

# **L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione**

---

---

*di Giovanni Così*

## **Sommario**

**1. Interessi, diritti, potere. – 2. Il conflitto e la sua gestione. – 2.1. Modi e forme del conflitto. – 3. Diritto e pacificazione. – 4. Post-modernità e gestione dei conflitti.**

### **1. Interessi, diritti, potere**

Esistono probabilmente tre – e tre soli – modi possibili di affrontare un conflitto:

1. Tentare di riconciliare gli interessi delle parti.
2. Cercare di stabilire chi ha ragione, anche in termini giuridici.
3. Accertare chi è più forte, quanto a potere.

Nel primo caso le parti – da sole o con l'assistenza di un terzo neutrale – si incontrano come persone, con lo scopo di tentare la conciliazione dei loro interessi.

Nel secondo caso (conflitto gestito giuridicamente secondo lo schema avvocati-processo-giudice) le parti si confrontano in base a dei ruoli formali, con lo scopo di conseguire una vittoria ufficialmente riconosciuta: sentenza = ragione/torto + sanzione del diritto.

Nel terzo caso le parti si affrontano sulla base di un rapporto di forza, da quella economica fino a quella fisica pura e semplice.

Un conflitto comincia quando un soggetto (o un gruppo) avanza una pretesa o una richiesta verso qualcuno che la respinge; la pretesa può fondarsi in un torto che si ritiene di avere subito, oppure in un bisogno o un desiderio che si vuole

soddisfare. Risolvere un conflitto significa essenzialmente trasformare le opposte posizioni della pretesa e del suo rigetto in un solo risultato. In ogni conflitto sono in gioco determinati interessi; spesso sono utilizzabili degli standard giuridici di comportamento che possono aiutare a raggiungere un risultato “giusto”; infine esistono, più o meno evidenti, dei rapporti di potere tra le parti. *Interessi, diritti e potere* sono gli elementi base di ogni conflitto. Per risolverlo le parti possono, come si accennava, cercare di riconciliare i loro reali interessi; determinare chi ha giuridicamente ragione; accertare chi è più forte.

Interessi sono i bisogni, i desideri, i problemi, i timori; le “cose” che mancano o che si vorrebbero avere. Molto spesso non vengono espressi; rimangono nascosti dietro gli obiettivi concreti che gli individui affermano di perseguire (su questi, in genere, si fermano l’intervento del diritto e dei suoi operatori). In questo senso, i presunti (e pretesi) diritti sono spesso soltanto la “punta dell’iceberg” degli interessi. Non è facile trattare con gli interessi per tentare di conciliarli: implica confrontarsi con pregiudizi e convinzioni profondamente radicati, escogitare soluzioni creative e predisporre un’ampia gamma di offerte e concessioni. A questo scopo, la procedura più comune è il *negoziato*, in cui s’instaura una comunicazione bidirezionale volta a raggiungere un accordo. Un’altra procedura basata sugli interessi è la *mediazione*, in cui un terzo neutrale esterno alla disputa assiste le parti nella ricerca dell’accordo.

Sicuramente tutte le procedure negoziali e di mediazione sono rivolte alla soluzione di interessi. Alcune di esse vertono su diritti, come quando due avvocati si confrontano su quale posizione dei rispettivi clienti abbia maggiore fondamento giuridico. Altre ancora hanno a che fare con rapporti di forza e di potere, come accade quando due vicini litigano o due nazioni si contrappongono scambiandosi minacce. Spesso nelle procedure negoziali e di mediazione appaiono tutti questi livelli d’interazione: si cerca di soddisfare gli interessi, si discutono diritti, entrano in gioco i rispettivi poteri. Esistono però delle procedure basate sugli interessi che si distinguono nettamente

da quelle basate sui diritti e da quelle basate sui poteri: vengono chiamate anche “negoziati di soluzione dei problemi” (in inglese, *problem-solving negotiation*), dato che implicano di trattare la disputa come un problema comune che deve essere risolto dalle parti.

Un altro modo di risolvere le dispute è, come si accennava, quello di fare riferimento a uno standard indipendente formalmente legittimo (norma valida) o ritenuto effettivo (consuetudine, equità), per determinare chi ha “diritto”, o è “nel giusto”; modo prevalente nelle moderne società organizzate intorno a ordinamenti giuridici. Con “diritti” si possono dunque intendere in senso ampio sia quelli sanzionati dalle leggi o dai contratti, sia i modelli di comportamento socialmente accettati come tali. Come ben sanno gli operatori giuridici, i diritti quasi mai sono chiari, univoci ed evidenti: esistono molti modi d’interpretarli e molte maniere di applicarli. Raggiungere un accordo sui diritti, che quasi sempre consiste nell’accertare chi debba fare qualcosa, può risultare estremamente complesso e richiede spesso l’intervento di un terzo in funzione decisionale. L’esempio tipico di questa procedura è il *giudizio*, dove le parti presentano prove e argomenti a un terzo neutrale che ha il potere di adottare una decisione vincolante; il terzo può essere pubblico (un tribunale), o privato (un collegio arbitrale). Risalta evidente la differenza con la mediazione, dove il terzo non ha alcun potere decisionale.

L’ultimo modo di risolvere un conflitto è quello basato sul potere (o sulla forza); cioè sulla capacità di costringere qualcuno a fare qualcosa che altrimenti non farebbe. Può essere molto difficile stabilire quale sia la parte più forte, senza ricorrere a un effettivo e potenzialmente distruttivo confronto tra i rispettivi poteri. Perché la dimensione del potere, al di là dell’esistenza di indicatori oggettivi come le risorse finanziarie, è fortemente dipendente dalla percezione soggettiva, spesso distorta, che si ha di esso. Ciascuna parte può inoltre sbagliarsi sulle reali possibilità dell’altro; specie quando il confronto si trasforma in una “questione di principio”, dove per prevalere vengono

impiegate risorse non di rado sproporzionate rispetto alla stessa posta in gioco. Molto spesso il rapporto tra interessi, diritti e poteri non è esclusivo, ma inclusivo: risolvere un conflitto implica quasi sempre doversi muovere attraverso tutti e tre questi modi o livelli di relazione tra le parti.

In generale sembra comunque accertato che cercare di conciliare gli interessi risulti, ove possibile, meno costoso di accertare chi ha ragione in termini giuridici; e che a sua volta questo sia più conveniente del determinare chi è più forte. Ciò non significa affermare che il modello-interessi sia sempre “migliore” del modello-diritti o del modello-potere. Significa soltanto sostenere una sorta di principio di “sussidiarietà” a suo favore: dove esso è utilizzabile, vale probabilmente la pena di provarlo prima di compiere l'*escalation* verso gli altri due. Anche perché, mentre dal livello degli interessi è normalmente possibile accedere a quelli del diritto e del potere, l'itinerario inverso risulta quasi sempre di fatto impraticabile.

## 2. Il conflitto e la sua gestione

La nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare prevalentemente al diritto statale e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie la gestione dei conflitti sociali. Non importa se di *civil* o di *common law*, se “accusatori” o “inquisitori”, i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire un livello accettabile di ordine e sicurezza, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, se non addirittura totalitari.

I nostri ordinamenti procedurali-formali non ignorano del tutto gli strumenti informali di soluzione delle controversie incentrati sul confronto di interessi; tuttavia riescono quasi sempre a snaturarne la funzione. Ad esempio, il nostro codice di procedura civile conosce da sempre l'istituto del tentativo di conciliazione che dovrebbe essere effettuato dal magistrato con

la presenza diretta delle parti. Questo però nella realtà quasi mai viene seriamente esperito: il più delle volte è vissuto anzi come un intralcio, come un corpo estraneo a una procedura che, una volta avviata, è rivolta a risultati di altro tipo. E comunque, quando viene tentato, rimane quasi inevitabilmente segnato dalla mentalità *decisionale* di chi lo opera: il giudice. È insomma una conciliazione molto “guidata” e influenzata dall’incombenza del giudizio. Soprattutto, è una conciliazione operata da soggetti che quasi mai sono specificamente preparati a utilizzarla in quanto efficace e autonomo strumento di soluzione della controversia.

Il modo in cui è stata trattata finora la conciliazione nell’ambito delle nostre istituzioni non è altro che una conseguenza dell’atteggiamento psicologico e culturale che le nostre società manifestano normalmente nell’acostarsi al fenomeno del *conflitto* <sup>(1)</sup>. Lo si considera senz’altro un evento *patologico*, un problema da risolvere in via esclusivamente tecnica da parte di soggetti professionalmente addestrati a farlo nell’ambito di una struttura formalizzata: il processo-giudizio. Tutte le società tecnologicamente avanzate esibiscono in varia misura questa tendenza: c’è, per così dire, una diffusa “mancanza di fantasia” che porta a ritenere il giudizio, la decisione imposta da un potere esterno, come il principale, se non l’unico, metodo praticabile di soluzione conflittuale. Di fronte a un conflitto, cerchiamo quasi sempre di determinarne le *cause* per attribuire delle *responsabilità*; quasi mai ci domandiamo quali ne siano gli *scopi* e le *possibilità*.

In accordo con questa visione patologizzante del conflitto, nelle società contemporanee le professioni sono soprattutto professioni della patologia: esse sono di solito chiamate a intervenire su problemi e conflitti che si generano spesso fuori dalla loro sfera di competenza specifica, rispetto ai quali

---

(1) In proposito cfr. J. MORINEAU, *L’esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Éditions Érès, 1998, p. 31 ss.

hanno normalmente scarse capacità di prevenzione. Non solo, le società contemporanee esprimono di fatto dei “valori” che spesso favoriscono l’evoluzione del patologico della struttura in fenomeno a sua volta patologico: esse infatti non compensano adeguatamente, né in termini economici né di prestigio, i “generici” della prevenzione (si pensi ad esempio agli insegnanti), mentre remunerano invece, talvolta lautamente, gli specialisti della patologia; ciò anche perché intervenire su di una crisi ormai in atto è di solito più costoso che prevenirla, oltre a necessitare di competenze tecniche spesso altamente qualificate e differenziate. Si viene cioè a generare un contesto caratterizzato dal netto prevalere degli aspetti di “terapia” su quelli di “prevenzione”, in cui la patologicità della situazione, la specializzazione tecnica e professionale dell’intervento e il compenso pagato dalla società per l’intervento stesso, si amplificano simultaneamente e reciprocamente.

Un primo passo per cominciare a comprendere dove inserire utilmente gli strumenti informali di soluzione delle controversie potrebbe essere proprio quello di considerare il conflitto non come un evento sociale patologico, un male da curare o da rimuovere, ma come un fenomeno *fisiologico*; talvolta addirittura positivo. Se spogliato dalla considerazione pregiudiziale negativa, un conflitto non è dopotutto altro che una disputa tra tesi e opinioni diverse intorno a un problema. Può essere visto e vissuto come un’occasione di confronto, certo anche di duro contrasto, ma non necessariamente di *dissidio* insanabile che escluda a priori la possibilità della comunicazione e implichi la trasformazione dell’avversario in un nemico da sconfiggere<sup>(2)</sup>.

L’avversario è infatti colui senza il quale, nel conflitto, io non esisto: solo dove lui è, anch’io posso veramente essere. Con

---

(2) Sulla differenza tra conflitto e dissidio, cfr. E. RESTA, *Il giudice e i suoi conflitti*, in *Giustizia e procedure*, Atti del XXII congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, *Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3/2002, pp. 189-220.

lui ci si *confronta*. L'avversario mi permette infatti non solo di misurarmi con lui, ma anche con me stesso: mi fa scoprire i miei limiti e le mie possibilità. L'avversario è *come me*: ha i miei stessi timori e le mie stesse speranze; imparando a conoscerlo, scoprendo la sua forza e le sue ragioni, i suoi punti deboli e le sue incongruenze, imparo a conoscere anche i miei. Perciò gli devo *rispetto*. Il nemico è invece colui che m'impedisce di esistere: dove lui è, io non posso essere. Con lui si *combatte*; fino alla resa, o all'annientamento.

Tale è in realtà l'esito di ogni *vittoria*, anche processuale. Perché anche il processo opera secondo la logica vittoria/sconfitta. La pacificazione assicurata dal diritto, rimanendo alla "superficie" degli eventi, si dimostra spesso carente sia sul piano etico generale, sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto: sul piano etico, non solo non spinge i contendenti alla consapevolezza delle proprie reali motivazioni, ma non va oltre la mera tolleranza, senza pervenire a un vero *riconoscimento* dell'altro; sul piano pratico, confonde quasi sempre la verità con la vittoria, lasciando lo sconfitto solo col suo rancore e il suo desiderio di rivalsa. Ciò perché essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del *nemico* che non a quella dell'*avversario*.

Dicevamo che la presenza dei conflitti all'interno dei gruppi sociali costituisce in realtà un fenomeno più fisiologico che patologico. Del resto, anche una banale considerazione del conflitto in termini di "darwinismo sociale" fa comprendere come esso sia indispensabile allo stesso mutamento: una società senza conflitti è inevitabilmente statica; non solo, c'è da diffidare delle società che apparentemente non manifestano conflitti. Dalle conseguenze della dissoluzione dell'impero sovietico alle tragiche vicende nella vicina ex Jugoslavia, la storia recente ci offre molti drammatici esempi di ciò che accade quando si tenta di rimuovere una realtà conflittuale attraverso l'imposizione di un unanimità di facciata.

Quello che in definitiva conta, non è *che* ci siano conflitti, ma *come* questi vengono gestiti. È ovvio che una società può essere

minata profondamente da una cattiva gestione dei conflitti. Ma “cattiva” è appunto se mai la gestione, non il conflitto in quanto tale. Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le nostre valutazioni che lo qualificano come “utile” o “inutile”, “positivo” o “negativo”, e simili. Dipende quindi da noi come considerarlo. Per ora ci siamo limitati a un solo tipo di scelta, credendo che fosse l’unica possibile.

Di più: in una società divisa e “atomizzata”, dove i soggetti hanno spesso in comune soltanto il conflitto che contingentemente li oppone, questo potrebbe essere inteso anche come un’occasione di comunicazione che, se adeguatamente sfruttata, è talvolta in grado di generare insospettate, nuove opportunità per entrambe le parti<sup>(3)</sup>.

## 2.1. Modi e forme del conflitto

È insomma difficile negare che il conflitto rappresenti una caratteristica ineliminabile e inevitabile dell’uomo e delle società; e che al tempo stesso costituisca un fenomeno complesso e di non semplice definizione<sup>(4)</sup>. In termini generali potrebbe forse essere descritto come il manifestarsi dell’opposizione tra due o più opinioni, volontà o forze determinate a ottenere un’affermazione. Si intuisce che il conflitto può presentare aspetti *quantitativi* e *qualitativi* estremamente differenziati.

Sul piano quantitativo, una classica distinzione empirica è quella tra conflitti *micro*, *meso* e *macro*. In estrema sintesi, sono microconflitti quelli tra due persone fisiche: una lite di vicinato, un contrasto familiare, una causa tra persone fisiche.

---

(3) Così ad es. R.A. BARUCH BUSH e J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1994.

(4) Una buona sistematica dei fenomeni conflittuali si trova ad esempio in E. ARIELLI e G. SCOTTO, *I conflitti. Introduzione a una teoria generale*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 1999.

Sono mesoconflitti quelli che coinvolgono più soggetti o gruppi di soggetti variamente organizzati: uno sciopero, una *class action* in materia ambientale, una campagna di disobbedienza civile. Sono macroconflitti quelli che si svolgono sullo scenario internazionale, come le guerre.

Sul piano qualitativo bisogna intanto tenere presente un dato originario, per così dire ontologico, del conflitto: esso nasce dalla *differenza* che deriva dal fatto stesso dell'esistenza umana individuale. Esistere è infatti per l'uomo essenzialmente un *ex-sistere*, un differenziarsi e un eccettuarsi dall'altro proprio in quanto suo simile: siamo una specie fatta di individui che si differenziano esistendo. Questa differenza fa sì che ogni forma di comunicazione con l'altro costituisca, potenzialmente o attualmente, un'occasione di confronto. È questo il livello più basso del conflitto: la discussione, il contrasto di idee e di opinioni. Già a questo livello è possibile però rilevare una caratteristica tipica di tutte le forme e intensità del conflitto. Finché il confronto, anche duro, rimane centrato *oggettivamente* sul problema intorno a cui si dissente, esiste la possibilità di una gestione e di un esito costruttivi del conflitto. Se invece il piano del confronto, come spesso purtroppo accade, si sposta *soggettivamente* sui protagonisti del confronto, allora questo degenera in chiave egocentrica e i suoi esiti divengono tendenzialmente incontrollabili. Da questo punto di vista anche il diritto si presenta come uno strumento oggettivante di gestione dei conflitti. Non però nel senso che cerca di prevenirne la deriva egocentrica attraverso una mediazione reale degli interessi in gioco, bensì nel senso che tenta di sostituire alla complessità della situazione reale un modello di regolazione formalizzato e convenzionale: "il modello oggettivista funziona sovrapponendo alla realtà della vita una seconda realtà puramente fittizia. Il conflitto è così gestito attraverso la mediazione di una metarealtà finzionale in cui l'irripetibile diversità del caso concreto e la pluralità di punti di vista (interpretazioni) sul reale vengono ridotte ad un senso univoco (oggettivo). La *mediazione finzionale* rende oggettivabile e quindi controlla-

bile la confusione del conflitto”<sup>(5)</sup>. Il diritto è uno strumento di gestione dei conflitti che da un lato cerca di formalizzare *interessi*, dall’altro tenta di ritualizzare rapporti di *forza*.

Esistono conflitti a contenuto prevalentemente *relazionale*, dove il nucleo del contrasto è rappresentato da rapporti interpersonali, e conflitti a contenuto prevalentemente *fattuale*, incentrati sull’attribuzione di beni o risorse. Il trattamento di queste due diverse categorie di conflitti ha prodotto differenti modelli di mediazione, rispettivamente e complessivamente collegabili a due diverse “scuole”, o metodiche, d’intervento: la scuola “umanistico-emozionale”, riconducibile per l’Europa alla figura carismatica di Jacqueline Morineau, i cui appartenenti operano soprattutto nell’ambito della mediazione penale e di quella familiare; la scuola “utilitaristico-negoziale”, riconducibile ai modelli del *Mediation Program* di Harvard fondato da Frank Sander, dominante nell’ambito di chi si occupa di mediazione civile e commerciale. Come è però del tutto improbabile che esistano dei conflitti esclusivamente relazionali o esclusivamente fattuali, così sarebbe molto opportuno che queste diverse impostazioni d’intervento sviluppassero sinergie e interazioni, indispensabili ad esempio per poter far fronte alle nuove necessità emergenti nell’ambito della mediazione dei conflitti sociali e culturali.

Al centro di ogni conflitto di qualunque tipo e dimensione stanno sempre e comunque degli *interessi* percepiti dalle parti come in vario modo contrastanti e incompatibili: è su questi che principalmente si applica l’opera “maieutica” del mediatore in funzione della ricerca di un eventuale accordo. Al “di sotto” degli interessi si situano i bisogni, o *necessità*; al “di sopra” i *valori*. I conflitti a entrambi questi livelli sono quasi sempre assai difficilmente trattabili. Lo sono quelli sui bisogni, perché vengono spesso a toccare lo zoccolo duro dove si incontrano degli oggetti non negoziabili quali i fattori ritenuti primari per

---

(5) M. VENTURA, *Diritto, psiche e credenze nel conflitto*, in C. BRUTTI e R. BRUTTI (a cura di), *Mediazione, conciliazione, riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 91.

la sopravvivenza da singoli o gruppi. Lo sono forse ancora di più quelli sui valori, dove la moltiplicazione esponenziale e collettiva del fenomeno di egocentrizzazione del conflitto, cui prima si accennava, sfocia nella costruzione di *identità* olistiche di tipo ideologico, religioso, culturale totalmente assorbenti e reciprocamente incompatibili, che non lasciano a priori spazio per *avversari*, ma solo per *nemici*<sup>(6)</sup>.

Esistono molti fattori esterni che possono amplificare o addirittura innescare i conflitti. Grosso modo possono essere ricondotti a tre tipi principali di *carezza*: scarsità di risorse, scarsità di spazio, scarsità di comunicazione.

La non infinità delle risorse materiali, dei “beni”, disponibili è un dato di fatto economico oggettivo che fa da sfondo a qualsiasi situazione conflittuale. Due aziende agricole confinanti che utilizzano lo stesso corso d’acqua per irrigare non avranno problemi finché la risorsa idrica è abbondante; ma se questa comincia a scarseggiare è altamente probabile che si manifestino tensioni e problemi. Buona parte degli attuali conflitti internazionali sono riconducibili alla percezione della limitatezza delle risorse energetiche, che prese corpo per la prima volta a seguito della crisi petrolifera del 1974. Chi si trova a dover gestire dei conflitti deve tuttavia sempre ricordare che la rappresentazione della scarsità di risorse è fortemente influenzata da fattori soggettivi: per alcune entità politico-sociali, come ad esempio per il Terzo Reich tedesco alla vigilia della seconda guerra mondiale, sembra che lo “spazio vitale” non dovesse bastare mai; per una delle parti di una controversia la somma di 100 euro può essere rilevante, per l’altra insignificante.

La scarsità di spazio è probabilmente la forma più dura e concreta che può assumere la mancanza di alternative al conflitto. Un vecchio detto dei nomadi sahariani recitava più o meno così: “Allontaniamo le nostre tende affinché i nostri cuori possano riavvicinarsi”. Ma essi avevano appunto a dispo-

---

(6) Fondamentale, in proposito, A. SEN, *Identità e violenza*, trad. it. Bari, Laterza, 2006.

sizione un intero deserto. Dove possono andare invece i due condomini litigiosi e privi di qualsiasi alternativa residenziale? Dove possono “allontanarsi” gli israeliani e i palestinesi?

Ma forse la scarsità più grave, che attraversa e alimenta tutti i conflitti, è quella di comunicazione. Essa genera risentimento, diffidenza, incomprensione. Nella mancanza di comunicazione è altamente improbabile che la diversità diventi una risorsa: sarà sempre e soltanto un problema. Una comunicazione carente o assente distorce infatti in senso negativo la percezione dell'altro; ne è un perfetto simbolo la condanna biblica alla babele linguistica. A livello sia individuale che collettivo, l'incomunicabilità produce pregiudizi che generano false identità. Il mio vicino è in realtà da me lontanissimo, perché con lui non parlo mai; posso perciò attribuirgli ogni genere di difetti, sicuro di non venire smentito. È lo stesso fenomeno che in ambito macrosociale determina l'emergere di quelle generalizzazioni acritiche di cui si nutrono tutte le forme di razzismo: “*sono tutti...*” (ladri, terroristi, ecc.). L'ignoranza genera mostri. Si comprende perché la cura della comunicazione costituisca il compito più importante del mediatore.

### 3. *Diritto e pacificazione*

Il diritto in quanto strumento standard di gestione dei conflitti presenta dei limiti strutturali e funzionali, che emergono soprattutto in relazione alla sua capacità di essere o meno un efficace strumento di *pacificazione* nei rapporti sociali.

Come vera “salute” non è soltanto assenza di malattia, così vera “pace” non è soltanto assenza di guerra: esistono numerosi stati, o livelli, di pace diversi; e altrettanti modi di risoluzione dei conflitti ad essi corrispondenti. Il livello più basso di pacificazione è sicuramente quello dell'*armistizio*: i contendenti depongono le armi e sospendono le ostilità, ma non per *fare* la pace; semplicemente, *si lasciano* in pace, perché sono venute momentaneamente meno le risorse materiali o le spinte

motivazionali necessarie al conflitto; le ingiustizie perpetrate e subite rimangono intatte sul terreno della contesa. La pace come armistizio presuppone che il parametro di normalità nelle relazioni sia rappresentato dallo stato di guerra.

Diversa appare, almeno nelle intenzioni, la pace perseguita attraverso il diritto. È la ricerca, o il ripristino, di un *ordine* basato sulla *certezza* dei rapporti: sulla nitida individuazione e separazione della pretesa dall'obbligo, della ragione dal torto, dell'innocenza dalla colpevolezza. Tale la natura della pace che discende dalla sentenza, dal lodo arbitrale, o anche dalla transazione, specie se frutto di un mero compromesso intorno a posizioni rigidamente inconciliabili (quel particolare tipo di transazione che è il *patteggiamento* nel processo accusatorio, ricorda invece di più un armistizio tra forze impari conseguente alla resa di uno dei contendenti). 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. I contendenti potranno anche non essere soddisfatti; le radici del conflitto non essere estirpate: la "pace" del diritto funzionerà comunque, riposando sulla sua capacità impositiva. Come certi medicinali, il diritto sembra dunque capace di trattare soprattutto i sintomi, e non le cause, di un malessere.

Inevitabilmente ambigua è la funzione del diritto (e della legge): per comprenderla, una buona metafora potrebbe essere quella del *confine*. Tra gli stati e le nazioni, il confine è spesso una sorta di "luogo geometrico" (cioè immateriale e convenzionale) che esiste soltanto nelle carte geografiche e nella mente di chi lo deve oltrepassare. Tuttavia, garantendo ai popoli che separa l'esclusiva di uno spazio vitale, esso fornisce sicurezza e conferisce identità, con perfetta simmetria. Ovviamente esistono confini "buoni" e aperti e confini "cattivi" e chiusi: confini attraverso i quali i popoli fanno serenamente transitare i loro scambi commerciali, e confini attraverso i quali le nazioni

muovono eserciti per affermare con la forza la loro identità inflazionata. Confini simili alla bassa siepe tra i giardini di due vicini premurosi, e confini che ricordano le mura paranoiche di una fortezza assediata.

Come il confine tra i popoli, così il diritto tra gli individui, insieme *unisce e divide*: disegna intorno a ognuno quella sfera di diritti e doveri che ne rappresenta l'identità civile; e stabilisce i modi e le forme in cui le diverse sfere possono o devono entrare in contatto tra loro. Quindi, al pari del confine, conferisce identità e fornisce sicurezza. In questo senso, il diritto può essere visto costituire il minimo comun denominatore dell'umano "di base" nel contesto sociale: regolamentando gli egoismi e ponendo un freno alle reciproche invasioni, è condizione *necessaria* allo sviluppo delle potenzialità individuali, al manifestarsi dell'umano "di vertice". Ma non è *sufficiente*. Perché se il principio originario del diritto consiste essenzialmente in una radicale alternativa di *metodo* alla violenza, tuttavia niente impedisce – se non il riconoscimento, necessariamente meta-giuridico, della presenza nell'"altro" di un'identica (e autentica) dignità umana – che col diritto si continuino a perseguire gli stessi *scopi* di prevaricante affermazione dell'*esserci*, tipici della violenza. Se la presenza del diritto è la discriminante forse fondamentale per rendere possibile un'umana esistenza, un'esistenza che voglia dirsi veramente umana non potrà mai passare esclusivamente attraverso di esso.

La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a 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 *dissidio* soprattutto perché il bisogno percepito

come fondamentale è quello di *avere ragione*, non quello di *trovare una soluzione*.

Non è però affatto detto che questa sia la sola vera “natura” del conflitto. E la sua degenerazione patologica in dissidio non è affatto scontata. Se depurato dalle infiltrazioni egoistico-soggettive, ogni conflitto può presentarsi invece anche 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 e ogni apprendimento nascono in definitiva da un conflitto superato creativamente.

Se cerchiamo di raffigurarci come potrebbe svolgersi il decorso “sano” di un fenomeno di conflitto interpersonale, e quindi di individuare una sorta di parametro di sanità dei rapporti, credo che dovremmo rivolgerci verso forme di aggregazione sociale strutturate in modo abbastanza diverso da quello di una normale comunità civile organizzata da un ordinamento giuridico. Potremmo riferirci, ad esempio, a quei gruppi la cui coesione è determinata e sostenuta da un comune “ideale di azione”, dove l’adesione alla meta da perseguire è personale e volontaria: si pensi a un gruppo di ricerca scientifica, o ad una comunità di tipo spirituale. Nel primo contesto, i soggetti sono legati da un vincolo di solidarietà in vista di un fine; nel secondo caso, giungono spesso a condividere una serie di valori intersoggettivi (talvolta codificati in veri e propri ordinamenti giuridici: le “regole”) che normalmente comandano il rispetto reciproco, o addirittura l’amore: in altri termini, la *pace*. Si tratta in generale di quelle situazioni che rientrano nell’immagine della “comunità della comunicazione” argomentante in base all’“etica della logica”, di cui parla ad esempio Karl Otto Apel (7): almeno finché dura – e perché *possa* durare – la

---

(7) K.O. APPEL, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, trad. it. in ID., *Comunità e comunicazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977, p. 238 ss. In proposito v. anche il mio *Il logos del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 216 ss.

comune ricerca intrapresa, l'etica dell'argomentazione deve prevalere sull'ontologia, in quanto affermazione pregiudiziale (e pregiudizievole) dell'io. L'"altro" è veramente "come me" nel suo condividere i miei stessi strumenti di metodo e i miei stessi scopi, che senza di lui non riuscirei a perseguire; non è tanto un imperativo categorico di ordine morale quello che mi spinge a superare l'egoismo del mio "esserci" per riconoscere nell'altro un'identica dignità ontologica, quanto la consapevolezza del *fatto* che altrimenti mi auto-escluderei dalla comunità argomentante e dalle sue regole. Trasparenza linguistica, apertura mentale, altruismo intellettuale non sono qui degli *optionals* morali, ma delle necessità costitutive. La comunità dell'argomentazione appare proporsi quasi come modello di un'umanità pacificata nel nome della "ragione" comunicativa.

Qualora, anche in queste situazioni, sorga comunque un contrasto tra due membri del gruppo, potrà rendersi utile l'intervento di un terzo che tenti di risolvere il problema in modo oggettivamente "giusto" e pacificante; nel fare ciò è prevedibile che risulterà per lui spontaneo, appartenendo alla stessa struttura finalizzata, tentare di mettere in luce sistematicamente ciò che li unisce per guardare – da *quel* punto di vista – a ciò che li divide, evitando di lasciarsi affascinare e coinvolgere eccessivamente dalla questione controversa. Il compito di questo "consigliere di pace" sarà sempre quello di riportare l'attenzione dei contendenti sui fondamenti della loro scelta comune e sulla solidarietà necessaria a perseguire l'obiettivo: la stessa "giustizia" non è qui che un mezzo rispetto al fine da raggiungere; un passaggio utile a ristabilire la serenità.

È chiaro come tutto ciò possa funzionare soltanto nel contesto di gruppi finalizzati relativamente piccoli, cui si aderisca personalmente con manifestazione espressa di volontà; ben diversa è la situazione in una grande comunità non istituzionalmente finalizzata e dove la volontarietà dell'adesione è soltanto ipotetica, come uno stato. Vi sarebbe se mai da verificare se, anche in questo caso, non debba vedersi nel diritto una valenza "educativa", una sua teleologicità orientata verso valori e

non soprattutto verso procedure di risoluzione conflittuale; ma l'analisi ci porterebbe troppo lontano.

Nella società civile, il modo stesso in cui sorge la lite manifesta invece la tendenza a esaltare, piuttosto che a sedare, gli aspetti patologici del contrasto.

Vi è intanto un immediato azzeramento della comunicazione interpersonale diretta: l'uno toglie all'altro la parola e, per ritualizzare subito il passaggio alla violenza che potrebbe essere imminente, la trasferisce a esperti capaci di confrontarsi in base a regole formalizzate; questo in sostanza significa "le mando l'avvocato", "farò ricorso al mio legale". Date le premesse, neppure gli avvocati però si parleranno, ma si rivolgeranno a un terzo, arbitro della contesa rituale (il giudice) e si nomineranno l'un l'altro in terza persona. Il loro linguaggio, anch'esso contagiato dalla patologia, non potrà essere onto-centrico e quindi capace di rigenerare una reale comunicazione, ma sarà necessariamente ego-centrico: non si rivolgerà al destinatario diretto per convincerlo e trasformarlo al fine di trovare insieme una soluzione, ma lo presumerà, e lo descriverà, fino a prova contraria bloccato nella volontà di perseguire con ogni mezzo esclusivamente il proprio interesse di parte. Sembra difficile in effetti contestare che la funzione assegnata agli avvocati nel conflitto tra le parti non sia tanto diretta a salvare un rapporto intersoggettivo fallito – e quindi a riparare con strumenti giuridici delle più o meno gravi lacerazioni del tessuto civile – quanto a trarre fino in fondo le conseguenze del fallimento; è in questo senso soprattutto che l'intervento del professionista patologo si trasforma esso stesso in fenomeno patologico.

#### 4. *Post-modernità e gestione dei conflitti*

Le nostre società moderne mostrano di avere sicuramente molta più dimestichezza con i sistemi di gestione dei conflitti basati sui modelli dell'ordine *imposto*, che non con quelli dell'ordine *negoziato*: esse praticano il secondo in maniera spesso

dilettantesca e inconsapevole; mantengono il primo come punto di riferimento culturale. Ripudiato, almeno formalmente, il ricorso continuo al puro e solo confronto di forza o di potere, si sono rivolte ai metodi tipici del conflitto di diritti ignorando quasi del tutto quelli della conciliazione di interessi.

Nei sistemi dell'ordine negoziato le parti mantengono dall'inizio alla fine il controllo sulla procedura e sul suo eventuale risultato. La procedura stessa risulta pertanto autonoma, nel senso che volta per volta segue tutte e sole le regole che le parti abbiano stabilito; e informale, nel senso che non applica (almeno apparentemente) prescrizioni e modelli eteronomi. Nell'insieme dell'ordine imposto, le parti hanno invece un controllo limitato (o nullo) sulla procedura e il suo esito. Le regole procedurali sono in varia misura poste dall'esterno e in generale non sono disponibili. La procedura è (in varia misura) formale, soprattutto nel senso che non ha interesse per le intenzioni delle parti, ma solo per gli atti di queste formalmente corretti.

Nell'ordine negoziato – cui appartengono tutte le tecniche di mediazione e di conciliazione volte principalmente a ristabilire la *pace* tra i contendenti – il diritto legale-statale non scompare; diviene un modello flessibile adattato alle situazioni concrete. Nelle nostre culture giuridiche, specie in quelle di più robusto stampo romanistico, esiste una grande domestichezza con la negoziazione contrattuale *privata*: si pensi, appunto, alla fondamentale categoria del *negozio giuridico*. L'ordine *pubblico* negoziato è invece tipicamente non-occidentale, dal momento che la nostra tradizione ci ha piuttosto abituato all'ordine imposto, dove i conflitti sono regolati principalmente da istituzioni giudiziarie che si dedicano a stabilire le responsabilità dei soggetti applicando regole scritte, generali e astratte, preesistenti ai conflitti stessi.

Il paradigma giuridico della modernità pone al suo centro la relazione tra individui (presunti “eguali”) e tra questi e lo stato, mediata dallo strumento del codice, in cui si raccolgono sotto forma di legge generale e astratta tutti i precetti necessari

a regolare la vita associata. “Individuo” significa che il principale, se non unico, attore sociale è considerato soprattutto un soggetto razionale moralmente autonomo e autoreponsabile: sia nel diritto civile che in quello penale, il principio che si afferma come fondamentale è infatti quello della *responsabilità personale*. Viene abolita ogni forma arcaica di responsabilità di gruppo; la possibilità di una responsabilità *oggettiva* legata a particolari situazioni e circostanze, diventa eccezionale; ogni intervento sulla devianza viene concentrato su un soggetto singolo, presunto assolutamente libero e autonomo nelle sue decisioni. Individuale è anche la titolarità del diritto di *voto* politico. Il moderno tende a ridurre la rilevanza politica dei gruppi intermedi, dalle corporazioni fino alla famiglia, per far emergere quel rapporto diretto tra individuo e stato che si realizzerà nel *suffragio universale*: la volontà pubblica come somma di singole volontà private.

Il paradigma giuridico della modernità appare oggi per molti aspetti in profonda crisi strutturale<sup>(8)</sup>.

Lo è intanto perché all’originale idea liberale di un unico “contratto sociale” tra individui presunti eguali in quanto principio fondante complessivo degli assetti sociali, si è ormai sostituita la realtà di una società a “contrattazione continua” in cui cercano di convivere soggetti diversi portatori di interessi differenziati, se non addirittura di valori culturali conflittuali. La tipicità generale e astratta della normativa *sub specie codicis*, e il formalismo delle sue procedure di applicazione, vengono radicalmente messe in discussione<sup>(9)</sup>.

---

(8) In proposito v. anche A. CERETTI, *Progetto per un Ufficio di mediazione Penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA e D. ANTONUCCI, *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, pp. 85-114.

(9) “La vita socio-giuridica è composta da differenti spazi del diritto, in cui si opera simultaneamente con metodi e punti di vista interpretativi diversi. Dall’interazione e intersezione di questi spazi giuridici, consegue che in termini fenomenologici, invece che di diritto e di legalità, sarebbe più corretto parlare di inter-diritto e inter-legalità. Più importante dell’identificazione dei diversi ordini di legalità, sarebbe la descrizione delle complesse e mutevoli relazioni tra essi” (B. DE SOUSA SANTOS,

La progressiva diversificazione e complessificazione delle istanze che la società civile solleva verso la sfera istituzionale si traduce poi inevitabilmente in una parallela complessificazione del diritto, che necessariamente si deformalizza e si disperde nei rapporti sociali. Un'inflazione normativa basata sul modello dell'ordine imposto, non può non far degenerare lo strumento giuridico. Nella sua pretesa di attrarre entro l'ambito della regolazione centrale-ufficiale tendenzialmente l'intero mondo della vita sociale, il diritto si "materializza" irresistibilmente, venendo così a smarrire la propria *forma*: per voler regolare tutto, non regola quasi più nulla, giungendo quasi a coincidere con il processo giuridicamente informale dei *fatti*. Diffusività, iperproduzione e impotenza dello strumento giuridico classico, procedono di pari passo; e la stessa sovranità della legge, punto di riferimento dell'equilibrio tra i poteri nel modello moderno-liberale, viene evidentemente alterata dai processi informali di contrattazione cui viene continuamente sottoposta<sup>(10)</sup>.

Infine il ritrarsi dello stato "sociale" di diritto in quanto erogatore di risorse che prevengono il congestionarsi delle tensioni sociali. La crisi del *welfare state* e della sua funzione di attore economico operante attraverso la legificazione, aprono prospettive di conflittualità ingovernabile specie in quegli scenari dove lo stato maggiormente si ritrae dal suo ruolo di mediatore nella contrattazione sociale.

Su questo sfondo si colloca la sempre più diffusa necessità di un diritto debole, flessibile, mite<sup>(11)</sup>; in quanto tale, radicalmente in contrasto col paradigma giuridico della modernità. La "mediazione finzionale" del classico strumento giuridico non è manifestamente più in grado di gestire da sola una comples-

---

*Law, a Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law*, in *Journal of Law and Society*, n. 3/1987, p. 288, trad. mia).

(10) Si veda in proposito l'ormai classico N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

(11) Cfr. in particolare E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Bari, Laterza, 1992; S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

sità sociale composta da una pluralità di valori, di culture, di istanze, di ruoli, che non è riducibile ad un'univoca astrazione fondante un'univoca legittimità. Nelle nostre società multiculturali si verificano sempre più spesso situazioni di conflitto dove ciò che è "delitto" per l'ordinamento ospitante è "diritto" (o addirittura "dovere") per quello ospitato; e viceversa.

Accade così che la legge sia costretta a evolversi da regola di prevalenza, che afferma sistematicamente la supremazia di una sola posizione, a regola di compatibilità tra valori e culture diversi<sup>(12)</sup>. Ciò modifica profondamente l'equilibrio di forze all'interno del "processo" giuridico. Il modo in cui il diritto entra concretamente nella storia e partecipa della vita sociale non si limita infatti alla semplice produzione della norma e alla sua applicazione. È appunto un vero e proprio processo giuridico, in cui la *norma* (generale e astratta) si dirige verso l'*azione* (sociale e concreta) passando attraverso un giudizio di *valore* del giurista. Questo processo funziona di fatto anche a ritroso, partendo dalla nascita della norma (prima individuale, poi generale) dall'azione, sempre con l'intervento di un giudizio di valore, questa volta del legislatore. Si genera in questo modo un movimento ricorsivo e mai definitivamente concluso che costituisce la vera vita del diritto. Il diritto vigente non è generato una volta per tutte da atti di posizione ma, progressivamente, da atti di positivizzazione: nessuno, tanto meno il legislatore, può illudersi di produrre da solo il diritto. Il diritto com'è realmente lo fanno tutti i consociati insieme, continuamente, ognuno al proprio livello; quindi tutti ne siamo responsabili.

La crisi del paradigma giuridico della modernità sposta decisamente la bilancia della produzione del diritto dal momento legislativo a quello delle norme "individuali"; siano queste di origine giurisdizionale o negoziale. Specie riguardo a queste ultime, s'intuisce quale possa essere il ruolo svolto da strumenti

---

(12) Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, Laterza, 1992, p. 161. V. anche F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Bologna, Clueb, 2000, p. 164 ss.

solo apparentemente informali di soluzione delle controversie, quali la mediazione. Strumenti che perseguono un ordine negoziato attraverso la contrattazione di interessi.

Nella dimensione sociale della post-modernità si manifesta sempre più il bisogno di ricorrere a un modello “informale” di ordine negoziato per riuscire a gestire conflitti che spesso risultano difficilmente esprimibili in termini di “diritti”. Le concezioni moderne della società e dello stato vedono da un lato la tendenza a esaltare il ruolo di quest’ultimo come fonte esclusiva di regolazione, dall’altro a considerare la prima come unica vera produttrice normativa: ne sono rappresentanti le contrapposte visioni formalista-imperativista ed effettivista-realista della vigenza del diritto. La legislazione, il giudizio, l’amministrazione non vengono percepiti come momenti diversi, ma integrati, di uno stesso processo regolativo, bensì come distinte emanazioni dirette del potere statale. In quest’ottica, il contratto e il negozio giuridico non costituiscono in sé una fonte autonoma di diritto e di regolazione sociale, ma assumono significato nella misura in cui trovano riconoscimento in una sentenza di tribunale o in una legge dello stato.

Strumenti come la mediazione servono a superare la tendenza moderna a ritenere che ogni ordine sociale debba essere imposto da qualche forma di “potere”. Quando vediamo come un mediatore, privo di potere decisionale, possa aiutare le parti a dare ordine e coerenza ai loro rapporti, ci accorgiamo di come queste riescano di conseguenza a fare a meno dell’ordine imposto: l’ordine sociale può talvolta scaturire direttamente dalle interazioni che esso sembra governare e dirigere.