che tutto venga trasformato per essere idoneo alla *rappresentazione*. Così il conflitto perde la sua oggettività e si personalizza, non è più uno scontro *su* qualcosa, ma uno scontro *fra* qualcuno, che, fra l'altro, si *maschera*, si nasconde, si imprigiona in un ruolo. Ciò necessariamente conduce ad un inasprimento o rottura delle relazioni interpersonali.

Luhmann aveva riconosciuto che la formalizzazione della disputa davanti al giudice è tale da aumentare la complessità della relazione sociale conflittuale (Luhmann 1982, p.17); secondo il sociologo tedesco i conflitti hanno la funzione di rendere un rapporto stabile basandosi per l'appunto, e per paradosso, sulla propria instabilità. Infatti, nel momento in cui il conflitto viene percepito, prendono avvio gli sforzi finalizzati a risolvere, sostituendo aspettative incerte con aspettative problematiche ma certe. Con l'intervento del diritto l'incertezza dell'aspettativa aumenta, in quanto, intervenendo un terzo, entrambe le parti devono fare i conti, oltre che con il comportamento della controparte, anche con "altro", senza poter sapere, neppure come l'altro si atteggerà rispetto a questo fattore.

Il processo, dunque, è il luogo della trasformazione istituzionale del conflitto in contesa. Essendo sostanzialmente la ritualizzazione della vendetta e della violenza privata (mediante la sottrazione al singolo del potere di reagire autonomamente alle offese e l'attribuzione dello stesso alla "forza pubblica"), il processo diventa l'*arena* dove le parti si scontrano, ma non si incontrano. Il diritto e il suo strumento attuativo, d'altronde, per gestire la violenza e il disordine, *separano*. Il processo giurisdizionale, infatti, pur essendo indispensabile, può essere qualificato, come è

stato osservato (Mazzucato 1999, p.1276), come un vero e proprio strumento di *separazione* istituzionalizzata.

Conflitto che separa, dunque, quello del giudizio, conflitto che unisce, invece, quello della mediazione.

D'altronde giudice e mediatore lavorano su scene differenti e agiscono in modo differente perseguendo anche finalità diverse in merito ai risultati. Il processo, a differenza della mediazione, infatti, è il tipico gioco "a somma zero"²⁵: data una posta, questa non può venire modificata, ma solo attribuita alternativamente all'uno o all'altro dei giocatori. Uno vince, l'altro perde. La posta in gioco può essere anche spartita tra i contendenti, sempre senza modifiche del suo contenuto complessivo iniziale. In quest'ottica la transazione, il negozio giuridico con cui le parti, attraverso reciproche concessioni, decidono di porre fine alla lite per evitare costi e rischi dell'aggiudicazione finale, assume i connotati di un gioco "a somma negativa" (perdi/perdi) inserito in un gioco "a somma zero" (vinci/perdi). Quello della mediazione invece è, almeno potenzialmente, un gioco "a somma positiva": la risoluzione del problema discende da un accordo che rappresenta uno spazio condiviso, senza vincitori né vinti, in cui entrambe le parti si riconoscono con i relativi interessi.

I conflitti hanno origine, infatti, negli interessi, e questi costituiscono una massa molto più grande di quella dei diritti: ancorati come sono ai singoli concreti portatori, non sono preventivamente conoscibili e istituzionalizzabili. Il loro rapporto coi diritti è del tipo specie/genere o, per usare un'immagine metaforica, simile a quello tra la parte immersa e quella emergente di un iceberg (Cosi 2012). I diritti inoltre sono spesso solo il "sintomo" delle vere cause del conflitto, sempre situate nella zona degli interessi: si ricorre ai primi perché sono più "ordinati" e

25 Il gioco a somma zero è una figura della Teoria dei Giochi formulata da John Von Neumann e perfezionata da John Nash: una branca della logica-matematica che trova notevole applicazione soprattutto in ambito economico.

sembrano più facilmente gestibili dei secondi, non di rado ignoti o difficilmente rappresentabili per il loro stesso portatore. Gestire un conflitto solo sul piano del diritto, invero, significa agire sui *sintomi* senza aggredire significativamente le *cause* del conflitto.

Giudice e mediatore, dunque, non possono essere posti nello stesso contesto, non possono essere confusi quando agiscono, il mediatore è attento agli interessi, non è un *giudice modello bonsai*, non è neutro, non è *nec utrum* - né questo né quello - è questo e quello. Il mediatore non è colui che è equi-distante dalle parti in gioco, dai confliggenti. Compito del mediatore non è quello di raccogliere le istanze dei contendenti e valutarle sulla base di un riconosciuto criterio di giustizia. Questo vale per il terzo arbitro, il terzo nominato di comune accordo tra le parti. La sua neutralità si definisce non normativamente per un ufficio cui si è legittimati per carriera ma per convenzione, per scelta. Come in Hobbes, dove i confliggenti diventano *convenants* e si accordano per una sovranità che pacifici definitivamente. Percorso differente ma parallelo è quello dell'imparzialità normativamente attesa del giudice, che proprio come l'arbitro, è il terzo equidistante, estraneo alle parti svolge il suo ruolo *prendendo le distanze*. È fuori dal conflitto perchè non deve comprenderlo o risolverlo, ma solo deciderlo. Il mediatore è invece colui che deve stare dentro il conflitto, che deve essere *equi-vicino, equi-prossimo*, che deve stare esattamente nel mezzo fra i due confliggenti, deve saper *so-stare* nel codice binario che i confliggenti rappresentano. Non ha bisogno di *mettere le distanze* ma, al contrario, ha bisogno di essere vicino a ognuna ed entrambe le parti allo stesso tempo.

Attraverso il suo agire, la mediazione trasforma le opposizioni dicotomiche binarie, che sono generalmente rigide e contraddittorie, in opposizioni dipolari, tensionali e contrarie. Le strategie della mediazione intervengono nelle dicotomie della logica binaria non per comporle in un terzo che vale da sintesi fra una tesi e

un'antitesi, bensì per trasformarle in campi di polarità, per cui l'idea del terzo (più che essere incluso) è quella delle logiche *con terzo*: "esso si attesta qui soltanto attraverso la deidentificazione e la neutralizzazione" degli elementi che partecipano al discorso, "che diventano ora, i poli di un campo di tensioni vettoriali. Il terzo è questo campo, e nient'altro. Se si cerca di afferrarlo sezionando il campo e isolando in esso un punto (o un insieme di punti), ciò che si ottiene è soltanto una zona di indifferenza o di indecidibilità fra i due poli" (Agamben 2004, p. XVII). Per questo ogni processo di mediazione si colloca fra le alternative, potendosi mediare soltanto all'interno di una dinamica con terzo e non invece nel quadro di un meccanismo in cui il terzo significa l'estraneità alle parti confliggenti.

4.3 TEMPI DEL CONFLITTO

L'economia del tempo del mediatore è differente dall'economia del tempo che adopera il giudice. Quando la mediazione, però, lavora all'interno delle istituzioni anche il suo tempo è scadenzato da queste, e così non è più il tempo della relazione fra due individui. Si consuma una economia del tempo del conflitto che è giocata sull'economia del tempo delle istituzioni, nel senso che non c'è tempo da perdere, che non si può perdere tempo. Si gioca secondo logiche che non appartengono al conflitto ma poggiano sulla necessità di trovare un altro tempo perchè il tempo del conflitto è un tempo che ha bisogno di quell'esercizio della prudenza e della pazienza in cui non si decide il tempo dall'alto ma si da la possibilità ai due confliggenti di trovare un tempo diverso della relazione. Il tempo è una metafore in cui vengono coinvolte molte cose, soprattutto le identità delle persone; e questo tempo si misura su una alternativa, che è decisiva, tra la realtà e

la possibilità.

Il tempo del conflitto davanti al magistrato è il tempo della necessità, poiché nella realtà è già successo tutto e bisogna evitare il peggio. Quella del processo è una macchina retrospettiva che va avanti guardando soprattutto indietro.

Il tempo della mediazione invece è un tempo della possibilità, è un'economia del tempo diversa da quella della realtà: la realtà ha consumato tutto, la possibilità lascia strade aperte. Il tempo della mediazione è un tempo che ha bisogno del suo tempo per realizzare ciò che deve, non può quindi essere soggetto a tempi rigidi prestabiliti schematicamente, ma deve essere un tempo libero.

Una parola che può essere di spunto, in questo contesto, è la parola *différence* che si carica di significati derivanti dal termine greco *diapherein* e da quello latino *differre* (Derrida 1997, p.34-35). In particolare, in latino il termine assume due significati distinti. Uno, il più comune e il più identificabile è: non essere identico, essere altro, discernibile, etc. L'altro, invece, più ricercato, indica l'azione di rimandare a più tardi, di tener conto, di tener conto del tempo e delle forze in un'operazione che implica un calcolo economico, una deviazione, una dilazione, un ritardo, una riserva, una rappresentazione. In definitiva una serie di concetti che si possono ben riassumere con un termine solo: il temporeggiamento (*temporisation*). Differire, in questo senso, è temporeggiare, è ricorrere coscientemente o incoscientemente alla mediazione temporale e di una deviazione che sospende il compimento o il riempimento del "desiderio" o della "volontà", e che parimenti li effettua in un mondo che ne annulla o tempera l'effetto. Questo temporeggiamento è anche *temporalizzazione* e *spaziamento*, divenir-tempo dello spazio e divenir-spazio del tempo: "*costruzione originaria*" del tempo e dello spazio direbbe la metafisica o la fenomenologia trascendentale.

Utilizzando, poi, il tempo in un altro spazio si può sottolineare quello del dono che la mediazione fa di un tempo nuovo: Il tempo del presente. Uno degli effetti

del conflitto è proprio quello di fermare il tempo: i confliggenti sono come inchiodati nel passato, chiusi, bloccati dentro un'esperienza di dolore. La logica della fissazione del tempo è quella del risentimento (si dice risentimento perché si *sente* sempre la stessa cosa); la *para-noia* è fissazione contrapposta alla *meta-noia*, cioè la trasformazione all'interno. Attraverso la mediazione esiste la possibilità di restituire il tempo alla relazione, consentendo di accettare il fatto del divenire. L'altro può venire riconosciuto per come è in quel preciso momento, per quello che sta facendo e dicendo nel presente, e non per come era e per quel che faceva o diceva al momento dell'esplosione del conflitto.

Il tempo nuovo della mediazione è anche, per altro verso, il *futuro*. A partire dal riconoscimento avvenuto in mediazione la relazione si presta ad avere ancora un avvenire, può ancora essere *ad-ventura*. I mediati possono tornare ad essere protagonisti del loro rapporto e non più semplicemente agiti dalla sofferenza inespresa e accumulata nel conflitto.

D'altronde "l'identità ha bisogno non di giudizi e di "cure" prescrittive ma di decifrazioni pazienti delle sue continue ridefinizione... L'identità appare più ricca quanto più assume le "determinatezze della vita" come il problema con cui vivere e su cui esercitarsi" (Resta 1997).

4.4 LINGUAGGI DEL CONFLITTO

Giudice e mediatore, come si è già affermato, devono essere tenuti distinti sotto ogni profilo, e devono quindi operare in contesti differenti. Diversi sono soprattutto i loro linguaggi, il loro *dire* li distingue nettamente e li separa categoricamente. Il linguaggio del giudice è quello di chi deve decidere quando il

conflitto non può essere sanato. È quando il conflitto non ha più sbocchi che si chiede al giudice di "decidere", di dire l'ultima parola sulla base della legge. Il mediatore, al contrario, è quel terzo che unisce che fa fluire attraverso di sé le parole dei confliggenti in un incontro che muove attraverso l'interpretazione dalla comprensione all'espressione. Non è un caso che il più grande successo del mediatore si riscontri nell'ambiente in cui manca il terzo e nel quale non è possibile trovare un giudice: è il linguaggio, ad esempio, delle relazioni internazionali.

Il giudice è quindi colui che esercita il linguaggio, un linguaggio di potere lontano da quello del conflitto, la sua è la grammatica di un potere che "dice il diritto" o, meglio semplicemente, dice l'ultima parola. È il linguaggio della definitività. Il suo *dare la parola* mette da parte il senso della promessa e mette in mostra il suo potere di *aggiudicazione*.

Diverso è per il mediatore, il suo linguaggio non intende esercitare la parola per avere un'ultima parola, ma, al contrario, intende fondarsi sul meccanismo della comunicazione. L'attività di colui che fa mediazione, è attività di colui che mette in comunicazione, che perciò, prima di tutto, "traduce" affinché possa rimettere in relazione, permettendo così il passaggio da un estremo all'altro. Proprio come un catalizzatore, momentaneo ma necessario, il mediatore permette una modifica del meccanismo di reazione della relazione a cui partecipa tramite un *processo reattivo* alternativo a quello che presenta il conflitto, attraverso la parola.

Il mediatore ha, dunque, la capacità di mettersi in mezzo e valorizzare le differenze comuni; sua metafora, come si diceva, è quella del traduttore che deve conoscere le due lingue. Il mediatore, infatti, è ermeneuta, come la mediazione è anche quell'attività che dal suo dio, Hermes, messaggero degli dei (e dio, non a caso, anche del commercio), prende il nome di ermeneutica. L'ermeneutica e la sua antica saggezza ci raccontano bene il gioco della mediazione; ne mettono bene in

risalto i tratti e ne restituiscono un'immagine più chiara e definita.

Ermeneutica significa compatibilità, lo stare insieme di valori differenti, ed Hermes è, infatti, anche dio del commercio, cioè di quell'attività che è proprio la commisurazione di valori delle merci, dei valori diversi dei beni, ne è il legame. Ermeneutica, allo stesso tempo però è anche espressione dell'attività di Hermes come il messaggero degli dei, colui che veicola i messaggi, che rende comunicabili mondi e linguaggi diversi, rappresenta contesti, interpreta testi e traduce rendendo accessibile significati altrimenti incomprensibili. Perciò ermeneutica, come arte dell'interpretazione per eccellenza, come ciò che presiede alla decifrazione dei messaggi, ciò che decide sulla compatibilità linguistica, è anche, e soprattutto, traduzione.

Elementi fondamentali dell'ermeneutica, oltre all'interpretazione, sono la comprensione e l'espressione: il processo dell'ermeneutica non è altro che il continuo andare e tornare dell'interpretazione dalla comprensione all'espressione e viceversa. Non bisogna, tuttavia, pensare i tre elementi costitutivi dell'ermeneutica come tre elementi stabili, fissi e distinti l'uno dall'altro. Come ha mostrato Heidegger in *Essere e Tempo*, essi sono essenzialmente interconnessi. L'interpretazione è lo sviluppo della comprensione, infatti, "Nell'interpretazione, la comprensione non diventa altra da sé, ma se stessa" (Heidegger 2009, p.183); la comprensione e l'interpretazione, a loro volta, si esprimono nel discorso: "La totalità di significati della comprensibilità accede alla parola. I significati sfociano in parole" (Ivi, p.198).

Così il mediatore traduce e per farlo, per poter veicolare la parola, si addentra nelle parole dei confliggenti, senza mai perdere la propria identità ma, allo stesso tempo, immedesimandosi anche in quelle dei soggetti che media.

Il metodo ermeneutico si attua nell'operare una "interpretazione attendibile" del testo e mai una decifrazione o spiegazione del testo *simpliciter*. Gadamer, a

questo proposito, scrive: "Chi vuol comprendere un testo deve essere pronto a lasciarsi dire qualcosa da esso. Perciò una coscienza ermeneuticamente educata deve essere preliminarmente sensibile all'alterità del testo. Tale sensibilità non presuppone né una obiettiva "neutralità" né un oblio di sé stessi, ma implica una precisa presa di coscienza delle proprie pre-supposizioni e dei propri pregiudizi" (Gadamer 1960, p.316).

4.5 MEDIA, MODA, MEDIANA

Altro sguardo interessante, nell'ottica della dimensione della competenza linguistica, viene prestato dalla statistica descrittiva, i cui principali indicatori sono *media moda mediana*, indici numerici utili per descrivere un insieme di dati numerici e la loro distribuzione delle frequenze (altrimenti detti: indici di posizione). Il rapporto scalare tra due valori estremi fornisce risultati differenti a seconda del procedimento posto in essere. Così, la media rappresenta il valore mediale tra due estremi, ovvero la somma tra gli elementi divisa a metà. Essa ripartisce esattamente in due attuando giustizie distributive paradossali di carattere salomonico; la media, infatti, presuppone la separazione, la divisibilità, escludendo ogni congiunzione. La media risolve il conflitto, ma decide recidendo, interrompendo perciò la comunicazione. Costituisce valore intermedio ma anche misura paradossale della decisione. I due valori opposti sono senza possibilità di composizione se non attraverso esclusioni; il suo presupposto è proprio l'incompatibilità dei valori, che necessitano di un sacrificio e di un giudice. La media indica quindi una equidistanza lontana dal linguaggio della media-zione che appunto non media, non è la metà neutrale.

Per ciò che attiene alla moda questo è solo il valore più frequentato. La moda, quando c'è, indica le preferenze maggiormente espresse, escludendo le minoranze dal gioco della possibilità. Non può esserci mediazione tra i valori estremi se si privilegia il valore che la parte più forte - questa è la maggioranza - sceglie. La moda richiama il meccanismo della negoziazione, che pone il soggetto debole nella contrattazione degli interessi in gioco, in una posizione scomoda, obbligandolo ad accettare ciò che rappresenta la maggioranza, ovvero ciò che vuole il soggetto forte.

La mediana, infine, è il valore che occupa la posizione centrale nello spazio ordinato degli estremi; è una misura robusta, in quanto poco influenzata dalla presenza di dati anomali. La posizione della mediana è quella più significativa per l'esperienza di mediazione; indica il punto intermedio e perciò il vantaggio di essere a uguale "distanza", o meglio, "vicinanza", dai termini ultimi. È nella maggiore prossimità da entrambe le posizioni estreme e perciò è il vero spazio comune ai due termini che si oppongono. Ciò che rappresenta, pertanto, è quello che gli estremi condividono; mentre la media separa la mediana unisce costituendo il punto in comune tra i due estremi: ovvero la prima decide dividendo, la seconda conserva unendo. La mediazione è appunto questo e questa è la sua differenza con il giudizio; essa non deve decidere nulla, deve soltanto creare per le parti configgenti la possibilità di comunicare conservando i loro linguaggi. Il mediatore è accompagnatore tutelare di ciascuno e insieme di entrambe le parti, costruisce (appunto) la posizione mediana creando connessioni là dove riesce a cogliere l'essenza dei linguaggi.

4.6 IL CARATTERE PERFORMATIVO DELLA MEDIAZIONE

Il linguaggio si configura come il principio da cui muove la mediazione, essendo i conflitti generati proprio dal concorso del linguaggio. La mediazione, infatti, agisce spostando l'attenzione da una cornice conoscitiva, tipica del senso comune, che si focalizza sul conflitto inteso come effetto (ovvero *chi* dichiara il conflitto o *che cosa, su cosa si basa* il conflitto) verso una prospettiva che centra invece la riflessione operativa su *come* (il modo), in termini di linguaggio, si genera il conflitto. Ciò in quanto, il conflitto non fa riferimento ad un ente empirico-fattuale, ma risulta definito in virtù delle categorie conoscitive che si utilizzano per generarlo in quanto tale. Il conflitto, infatti, si colloca entro una dimensione gnosologica (ovvero di realismo concettuale) piuttosto che ontologica, configurandosi quindi come "costrutto" (processo conoscitivo) e non come "concetto" (contenuto). Pertanto il conflitto non si colloca su un piano che assume una realtà come ontologicamente data, indipendentemente dall'osservatore. Il conflitto è una configurazione di realtà che viene generata (e mantenuta) in virtù dei processi conoscitivi messi in atto per costituirlo come tale.

Il modo di configurare la realtà del conflitto è il linguaggio, e, in particolare, il linguaggio nella sua dimensione ostensiva.

Il linguaggio, infatti, racchiude diverse valenze. L'iniziale carattere *materiale* del linguaggio, "si articola gradualmente secondo una valenza astratta, virtuale, fino a fungere da rappresentazione simbolica, a permettere di produrre un *conosciuto* senza che questo sia presente (in quanto precetto) e a conferire la possibilità di rappresentare il modo senza che esso abbia l'attualità, la fattualità del dato e quindi dell'oggetto" (Turchi 2014, p.79). Tale valenza viene chiamata "denotativa", si pone cioè "come uno strumento per indicare, attraverso il quale la comunità dei parlanti genera e conosce la realtà che comunque percepisce, per cui ogni termine

ha un valore univoco, ossia l'oggetto percepito per cui sta a riferimento" (Ibidem). Questa è la valenza che più corrisponde al senso comune, essendo una modalità di applicazione del linguaggio che crea un rapporto diretto tra la realtà percepita come tale e la denominazione della stessa.

Accanto a tale valenza ve ne sono altre che danno la possibilità di generare il *conosciuto*, infatti l'ambito di applicazione, o contesto d'uso, del linguaggio, non può essere misconosciuto. Si ha la valenza connotativa del linguaggio "quando l'impiego di una certa unità simbolica trova la propria applicazione precisa all'interno di un campo circoscritto, per cui l'unità simbolica assume un valore specifico rispetto all'ambito d'uso relativo" (Ibidem). Si ha invece la valenza ostensiva quando "il valore delle unità simboliche che compongono il linguaggio è dato dall'uso stesso del loro impiego che mostrandosi (si "ostende") genera configurazioni discorsive che per senso comune assumono lo statuto di "realtà di fatto". Da ciò deriva che ogni volta che un'unità simbolica viene impiegata, questa cambia il proprio valore in virtù dell'uso" (Ivi, p.80).

In termini metaforici, quando si stabilisce un conflitto, è come se la valenza ostensiva del linguaggio venisse "dimenticata", viceversa venissero solo considerate la valenza denotativa e connotativa.

Il linguaggio, nella sua dimensione ostensiva, ovvero puramente processuale, costituisce un fondamento epistemologico a partire dal quale si pone in essere la possibilità di operare. Infatti, considerare la dimensione ostensiva del linguaggio permette di distinguere la realtà che viene a generarsi (la contrapposizione/divisione del conflitto) dalla "configurazione discorsiva" della realtà (ovvero il modo in cui le unità simboliche, che compongono il linguaggio ordinario, interagiscono tra loro). In altri termini, permette di distinguere quella che è la realtà come scontro fra le parti, dalla configurazione data da quel particolare "modo" di usare le unità simboliche che configura la realtà dello

scontro.

Pertanto considerando la dimensione ostensiva, il linguaggio non si pone soltanto come un mezzo o un sistema di comunicazione, ma permea tutta l'attività umana: usare il linguaggio "fa parte di un'attività, di una forma di vita"(Ivi, p.83).

La mediazione interviene dunque rispetto all'uso delle unità simboliche (il *come* si costruiscono mondi discorsivi) e non alle unità simboliche stesse (il *che cosa* viene affermato), nella direzione di intervenire sul *come* per cambiare il *che cosa*. È il carattere performativo della mediazione a venire in rilievo e a dare possibilità ad una realtà percepita come fissa e immutabile di modificarsi, ovvero *generare* una realtà terza alle parti in conflitto.

La mediazione, pertanto, può essere fatta rientrare fra i paradigmi interazionistici (Ivi, p.61 ss.) poiché adeguatamente ad un paradigma interazionistico, cambiando il *principio* cambia la realtà.

I paradigmi interazionistici infatti, pongono in essere la demarcazione massima tra precetto e osservato: non c'è precetto o causa, ma il principio, ovvero l'osservato è definito come interazione che implica l'osservatore; non vi è alcuno osservato prescindendo dall'osservatore. La conoscenza così posta procede per principi e da ciò consegue che cambiando il principio cambia il conosciuto, ovvero cambiando l'osservatore cambia l'osservato. Ciò coerentemente con quanto posto dal principio dell'indeterminatezza di Heisenberg, assunzione del quale ha generato i cosiddetti principi interazionistici. Con l'avvento del principio di indeterminatezza, infatti, si pone centralità sul *principio* quale dettato epistemologico: la realtà è indeterminata, ovvero esiste in virtù di come viene conosciuta. Viene a crearsi pertanto una sorta di identitismo tra "cosa" si conosce e "come" lo si conosce, è il "modo" di conoscere che stabilisce il "cosa" si conosce che non esiste a-priori, indipendentemente dall'atto osservativo.

Il mediatore dunque ristabilisce l'ordine del discorso, rimette in comunicazione

le parti, direzionando il piano operativo sull'uso dei significanti e non sui significati, ovvero direzionando il discorso affinché alle parti non sia richiesto di affermare la realtà già stabilita (in virtù dei principi, impliciti, adottati), ma di creare un uso differente del linguaggio (generare ostensioni)²⁶.

Pertanto, questa operazione di ripristino dell'ordine del *come* sul *cosa*, diventa possibile in quanto il mediatore adotta come principio non il significato che ciascuna parte attribuisce ai contenuti, che resta legittimo patrimonio di ciascuna parte, ma il modo con cui le parti costruiscono il conflitto, quindi i modi con cui possono costruire realtà altre dal conflitto.

4.7 IL MEDIATORE

Se, come si è fin qui affermato, si ha mediazione nella misura in cui è riconosciuto il valore dell'altro, così come si genera cambiamento culturale e non semplice apprendimento tecnico, quando è dato spazio all'espressione dell'identità del partecipante, fondamentale si rivela il modo in cui nella pratica opera il mediatore. Se infatti è questa la *promessa* (Baruch 2009) della mediazione, sulla modalità di intervento del mediatore è sempre bene ragionare.

La normativa attualmente in vigore non specifica *come* debba attuarsi tale intervento, limitandosi a fissare alcuni tratti essenziali, ma l'assenza di una struttura teorica articolata (nel campo della mediazione) ha prodotto un'eccessiva enfasi

26 Ad esempio, attraverso l'utilizzo di precise domande che “vincolino” ciascun rispondente ad usare un modo che implica l'esplicitazione delle categorie conoscitive impiegata, mantenendo aperte differenti possibilità e non, viceversa ad affermare la proprio realtà (quindi il significato o la valenza connotante) lasciando per implicito il principio da cui parte.

sulle abilità e le tecniche della disciplina – quello che Scimecca chiama “la fase cieca nel *come* dei processi” (1993).

Con questa enfasi sul “come”, la mediazione è considerata semplicemente una questione di applicazione di abilità e, come conseguenza, la crescita professionale del mediatore è strutturata come una questione di apprendimento tecnico e di acquisizione di conoscenze piuttosto che di formazione. Le pubblicazioni e i seminari sul “come” privi di chiarezza teorica proliferano. In queste pubblicazioni gli esperti si concentrano sul *come* intervenire ed evitano di risolvere le più profonde questioni del *perché*. Abilità, “trucchi” e “strumenti” vengono enfatizzati mentre obiettivi e valori sono oscurati o semplicemente presunti. In questa situazione, anche la spiegazione popolare delle differenze osservate tra le pratiche di mediatori diversi è collocata a livello di abilità: vale a dire che i mediatori lavorano tutti verso lo stesso obiettivo ma con varianti individuali di stile nel modo in cui applicano le loro specifiche capacità. Ecco perché le iniziative rivolte all'accertamento della competenza del mediatore sono focalizzate sulla valutazione del “come” cioè sull'osservazione della performance relativa a specifiche abilità, secondo varie liste di controllo che si assume siano svincolate dalla teoria. Allo stesso tempo queste iniziative non riescono a considerare la relazione tra gli obiettivi e valori profondamente diversi che possono portare a performance competenti in modi fondamentalmente diversi.

La cultura è raramente causa di conflitto, ma è sempre la lente attraverso cui le cause del conflitto sono riflesse ed offre una riserva di simboli costitutivi dei gruppi sociali che fanno loro da sfondo.

Non c'è dubbio che la cultura, sia come background delle parti che dei mediatori, occupa un ruolo vitale nel metodo di intervento. È necessaria dunque, da parte del mediatore, una forte attenzione sulle tendenze e basi culturali, come un'indagine sempre costante sui significati che le parti attribuiscono ai loro

discorsi. Conoscenza e consapevolezza delle differenze culturali sono fondamentali, esse forniscono pure "materie prime" per l'uso entro la creazione di approcci di mediazione appropriati ai casi ed ai contesti nei diversi ambiti e nella cultura di ognuno.

Moore suggerisce la pratica riflessiva come mezzo per ridurre il disordine: "ciò che caratterizza la buona pratica e ciò che si richiede ai mediatori efficaci è l'abilità di essere un *operatore riflessivo*" (1996 p.55). Si tratta cioè di abbinare le proprie conoscenze in materia di mediazione con la propria passata esperienza nella risoluzione delle dispute, al fine di far sì che gli approcci e gli interventi specifici legati alla situazione possano essere sviluppati per assistere le parti nella gestione del conflitto. Tale abbinamento implica creatività; la creatività è un'attitudine umana di base volta a generare risposte nuove ed appropriate a problemi e sfide.

Negli ultimi tre decenni, la ricerca sulla creatività ha espanso enormemente la nostra conoscenza di questo tratto umano di base. Lo studio della creatività attrae interessi multidisciplinari e cambia dinamicamente le nostre visioni riguardo ai limiti e alle potenzialità relative. La ricerca e la pratica della risoluzione dei conflitti seguono un processo, simile e parallelo. La maggior parte degli studiosi e degli operatori dei conflitti guardano all'aumento di connessioni tra la creatività e il campo di risoluzione dei conflitti. C'è concordanza nel ritenere che l'usare un atteggiamento creativo nella gestione del conflitto rappresenti la strada migliore per assicurarsi le migliori possibilità di risolvere il conflitto costruttivamente.

La *creatività* può essere definita come l'abilità di trovare risposte non convenzionali a problemi ed opportunità. Essa comporta la creazione di *nuove opzioni* spesso diverse da qualsiasi altra posizione o addirittura differenti da ogni soluzione le parti possano immaginare all'inizio del processo. La creatività ha bisogno, infatti, di apertura, ascolto, accettazione, reciprocità, consapevolezza, praticità.

La creatività è un tratto fondamentale, nella gestione del conflitto, poiché i materiali che vengono tratti da fonti diverse devono essere integrati in modi nuovi ed appropriati e la risposta a questo tipo di problemi è sicuramente di tipo euristico e non algoritmico. La creatività supporta le risposte dinamiche ed interattive alle circostanze ed alle influenze perennemente variabili e alle ulteriori applicazioni che avvengono mentre i processi si evolvono.

Sfortunatamente, nella pratica, si assiste a mediazioni che si sostanziano in realtà in processi di puro compromesso. Ciò avviene per diversi motivi, il primo dei quali è rappresentato, meramente, dall'incompetenza degli operatori del settore. Trovare un accordo, qualunque accordo, tra le parti antagoniste viene considerato come il criterio di successo principale e spesso unico per innumerevoli processi e pratiche di mediazione. In secondo luogo vi sono anche dei motivi fondati sulla normativa che sembrano creare meccanismi di svalutazione della mediazione: se ne potrebbero analizzare diversi, ma molto interessante, in questo contesto, risulta essere il perverso meccanismo del primo incontro di mediazione.

La gratuità del primo incontro di mediazione, infatti, può rivelare il suo paradosso nel determinarsi come ostativa allo svolgersi reale della mediazione.

L'escamotage della gratuità del primo incontro, sembrerebbe apparire come una scelta strategica di incentivazione alla mediazione. Lo schema, però, che all'atto pratico viene per lo più a verificarsi riporta alla mente il tipico stallo alla messicana: una situazione nella quale nessuno può prendere una decisione senza che non sia la decisione dell'altro ad influire sulla propria. In effetti si tratta di un incontro dove ci si trova per decidere se cominciare o meno il percorso di mediazione, ma non si dispone praticamente di criteri validi per motivare scientemente la decisione che si deve prendere. Non si può, infatti, sapere prima di partecipare ad una mediazione se essa si rivelerà infruttuosa o meno. Tra l'altro trattandosi di un "servizio" relativamente nuovo non si può avere a priori fiducia o

diffidare dello stesso non avendone, per lo più, avuta esperienza diretta.

Ciò che dovrebbe quindi far propendere per una risposta piuttosto che per un'altra è qualcosa che si viene a conoscere durante il primo incontro, ma non è chiaro cosa. Certamente non può essere il funzionamento della mediazione stessa essendo su quello le parti già edotte dai loro avvocati, obbligati dalla norma a informare i clienti. Perciò qualcos'altro, ed è il mediatore, dunque, che deve adoperarsi in tal senso: suo compito è quello di portare le parti in mediazione e perciò oltre il primo incontro, ma mentre da una parte non si comprende quali argomenti dovrebbe addurre per invogliare le parti se non entrando nel merito della questione, dall'altra parte è anche egli portatore di un interesse preciso in questa fase non essendo retribuito e quindi mirando a sprecare meno tempo possibile. L'incontro, allora, di fatto, si sostanzia nella faticosa domanda sul se si vuole proseguire o meno, se si vuole andare in mediazione o no, ma siccome la risposta affermativa implica la sopportazione di costi altrimenti evitabili da parte dei confliggenti, il tempo diventa stringente e l'indagine si sposta direttamente sul "se" ci siano margini di contrattazione o meno. Impostato così il discorso, l'opera del mediatore nella pratica si riduce alla gestione delle pretese delle parti, mentre la scelta di queste - il loro *andare in mediazione* - si fonda sulla conoscenza dell'interesse a transigere della controparte e viceversa.

È chiaro che così impostato il discorso, difficilmente sembra possibile fare retromarcia e condurre una mediazione che si possa definire tale.

CAPITOLO V

La sapienza della mediazione

5.1 LA FORZA DELLA PAROLA

La risoluzione del conflitto ha a che fare con quel complesso mondo dell'identità che vive sempre di percorsi e che non è mai immobile; ha a che fare con la dimensione dell'*altro e di altre possibilità*; ha a che fare con un'autentica *metanoia*, una *trasformazione dall'interno* che vive di complicati processi.

Tutto questo riporta alla democrazia. Essa vive della singolare virtù, mai affermata una volta per tutte, ma da realizzare giorno per giorno, di ingannare la guerra sostituendola con la parola. Deve essere "interprete" saggia e sincera di una metamorfosi che trasforma la distruttività in virtù di convivenza. La democrazia vive di "altre" interpretazioni, abituando chi ci vive a dar ascolto ad altre parole e ai diversi significati che alle parole possono essere attribuiti per arrivare, nei singoli contesti, ai linguaggi comuni. (Resta 2011, p. 120). La parola, infatti, ostenta tutta la sua forza negli effetti del suo esercizio e nell'incontro di parole che avviene in mediazione, si ricostruisce insieme e attraverso l'altro. Al *dare* corrisponde un *prendere* la parola, in uno scambio reciproco che, allo stesso tempo, pone di fronte a un'etica della promessa mentre rimanda alla sospensione dell'attesa. *Prendere la parola* è un farsi avanti sulla scena, un pretendere un farsi riconoscere ma anche l'assumersi il rischio della comunicazione. Si aprono possibilità mentre si attende un esito: il vincolo che la parola instaura non potrà mai essere adeguatamente descritto da nessuna scienza, da nessuna teoria della comunicazione forse perchè ne è l'intimo presupposto.

La mediazione rappresenta esattamente quello spazio dialogico, o si potrebbe dire lo spazio dialogico per eccellenza, in cui si realizza così una metamorfosi. "Anche quando, *all'esito delle parole*, le cose rimanessero come prima, nulla rimarrebbe come prima. La tautologia non sposta: in questo spazio temporale ci sono state le parole, date e prese. Per quanto inani, disperate, romantiche, persuasive, violente, accattivanti esse possano essere, ci sono state delle parole e, quindi, nulla rimane come prima anche se tutto può rimanere come prima" (ivi, 121).

La metamorfosi è infatti trasformazione, nel senso di attraversamento di forme, ma è anche, se non soprattutto, *meta-noia*. Questa è parola che conserva, nella sua lettera e nel suo spirito, un importante gioco grazie al quale il cambiamento c'è quando è interno alla mente; non c'è vera metamorfosi senza metanoia, senza "trasformazione dall'interno". Ad essa si contrappone il suo contrario, la para-noia che indica catena, fissazione, impossibilità di trovare la via d'uscita, che lascia immutata l'esistenza del conflitto rimodellato solamente in uno scenario nuovo che il giudizio ha assettato come situazione di fatto.

Nel conflitto è la possibilità della *parola* a non esistere più; ma è la sua stessa forza a rendere possibile la ricucitura di quel circuito che si è interrotto. La parola, quel "grande sovrano, che con un corpo piccolissimo e invisibile compie imprese massimamente divine" (Gorgia, *Encomio di Elena*, DK 82 B11), permette, infatti, un incrocio inatteso di strati di senso, apre al riconoscimento dell'interlocutore, avvicina a un senso delle regole con cui una comunità distribuisce i suoi diritti, immette nei labirinti complicati della responsabilità e dei suoi vincoli.

Prendere sul serio le parole non significa soltanto credere nelle promesse, d'altronde noi usiamo nel linguaggio di tutti i giorni l'espressione *dare la parola* e non ci rendiamo conto che essa è la più grande metafora della democrazia: si partecipa prendendo e dando la parola in un gioco dialogante, ma si promette e si

vive di fiducia nella promessa in un gioco di responsabilità comune.

Si può affermare, allora, che virtù della mediazione è proprio quella di costituire e promuovere democrazia (Bernardini 2004), nelle relazioni e nella società. Essa infatti realizza quelli che sono i tre pilastri su cui si fondava la democrazia ateniese.

La democrazia ateniese fu definita in modo del tutto esplicito come una costituzione (*politeia*) che garantiva: l'eguale diritto di parola (*isegoria*), l'eguale partecipazione di tutti i cittadini all'esercizio del potere (*isonomia*), e la *parresia* (Foucault 1996, p.11). *Isonomia* (da *isos*=uguale e *nomos*=legge) e *isegoria* (da *isos*=uguale e *agoreuo*=parlare in assemblea) rappresentavano i presupposti necessari alla *parresia*; *isonomia* e *isegoria* garantivano, infatti, il quadro costituzionale e giuridico entro cui si iscrive l'azione del parresiasta.

L'*isegoria*, che indica l'eguale possibilità di prendere parola, viene dal mediatore assicurata; in mediazione, infatti, il diritto di parola, tradito nel conflitto dalla sopraffazione, viene ristabilito pienamente. In quello che è luogo dello spazio dialogico per eccellenza, il mediatore si adopera proprio al fine di far esercitare ai litiganti la *capacità* di dare e prendere parola in una espressione libera. Così, attraverso la mediazione, viene promosso un fondamentale della pratica democratica che dovrebbe lasciare nei confliggenti una traccia sostanziale di ciò che significa dare e avere possibilità di parola.

Nel giudizio, al contrario, tale diritto non è esercitabile. Sebbene informato dal principio costituzionalmente garantito del contraddittorio, nel tempio del diritto le parti non dispongono più delle *loro* parole, non vi è spazio per quelle: nel giudizio esiste un altro linguaggio che ha un'autonomia relativa rispetto al linguaggio comune.

Quando Maurice Blanchot sceglie l'espressione *maitre du language* (1996, p.22) per riferirsi al giudice, riesce, icasticamente, a mettere a nudo un modo di

essere del diritto che è quello di distribuire in maniera diseguale il potere delle parole.

Le parti sono espropriate delle loro parole, e il linguaggio del giudice, quasi fosse una cartina moschicida, attrae e trasforma nel suo universo tutto quello che cade nel suo dominio. Il giudice governa il linguaggio, ne è signore e padrone.

Scrive Blanchot "c'è una grave mancanza in questo intreccio giudiziario che oppone un uomo ricco di sapere giuridico, un *esperto*, e un altro povero di parole ed espropriato del valore sovrano della parola, della *sua* parola. Anche senza malafede, ma soltanto in ossequio al ruolo ricoperto e all'abito menatale che l'esperienza gli ha costruito, il giudice traduce ogni parola nel suo linguaggio".

La contrapposizione è forte tra il linguaggio del giudizio, quello del giudice, e quello del non-giudizio, dell'accoglienza; la parola nella mediazione, accompagna, accarezza e in qualche modo rappresenta l'ospitalità; mentre nel mondo del giudizio la parola regna sovrana, "ne è l'espressione e il veicolo. In essa si sedimenta la validità e il vigore. La sua è la grammatica di un potere che *dice il diritto*, o, meglio, dice l'ultima parola. La sua validità sta tutta nel l'essere l'ultima parola" (Resta 2007, p.64).

In questo fluire di parole che si incontrano, a seconda della scena, le stesse hanno possibilità di potere differente: il giudice esercita il linguaggio mentre il mediatore favorisce la comunicazione e le parti se in mediazione sono protagoniste, nel giudizio paradossalmente non lo sono più; la parola propria del diritto può forse essere garanzia di confronto lì dove viene pronunciata, ma non fornisce alcuna garanzia al di fuori di quella scena, sui presupposti che contribuiscono a creare le condizioni di quel confronto.

L'*isonomia*, ovvero l'eguale diritto di partecipazione all'esercizio del potere, trova in mediazione il suo massimo riscontro. La mediazione garantisce quel vuoto di potere che promuove l'autodeterminazione dei soggetti in conflitto, ovvero il

riconoscimento dell'individuo nella sua autonoma capacità di azione. Colui che media non ha potere sulle parti, è l'autorevolezza e non l'autorità che rende il suo agire efficace. Il mediatore, si pone semplicemente come un "catalizzatore" (Scaparro 2001), momentaneo ma necessario, che agevola e promuove le competenze comunicative, prima, e decisionali, poi, dei soggetti in lite.

All'autorevolezza del mediatore si contrappone l'autorità del giudice che detiene il potere di *decidere* il conflitto. Le sue parole sono quelle definitive, sono le ultime parole tra le parole dei contendenti. La mediazione, invece, riporta il conflitto all'interno della comunità, garantendo, ai soggetti in conflitto, quel "potere" di gestione delle relazioni.

Propria della mediazione è la sua capacità di consentire un'evoluzione rappresentativa attraverso il suo articolarsi, non imponendo regole e norme cui adeguarsi, ma sviluppando competenze quali il *riconoscimento*, *la comprensione*, *l'empowerment*, *l'affermazione*, raggiungendo la progressiva rimodulazione della realtà ed il reinvestimento in diversi ambiti rappresentativi ed esperienziali di risorse intrinseche al tessuto sociale.

In particolare *l'empowerment*, termine in inglese di difficile traduzione in italiano, sta ad indicare il "conferimento di poteri", o "la messa in grado di"; andrebbe in ogni caso presa la sfumatura del significato originale che permette di definire, con un unico termine, sia il processo che il risultato, ovvero il superamento di una precedente condizione di impotenza, e l'acquisizione di competenze e conoscenze che aumentano il potere di scelta, in un'ottica di emancipazione che può essere riferita tanto agli individui quanto alle comunità (Pupolizio 2005b).

La mediazione, dunque, attribuisce agli individui un ruolo attivo, un ruolo di ridefinizione dei problemi, di riaffermazione di proprie sfere di autonomia e di potere, sia in termini psicologici, che culturali, che politici.

La *parresia*, che si riferisce a un tipo di relazione fra il parlante e ciò che viene detto, mostra il modo di concepire il *verò*: rappresenta, cioè, l'esito di una procedura dialogica che, grazie alla sua forza *maieutica*, consente un collegamento non sconnettibile tra affermazione ed esperienza concreta in colui che esprime questa relazione, poiché vive il collegamento tra il piano materiale (*bios*) ed il piano del *logos*. Questa procedura può essere proprio quella della mediazione: la mediazione consente di ottenere nei confliggenti quello che può definirsi uno stato parresiastico, ovvero uno stato che manifesta la *parresia*.

Il termine *parresia*, come noto, fa la sua prima apparizione, nella letteratura greca, nelle tragedie di Euripide e continua a comparire fino al IV secolo d.C. in alcuni testi patristici. Vi sono tre forme della parola: la forma nominale *parresia*; la forma verbale *parresiazomai* o *parresiazestai*; che significa usare la *parresia*; e la parola *parresiastes*, che significa colui che usa la *parresia*, cioè che dice la verità (Foucault 1996, p.3).

Etimologicamente, *parresiazestai* significa "dire tutto", da *pan* (tutto) e *rhema* (ciò che viene detto). Colui che usa la *parresia*, il *parresiastes*, è qualcuno che dice tutto ciò che egli ha in mente: il *parresiastes* non teme niente, ma apre completamente il cuore e la mente agli altri attraverso il suo discorso. Nella *parresia*, si suppone che il parlante dia una spiegazione completa ed esatta di ciò che ha in mente, così che chi ascolta sia in grado di comprendere esattamente ciò che egli pensa. Ed egli fa questo evitando qualunque tipo di forma retorica, che potrebbe far velo a ciò che pensa. Anzi, il *parresiastes* usa le parole e le forme espressive più dirette che può. Mentre la retorica fornisce al parlante strumenti tecnici per aiutarlo ad avere il sopravvento sulle opinioni dei suoi ascoltatori, nella *parresia* il *parresiastes* agisce sulle opinioni degli altri manifestando loro il più direttamente possibile ciò che egli effettivamente crede (Ivi, 4).

Nella *parresia* il parlante fa uso, dunque, della sua libertà, e sceglie di parlar

franco invece della persuasione, la verità invece della falsità. Viene perciò in rilievo anche la dimensione del coraggio, altra caratteristica propria del *parresiastes*.

In mediazione tutto ciò trova riscontro, mentre la verità del conflitto non potrà mai essere espressa dalla verità del processo. Il coraggio di dire la verità, in mediazione trova la sua forza proprio in quel vuoto di potere e in quel diritto alla parola che essa garantisce. Non vi è il timore di una decisione, come nel giudizio, non vi è la preoccupazione di non riuscire a prendere la parola come nel litigio, i confliggenti sono liberi di esprimersi con le loro parole senza vincoli o veicoli, possono permettersi di dire tutto e sono liberi di farlo. In mediazione si ha coraggio di dire il vero e di dirlo tutto.

Colui che confligge, in mediazione, attraverso l'opera del mediatore, diventa colui che vive ciò che dice e dice ciò che vive. La mediazione fa emergere le connessioni espresse dalle parti. Porta la parte a costruire una relazione tra un particolare, la propria esperienza, ed un generale, il proprio *logos*. E lo fa attraverso quella sua forza propria che si può definire *maieutica*, non creatrice, poiché aiuta la nascita di "qualcosa" che, nonostante non sia a disposizione delle parti, proprio grazie alla forza del confronto reciproco, delle connessioni che emergono, prende forma nel *logos*. È la forza maieutica della mediazione che consente a questa procedura linguistica di avere effetti metalinguistici, di *parressia*, di verità.

Dare e prendere la parola egualmente, dunque, poter essere partecipi equilibratamente dell'esercizio del potere decisionale e dire il vero dicendolo tutto: se questi sono i fondamentali della pratica democratica, si può ben dire che in mediazione si celebra la democrazia.

5.2 IL LOGOS DELLA PACIFICAZIONE

Un aspetto importante da tenere in considerazione della mediazione è quello della sua funzione di *pacificazione* sociale, funzione, a dire il vero, propria anche del diritto, ma che in esso trova delle limitazioni. Il diritto, infatti, ha dei *limiti* funzionali e strutturali che emergono soprattutto in relazione alla sua capacità di essere o meno un efficace strumento di *pacificazione* nei rapporti sociali.

Per "*pacificazione*" si intende il procedimento che conduce soggetti in conflitto al raggiungimento di uno stato di pace; va considerato, però, che esistono numerosi stati, o livelli, di pace diversi, e ad essi corrispondono, probabilmente, altrettanti metodi di gestione dei conflitti. Attraverso l'elaborazione di una fenomenologia della pace (Mazzucato 1999) è possibile, perciò, apprezzare la differenza che ogni metodo reca con sé, e, allo stesso tempo, le capacità della mediazione sotto un profilo prettamente sociale.

Il livello, o stato, più basso di *pacificazione* è sicuramente quello dell'*armistizio*: a questo livello si parla già di situazione pacifica, ma i confliggenti non raggiungono la pace, quanto piuttosto *si lasciano in pace*. Ciò avviene tutte le volte in cui il conflitto si interrompe perchè si sono momentaneamente esaurite le risorse materiali necessarie alla prosecuzione della contesa, o sono venute meno le spinte motivazionali necessarie al conflitto, si è scelto di rinunciare alle proprie pretese, di sopportare l'ingiustizia, o comunque, più in generale, quando si preferisce la tregua dalle ostilità, il *lasciarsi in pace* appunto, al *fare la pace*.

Il conflitto dunque non è risolto e rimane latente; questo significa anche che l'equilibrio che si viene a creare è precario e instabile, non poggiando su basi solide. L'armistizio, infatti, è pace solamente come *assenza di guerra*. Si tratta perciò di una pacificazione carente sotto molteplici punti di vista, che permette di parlare di pace solo in modo riduttivo.

Diversa appare, almeno nelle intenzioni, la pace perseguita attraverso il diritto. La natura della pace che discende dal processo giurisdizionale (e dagli altri procedimenti di tipo giudiziale/contenzioso, quanto dalla transazione frutto di un mero compromesso intorno a posizioni rigidamente inconciliabili) ha a che vedere con la creazione di ordine e certezza nei rapporti, o meglio, con la ricerca, o il ripristino, di un *ordine* basato sulla *certezza* dei rapporti.

Si tratta però di un ordine, quello imposto attraverso l'applicazione del diritto, che non è un ordine armonioso, non è *kosmos*, ma è piuttosto tranquillità basata sulla *separazione*. Il diritto persegue l'ordine basandolo sulla "nitida individuazione e separazione della pretesa dall'obbligo, della ragione dal torto, della colpevolezza dall'innocenza. La legge si sostituisce insomma alla violenza, certificando *erga omnes* le posizioni reciproche, rendendole esigibili e coercibili. L'ordine e la sicurezza non dipendono perciò tanto dalla validità della soluzione adottata o dal consenso delle parti, quanto dalla forza dell'ordinamento e dall'efficacia del suo apparato di coercizione" (Cosi 2010, p.46).

La pace assicurata dal diritto è perciò una pace che non può prescindere, per definizione, da un certo grado di imposizione e, quindi, da una certa dose di violenza (anche se istituzionalizzata e ritualizzata), mentre invece può prescindere, e prescinde, da quel fondamentale *riconoscimento* reciproco dei confliggenti a cui la risoluzione del conflitto dovrebbe riuscire a portare. Ne discende una pace che si dimostra dunque carente sia sul piano etico generale, sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto. Il diritto è strumento adeguato a curare i sintomi piuttosto che le cause del conflitto. Assoggettato al processo, al suo linguaggio e ai suoi meccanismi, si ha un'azione su di esso che non può che rivelarsi incompleta: il conflitto non è trattato nè indagato per essere risolto, ma solo per essere rimosso. Ai fini della *pacificazione* che si raggiunge, infatti, risulta irrilevante che sia o meno avvenuto lo sradicamento delle cause del conflitto, che i

confliggenti siano o meno soddisfatti, che essi riescano ad andare oltre la mera tolleranza: la pace del diritto funzionerà comunque, riposando sulla sua capacità impositiva. Ciò perchè essa segua una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del *nemico* che non a quella dell'*avversario*. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati perseguiti, il modo tipicamente competitivo d'intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: non esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso. E il conflitto diventa ingestibile soprattutto perchè il bisogno percepito come fondamentale è quello di *avere ragione*, non quello di *trovare una soluzione*" (Ibidem).

È evidente, quindi, che anche in questo caso non si potrà parlare di pace che in termini riduttivi.

Sopra la pace giuridica, ad un gradino più elevato, vi è quella che può definirsi la "pace come giustizia", ovvero lo "stato in cui si instaura l'ordine del dialogo e dell'incontro che consente di riconoscere l'unicità/originalità delle persone e il loro completamento reciproco attraverso il rispetto e l'arricchimento delle rispettive singolarità" (Mazzucato 1999, p. 1247). Sembra essere questo l'*ordine* veramente umano dei rapporti interpersonali. A questo livello si può parlare di pace in un senso non riduttivo. Come scrive Lévinas: "l'unità della pluralità è la pace e non la coerenza di elementi che costituiscono la pluralità. La pace non può quindi identificarsi con la fine di combattimenti che cessano per mancanza di combattenti, per la sconfitta degli uni e la vittoria degli altri, cioè con i cimiteri o gli imperi universali futuri. La pace deve essere la mia pace, in una relazione che parte da un io e va verso l'Altro, nel desiderio e nella bontà in cui l'io contemporaneamente si mantiene ed esiste senza egoismo" (1990, p.314).

Dunque la pace quale condizione in cui gli uomini si riconoscono

vicendevolmente come dei *Tu*, dove ciascuno prende coscienza della presenza dell'Altro nella sua irriducibile unicità, aprendosi al suo mondo. Per far ciò è necessario che l'esperienza dell'alterità si trasformi in relazione di prossimità, che non è "un modo qualunque della distanza o della contiguità" né accesso alla mera "rappresentazione del prossimo", bensì "convocazione di un'urgenza estrema" (Lèvinas 1983, p.102).

Nell'aprirsi il soggetto deve accogliere il volto dell'altro, l'alterità diviene "volto": è questo il rapporto pacifico ed etico. L'epifania del volto fa appello alla responsabilità verso il proprio simile, nell'incontro ciascuno vedrà l'altro quale essere umano e non più come antagonista, sarà allora possibile riconoscere le pretese i diritti o i bisogni reciproci al di fuori dello schema della sopraffazione e della violenza. Scrive ancora Lèvinas; "il volto si sottrae al mio possesso, al mio potere. Nella sua epifania, nell'espressione, il sensibile, che è ancora afferrabile, si muta in resistenza totale alla presa. Questo mutamento è possibile solo grazie all'apertura di una nuova dimensione. Infatti la resistenza alla presa non si produce come una resistenza insormontabile, come durezza della roccia contro cui è inutile lo sforzo della mano, come lontananza di una stella nell'immensità dello spazio. L'espressione che il volto introduce nel mondo non sfida la debolezza del mio potere, ma il mio potere di potere. Il volto ... mi oppone, così, non una forza più grande ... ma proprio la trascendenza del suo essere ... " (Lèvinas 1990, pp.203-204). Il volto è dunque identificazione di un'alterità che si approssima allo sguardo, che si rivela nella prossimità, anche grazie alla prossimità medesima, senza risolversi in identità data e in relazione d'appartenenza. La sua trascendenza, intesa come incontro di universale e singolare, è ciò che gli permette di resistere a qualsiasi tentativo di categorizzazione e generalizzazione, nell'inseguimento di un'alterità che, nel suo sottrarsi, restituisce autonomia all'iniziativa del soggetto conoscente e lo induce a confrontarsi con le proprie possibilità. Il soggetto allora,

sarà realmente aperto all'alterità, alla prossimità e alla trascendenza, quando, nella tensione verso il volto dell'altro, potrà constatare di non essere più padrone neppure delle propria soggettività.

Così nell'ordine del dialogo e nell'incontro, l'orizzonte particolaristico di ognuno si apre accogliendo lo sguardo dell'altro, la prospettiva di ciascuno si completa nella diversa prospettiva dell'altro. Sono queste le condizioni per la comprensione reciproca e la ricerca della verità. Nella relazione personale dialogica, infatti, "la (ricerca della) verità deriva dall'intersecarsi, dal reciproco riconoscersi e arricchirsi delle prospettive parziali. La "vera" pace è in qualche modo necessariamente anche una pace cognitiva, una pace nella verità: per questo si tratta di una pace severa, senza sentimentalismi" (Mazzucato 1990, p.1249).

È una pace che si costruisce e si raggiunge insieme; risultano dunque incompatibile con essa le logiche divisive del vincitore e del vinto, la vittoria è condivisa fra tutti coloro che hanno, insieme, sradicato l'inimicizia. Una pace che si costruisce in questo modo comporta necessariamente un certo grado di conversione etica dei confliggenti, rendendo così inutile il ricorso a qualsiasi forma di imposizione o di coazione; essa si fonda e, allo stesso tempo, sviluppa e rafforza la buona volontà, il consenso, la collaborazione.

La pace, così intesa, permette la chiarificazione delle reciproche posizioni dei soggetti, comprendendo quindi l'ordine e la certezza, senza però ridursi a questo: essa porta anche alla ri-unione di ciò che è separato, alla composizione di ogni divisione. Mentre la separazione proprio del giudizio, l'affermazione del vincitore sul vinto, l'individuazione del diritto sul torto, finiscono per dar vita a un'insanabile divisione, la pace, propria del riconoscimento dell'altro, garantisce, al contrario, unione, ovvero la possibilità di prosecuzione dei rapporti umani.

A questo livello è quindi possibile parlare di pace in modo non riduttivo, soltanto a questo livello infatti il conflitto può dirsi risolto e i rapporti fra i

confliggenti ricuciti.

La giustizia del dialogo e dell'incontro non raggiunge ancora il livello di pace intersoggettiva, il massimo grado di unitività/comunicatività, poiché il massimo livello di pace, la "pace piena", richiede non soltanto il riconoscimento dell'Altro come proprio simile e con il quale imparare a coesistere, ma il riconoscimento e l'amore per la sua meraviglia ontologica; il desiderio fervente del suo bene.

È una pace che "mira a promuovere e a realizzare, nella comune ricerca della verità, il compimento vocazionale di ciascuno, la bellezza dell'Essere, l'armonia, la "poesia situazionale" (Lombardi Vallauri 1981, p. 431)

Si tratta di "una condizione completamente libera, non coercibile, non riproducibile artificialmente, uno stato di grazia, nel quale non c'è posto per il diritto e per la giustizia commisuratrice in quanto la separazione e la creazione di confini è antitetica al desiderio di mettere in comune e condividere." (Mazzucato 1999, p. 1251). Essa si eleva anche al di sopra della giustizia dialogica, per attingere a quella misericordiosa della completa pacificazione interiore, del perdono e dell'unione.

La pace piena è la pace dell'amore e della sapienza. A differenza però dell'amore personale sussistente tra amici e amanti, in cui l'altro viene amato proprio per la sua amabilità, la sapienza è più adatta a fondare un amore/*agape* incondizionato, cioè l'amore per la bellezza dell'essere di ogni uomo, anche il meno amabile (Lombardi Vallauri 1981, p. 388). L'amore libero da qualsiasi dipendenza affettiva e necessità di riconoscimento. Il santo, il sapiente, il "cercatore di infinito", Il costruttore di pace affrontano l'incontro (eventualmente anche lo scontro) con l'altro uomo a partire da un atteggiamento fondamentalmente onto-centrico e non ego-centrico. Così, nel consapevole raccoglimento interiore, al contempo, nello spalancamento alla meraviglia dell'Essere, al mistico trasalimento di stupore davanti alla realtà, appare la

pochezza della miseria di ogni conseguimento umano egio, la sterilità di ogni contesa.

Non è un caso che in ogni regola monastica, in ogni comunità sapienziale, la concordia, nascente dalla comune aspirazione alla pienezza spirituale, sia la base di ogni relazione umana. Dove c'è verità non può mancare la pace: i conflitti vengono visti così come segnali di scadimento nella ricerca della verità e della perfezione interiore, concessioni ai bassi istinti egoistici e sterili della miope affermazione di sé. Le eventuali liti vanno dunque superate, "recuperando" le risorse seconde dell'amore compassionevole e caritatevole. Nelle prime comunità cristiane (che si possono immaginare come comunità "sapienziali" di ferventi discepoli) si raccomanda, per esempio, di far scomparire "ogni asprezza, sdegno, ira, clamore e maldicenza e ogni sorta di malignità" (Ef 4,33) al fine di essere "benevoli gli uni verso gli altri, misericordiosi, perdonando(vi) a vicenda" (Ef 4,33); di sostituire alla "parola cattiva" "parole buone che possano servire per la necessaria edificazione, giovando a quelli che ascoltano" (Ef 4,29). Nella regola non bollata del 1221, San Francesco scrive: "e tutti i frati si guardino dal calunniare alcuno e evitino le dispute di parole, anzi cerchino di conservare il silenzio ... E non litighino tra loro, né con gli altri, ma procurino di rispondere con umiltà dicendo: sono servo umile". Anche il Buddha predica la riconciliazione e il perdono, la superiorità agli oltraggi e ai torti, la rettitudine e la benevolenza. Nelle comunità gandhiane fondate sulla non violenza vige un interessante sistema di riparazione delle mancanze: l'amore impone che si faccia tacere il bisogno egoico di assaporare la vendetta e la vittoria, che si ripaghi il male solo con il bene, l'ingiustizia con la giustizia amorevole; pertanto, alla *punizione* (che per definizione dipende dal giudizio di un altro) viene sostituita la *penitenza* (che affida allo stesso colpevole l'esecuzione della sentenza), e l'assunzione libera e volontaria, da parte dell'innocente, della colpa e dell'espiazione di colui che si rifiuta di farlo.

Alla luce di quanto fino a qui esposto si può considerare quindi pace, nel senso pieno del termine, solo quella che almeno instaura una *relazione* fra i soggetti, dovendo considerare la mancanza dell'instaurazione di un ordine dialogico e collaborativo fra i litiganti, fondato sul reciproco riconoscimento, come elemento determinante per valutare, come riduttiva, la pace che si viene a creare. Non appare, invece, necessario che tale *relazione* sia "amichevole", perciò non tutte le situazioni di contrapposizioni escludono la pace; ovvero, fin tanto che fra le parti sussiste un dialogo, una comunicazione, un linguaggio condiviso che consenta loro di esprimersi e capirsi reciprocamente, la contrapposizione non si connota negativamente. I confliggenti possono dunque ben essere avversari, senza essere nemici, trovando e stabilendo la pace attraverso il dialogo e il mutuo riconoscimento.

La mediazione, quale strumento di pacificazione, quindi, si presenta più idoneo del diritto, in quanto può raggiungere la pace e non solo una forma riduttiva di essa. È infatti, come si è visto, solo nell'apertura di una comunicazione, nel riconoscimento e nell'accettazione dell'Altro, nel completamento delle prospettive parziali volto allo svelamento della realtà, che si verificano le condizioni per instaurare una pace non riduttiva (Mazzucato 1999, p.1257), condizioni, tutte, soddisfatte pienamente dalla mediazione.

5.3 COESIONE SOCIALE

L'esigenza della mediazione deve essere letta anche, e soprattutto, in chiave di coesione sociale. La mediazione in *sé e per sé* rappresenta, comunque e sempre, una forma di intervento sociale: prima di essere una tecnica per affrontare le

situazioni conflittuali, va intesa come un mezzo di costruzione e gestione della vita sociale (Martini 2003). È vero infatti che di fronte alla disgregazione dei legami sociali la mediazione riesce a dare risposte concrete ponendosi come la possibilità di diventare una *nuova forma di regolazione sociale*, un nuovo modello di ordinamento sociale, di *azione comune*.

I processi di mediazione favoriscono, infatti, un maggior pluralismo dei sistemi di regolazione sociale e offrono una risposta all'aumento di differenziazione tra i gruppi, attraverso la proposta di un cammino partecipativo, per *ri-creare* il legame sociale. Il percorso di mediazione si costituisce come una relazione attiva e dinamica tale da instaurare un legame capace di aprire uno spazio di azione creativa finalizzato al benessere relazionale di cui tutti si sentono corresponsabili.

La mediazione fa riferimento a una *razionalità comunicativa*, diventando segno di una azione comune, che implica un sistema altro da quello normativo utilizzato nel diritto positivo. La sua possibilità trova fondamento in una azione comunicativa che si richiama alle categorie della vita vissuta; il riferimento teorico esplicito è alla teoria dell'agire comunicativo di Habermas.

Habermas sostiene che l'essenza dell'uomo è la capacità di linguaggio; l'elemento linguistico qualifica l'azione umana come simbolica, cioè come costituita da segni che possiedono un significato e, inoltre, qualifica l'interazione come comunicazione, come orientamento reciproco di due o più soggetti umani fondato su espressioni linguistiche (Cesareo 1993). L'uomo quindi realizza il controllo della propria situazione utilizzando la lingua e la relativa tradizione culturale; i membri della comunità infatti non riconoscono il mondo e la situazione così come sono nella loro oggettività, ma li costruiscono attraverso l'attribuzione di significati che sono reperiti dalla tradizione culturale a cui appartengono. Inoltre interpretando le situazioni in cui di volta in volta si trovano, trasmettono i valori, le norme e le conoscenze che costruiscono, nel loro insieme, la dimensione simbolica

della collettività.

Habermas pone il senso della relazione sociale nel suo carattere dialogico interpersonale. A suo avviso, una relazione è socialmente integrativa, e perciò umana, se e, nella misura in cui, essa attua una comunicazione egualitaria e democratica, libera da costrizioni, trasparente e priva di motivazioni strumentali (detta per questo "agire comunicativo" per distinguerla dall'"agire strategico"). La società che egli auspica è identificata in una "comunità illimitata di discorso" (1986).

Nel pensiero habermasiano assume un ruolo centrale il concetto di comunicazione senza limiti e non autoritaria, considerata fondamentale elemento alla costituzione del *consenso universale*. Si tratta di una situazione discorsiva ideale che l'autore delinea come soluzione ai problemi della società e della politica nel mondo contemporaneo. La possibilità che tutti i gruppi sociali, comunichino liberamente e siano partecipi in eguale misura del dibattito sui problemi sociali, è vista da Habermas come la miglior difesa contro fenomeni quali le ideologie, la crisi di identità dell'individuo, i rischi della globalizzazione. Tale concetto è alla base della *Teoria dell'agire comunicativo*, in cui Habermas delinea una *situazione linguistica ideale* propria di un modello di società in cui il consenso è prodotto con la partecipazione di tutti, senza distorsioni o condizionamenti esterni, nella considerazione della pari dignità personali e in una rete di relazioni interpersonali e di rapporti di riconoscimento reciproco²⁷.

Nella comunicazione devono quindi trovare adeguata considerazione sia la libertà individuale, che la solidale empatia di ciascuno rispetto alla situazione altrui.

²⁷ Come puntualizza Habermas "la comunicazione è un fenomeno linguistico e, nel contempo un fenomeno sociale in quanto consiste di espressioni linguistiche e di azioni: la comunicazione dunque si perfeziona come agire comunicativo". Perciò l'agire, pur essendo qualificato dalla comunicazione, non può essere ridotto a semplice comunicazione, cioè ad un'opera d'interpretazione e ad un discorso. Infatti l'agire consiste, nell'interazione di soggetti che cercano una comprensione e un'intesa comunicativa per coordinare di comune accordi, l'interpretazione delle situazioni in cui vengono a trovarsi, nonché i propri piani d'azione e, pertanto, il proprio agire. V. CESAREO, *Sociologia : teorie e problemi*, Milano Vita e Pensiero 1993, cit. pp. 83-84).

La forza dei legami comunitari è secondo l'autore "debole" sotto il profilo della coesione morale ma si connota "forte" per quanto riguarda la possibilità di sperimentare un'appartenenza sociale fondata prevalentemente per l'appunto sulla comunicazione. Ed è proprio l'importanza della dimensione comunicativa, come requisito fondamentale per mettere in atto un intervento di mediazione, che non può mai essere dimenticata nel porsi la questione della mediazione.

Come si è affermato, infatti, nel ricostruire uno *spazio* per il dialogo tra i soggetti coinvolti, essa favorisce, attraverso l'incontro, la condivisione di una cornice valoriale minima che si richiama ai bisogni comunitari e solidaristici propri dell'umanità stessa .

La mediazione rappresenta quindi uno strumento di promozione della coesione sociale, che interpreta quest'ultima come un prerequisito per l'esercizio delle rispettive libertà individuali secondo un principio di equità razionalmente e sentimentalmente percepito attraverso la relazione di empatia e fiducia che viene a svilupparsi. Il mediatore opera sulla capacità della stessa comunità di prendere coscienza della dimensione collettiva e sociale dei problemi, di innescare una dinamica comunitaria in grado di sviluppare le reti, attivare i luoghi di partecipazione alla presa delle decisioni, all'autorganizzazione, alla promozione della capacità associativa così come a rinforzare un sentimento di appartenenza.

Ciò può scaturire dal riconoscere tutti i soggetti portatori di istanze come facenti parte della comunità democratica che, in un dato tempo ed in un dato luogo, si riunisce per costruire qualcosa di nuovo in modo da superare le polarizzazioni conflittuali. La comunità assume una valenza fortemente politica: la responsabilizzazione dei partecipanti, l'insorgere di fiducia in se stessi e negli altri, la spinta ad individuare una soluzione che provenga dalla relazione attivata tra i componenti della comunità. Tutto ciò avviene consentendo l'emergere delle passioni di cui ognuno è portatore e il retroterra da cui è contraddistinto, come

punto di partenza per un'edificazione comune di sentimenti e prassi ragionate. L'identità del singolo può così trovare un'affermazione pienamente consapevole nel processo democratico di partecipazione e del confronto. Nel momento in cui le rispettive diversità si mettono in gioco viene attivato il riconoscimento delle reciproche istanze identitarie e la delimitazione di uno spazio di principi di condivisione comune, da cui partire per realizzare insieme qualcosa di nuovo.

La mediazione, quindi, può influire su diversi livelli: a breve termine, tra individui e gruppi sociali resi consapevoli della potenzialità auto-trasformativa della relazione in vista del benessere relazionale; a medio termine, con la diffusione progressiva di una "cultura" della relazione dialogante tale da prevenire comportamenti anomici e antisociali; a lungo termine, con la promozione di un'idea condivisa di cittadinanza basata sulla partecipazione alla vita pubblica secondo una cornice di principi condivisi su cui ognuno sia chiamato ad incidere senza rinnegare il proprio retroterra associativo di riferimento.

5.4 PHILIA

La modernità ha concepito l'evoluzione sociale come "progresso" in termini "economici", in un senso non solo empirico, ma anche analitico. Oggi questa visione del mondo, benché forte e potente nei fatti, non regge più di fronte alle crisi ricorrenti dell'economia e alla destabilizzazione dell'ordine sociale e culturale. Le stesse democrazie politiche si interrogano sul loro destino. La costruzione e la comprensione di sé e dell'identità di ognuno avvengono all'interno di una relazione, in quanto l'uomo è originariamente essere con-gli-altri. Non si tratta semplicemente di individuare criteri di convivenza norme e valori a cui attenersi,

ma di riscoprire un 'Noi', la *philia* politica aristotelica, che dia un senso a queste norme²⁸.

La relazione, infatti, implica una comprensione complessa dell'uomo, inteso come ente in continuo divenire la cui specificità è legata, oltre che alla ragione intesa come mezzo fiero, lucido e illuminante, ai sentimenti e all'affettività.

La mediazione, allora, rappresentando un modello di società basato sulla *philia*, sa dare risposte sapienti. La *philia*, infatti, offre letture diverse dell'io smarrito, fragile e spezzato dei nostri tempi: una decostruzione del soggetto atomisticamente chiuso in una logica identitaria, il rifiuto di un mondo sempre più tecnologico in cui gli individui sono spinti unicamente dall'interesse egoistico tanto che sembra scomparire l'impulso verso il legame sociale – o meglio anche questo è visto strumentalmente per fini individuali e utilitari. Deriva da questo continente in fermento un io relazionale, sì che è possibile ritrovare nel legame di appartenenza, nel legame con l'altro una cifra significativa dell'identità. Non solo ma la relazionalità palesa l'appartenere del soggetto ad una struttura di reciprocità che, a sua volta, rinvia ai concetti di fiducia, di responsabilità, ma anche di accoglienza e di ospitalità. È bene dunque, oggi, ripensare la *philia* quale modo diverso di concepire le molteplici relazioni - familiari, sociali, istituzionali - e pensare la possibilità di mettere in atto pratiche pubbliche altre, a partire dall'impiego della mediazione come mezzo di cemento sociale.

Si dovrebbe dunque ripartire dal concetto di *philia*, o meglio ancora ripartire dalla definizione di ciò essa non è, cioè da una decostruzione, o da uno scioglimento, dei nodi che il linguaggio filosofico, ma anche il senso comune, ha stretto intorno a questo concetto, spingendolo sempre più lontano dal suo

28 Nella storia dei concetti, si è attuata l'“estromissione” della *philia* dal piano della politica, così come si presentava in Grecia, per collocarla nel mondo privato della cultura e dei sistemi sociali moderni. Evento questo che nel lessico della politica sostituisce la *philia* con il concetto di “ragion di stato”, mentre l'amicizia, caratterizzata sempre più con elementi di irrazionalità, è considerata un “legame puramente personale”.

significato originario.

Il primo di questi nodi, di queste sovrapposizioni indebite, è quello che assimila l'amicizia all'amore, la *philia* all'*eros*. Benché la *philia*, nel suo senso greco, implichi un'intimità che arriva al contatto fisico – *philema* in greco vuol dire "bacio" – essa resta ben diversa dalla mania erotica. Mentre l'*eros*, nella sua essenza, conserva una connotazione di travolgente passione, allude a una forza di scatenamento difficilmente governabile, l'amicizia appartiene alla sfera del *logos*. Implica il contatto e l'intimità, ma non la compenetrazione dell'amore. Colpisce ma non travolge, assimila ma non possiede. Non è traducibile nel linguaggio del possesso, della possessione, dell'appropriazione – lascia l'altro essere tale, ne rispetta e, se possibile, ne custodisce la differenza. L'altro – o anche gli altri. Perché, a differenza dell'*eros*, l'amicizia non esclude il terzo e neanche i più. È un modo della pluralità, non necessariamente della dualità. Non è soggetta alla sindrome fusionale, al vincolo irresolubile, alla coerenza irresistibile dell'*eros*, la *philia* è un legame che scioglie, che libera, l'altro alla sua alterità costitutiva. Un contatto che consente una distanza, dunque. (Esposito 2006, p. 65-66).

Ma se la *philia* appare diversa dall'*eros*, il termine, la figura, da cui la sua idea va ancora di più distinta, tenuta a riparo, è quello di fraternità.

È invero il carattere biologico della fraternità, che non ne consente una traduzione politica. Se ciò che accomuna gli uomini, ciò che crea legame e solidarietà reciproca, è appunto il sangue, la consanguineità, allora è proprio quel legame, quella solidarietà, che non potrà che essere inteso in termini di ostilità e di conflitto contro coloro che non le appartengono.

Questo spiega la difficoltà, e anche l'ambiguità, di fondare l'amicizia sulla fratellanza. Legare il rapporto tra gli uomini alla naturalità di un'origine di sangue, alla consanguineità di un'unica discendenza, alla immediatezza della biologia, significa stimolare i nazionalismi, i localismi, i regionalismi che hanno insanguinato

ed ancora insanguinano il mondo contemporaneo. È per questo che l'amicizia, e soprattutto un'amicizia plurale, o in senso lato politica, deve prendere le distanze dalla figura della fraternità, almeno dalla forma particolaristica ed etnocentrica che questa ha assunto negli ultimi duecento anni.

L'amicizia non è rappresentabile, quindi, né dalla figura *dell'eros*, né da quella della fraternità ma neppure, all'estremo opposto, da quella della tolleranza. Se l'amicizia non può configurarsi come legame biologico tra eguali – i fratelli – non può neanche ridursi alla semplice tolleranza rispetto ai diversi. Essa non è, non può essere, né fusione in uno, né pura compresenza di molti, né rigida chiusura in sé né semplice relativizzazione di ogni diversità.

Il pericolo, in questo caso, è che si riduca l'amicizia alla sopportazione della diversità – questo significa tolleranza – almeno fino a quando tale diversità non turbi la *nostra* pace e non metta in discussione la *nostra* identità. Sarebbe a dire: “: l'unica maniera di custodire la pace, di esorcizzare i fantasmi della guerra, è quella di sospendere il giudizio sui valori, mettendoli tutti sullo stesso piano, relativizzandoli e quindi neutralizzandoli in un'equivalenza generale. È il principio liberale che tutto può andare bene, tutto può essere accettato, purché non entri nella sfera della nostra libertà personale, purché non tocchi le basi dei nostri interessi e della nostra identità. L'esito di tale punto di vista, che si presenta moderno, aperto, disponibile, è l'addomesticamento delle differenze, della loro forza e intensità. Le differenze esistono, ma sono indebolite, urbanizzate, governate da un principio di equivalenza che evidentemente non è diverso da quello del mercato generale in cui ciò che conta è la scambiabilità delle merci. È una linea di discorso che nasce dalla sfiducia di poter sostenere a fondo il proprio punto di vista, le proprie convinzioni – anche per la sostanziale indifferenza di tutti i punti di vista, di tutte le convinzioni. Come dire: le differenze esistono, ma in quanto reciprocamente indifferenti, senza forza di persuasione e senza anima,

come semplici sfumature di un unico quadro, quello della globalizzazione integrale che regola le nostre vite e definisce il nostro orizzonte. Dove, naturalmente, c'è poi sempre un punto di vista che si ritiene superiore agli altri perché si definisce aperto, comprensivo e appunto tollerante con coloro che, pur non avendo raggiunto la stessa maturità, sono in cammino verso di essa o comunque non ci minacciano. È precisamente per questo che vengono tollerati nella loro diversità, ammessi nel club multiculturale delle differenze, accettati in un sistema che essi non potranno gestire in prima persona, ma che ne consente la sopravvivenza.” (Ibidem). Come questa tolleranza sia tutt'altro da un'autentica amicizia, è evidente. Al punto che si deve considerare l'amicizia lontana da essa quanto dalla fratellanza nel senso prima definito.

Per definire cosa caratterizza affermativamente la *philia*, allora, ci si può riferire alla concezione aristotelica. Aristotele, che dedica ad essa un quinto delle sue Etiche, cioè uno spazio superiore a qualsiasi altra problematica, nell'*Etica Eudemia* inserisce l'amicizia nella discussione sulla reciproca dinamicità dei beni, bene in sé, in senso integrale e beni per ciascuno (e viceversa), dichiarando che nell'amicizia si realizza qualcosa di molto più profondo di una semplice aggregazione: la consonanza di proprio e comune – sia nel piano politico che in quello dell'amicizia – afferma Aristotele, rappresenta un modello ideale per la comunità politica.

Nell'*Etica Nicomachea*, libro VIII Aristotele definisce subito “l'amicizia come virtù o qualcosa che si accompagna alla virtù” (1155a1-2), qualcosa comunque sommamente necessaria per una vita felice di tutti gli esseri viventi. *Philia* appare quale elemento di cerniera tra la virtù e la contemplazione, tra felicità umana e “divina”, tra attività etica e teoretica, insomma si manifesta la doppia polarità dell'amicizia nei confronti dell'idea del bene, cioè la polarità personale-riflessiva e la polarità assoluta, il voler bene a se stessi e all'altro. Espressione di questa concordanza è rintracciabile nel *phronimos*, cioè nell'uomo di valore esercitato

nella virtù, il quale diversamente da quanto auspicato da Platone non contempla il bene in sé, ma fa combaciare il bene proprio e il bene comune (Brezzi 2006, p.150). Si può pertanto riassumere con *philia* un insieme di relazioni con alto contenuto affettivo, la cui traduzione più appropriata può essere amore, dando a questo termine una valenza in certo senso dilatata (Nussbaum 1996, p.639).

Il potere dell'amore è anzitutto il potere di far sentire un vuoto, e poi di reclamare che lo si colmi con una relazione che sia una relazione adeguata al vuoto relazionale. Il potere dell'amore sta nel fatto che senza il dono di relazioni significative non c'è legame sociale, e senza legami sociali l'individuo umano non sopravvive.

Non v'è dubbio che qualsiasi possa essere l'indicatore del progresso in una società post moderna, esso deve tenere conto della soddisfazione del bisogno di amore nelle varie sfere sociali. Non contro l'economia, ma *con un'altra economia*; non contro la politica, ma *con un'altra politica* non contro i mass media, ma con *altri mezzi di comunicazione* e così via. Il cuore di queste nuove economie, politiche e mezzi di comunicazione è la loro capacità o meno di rispondere ai vuoti relazionali che reclamano amore (Donati 2011, p.31).

In questo la mediazione si può rivelare fondamentale; la mediazione, strumento capace di tessere le fila della relazione, trasformando il conflitto in un'occasione per progettare il futuro delle persone e della comunità che scaturisce dalle loro interazioni, crea *philia* che, a sua volta, offre la possibilità di coniugare il pensiero contrastivo-oppositivo con il pensiero della relazione. La *philia*, d'altronde, svolge un ruolo di mediazione in quanto riduce i confini delle differenze assolute tra l'io e l'altro e crea un ponte di vicinanza tra loro che diviene vera e propria collaborazione sostenuta dal dialogo e dalla logica della relazione. La *philia*, d'altronde, va oltre gli scambi materiali e formula premure che riguardano le stesse relazioni: in tal modo le persone attingono un ordine più

elevato di felicità.

CONCLUSIONI

Nel presente lavoro si è cercato di argomentare come la mediazione, prima ancora di essere uno strumento operativo, sia uno strumento di promozione e coesione sociale della comunità e veicolo di uno scarto culturale.

La mediazione, al pari del diritto e della giustizia, rappresenta uno strumento atto a governare l'incertezza che caratterizza, per principio, l'interazione tra individui. Per sua fondazione, è in grado di intervenire sulla generazione delle regole che i membri di una comunità utilizzano nel perseguire obiettivi comuni, a differenza del diritto e della giustizia, che invece possono intervenire, per loro fondazione, solo *post hoc*.

L'alternatività della mediazione sta dunque nell'individuazione del proprio e specifico oggetto di intervento, differente da quello del diritto o dell'amministrazione della giustizia. Lo scenario che si apre è quello per cui la mediazione non si configura solo e soltanto come istituto a supporto del diritto e dell'amministrazione della giustizia, ma come uno strumento che abbraccia una dimensione assai più ampia, che è quella di contribuire, metodologicamente, allo sviluppo degli individui.

Si è infatti cercato di mettere in risalto anche la natura aggregante del conflitto e di considerare come la mediazione sia il potenziale strumento che, senza minimizzare il carattere problematico della situazione conflittuale, riesce a segnalare l'importanza di cercarne il significato. Ciascuno di noi costruisce la propria identità attraverso la differenziazione, ovvero attraverso il contrasto con il mondo. L'io esiste solo nello sforzo, nel raffronto con l'alterità. I conflitti, pertanto, costringono a riconoscere l'esistenza dell'altro e, quindi, a confrontarsi con letture del mondo diverse dalle proprie. I conflitti sono linguaggi che manifestano la

natura dei soggetti in relazione, svelano la loro dimensione più autentica, portano in emergenza ciò che altrimenti resterebbe celato. Favoriscono, inoltre, il cambiamento nella vita dei gruppi e sollecitano l'esplorazione di idee e mondi nuovi, di forme e strutture nuove. Se sapientemente gestiti, come la mediazione sa fare, i conflitti portano vantaggi e diventano espressione di libertà.

La mediazione è uno strumento che dunque ha il potenziale per offrire un valore aggiunto alla comunità ma affinché tale potenziale si espliciti è necessario che l'uso di tale strumento venga inserito dentro un percorso metodologico coerente con gli assunti che gli sono propri.

Si è messo in evidenza, infatti, che il legislatore non ha saputo porsi la questione della mediazione, che non sopporta ruoli istituzionali e che ha finito per essere "snaturata" nei suoi presupposti con implicazioni sul piano della definizione metodologica del suo utilizzo e sul piano dell'efficacia.

Fondamentale perciò diventa una cultura che sappia prima di tutto ripensare il conflitto in termini diversi da quelli in cui è percepito attualmente, e, allo stesso tempo, che sia una cultura realmente della mediazione: che ne conosca, cioè, la vera natura e non la confonda più con altre pratiche di intervento che non le somigliano.

Si è cercato infatti di dimostrare come differiscano dalla mediazione quelle pratiche che, laddove si tratti di intervenire sul disaccordo, centrano l'intervento sulla possibilità di modificare le opzioni che ciascuna parte porta. In questo caso l'intervento si muove nella direzione di operare una trasformazione delle soluzioni di partenza, per addivenire ad un accordo, nella considerazione dei vantaggi che ciascuna parte (o entrambe) otterrebbero adottando opzioni diverse da quelle che hanno generato il disaccordo. Intervento, dunque, che non indaga le persone che portano il conflitto, ne' la conoscenza dello stesso. È venuto in rilievo, quindi, il carattere performativo della mediazione, e, dunque, la sua capacità di *creare* la

realtà.

Purtroppo la “diffamazione” che il legislatore ha effettuato nei confronti della mediazione, sponsorizzandola prima per poi prospettare nella pratica qualcosa di diverso, ha certamente creato un danno considerevole alla sua immagine. Il DG-stat, infatti, mette in evidenza come, con il passare degli anni, la mediazione volontaria si attesti su valori via via sempre più bassi. Si tratta di un indicatore importante, poiché mette in evidenza chiaramente che se prima era da superare solo lo scoglio della *diffidenza*, ora, a questo, si aggiunge quello della *delusione* e uscire da tale condizione non si prospetta affatto semplice, anche perché un'inversione di tendenza presupporrebbe, prima di tutto, una volontarietà del legislatore di intervenire sulla mediazione, che, allo stato attuale, non sembra riscontrarsi.

BIBLIOGRAFIA

Abel, R. L. (1982.), *The Politics of Informal Justice*, vol. II, The American Experience, Academic Press, New York.

Agamben, G. (2004), *Archeologia di un'archeologia*, Quodlibet.

Alpa, G. (1994), *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in "Giustizia Civile", VII.

Ansanelli, V. (2017), *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Giappichelli, Torino.

Arielli, E. & Scotto, G. (1998), *I conflitti : introduzione a una teoria generale*, Mondadori, Milano.

Auerbach, J. (1983), *Justice Without Law?*, New York-Oxford.

Azzariti, G. (2013), *Diritto e conflitti : lezioni di diritto costituzionale*, GLF editori Laterza, Roma.

Barcellona, P.(1998), *Il declino dello stato*, Edizioni Dedalo,Bari.

Baruch, B. & Folger, J. (2009), *La promessa della mediazione: l'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti*, Vallecchi, Firenze.

Baruch Bush, R. & Folger, J. (1994),*The Promise of Mediation : Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass, San Francisco.

Basciu, M. (1995), *Il conflitto : Profili giuridici e politici*, in Atti del XVIII Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, Anacapri, 4-6 giugno 1992, Giuffrè, Milano.

Bateson, G. (1972), *Verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano.

Benasayag, M. & Del Rey, A. (2012). *Elogio del conflitto: passi scelti*, La scuola di Pitagora, Napoli.

Benveniste, E. (2001), *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol.II, Einaudi,Torino.

- Berger, P. (1999), *The Limits Of Social Cohesion: Conflict And Mediation In Pluralist Societies*, Westview Press.
- Bernardini, I. (2004), *Genitori ancora mediazione familiare*, Editori riuniti, Roma.
- Bilotta, B. (2014), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Giuffrè, Milano.
- Blanchot, M. (1996), *Pour l'amitié*, Editions Verdier, Paris.
- Bobbio, N. (1985), Sulla nozione di giustizia. S.I. s.n.
- Bouchard, M. & Mierolo, G. (2005), *Offesa e riparazione : per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano.
- Bramanti, D. (2005), *Sociologia della mediazione*, Franco Angeli, Milano.
- Brezzi, F. (2006), *L'occhio della pietà*, in "Babel Rivista di Filosofia", n.2.
- Brunelli, F. (2003), *La parola nella mediazione penale*, in "Dignitas – percorsi di carcere e di giustizia", n.3.
- Bruni, A. (2010), *Codice della mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.
- Bruni, A. (2011), *La mediazione conviene: I vantaggi della conciliazione civile e commerciale: Tecniche e casistica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna.
- Brutti, C. & Brutti, R. (1999), *Mediazione, Conciliazione Riparazione: giustizia penale e sapere psicoanalitico*, Giappichelli, Torino.
- Buzzi, I. & Pinna, S. (1999), *Esperienze pratiche per mediare in conflitti*, Punto di Fuga, Cagliari.
- Caiazza, D. (1958), *L'idea di giustizia nel pensiero greco*, Roma.
- Calcagno, C. A. (2014), *Breve storia della risoluzione del conflitto: i sistemi di composizione dall'origine al 21 secolo*, Aracne, Roma.
- Califano, G. P. (2011), *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali: [Il Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, il Decreto 18 ottobre 2010, n. 180 e le modifiche apportate al codice di procedura civile dal "Collegato lavoro 2010"]*, Cedam, Assago.

- Canetti, E. (2010), *Massa e potere*, Adelphi, Milano.
- Cappelletti, M. (1978), *Access to Justice*, Giuffrè Editore, Milano.
- Capponi, B. (2014), *Respingimento del contenzioso, degiurisdizionalizzazione, prospettive in tempi di crisi* [online], Disponibile da: http://www.questionegiustizia.it/articolo/respingimento-del-contenzioso-degiurisdizionalizzazione_prospettive-in-tempi-di-crisi-10-10-2014.php [18 febbraio 2017]
- Caspani, V. (2002). *I consumatori e la giustizia : conciliazione e arbitrato*, La tribuna, Piacenza.
- Cassano, F. (1996), *Il pensiero meridiano*, Laterza, Roma.
- Castelli Gattinara, E. (2011), *Il senso del conflitto*, in "Relazioni sistemiche" , 4.
- Castelli, F. M. (2011), *Le fonti normative della mediazione e la sua filosofia <<il principio dell'obbligatorietà>>*, Skill Edition, Roma.
- Castelli, S. (1996), *La mediazione, Teorie e tecniche*, Raffaello Cortina Editore, Milano.
- Castiglioni, M. (1997), *La mediazione linguistico-culturale: principi, strategie, esperienze*, Franco Angeli, Milano.
- Cavicchi, I. (1998), *L'uomo inguaribile. Il significato della medicina*, Editori Riuniti, Roma.
- Ceretti, A. (1993), *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti (a cura di) *La mediazione*, Cesareo.
- Ceretti, A. (1999), *Mediazione penale e giustizia*, in, "La mediazione penale minorile: applicazioni e prospettive, Atti del Seminario di Studi a cura dell'Ufficio Centrale di Giustizia Minorile", Franco Angeli, Milano.
- Cesareo, V. (1993), *Sociologia : teorie e problemi*, Milano Vita e Pensiero.
- Chase, O. G. (2009), *Gestire i conflitti: diritto, cultura, rituali*, Laterza, Roma.
- Chiarloni, S. (2004), *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in Alpa, G. e Danovi, R. (a cura di) *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'Avvocatura*, Giuffrè, Milano.

- Chiereghin, F. (2004), *L'eco della caverna. Ricerche filosofiche della logica e della mente*, Il poligrafo, Padova.
- Ciavola, A. (2010), *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino.
- Cohen, D. J. (1995), *Law, violence, and community in classical Athens*, Cambridge University press, Cambridge.
- Coogler, J. (1978), *Structured Mediation in Divorce Settlement*, Lexington Books, Lexington.
- Coser, L. A. (1967), *Le funzioni del conflitto sociale*, Feltrinelli, Milano.
- Cosi, G. (2007), *Invece di giudicare: scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano.
- Cosi, G. (2012), *Conoscere il conflitto*, in Lucarelli, P. , & Conte, G. Breggia, L. (a cura di), *Mediazione e progresso : persona, società, professione, impresa*, Utet giuridica, Torino.
- Cosi, G. Romualdi G. (2010), *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, Torino.
- Costantino, G. (2009), *Economia e processo: contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia*, n1.
- Cozzo, A. (2001), *Tra comunità e violenza : conoscenza, logos e razionalità nella Grecia antica*, Carocci, Roma.
- Cozzo, A. (2004), *Conflittualità nonviolenta: filosofia e pratiche di lotta comunicativa*, Mimesis, Milano.
- Cozzo, A. (2014), *Nel mezzo. Microfisica della mediazione nel mondo greco antico*, University press, Pisa.
- Cuomo Ulloa, F. (2008), *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova.
- De Palo, G. Guidi, G. (1999), *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano.
- De Pascale, C. (2010), *Giustizia*, Il mulino, Bologna.

- Delfino, D. (2010), *Mediazione, conciliazione e rapporti col processo*, in "Foro it", V, 101;
- Derrida, J. (1997), *Margini della filosofia*, Einaudi, Torino.
- Di Rocco, M. & Santi, A. (2003), *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano.
- Donati, P. (2011), *L'amore come relazione sociale*, in "Società mutamento politica", vol.2, n.4.
- Duranti, A. (2001), *Culture e discorso: un lessico per le scienze umane*, Meltemi, Roma.
- Esposito, R. (2006), *Amicizia e comunità*, in "Babel Rivista di Filosofia", n. 2.
- Eusebi, L. (2015), *Una giustizia diversa: il modello riparativo e la questione penale*, VP, Milano.
- Fantozzi, P. & P. Turi, (2006), *Manuale di sociologia politica*, Roma.
- Foddai, M. A. (2009), *La scelta della mediazione: itinerari ed esperienza a confronto*, Giuffrè, Milano.
- Folberg, J. & Taylor, A. (1984), *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigations*, Jossey-Bass.
- Foucault, M.(1997), *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano.
- Foucault, M. (1996), *Discorso e verità nella Grecia antica*, Donzelli, Roma.
- Fragomeni, T. (2012), *Mediazione e Conciliazione*, La Tribuna, Piacenza.
- Freund, J. & Campi A. (1995), *Il terzo, il nemico, il conflitto: materiali per una teoria del politico*, Giuffrè, Milano.
- Frison, R. & Bassoli F. (1998), *La sfida ecologica del conflitto: l'epistemologia e gli stereotipi del conflitto. I metodi e le strategie di mediazione. Il processo della mediazione. Nel sistema familiare, nel contesto penale, nelle istituzioni pubbliche e private*, ISCRA, Modena.
- Fuller, L. & Dal Brollo, A. (1986), *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano.

- Fuselli, S. (2010), *Ragionevoli dubbi: quando non tutte le contraddizioni vengono per nuocere*, FrancoAngeli, Padova.
- Gadamer, H. & Vattimo, G. (1972), *Verità e metodo*, F.lli Fabbri, Milano.
- Galaway, B. (1989), *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community*, Sage Publications, London.
- Galtung, J. (2007), *La Teoria del conflitto: contraddizioni - valori - interessi*, in "Rivista italiana di Conflittologia", n.4.
- Galtung, J. (2014), *Affrontare il conflitto: trascendere e trasformare*, University press, Pisa.
- Gambaro, A. & Sacco, R. (2008), *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino.
- Gentile, A. (2012), *Filosofia del limite*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- Givone, S. (2000), *Eros/ethos*, Einaudi, Torino.
- Gorgias, (1961), *Encomio di Elena e altri scritti*, Edizioni paoline, Bari.
- Gradi, M. (2014), *Inefficienza della giustizia civile e <<fuga dal processo>>*, Edizioni Leone, Messina.
- Grimaudo, S. (1998), *Misurare e pesare nella Grecia antica: teorie storia ideologie*, L'epos, Palermo.
- Grossi, D. (2012), *Il diritto di difesa ed i poteri del giudice nella riforma delle impugnazioni*, in "Riv. trim. dir. proc. civ".
- Gulotta, G. (1995), *La ricerca empirica sulla vittima, in Tutela della vittima e mediazione penale*, Giuffrè, Milano.
- Habermas, J. (1986), *Teoria dell'agire comunicativo*, Il mulino, Bologna.
- Harrington, C. B. (1982), *Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis*, in "The Politics of Informal Justice", vol.I.
- Haynes, J., Fong, L. & Haynes, G. (2003), *La mediazione: strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Edizioni Carlo Amore, Roma.
- Heidegger, M. (2009), *Essere e tempo*, Longanesi, Milano.

- Henderson, D. F. (1965), *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, Tokyo.
- Iacono, A. (1990), *Pensare per storie, creare contesti*, in "Oikos", n. 2.
- Irti, N. (2002), *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma.
- Jhering, R. (1989), *La lotta per il diritto*, Giuffrè, Milano.
- Lanna, M. (1983), *Ermeneutica del conflitto Vol. 2: Struttura, dinamiche e trasformazioni*, Labrys, Benevento.
- Lévinas, E. (1983), *Altrimenti che essere, o Al di là dell'essenza*, Jaca book, Milano.
- Lévinas, E. (1990), *Totalità e infinito: saggio sull'esteriorità*, Jaca book, Milano.
- Lévi-Strauss, C. & Caruso, P. (1997), *Razza e storia e altri studi di antropologia*, Einaudi, Torino.
- Lodigiani, G. A. & Mannozi, G. (2015), *Giustizia riparativa: ricostruire legami, ricostruire persone*, Il mulino, Bologna.
- Lombardi Vallauri, L. (1981), *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova.
- Loraux, N. & Pedullà, G. (2006), *La città divisa: l'oblio nella memoria di Atene*, Neri Pozza, Vicenza.
- Lucarelli, P. & Conte, G. (2012), *Mediazione e progresso, persona, società professione, impresa*, Utet Giuridica, Torino.
- Luhmann, N. (1982), *Conflitto e diritto*, in "Laboratorio politico", n.1.
- Luhmann, N. (1990), *Sistemi sociali : fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna.
- Luison, L. (2006), *La mediazione come strumento di intervento sociale: Problemi e prospettive internazionali*, Franco Angeli, Milano.
- Luison, L. (2000), *Mediazione sociale e sociologia, Riferimenti teorici ed esperienze*, Franco Angeli, Milano.
- Lyotard, J. F. & Serra, A. (1985), *Il dissidio*, Feltrinelli, Milano.
- Machiavelli, N. (1986), *Il principe e i discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Peruzzo, Sesto San Giovanni.

Mannozi, G. (2003), *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano.

Marchesi, (2009), *Lo sguardo dell'economista: le ricadute sul "sistema paese"*, in *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare? – Atti del Convegno dell'Osservatorio "Giordano dell'amore"*, 14-15 novembre 2008, Milano.

Mariani Marini, A. & Resta, E. (2007), *Marcciare per la pace, il mondo non violento di Aldo Capitini*, Edizioni Plus, Pisa .

Marinaro, M. (2010), *Materiali di ricerca per la mediazione conciliativa: Legislazione, giurisprudenza e prassi*, Aracne, Roma.

Martello, M. (2008), *L'arte del mediatore dei conflitti. Protocolli senza regole: una formazione possibile*, Giuffrè.

Martini, E. R. & Torti, A. (2003), *Fare lavoro di comunità: riferimenti teorici e strumenti operativi*, Carocci, Roma.

Martino, R. (2011), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, Cacucci, Bari.

Marvulli, N. (2005), *Relazione sull'attività Giudiziaria nell'anno 2005 - Inaugurazione Anno Giudiziario 2006*, [online]. Disponibile da: http://www.legge-e-giustizia.it/index.php?option=com_content§ion=6&cat=8&task=view&id=1066&Itemid=37&font=inc [10 giugno 2016]

Mazzucato, C. (1999), *L'universale necessario della pacificazione*, in L. Lombradi Vallauri (a cura di), *Logos dell'essere, Logos della norma*. Bari.

Moore, C. (1986), *The Mediation Process, Pratical strategies for Resolving Conflict*, San Francisco.

Morelli, U. (2006), *Conflitto: identita interessi culture*, Meltemi, Roma.

Morello, V. (1933), *Il conflitto dopo la conciliazione*, Bompiani, Milano.

Morineau, J. (2004), *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano.

Morineau, J. (2010), *Il mediatore dell'anima. La battaglia della vita per trovare la pace interiore*, Servitium, Milano.

Nader, L.(1989), *The ADR Explosion: The Implications of Rhetoric in Legal Reform*, in "Windsor Yearbook of Access to Justice", University of Windsor, Ontario.

- Noda, Y. (1966), *Introduction au droit japonais*, Paris.
- Nussbaum, M. (1996), *La fragilità del bene*, Il Mulino, Bologna.
- Ortolani, A. (2009), *Il Giri e la questione della mentalità giuridica giapponese*, in "Rivista di diritto civile", 3.
- Ost, F. & Viano Marogna, G. (2007), *Mosè, Eschilo, Sofocle: all'origine dell'immaginario giuridico*, Il mulino, Bologna.
- Pagliarani, L. & Morelli, U., Weber C. (2012), *Violenza e bellezza: <<il >> conflitto negli individui e nella società*, Guerini e Associati, Milano.
- Pellegrini, S. (1997), *La litigiosità in Italia: un'analisi sociologico-giuridica*, Giuffrè, Milano.
- Pellegrini, S. (2008), *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*, Milano.
- Pera, A. & Riccio, G. (2011), *Mediazione e conciliazione: Diritto interno, comparato e internazionale*, Cedam, Assago.
- Picotti, L.. (1998), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova.
- Pisapia, G. (1997), *La sfida della mediazione*, Cedam, Padova.
- Pisapia, G. (2000), *Prassi e teoria della mediazione*, Cedam, Padova.
- Pound, R. (2007), *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Fb&c Limited, St. Paul West.
- Pupolizio, I. (2005a), *Una comunità all'ombra del diritto: la mediazione sociale e la giustizia informale nel modello statunitense e nell'esperienza italiana*. Giuffrè, Milano.
- Pupolizio, I.(2005b), *I centri di mediazione sociale in Italia: un'indagine empirica*, in "Mediaries", 5.
- Resta, E. (1977), *Conflitti sociali e giustizia*, De Donato, Bari.
- Resta, E. (1996), *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma.
- Resta, E. (1997), *Le stelle e le masserizie: paradigmi dell'osservatore*, Laterza, Roma.

- Resta, E. (2007), *Diritto Fraterno*, GLF editori Laterza, Roma.
- Resta E. (2008), *Diritto vivente*, GLF editori Laterza, Roma.
- Resta, E. (2011), *Le regole della fiducia*, GLF editori Laterza, Roma.
- Sander, F. E. (1979), *Varieties of Dispute Processing*, in "A. L. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), *The Pound Conference*", Massachusetts.
- Scaparro, F. (2001), *Il coraggio di Mediare*, Guerini e Associati, Milano.
- Scaparro, F. (2005), in Calfapietro, T. (a cura di), *Dizionario delle Mediazioni, in Mediores*, n.5, 2005.
- Sclavi, M. & Susskind L., Amato G. (2011), *Confronto creativo: dal diritto di parola al diritto di essere ascoltati*, Milano.
- Simmel, G. (1996), *Sull'intimità*, Armando Editore, Roma.
- Simmel, G. & Cavalli, A. (1998), *Sociologia*, Edizioni di Comunità, Torino.
- Simmel, G. & Mongardini, C. (1974), *Il conflitto della cultura moderna e altri saggi*, Bulzoni, Roma.
- Simmel, G. & Tonarelli, A. (2014), *Il mediatore*, Armando, Roma.
- Sommaggio, P. (1996), *Contraddittorio giudizio mediazione: la danza del demone mediano*, Angeli, Milano.
- Taruffo, M. (2014), *Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile*, in "Il processo civile riformato", 5a ed., Torino.
- Tomellari, S. (2007), Presupposti antropologici e sociologici del rancore, in R. Rizzi (a cura di), *Itinerari del rancore*, Bollati Boringhieri, Milano.
- Tomelleri, S. (2001), *Sociogenesi del conflitto* in "Relazioni sistemiche", 4.
- Tonarelli, A. (2012), *Dalla gestione dei conflitti alla regolazione sociale. La mediazione tra individuo e società*, in Lucarelli, P. & Conte, G. Breggia, L. (a cura di). *Mediazione e progresso : persona, società, professione, impresa*, Utet giuridica, Torino.
- Triggiani, N. (2011), *La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato,*

presente e futuro: l'esperienza del Tribunale di Taranto : atti del Convegno, Taranto, Facoltà di giurisprudenza, 27 aprile 2010, Cacucci, Bari.

Turchi, G. , & Gherardini, V. (2014), *La mediazione dialogica : fondazione scientifica, metodo e prassi in ambito penale, civile e commerciale, familiare e di comunità*, Milano Angeli.

Van Ness, D.W. & Johnstone, G. (2007), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, Cullompton.

Varano, V. & Andrews, N. (2007), *L' altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano.

Verde, G. (2011), *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in "Riv. dir. Proc".

Vianello, F. (2004), *Diritto e mediazione. Per riconoscere la complessità*, Franco Angeli, Milano.

Weil, S. (1999), *La prima radice : preludio a una dichiarazione dei doveri verso l'essere umano*, CDE, Milano.

Wright, M. (2000), *Restorative Justice: for whose benefit* , in "European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice", University Press, Leuven.

Yanlong, H. & Lizhi, X. (1995), *L'influenza della tradizione confuciana sul sistema giuridico cinese moderno*, in "Soc. dir",n.1.

Zagrebelsky, G. (1992), *Il Diritto mite*, Einaudi, Torino.