UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**DOTTORATO DI RICERCA IN TEORIA E PRASSI DELLA
REGOLAZIONE SOCIALE NELL' U. E.**

Maria Teresa Strada

**Le prassi della negoziazione e la crisi delle categorie politiche e
giuridiche tradizionali**

Tesi di dottorato

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Antonio Lo Faro

Tutor:
Chiar.mo Prof. Alessio Lo Giudice

XXVI Ciclo

Indice

Introduzione

1. La nozione di mediazione. 5
2. Ordine e negoziazione. 8

I. Il contesto politico e sociale delle prassi di mediazione

1. La crisi della democrazia rappresentativa. 16
2. La *governance*. 19
3. Complessità ed equilibrio. 22
4. Dall'*hard law* al *soft law*. 28
5. La *governance* e il contratto. 32
6. La *governance* e i diritti. 34
7. Le critiche alle procedure informali. 37

II. Le origini antropologiche della mediazione

1. I limiti del diritto. 43
2. Il conflitto. 47
3. La mediazione e la tragedia greca. 51
4. La mediazione e il rito sacrificale. 63
5. La mediazione, rito di trasformazione: Giobbe. 66

III. La mediazione nel quadro normativo nazionale ed europeo

1. Le ADR in Europa. 71
 - 1.1. Le ADR nel quadro normativo europeo. 74
 - 1.2. La direttiva 2008/52/CE. 84
2. Le ADR in Italia. 90
 - 2.1. Dal d.lgs. 28/2010 al decreto “del fare”. 95
3. La mediazione. 98

3.1. La mediazione tra processo e transazione.	101
3.2. La mediazione e la transazione.	103
3.3. La mediazione e l'arbitrato.	106
3.4. La mediazione e il giudizio.	108
3.5. I principi.	111
4. Le fasi.	116
4.1. La prima fase: presentazione del mediatore, delle parti e dei loro avvocati durante la prima sessione congiunta d'incontro.	116
4.2. La seconda fase: esplorazione e incontri separati.	119
4.3. La terza fase: emersione degli interessi.	120
4.3.1. Il modello della lancia.	121
4.3.2. Il modello dell'albero.	123
4.4. La quarta fase: accordo o abbandono.	124
5. Tecniche , metodologie e strumenti.	126
5.1. Gli ostacoli	127
5.1.1. Gli ostacoli inerenti alla procedura della mediazione.	128
5.1.2. Gli ostacoli culturali.	130
5.1.3. <i>Impasse</i> negoziali.	137
6. Il mediatore	141
6.1. Gli strumenti del mediatore e le tecniche di mediazione.	142
6.2. La restituzione del mediatore.	144
6.3. Gli incontri separati.	145
6.4. Le domande del mediatore.	148
7. La centralità delle parti.	151
IV . Le prassi della negoziazione e la postdemocrazia	
1. Le ADR e la crisi del paradigma giuridico moderno.	153
2. La democrazia ambigua.	157

3. L'oligarchia occulta.	162
4. Democrazia o populismo.	167
5. La democrazia nel villaggio globale: <i>e-democracy</i> .	170
6. La tecnocrazia.	178
7. La globalizzazione, il tempo della paura.	184
8. Il destino del potere.	190
Conclusione	196
Bibliografia	198

Introduzione

1. La nozione di mediazione.

L'art.3 della Direttiva 2008/52/CE definisce la mediazione quale “procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore”.

Il Decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010¹, che recepisce la suddetta direttiva, all'art.1 dà la seguente definizione di mediazione: “L'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”; laddove invece si definisce conciliazione “la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione”.

La mediazione è un percorso autonomo che crea le condizioni affinché le parti, comunicando, ricerchino e trovino una soluzione del conflitto soddisfacente per tutti gli interessati. Il mediatore, competente in materia e in possesso delle tecniche di comunicazione, fa sì che la mediazione funzioni anche quando le parti non abbiano potuto accordarsi in sede negoziale, assistendole al fine di trovare soluzioni altrimenti difficili da individuare.

¹ Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 da attuazione all'art. 60 della legge delega 18 giugno 2009, n. 69 con cui si delega il Governo ad emanare decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione civile e commerciale, in conformità alle norme comunitarie.

Con la sua presenza il mediatore può svolgere due differenti e alternative funzioni che permettono di distinguere due diverse forme di mediazione, una facilitativa, l'altra valutativa: la prima attribuisce al mediatore il compito di intervenire facilitando la comunicazione tra le parti e la conseguente definizione di un accordo; la seconda prevede, invece, che sia il mediatore stesso a proporre l'accordo, fermo restando il diritto delle parti di aderirvi o meno. Delle due, la mediazione facilitativa è senz'altro la più diffusa: "il successo di una mediazione si misura sull'efficacia dell'accordo che ha prodotto, su quanto le parti lo applicano e lo rispettano [...] E' molto più probabile che venga rispettato un accordo che le parti sentono come prodotto da loro stesse in autonomia, sia pure con l'aiuto del mediatore, piuttosto che uno proposto da quest'ultimo, come accade nella mediazione valutativa: intorno a questo è più facile che possa in un secondo tempo manifestarsi qualche riserva mentale paralizzante"².

La mediazione può avere ad oggetto questioni di diritto (civile, commerciale, del lavoro, della famiglia, penale, amministrativo) e non solo (sociale, culturale, scolastico). La scelta di ricorrere alla mediazione non deriva dal tipo di conflitto o dalle sue dimensioni economiche³, come erroneamente si ritiene guardando alle ADR in prospettiva squisitamente deflattiva del contenzioso ordinario, quanto piuttosto dal genere di soluzione a cui si tende, sia essa un accordo o una decisione.

Le caratteristiche precipue della mediazione sono, dunque, le seguenti:

- la natura privata, essa cioè non è né condotta né conclusa da autorità pubbliche;

² G. Cusi-G. Romualdi, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2010, pag.6

³ Una *joint venture* tra FIAT e General Motors del valore di 2 miliardi di dollari, nel 2005, fu risolta tramite una mediazione, in mese, ivi, p.6

- il coinvolgimento diretto delle parti che, volontariamente e consapevolmente, partecipano alla negoziazione dell'accordo, stabilendo autonomamente le regole procedurali e sostanziali;
- il mediatore quale terzo neutrale, o "biutrale"⁴ in quanto parimenti partecipa degli interessi di tutte le parti in gioco, il cui compito consiste essenzialmente nel facilitare la comunicazione tra le stesse durante la negoziazione al fine del raggiungimento di un accordo;
- i tempi brevi e i costi ridotti, proporzionati al valore della controversia;
- il miglioramento dei rapporti tra le parti, attraverso il recupero di precedenti relazioni;
- la creatività delle soluzioni che, spingendosi fino alla deroga del diritto, assicurano la soddisfazione dei veri interessi delle parti;
- la riservatezza di informazioni e affermazioni emerse nel corso della procedura, di cui è assicurata tutela, salvo diversi accordi, sia nei confronti delle altre parti sia dei soggetti terzi.

⁴Ivi, p.7

2. Ordine e negoziazione.

Il Codice di procedura civile attualmente vigente all'art. 1 recita così: "La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice". Più avanti l'art.183 fa riferimento alla conciliazione come ad un momento del procedimento gestito dal giudice. Un potere decisionale esclusivo, dunque, corrispondente ad una forma di Stato Sovrano centralizzato, culla di un ordine politico e giuridico posto.

"In questa cultura unidimensionale del conflitto e della sua gestione si sono formate generazioni di giuristi e generazioni di utenti del diritto sono cresciute 'dimenticandosi' che la loro autonomia negoziale poteva proseguire, nella controversia, in un'autonoma ricerca di accordi, invece di arrestarsi sempre e comunque di fronte alla decisione eteronoma di un giudice. Apparteniamo insomma al gruppo di quelle culture che hanno deciso di delegare prevalentemente al diritto statale e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie la gestione dei conflitti sociali [...] i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire un livello accettabile di ordine e sicurezza [...]"⁵.

Il 'formalismo procedurale' dei nostri ordinamenti, ruotando intorno all'idea del conflitto quale scontro di diritti piuttosto che confronto di interessi, manifesta chiaramente la propria adesione al modello di ordine posto.

Come sottolineato da Giovanni Cusi⁶, tre sono i gruppi di strategie a cui è possibile ricondurre i vari modelli di gestione del conflitto:

⁵ Ivi, p. 10

⁶ G. Cusi, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, in Quaderni di "Studi Senesi", A.Giuffrè Editore, 2007, p. 14

- riconciliare le parti attraverso il confronto dei rispettivi interessi;
- decidere, in sede giudiziale, quale diritto, nello scontro, sia meritevole di tutela e quindi “chi ha ragione”⁷;
- accertare chi sia il più forte in quanto dotato di maggiore potere perlopiù finanziario.

Nei sistemi di gestione dei conflitti basati sulla negoziazione e sul confronto degli interessi, le parti tengono le redini della procedura, controllandone per intero lo svolgimento e stabilendone di volta in volta le regole in piena autonomia. Una procedura autonoma, quindi, e informale, che non applica prescrizioni eteronome.

Nei sistemi di gestione dei conflitti basati sui modelli dell'ordine posto e sullo scontro dei diritti, invece, le parti non controllano in alcun modo la procedura e il suo epilogo, giacché le regole, provenienti dall'esterno, non rientrano nella disponibilità dei contendenti. Una procedura eteronoma, dunque, e formale, in cui ciò che conta non sono i reali interessi delle parti sottesi alla disputa giudiziale, bensì gli atti correttamente redatti secondo le formalità prescritte.

Diversamente, nelle procedure di negoziazione e mediazione, il diritto, pur permanendo, diviene flessibile, adattabile al caso concreto.

Le culture giuridiche occidentali, se da un lato, fanno abitualmente ricorso alla negoziazione contrattuale privata, dall'altro, invece, non praticano la negoziazione contrattuale pubblica. I nostri sistemi giuridici regolati, per tradizione, da un ordine posto, gestiscono i conflitti attraverso organi giudiziari istituzionalizzati il cui compito consiste nell'attribuire la

⁷ Ivi, p. 14

responsabilità dei fatti accaduti secondo quanto sancito da norme “scritte, generali e astratte, preesistenti ai conflitti stessi”⁸.

Il modello di ordine posto nelle società pre-moderne, così come nell’antica Grecia, è di tipo “sostanzialista”. La violazione della norma, o dell’*ethos*, ne impone l’immediata riparazione attraverso la punizione esemplare del reo a tutela dell’ordine politico e sociale, dato, naturale, trascendente. La pena è certa, e nota da sempre, irrogata già all’atto della violazione.

Nelle società moderne, invece, il modello di ordine posto è di tipo “formalista”, ciò che conta non è la giustizia sostanziale, ma la verità processuale a cui si perviene attraverso procedure formali fondate sulla prova della responsabilità. Qui l’ordine non è dato ma creato dall’uomo che afferma se stesso quale soggetto libero e razionale e che pone al centro del paradigma giuridico moderno la relazione tra gli individui e lo Stato, regolata da “leggi scritte, generali e astratte” atte a disciplinare i rapporti tra i consociati.

Oggi, nelle società postmoderne, al tempo della *governance*, il diritto legislativo perde la sua centralità per lasciare il posto a nuovi strumenti giuridici, ad un nuovo diritto, il *soft law*. Il *Soft law* è quella forma di diritto che, mancante della forza cogente tipica della norma giuridica, si caratterizza per l’assenza di sanzioni, di forma, per la capacità di produrre effetti pratici attraverso modalità che riscuotono immediata adesione piuttosto che obbedienza formale. La valenza del *soft law* va compresa in relazione alla complessità del nuovo mondo globale.

E proprio da qui, da questo nuovo mondo globale, prende le mosse il lavoro in oggetto: dall’analisi della complessità sociale postmoderna e della imprescindibile crisi della democrazia rappresentativa, che è anche crisi

⁸ G. Cusi-G. Romualdi, cit., p. 17

del paradigma giuridico moderno e conseguente comparsa di nuovi modelli giuridici c.d. post-legislativi, le ADR.

Il primo capitolo, infatti, studia il contesto politico e sociale in cui si stagliano le prassi di mediazione.

I nuovi spazi della politica, del diritto, dell'economia e della società non coincidono più con quelli del territorio nazionale, la crisi della sovranità corrisponde alla crisi della legittimità. Lo Stato, attraverso l'esercizio del potere sovrano, non è più in grado di governare questa realtà dalle nuove dimensioni globali.

Assistiamo, quindi, a plurimi richiami alla decentralizzazione, deterritorializzazione, deverticalizzazione del potere politico-giuridico. Cambia il piano di riferimento: non più politica e Stato, bensì mercato e *governance*.⁹

La *governance* si presenta, dunque, sul palcoscenico di questo nuovo mondo come l'unica possibilità di gestire il mercato, mediando tra i limiti della sovranità e della pianificazione centralizzata da un lato, e l'anarchia propria della struttura degli scambi economici dall'altro. Ciò avviene sia all'interno degli Stati, sia nei rapporti internazionali e transnazionali.

La *governance* quale nuova fenomenologia istituzionale è “cammino centrifugo, che prende le distanze dall'ordine politico e giuridico di carattere centripeto creato dagli Stati moderni [...] la *governance* indica continue vie di fuga sia dalla democrazia tradizionale, sia dal diritto, inteso come diritto essenzialmente di carattere legislativo.”¹⁰

Presentandosi sulla scena del mondo globale quale sostituto del modello di stato moderno la *governance* abbatte la struttura portante di quest'ultimo, il suo “formante giuridico”, cioè la legge, linfa vitale della

⁹ P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 262

¹⁰ M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit., p. 8

democrazia. Il modello della *governance*, in particolare nel nuovo contesto europeo, conduce all'utilizzo di nuovi strumenti giuridici: modalità contrattuali e modalità giuridiche.

Così, se la legge è lo strumento giuridico di riferimento della democrazia rappresentativa, il *soft law* lo è per la *governance*.

Il tentativo di creare nuovi circuiti giuridici che superano il criterio dell'obbedienza va considerato anche in rapporto ai soggetti autori e destinatari del *soft law*: gli stati da un lato e i soggetti privati, specie economici, dall'altro, pur nella loro diversità accomunati dal difficile rapporto con il diritto imperativo.

Sia gli stati, in nome della loro riconosciuta sovranità su un territorio e un *demos* determinati e circoscritti, sia i soggetti privati economici, in virtù del noto principio dell'autonomia, accettano più facilmente impegni *soft* rispetto all'imperio della norma, sia in ambito internazionale sia in ambito sopranazionale.

Il passaggio dal governo alla *governance*, dall'*hard law* al *soft law*, segna, dunque, l'erosione di tutti i presupposti giuridici e istituzionali che erano alla base della democrazia rappresentativa europea.

Nel secondo capitolo si ricercano le origini della mediazione attraverso lo studio del profilo antropologico-esistenziale di alcuni tra i più significativi protagonisti della tragedia greca e della Bibbia.

Il senso delle pratiche di mediazione sta nella capacità delle stesse di creare uno spazio in cui il dolore, provocato da altri, possa esprimersi ed essere ascoltato. Il solo modo per superare la sofferenza è incontrarla e riconoscerla nella tragicità dell'esistenza. La tragedia è la dimensione in cui il conflitto tra gli antagonisti diviene occasione di confronto, di crescita, di rinascita, e in cui il coreuta, che evoca il ruolo del mediatore, attraverso un gioco di specchi e di riflessi, aiuta il protagonista a scoprire ed accettare la

propria ontologica ambivalenza, scandita dai ritmi di un destino ineluttabile, causa di un ulteriore, e più tragico, conflitto, contro l'inesorabile oscurità del Mistero: la scelta dell'eroe, solo apparentemente libera, è in realtà determinata da una decisione necessaria.

Il conflitto, dunque, è parte dell'uomo, tragicamente perenne, nella strenua difesa dei propri confini per la sicurezza della propria vita e del proprio territorio: nei casi più frequenti di mediazione emerge, quale elemento principe del conflitto, l'istinto di protezione del territorio, inteso non tanto come spazio geografico ma piuttosto come spazio esistenziale, come spazio vitale (emblematico esempio è il conflitto tra vicini di casa).

Territorio, confine, sicurezza sono proprio i termini richiamati nella teoria della mediazione c.d. umanistica elaborata dalla sociologa Jacqueline Morineau che, attraverso la lettura delle tragedie greche, Edipo Re, Antigone, Ifigenia in Aulide, e il Libro di Giobbe, permette di riconoscere, nella mediazione e nel significato esistenziale del conflitto, un'opportunità di trasformazione personale.

Territorio, confine, sicurezza, trascendendo la loro precipua connotazione materiale, permettono altresì di comprendere al meglio il senso del conflitto quale concetto chiave delle categorie moderne, e postmoderne, di politica e diritto, in cui rientra, come dimostrato dal contenuto di queste pagine, lo strumento giuridico della mediazione, che ne percorre parallelamente il cammino.

Il terzo capitolo riporta la disciplina in materia di ADR, sia in ambito nazionale sia in ambito europeo, soffermandosi sugli interventi normativi più significativi, dalla direttiva comunitaria 2008/52/CE al d.lgs. 28 del 2010, e sulle singole fasi del procedimento, in cui si evidenzia l'importanza del ruolo svolto dal mediatore e la centralità delle parti, impegnati in una risoluzione *soft* dei conflitti.

Il quarto capitolo, infine, ritrae ciò che è diventata la politica nella nuova dimensione globale di un'Europa unita in cui a dominare è la *governance* quale sostituto del modello di stato moderno oramai in crisi; il problema del *deficit* democratico che si accompagna all'imposizione prepotente della *governance* con la conseguente mancanza di legittimazione, caratteristica precipua dello Stato di diritto democratico, in un contesto socio-politico europeo in cui ogni tradizionale categoria giuridica e concettuale perde il suo significato originario seppur nella riproposizione della medesima terminologia (così la nuova forma di democrazia partecipata, sebbene mantenga la medesima denominazione, sostituisce la moderna democrazia rappresentativa svuotandola del suo significato tradizionale).

In questo nuovo contesto politico e sociale, meglio noto con il termine di postdemocrazia, si afferma il *soft law* quale strumento giuridico di riferimento per una *governance* che è il superamento della democrazia rappresentativa alimentata piuttosto dall'*hard law* e con esso nuove modalità tecnico-giuridiche autorevolmente definite dalla Ferrarese come "prassi paralegislative della *governance* europea" in cui è possibile ricomprendere le ADR, che ne riflettono i tratti principali: concretezza, semplicità di accesso, immediatezza, flessibilità, mobilità e partecipazione. Capaci di riconoscere e valorizzare gli interessi privati e realizzare la negoziazione tra questi, le ADR, solo apparentemente finalizzate a raggiungere così un compromesso soddisfacente per tutte le parti in gioco, in realtà creano le condizioni perchè gli unici veri interessi ad essere soddisfatti siano quelli economici, o meglio finanziari, e tra questi i più forti, pervasivi, capaci di infiltrarsi e raggiungere gli angoli più nascosti delle stanze della politica e, pressandola, sostituirla.

Pertanto la mediazione che, in quanto prassi post-legislativa, della *governance* ripercorre le orme, svuotando di contenuto le tradizionali categorie giuridiche, qui, in quest'altro capitolo, in questo diverso contesto culturale rispetto alla tragedia greca e al sacro libro della Bibbia, viene interpretata, al pari della *governance*, quale “strumento di oppressione sociale”.

I. Il contesto politico e sociale delle prassi di mediazione

1. La crisi della democrazia rappresentativa.

Sulla scorta di quanto sostenuto finora è evidente che l'origine di questa nuova epoca postmoderna sia la crisi della democrazia rappresentativa, sorta sui presupposti filosofici della modernità, che va interpretata a partire dalla crisi dello Stato sociale democratico e del contesto politico in cui questo è nato. Quale ostacolo alla legittima stabilità dello Stato, essa è da addebitarsi ai processi di globalizzazione economica, sociale e giuridica. La crisi dello Stato sociale democratico che ne consegue è la crisi dei sistemi di protezione sociale di tipo solidaristico sulla scena globale, in cui agli attori tradizionali, nazionali, dotati di strumenti istituzionali di portata locale si aggiungono nuovi attori di fama internazionale che dispongono, invece, di strumenti economici efficaci in sede sopranazionale, impegnati in una incessante corsa alla miglior posizione concorrenziale. La "concorrenza di posizione", come la definisce Habermas, determina una maggiore efficacia della competitività in corrispondenza ad una minore attenzione ai sistemi di protezione sociale.

Un altro importante elemento nella crisi dello Stato sociale è lo sviluppo del capitalismo finanziario e l'incremento dei profitti che ne derivano a fronte dell'indebolimento del capitalismo industriale e del relativo calo della produzione. Da qui l'ampliamento del consenso al sistema finanziario attraverso le partecipazioni azionarie e il contrapposto ridimensionamento della classe operaia fautrice e destinataria delle politiche di assistenza sociale.

Le logiche del mercato e dell'economia prevaricano su quelle politico-sociali. Il potere politico è secondo al potere economico nella corsa

al primato globale e i partiti di massa, nazionali, nati per rappresentare l'interesse generale nel territorio dello Stato, nazionale, si rivelano impotenti in una competizione in cui a prevalere sono le regole del potere finanziario non empiricamente identificabili all'interno di precisi confini geografici¹¹.

Non è più possibile pensare ad una rappresentazione istituzionale dell'interesse generale e dell'identità tra governanti e governati in un contesto storico e sociale in cui si sono perse le tracce del soggetto razionale, travolto dalla massa che cieca e inconsapevole continua la sua marcia disorganizzata, disaggregata, noncurante delle efferatezze che nel frattempo vanno consumandosi prima fra tutte "l'annichilimento dell'identità individuale"¹². Gli individui, così, persa la volontà libera che è all'origine dell'ordine politico e che è mossa dalla coscienza autonoma di essere popolo, non riescono più a pensarsi in universale perseguendo piuttosto ciascuno il proprio interesse particolare, oggetto di una contrattazione permanente in cui più nulla è stabile e duraturo.

Il bisogno d'individualismo che distingue e rende unici trova terreno fertile nella società dei consumi il cui ideale è la concorrenza generalizzata

¹¹ J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999, p.105,106 "Le tendenze di sviluppo raggruppabili sotto l'etichetta della <<globalizzazione>> modificano una costellazione storica che si caratterizzava per la coincidenza, diciamo così, coestensiva- all'interno degli stessi confini nazionali- di stato, società ed economia. Il sistema economico internazionale, che vedeva gli stati fissare i confini tra le economie interne e le relazioni commerciali esterne, nel corso della globalizzazione dei mercati si trasforma in una economia transnazionale. Gli elementi più rilevanti sono l'accelerazione dei movimenti mondiali di capitale e il carattere imperativo delle valutazioni espresse dai mercati finanziari globali sulle posizioni nazionali. Questi dati di fatto spiegano perché gli attori statali non siano più i nodi che un tempo conferivano alla rete globale degli scambi la struttura di relazioni interstatali (o internazionali). Oggi sono piuttosto gli stati ad essere inseriti nei mercati piuttosto che le economie nazionali ad essere inserite nelle frontiere di stato. [...] Questo diffuso <<venir meno delle frontiere>> in sede economica, sociale e culturale tocca i fondamenti materiali di quel sistema statale europeo che era stato edificato su base territoriale a partire dal diciassettesimo secolo e che continua a rappresentare, sulla scena politica, gli attori collettivi più importanti. Sennonché la costellazione postnazionale elimina questo costruttivo combaciare [*Verzahnung*]- entro i confini dello stato nazionale-di politica e sistema giuridico, da un lato, con circuiti economici e tradizioni culturali, dall'altro lato."

¹² Lo Giudice, cit., p. 123

che scalza qualunque pallido residuo di reciprocità, senza la quale sospetto sociale e mancanza di fiducia prendono il sopravvento.

2. La *governance*

Come è stato già sottolineato, la crisi dello Stato sociale e della democrazia rappresentativa discendono dalla crisi della categoria moderna della sovranità, “cioè di quella modalità dell’esercizio del potere politico in senso esclusivo e indipendente, rispetto a una popolazione data ed entro un territorio delimitato che delinea il nuovo campo del politico a partire dalla prima modernità”¹³.

La teoria della rappresentazione dell’unità politica, che trascende l’empiricità degli interessi particolari e persegue piuttosto l’universalità dell’interesse pubblico, segue un percorso verticale che, muovendo dal concetto di moltitudine dei soggetti liberi e ontologicamente pari, giunge al concetto di unicità del popolo sovrano.

Al sistema politico moderno di tipo verticale, e verticistico, fanno da contraltare, in seguito alla crisi dello Stato e della democrazia rappresentativa, svariate teorie e prassi della regolazione sociale di tipo orizzontale. La “disorganica costellazione di tali teorie e prassi alternative” che “si oppone al *governo* quale espressione di un modello decisionale verticale e gerarchico”¹⁴ viene indicata con il termine *governance*, che fa riferimento ad un modello di regolazione basato sul metodo della negoziazione tra attori pubblici e privati. Ecco dissolta la moderna distinzione tra pubblico e privato. Il soggetto razionale, pensato in universale, quasi percorrendo un cammino a ritroso, si appiattisce sulla “moltitudine di individui empirici”¹⁵ e, tradendo la propria natura, quella di soggetto pubblico, finisce per confondere l’interesse generale con l’interesse particolare. Con la negoziazione di

¹³ Ivi, p. 125

¹⁴ Ivi, p. 126

¹⁵ Ivi, p. 127

un accordo tra soggetto privato e soggetto pubblico l'interesse economico finisce per prevalere sull'interesse politico delle istituzioni democratiche che l'organo costituzionale esecutivo collabora a soffocare disponendo arbitrariamente della sovranità statale. Come spiega Montanari seppure una riduzione della sovranità fosse ritenuta possibile dovrebbe comunque essere deliberata dal supremo organo legislativo dotato di legittimazione democratica, dunque dall'assemblea parlamentare che, in tal caso, viene invece sostituita dal governo. Quest'ultimo, eccedendo nell'esercizio del suo potere, si trasforma in un mero potentato di fatto e così, rinnegando la propria legittimazione funzionale, acquisisce caratteri personalistico-soggettivi. Il primato della negoziazione economico-finanziaria nelle trattative tra soggetti non omogenei, investe le categorie di qualificazione politica e giuridico-istituzionale, e le travolge.¹⁶

La *governance*, dunque, sembra occupare gli spazi lasciati vuoti da una democrazia rappresentativa sempre più inadeguata, nel tentativo di colmarne le lacune più evidenti, prime fra tutte l'illegittimità e l'inefficienza. Così si spiega la necessità di abbandonare le logiche già conosciute della democrazia rappresentativa per adottare forme nuove di democrazia aperte alla partecipazione di chi sia interessato, di volta in volta, all'argomento oggetto di trattazione, prima, e deliberazione, poi.

¹⁶ B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, Scripta Web, Napoli, 2009, p. 166. "Un primo esempio è offerto dalle modalità attuali degli scambi commerciali internazionali, i quali non avvengono più sotto l'ombrello statutale, ma direttamente tra grandi soggetti privati a struttura societaria sopranazionale (le multinazionali del petrolio ad esempio) e singoli governi. Pensiamo all'accordo tra il governo turco e un consorzio di società petrolifere per la costruzione di un oleodotto sul territorio turco, nel quale le necessità economiche sono state considerate prevalenti sulle norme di diritto statutale interno concernenti l'impatto ambientale. In altre parole, il governo turco ha accettato di sacrificare a finalità economiche una porzione della propria sovranità territoriale.

Accordi di struttura analoga riguardano la sperimentazione farmacologia. Per superare il divieto che una sperimentazione farmacologia potrebbe incontrare a causa della sua potenziale pericolosità ambientale (potrebbero essere liberati batteri nocivi nella'aria) in Europa o negli Stati Uniti, le società farmaceutiche e chimiche come la Monsanto o la Cyba Geigy raggiungano accordi con i governi di Paesi del Terzo Mondo per condurre in quei territori gli esperimenti vietati"

La *governance* traccia le coordinate spaziali su cui i soggetti pubblici e privati si muovono allo scopo di soddisfare ciascuno i propri interessi e creare volta per volta differenti equilibri contingenti. La fiducia in questi nuovi e diversi modelli decisionali sta proprio nel coinvolgimento di tutti gli interessati, quale garanzia dell'effettiva osservanza delle regole da parte dei destinatari che ne sono al contempo gli autori. Tali procedure deliberative, aperte e continue, giocano un ruolo fondamentale nella progressiva e inarrestabile dissoluzione del concetto di interesse generale che, per sua natura stabile e duraturo, si trasforma nel risultato contingente di un processo di negoziazione permanente. La *governance* si presenta, dunque, come una rete di metodi negoziali costanti di cui sono parte soggetti che “a prescindere dalla loro veste formale, operano secondo la logica del singolo privato, intento a ottenere un vantaggio personale”¹⁷

¹⁷ Lo Giudice, cit., p. 129

3. Complessità ed equilibrio.

“L’esplosione dell’individualità empirica”, scrive Lo Giudice, “[...] non implica l’ordine sociale e l’ordinamento giuridico come obiettivi politici specifici”¹⁸.

La “moltitudine di singolarità empiriche” è il concetto chiave intorno a cui ruota questa nuova forma di democrazia, che “si muove sulla base di una razionalità [...] di tipo <<pragmatico-rimediale>>”¹⁹, come scrive Bruno Montanari, secondo cui il termine *governance* va inteso come la “evaporazione del nesso categoriale mezzo-fine”; l’attività di negoziazione su cui la *governance* si erige non è, dunque, mezzo finalizzato ad un risultato ma “fine in sé”²⁰. La parola “fine”, in questo nuovo contesto negoziale, non richiama più il concetto classico di accordo, libero e responsabile, teso a vincolare le parti nel tempo, sostituendo, piuttosto, il concetto di obbligazione con la “rappresentazione cognitiva di una situazione di fatto”, precisa Montanari “la cui gestione [...] può dar luogo a sempre nuovi punti d’incontro, capaci di fissarsi in un equilibrio contingente nella soddisfazione e distribuzione degli interessi in gioco [...]”²¹

Un contesto negoziale differente, dunque, non occasione di dialogo tra soggetti giuridici privati, ma spazio per una più pragmatica procedura di gestione degli interessi, in cui le regole, quelle su cui si regge la *governance*, sono finalizzate a raggiungere il mantenimento di equilibri puntuali.

¹⁸ Ivi, p. 128

¹⁹ B. Montanari, *Dall’ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, Estratto, Europa e diritto privato, Fasc.2-2012, Milano, Giuffrè Editore, p. 397.

²⁰ Ivi, p. 398

²¹ Ivi, p. 398

La *governance* rappresenta così il ruolo egemonico svolto dall'economia, non più mezzo rispetto alla politica ma fine, a se stessa. Montanari si prefigge l'obiettivo di dimostrare come la *governance*, trasgredendo alla categoria di "ordinamento giuridico", abbia la forza di affermarsi quale nuovo paradigma epistemologico e di imporre un nuovo contesto di riferimento attraverso uno autentico "slittamento di piani". Dall'ordinamento alla *governance*, dunque, dalla concettualizzazione scientifica di "normativo" alle pratiche di controllo gestionale, dalle norme alle regole, dalle fonti alla provenienza. Perché a delle regole venga riconosciuto valore giuridico non è sufficiente la prescrittività del dettato, né l'ambito da cui provengono o a cui si applicano, ma piuttosto l'individuazione di un contesto istituzionale, elaborato dalla dottrina, e all'interno del quale le suddette regole possano acquisire una portata giuridica scientificamente fondata: "La semantica concettuale, espressa da termini come norma e fonte, può essere assunta come propria dello specifico ordinamentale, in quanto prodotto di teorie che costruiscono il diritto come ordinamento [...], distinto dal <<governo>> politico. Teorie dell'ordinamento, che [...] proseguono l'opera concettuale della scienza giuridica moderna, inglobando l'idea di <<sistema>>."²² Parafrasando Wieacher, che Montanari cita a sostegno del proprio studio, un'idea giuridica può esistere e divenire portante solo se i modelli di riferimento siano stati forgiati all'interno della cultura giuridica della tradizione romano-giusnaturalistica, pur se afferente a nuovi contesti storici e sociali con nuovi nomi. Ricorda ancora Montanari che come Wieacher sostiene l'importanza dell'unità dell'ordinamento quale espressione dell'unità della giustizia stessa, allo stesso modo Luhmann "riconosceva [...] a quelle categorie dogmatiche una funzione di individuazione della sfera propria del

²² Ivi, p. 403

giuridico, rispetto a quella del politico”.²³ Un’ autonomia auspicata ma non effettiva: nel secondo dopoguerra, neo-giusnaturalismo cattolico e materialismo storico, dinanzi ad importanti questioni di attualità sociale, anzichè ricorrere ad interventi normativi e dunque a soluzioni giuridicamente razionali, investono l’etica di un potere decisionale che rischia di delegittimare la teoria ordinamentale e il suo sostegno scientifico. La prima delle due linee di pensiero “ in nome di una precedenza dei <<valori>> sulle norme <<poste>>, sottovalutando in qualche misura, quindi, la funzione fondante della dimensione <<scientifica>>” la seconda “in virtù di una chiave di lettura <<materialistico-prassistica>> della realtà sociale, mettendo in radicale discussione l’idea di <<sistema>>”²⁴. La critica alla giuridicità scientifica, da un lato, e la affermazione di una visione sempre più economicistica del mondo, dall’altro, creano le condizioni favorevoli all’affermarsi di un contesto di cultura giuridica globalizzato, in termini prevalentemente finanziari, a cui consegue una produzione regolamentare meramente pragmatica.

In un simile contesto all’idea di ordinamento si sovrappone quella di *governance*. L’uno ha per modello epistemologico e per fine pratico il binomio “ordine –sistema”, raggiunto attraverso un’attività normativa ordinata e sistematica, l’altra ha per modello epistemologico la complessità sociale e per fine l’equilibrio, raggiunto attraverso un’attività regolativa pragmatica. Così Montanari analizza il passaggio, che definisce “epocale”, dalla sequenza concettuale <<ordine-sistema-ordinamento>> alla sequenza <<complessità-equilibrio-governance>>. Ciò che differenzia le due sequenze sono i termini “ordine” e “complessità” intesi come l’esito di due diversi modi di interpretare la realtà.

²³ Ivi, p. 404

²⁴ Ivi, p. 406

Il termine “ordine” rimanda all’idea di qualcosa che è “posta da qualcuno”. Esso presuppone pertanto un’attività investigativa che abbia ad oggetto la realtà, che sottintende il concetto di “verità”. E’ questo il modello epistemologico a cui si rifà il pensiero antico che ruota intorno al “Principio ordinatore”, origine del mondo “dato” all’uomo, e su cui quest’ultimo s’interroga pur nella consapevolezza di un ordine e di una verità trascendentali. Il termine “sistema”, invece, si adatta al pensiero moderno e si riferisce alla capacità della ragione di conoscere la realtà dando forma a quelle leggi in virtù delle quali è possibile determinare a priori gli eventi in successione. Pertanto i due termini “ordine “ e “sistema”, in stretta correlazione tra loro, “esprimono una idea di <<verità>>, nel senso che, conoscerla, significa capire che le cose stanno proprio come devono stare o perché (in un certo senso) sono state disposte così (<<ordine>>), o perché il pensiero umano ne coglie i nessi causali, sotto il profilo razionale e logico (<<sistema>>)”²⁵. “Ordinamento” è il termine con cui si chiude la sequenza “moderna” e che si riferisce ad una attività normativa organica prodotta dallo Stato o da altri soggetti legittimati.

L’elemento che differenzia le due sequenze è il tempo, e di conseguenza il rilievo che tale categoria assume. Nella sequenza “moderna” il tempo si manifesta attraverso il concetto di continuità : “[...] la discontinuità dell’osservazione esperienziale viene trasformata in una continuità prodotta dalla elaborazione razionale”²⁶. Tra un evento e un altro si crea una relazione causale che fa del secondo una conseguenza del primo. I vari eventi vengono disposti secondo un criterio di continuità “[...] per cui la conoscenza è il prodotto mentale di un percorso tra un prima e un

²⁵ Ivi, p. 414

²⁶ Ivi, p. 416

dopo [...] il presente, diviene così lo snodo di una continuità causale tra passato e futuro”²⁷. Sulla scorta di quanto esposto, Montanari spiega come nel concetto di norma si esprima il nesso causale tra “prescrizione, dovere e responsabilità”, elaborato razionalmente secondo il criterio di continuità temporale. La legge è dunque destinata a durare nel tempo. La conoscenza del “perché le cose siano così come sono” secondo un nesso causale costituito formalmente mette il soggetto nelle condizioni di prevedere gli effetti.

Il passaggio dalla sequenza moderna a quella contemporanea è segnato dalla critica mossa al nesso causale e di conseguenza al <<sistema>>. Il tempo della sequenza contemporanea risente della interazione costitutiva tra osservatore e oggetto osservato. Chi indaga fa parte della realtà indagata, l’oggetto osservato non può essere separato dal metodo investigativo utilizzato, che in tal caso non sarà la ragione ma l’osservazione stessa. L’osservazione è tanto puntuale quanto lo è la situazione di equilibrio osservata, la cui stabilità risiede nel presentarsi all’osservatore così com’è nell’istante in cui viene osservata. L’equilibrio, contingente, in quanto oggetto di osservazione istantanea, implica, in teoria, molteplici possibilità intese quale struttura paradigmatica della <<complessità>>. Così in quanto una tra le possibilità, ciò che viene osservato è non è in alcun modo prevedibile, giacché “sarebbe un fatto diverso, se osservato in un istante diverso”.²⁸ L’equilibrio è pertanto la condizione che permette di osservare la complessità attraverso una delle sue numerosissime possibilità, tra tutte, quella che si offre nella contingenza e come tale imprevedibile e incerta. Gli equilibri, attraverso cui la complessità sociale vede ridotte le proprie infinite possibilità, sono

²⁷ Ivi, p. 416

²⁸ Ivi, p. 419

dimensioni di stabilità intersecate tra loro così da creare una fitta rete di interazioni, orizzontale e aperta, di “a priori indeterminabili”. E’ questo il contesto in cui va collocata la nozione di *governance* il cui modello, l’“equilibrio puntistico-reticolare”²⁹, spiega i propri effetti sia sul piano politico sia su quello giuridico. Su quello politico coesistono, da un lato, una prassi di democrazia partecipata che coinvolge i destinatari delle decisioni pubbliche nei processi decisionali stessi, dall’altro, istanze tecnocratiche, cioè interessi di soggetti economici che perseguono unicamente il proprio vantaggio. Sul piano giuridico la crisi della democrazia rappresentativa si palesa nella crisi della legge quale fonte giuridica fondamentale con i suoi elementi di generalità, astrattezza e pubblicità, decretando il successo di modalità contrattuali e giudiziarie da cui proviene un diritto nuovo.

²⁹ Ivi, p. 423

4. Dall'*hard law* al *soft law*.

Le scelte istituzionali dello Stato moderno in Europa, improntate alla stabilità, alla prevedibilità, e alla certezza, si riflettono sulla corrispondente importanza attribuita alle carte costituzionali, alle codificazioni e alle leggi, che fanno dello Stato moderno uno “Stato di diritto”. Determinante si dimostra, nell’ambito delle fonti giuridiche, la posizione di privilegio occupata dalla legislazione volta a bandire, dal sistema giuridico, qualunque forma di flessibilità e discrezionalità.

“<<Legislazione, non giurisdizione>>, <<calcolabilità, non imprevedibilità>>, <<stabilità, non variabilità>>: queste tre opzioni diventavano strategiche nel progetto istituzionale dell’Europa continentale”³⁰.

Istituzioni e diritto, come già delineato in precedenza, subiscono una trasformazione scandita dalle medesime dinamiche e determinata dal percorso seguito dalla globalizzazione, il cui scenario si presenta disordinato e confuso. Il carattere inclusivo della globalizzazione si manifesta in ambito istituzionale e giuridico attraverso la coesistenza di istituti, fonti del diritto e soggetti giuridici vecchi e nuovi. A questo affollamento consegue, nella sfera giuridica, “un continuo e ripetuto attentato al primato della legge, un tempo incontrastata signora e prima attrice”³¹, e alla solida struttura del giuspositivismo. In questo nuovo mondo stretto a un angolo dall’urgente impazienza di soddisfare interessi personali si perde il rigore delle procedure e la certezza del diritto a cui si deroga con crescente *nonchalance*.

³⁰ M.R.Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 24

³¹ Ivi, p. 66

“La ristrutturazione giuridica ed istituzionale che oggi sta avvenendo cerca innanzitutto di rispondere ad una nuova geografia economica e politica, ossia alla sfida della transnazionalità; ma cerca di rispondere altresì alle nuove coordinate temporali del nostro mondo. Le istituzioni non solo devono diventare leggere e svelte, per percorrere territori sempre più vasti e diversi, ma tendono a liberarsi da forme di riverenza verso il passato, così come da obblighi verso il futuro, per assecondare le nuove cronologie economiche e sociali”³².

Al diritto legislativo quale contesto giuridico della democrazia rappresentativa la *governance* sostituisce il cosiddetto *soft law*, un diritto nuovo che stabilisce obblighi senza prevedere sanzioni, la cui rilevanza giuridica risiede nella sua idoneità a produrre risultati, senza percorrere i classici iter istituzionali formali.

L’espressione “pragmatismo procedurale” permette di cogliere con chiarezza il modo di essere delle istituzioni giuridiche “al presente”³³.

I due termini “procedura” e “pragmatismo”, concettualmente così distanti, antitetici, trovano nell’endiadi “pragmatismo procedurale” un nuovo significato capace di rendere al meglio l’idea di questo nuovo diritto.

Il “pragmatismo procedurale” americano si riferisce ad un iter giuridico di tipo procedurale, appunto, sebbene non chiuso in una sequenza obbligata e ordinata nei tempi e nei contenuti, ma piuttosto pragmaticamente cangiante, aperto alla scelta di percorsi mobili, indirizzati al raggiungimento di interessi specifici. Si tratta cioè del susseguirsi di una pluralità di eventi non più unitario e ordinato bensì

³² Ivi, p. 74

³³ Ivi, p. 90

frammentario e disorganizzato. Questa discontinuità nella catena temporale è dovuta all'incessante invasione di logiche pragmatiche finalizzate a scopi sempre diversi.

Il “formalismo giuridico” di weberiana memoria, la “razionalità” della tecnica giuridica e la “calcolabilità” delle sue conseguenze cedono il passo al “pragmatismo procedurale” dalle forme evanescenti le cui “regole del gioco”, un tempo “fisse e inviolabili”, mutano di continuo seguendo il ritmo del tempo presente in costante cambiamento. E così “il processo di globalizzazione economica [...] stabilendo nuove regole spaziali e temporali per i mercati, sfida di continuo il terreno istituzionale”, e costituzionale, “a trovare conseguenti nuovi assetti e soluzioni”³⁴.

La legislazione, seppure presente, perde la sua *moderna* centralità, cosicché decisioni di rilievo pubblico vengono prese facendo ricorso ad istituzioni differenti: modalità contrattuali e giudiziarie, che riescono, più del diritto normativo, a soddisfare le esigenze della globalizzazione. La causa del successo riscosso da tali modelli risiede nella loro idoneità ad assecondare la tendenza della *governance* alla privatizzazione: aperti alla partecipazione dei privati nel processo di decisione e capaci di gestire direttamente gli interessi.

L'importanza crescente del diritto contrattuale e del diritto giudiziario rende possibile la trasposizione, in ambito giuridico, del linguaggio degli interessi e della negoziazione, secondo cui ciascuno agisce, egoisticamente, perseguendo i propri scopi al fine di ottenere esiti giuridici volti all'affermazione dei propri interessi. Le regole giuridiche prodotte da contratti e sentenze giudiziarie riflettono il contesto competitivo di cui sono l'epilogo nonché le doti strategiche

³⁴ Ivi, p. 114

delle parti a confronto. Si tratta insomma di risposte contingenti a esigenze di giustizia presenti.

5. La *governance* e il contratto

Una delle istituzioni giuridiche in grado di cogliere al meglio le tendenze del mondo globalizzato è senz'altro il contratto. Capace di comporre volontà divergenti e di regolare scelte private, è lo strumento giuridico cardine nei rapporti transnazionali, tesi ad attribuire centralità ai diritti del consumatore, a scapito dei diritti del cittadino. Ciò non solo per il ruolo determinante conquistato dal mercato ma anche per l'idoneità del contratto stesso a proteggere, in ambito transnazionale, soggetti deboli come i consumatori e i migranti. Il contratto, con le sue molteplici varianti e la sua flessibilità, può facilmente adattarsi ad esigenze e frontiere sempre diverse e in continua evoluzione.

Il contratto crea una fitta rete di scambi non solo tra privati ma anche tra questi e il potere pubblico, così molte delle regole di diritto pubblico, in ambito nazionale e internazionale, trovano nel contratto il loro formante. Il percorso contrattuale seguito dal diritto pubblico suggerisce il verificarsi di importanti cambiamenti di natura politica e sociale. L'erosione della distinzione netta tra società civile e potere pubblico è il sintomo più evidente della avvenuta contaminazione in ambito politico-istituzionale ad opera dell'economia e del diritto privato. Il vuoto istituzionale lasciato dalla sovranità statale in declino invita a ripensare la democrazia come al luogo in cui si incontrano e scontrano interessi di vario tipo. Da qui il nuovo volto, contrattualistico, del potere pubblico che, affidando a privati beni da sempre considerati oggetto di cura e protezione da parte dello Stato, ne causa l'indebolimento della funzione rappresentativa.

La “*governance* contrattuale”³⁵ consiste nell’incontro tra pubblico e privato, attraverso il ricorso a modalità, contrattuali appunto, volte ad affidare a privati funzioni un tempo definite pubbliche, “funzioni che un tempo giustificavano l’esistenza stessa dello stato”³⁶ quali “la sicurezza o il governo del territorio.”³⁷

³⁵ M.R.Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 159

³⁶ Ivi, p. 160.

³⁷ Ivi, p. 161.

6. La *governance* e i diritti.

L'altra forma di diritto che si impone nell'età della globalizzazione è il diritto giudiziario, delle corti nazionali e di quelle internazionali e sopranazionali, idoneo a comprendere meglio, rispetto alla legge, le esigenze del presente, operando in contesti specifici molteplici attenti ad esigenze particolari. Il diritto costituzionale diviene mobile, aperto, incompiuto, oggetto di negoziazione continua ad opera di una pluralità di soggetti pubblici e privati, Statali e non, il cui scopo sia tanto la cooperazione quanto la competizione.

Il diritto normativo statale, oggettivo, che scende dall'alto, e che percepisce i soggetti quali meri destinatari dello stesso, cede il passo ai diritti soggettivi, che scorrono in orizzontale quali "mezzi di realizzazione di interessi individuali, rimessi all'autonoma valutazione dei loro titolari."³⁸

Diritto legislativo e diritti soggettivi seguono entrambi vie procedurali che consentono di muoversi, però, in direzioni opposte. Se nel primo caso la procedura individua i contenuti e, conferendo loro validità, vincola all'obbedienza, nel secondo caso si apre a contenuti sempre nuovi e diversi, ripetutamente aggiornati e rivedibili. Questa la prospettiva in cui si colloca il successo dell'istituzione giudiziaria, pronta a cogliere i cambiamenti giuridici in essere, prima fra tutte la rarefazione dello stesso concetto di diritto legislativo. Il cambiamento non si manifesta soltanto nell'emersione di un nuovo concetto di diritto, meno rigido, più fluido, ma anche nell'acquisizione di un nuovo sistema delle fonti in cui il diritto legislativo perde la sua primazia ritrovandosi al fianco di altri soggetti regolatori.

³⁸G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 112

Le norme non scompaiono, addirittura si moltiplicano, pur se notevolmente trasformate, costrette a concorrere con moduli giuridici più *soft*, flessibili, “negoziati”, adeguati ad un mondo giuridico globale in continua evoluzione.

Il diritto normativo non riesce a superare i propri parametri spazio temporali di riferimento, tali che gli impediscono di riuscire a far fronte alle sfide della globalizzazione. Esso, infatti, legato ad un determinato territorio, quello delimitato dai confini di uno Stato, assume rilevanza prettamente nazionale laddove, invece, i diritti *soft* attraversano il mondo in movimento seguendo le orme di tutti i soggetti che ogni giorno si muovono dalla propria terra verso paesi stranieri per incontrare nuove culture e diverse nazionalità. Inoltre la legge, che intende normare e progettare il futuro, si mostra inadeguata rispetto al tempo della globalizzazione, privo di un prima e di un dopo, vissuto al presente, qui e ora, nella sua dimensione reale ma anche in quella virtuale, senza alcun confine spaziale né temporale.

Le istituzioni giudiziarie diventano il luogo in cui le molteplici fonti eterogenee trovano precaria sistemazione, l'ordine gerarchico è sottoposto a continua ridefinizione e il senso giuridico delle norme, variamente interpretato, viene puntualmente fissato. Non si tratta di un'autorevolezza insita nelle istituzioni giudiziarie stesse ma di un'esigenza funzionale, del bisogno, cioè, di individuare punti di riferimento, seppure temporanei, e di fornire risposte ad urgenti pressioni del presente.

Le istituzioni giudiziarie rappresentano così “snodi cruciali della comunicazione giuridica”³⁹ in cui “il diritto [...] presenta la tendenza a strutturarsi come un linguaggio, dove le parole, pur se consegnate a significati, si ridefiniscono di continuo nei contesti della comunicazione,

³⁹ M.R.Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, cit., p. 197

specie parlata, dove esistono maggiori possibilità di articolazioni, giochi, ironie ed effetti imprevisti.⁴⁰

⁴⁰ Ivi, p. 196

7. Le critiche alle procedure informali.

La crisi del sistema giuridico legale, a cui si sostituisce un nuovo sistema di giustizia alternativa, è anche crisi dell'amministrazione della giustizia, ma innanzitutto è crisi della legittimazione degli ordinamenti.

La legge disciplina aspetti della vita economica e sociale che invece avrebbero bisogno di una maggiore autonomia, sovraccaricando il lavoro dei tribunali e delegittimandolo. Le critiche intorno al formalismo delle procedure legali agevola la diffusione delle tecniche informali di risoluzione delle controversie. Ma non tardano ad emergere le perplessità sulla reale efficacia delle “*soft justices*”.

Per alcuni una società complessa come quella contemporanea, così frammentata, priva di un modello di riferimento etico universale, sembra aver bisogno di strumenti risolutivi delle controversie più generali e formali capaci di gestire al meglio le dilaganti incertezze. Per altri l'idea secondo cui la giustizia informale avrebbe arginato l'imperio del sistema legale ufficiale sarebbe smentita dalla crescita esponenziale del numero degli avvocati a cui si affianca, però, un nutrito esercito di para-professionisti, spesso dalle dubbie competenze; ne scaturisce una complicata coesistenza degli apparati della giustizia formale, rimasti intatti, per un verso, e di una rete di regolazioni informali, o para-legali come le definisce Così, che rende sempre più farraginoso il sistema giudiziario, per l'altro verso.

Tali tecniche alternative peraltro non sono nate da una necessità ma si sono imposte da sé andando alla ricerca dei propri fruitori, coloro che in mancanza di questi nuovi metodi avrebbero risolto le proprie controversie in maniera davvero informale, cioè discutendo, rinunciando o sopportando:

“Essere riuscito a formalizzare l’informale: questo il paradosso fondamentale del movimento in formalismo”⁴¹.

Ulteriore paradosso è quello che Così definisce “sistema a doppio binario”, secondo cui in sede di mediazione venivano prodotte prove o rilasciate dichiarazioni che in un’aula di tribunale si sarebbero senz’altro tradotte in imputazioni di reato. Ne consegue il bisogno di un ricorso successivo alle autorità giudiziarie per ottenere la comminazione di sanzioni certamente più dure rispetto a quelle sensibilmente più lievi irrogate dai sistemi di giustizia informale. Un copioso numero di controversie verrebbe così trattato per ben due volte.

Nei confronti dei metodi ADR, e della mediazione nella fattispecie, si sono elaborate teorie differenti in relazione agli scopi cui tali strumenti sono finalizzati.

Quattro le posizioni principali:

1. “La soddisfazione innanzitutto”⁴²

Si tratta della visione utilitaristica della mediazione civile e commerciale. La mediazione è il bastone del raddomante, straordinariamente capace di rilevare i veri interessi delle parti in conflitto. Flessibile, informale, consensuale, ha i numeri per riuscire a far emergere il vero problema che accomuna i contendenti. Attraverso l’intervento del soggetto terzo e imparziale la mediazione riesce a bilanciare i differenti gradi di potere a confronto impedendo la sopraffazione reciproca. Valida alternativa alla transazione, la mediazione, componendo posizioni contrastanti, permette di raggiungere accordi creativi di vittoria per ciascuna parte, andando oltre

⁴¹G. Così, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, cit., p. 78

⁴²Ivi, p. 83

il riconoscimento di diritti formali ma soddisfacendo necessità reali. La mediazione si rivela strumento efficace alla riduzione del carico della giustizia ordinaria e ne favorisce l'efficienza per i casi che non si sarebbero potuti risolvere se non in tribunale.

2. “La mediazione come strumento di giustizia sociale”⁴³

E' la visione ottimista che prevale nella fase iniziale della diffusione dei metodi ADR. La mediazione crea le condizioni perché individui socialmente deboli, e dunque facilmente oppressi, possano organizzarsi intorno ad interessi comuni. Isolati e facilmente esposti tali soggetti, che credono di essere avversari gli uni degli altri, riescono a far emergere gli interessi condivisi, a percepire l'esistenza di un nemico comune e a fronteggiarlo. La mediazione attribuisce dunque più forza ai soggetti deboli affinché essi stringano tra loro alleanze e, così edotti a trovare da soli le soluzioni ai propri problemi, imparano a rendersi autonomi rispetto ai potenti. L'individuazione e il perseguimento degli interessi comuni facilita un maggiore e migliore inserimento di cittadini consapevoli nella vita sociale.

Nella fattispecie, le mediazioni che hanno ad oggetto rapporti di vicinato hanno consentito alle parti di riconoscere il vero avversario, per esempio, nel proprietario dell'immobile e di organizzarsi al fine di intraprendere azioni comuni a difesa degli interessi reali e condivisi. E così in tutti gli altri casi e contesti: gli individui si organizzano autonomamente e acquisiscono un potere sempre crescente.

3. “La mediazione come strumento di oppressione sociale”⁴⁴

⁴³ Ivi, p. 85

Secondo questa corrente di pensiero la mediazione, allontanandosi progressivamente dai suoi esordi virtuosi, finisce per diventare strumento nelle mani del più forte, a detrimento del più debole. Ad amplificare la sperequazione dei poteri è l'informalismo sostanziale e procedurale unitamente al ruolo del mediatore che, in quanto neutrale e imparziale, può fare ben poco per evitare situazioni palesemente ingiuste, riuscendo piuttosto a dirigere strategicamente la discussione e a dare sfogo ai propri pregiudizi. La mediazione, tra l'altro, non tenendo conto dell'interesse pubblico né di precedenti casi simili, privatizza le questioni e crea disaggregazione.

Ad esempio, le mediazioni che hanno ad oggetto casi di discriminazioni sul posto di lavoro finiscono, spesso, per spingere le vittime ad accettare ragguardevoli liquidazioni permettendo ai rei di *mobbing* di farla franca e di moltiplicarsi. O nei casi di conflitti tra *partners* commerciali, in cui la mediazione dà modo alle parti di accordarsi a scapito dei consumatori. E ancora, nelle dispute familiari l'eccessivo formalismo penalizza la parte emotivamente ed economicamente più debole che la giustizia ufficiale invece tutelerebbe maggiormente.

Un accordo raggiunto "all'ombra della legge" consentirebbe ai soggetti coinvolti di negoziare in condizioni di uguaglianza formale e sostanziale, laddove invece la mediazione, confondendo le regole del gioco, crea accordi che lungi dall'essere l'approdo di una negoziazione condivisa e consensuale sono piuttosto il riflesso della disuguaglianza dei poteri.

Insomma secondo questo orientamento la mediazione viene utilizzata allo scopo di rendere il più forte sempre più forte e il più

⁴⁴ Ivi, p. 86

debole sempre più debole. Dunque la giustizia informale, millantando neutralità, non farebbe altro che lasciare inalterate le disparità sociali, personali ed economiche e produrre compromessi a vantaggio del più forte.

La retorica dell'informalismo è dunque un paravento dietro cui si nasconde la vera intenzione di ampliare la rete di controllo sociale. I poteri forti ottengono così lo scopo di inibire l'organizzazione e la resistenza delle classi sociali meno abbienti attraverso un sistema di controllo pervasivo, che opera utilizzando strategie solo apparentemente non coercitive.

4. “Un’opportunità di trasformazione personale”⁴⁵

Un altro orientamento vede nella mediazione un’opportunità di trasformazione e di miglioramento per i soggetti coinvolti nei conflitti e per la società tutta. L'informalismo permette alle parti di individuare e manifestare i propri problemi, le proprie necessità e i rispettivi obiettivi. La mediazione si rivela un’occasione perché i soggetti imparino a decidere da sé e a risolvere autonomamente le proprie questioni facendo ricorso ciascuno ai propri talenti, rafforzando l'autostima, la fiducia in se stessi, la considerazione e il rispetto di sé.

Inoltre, tramite la presenza di mediatori formati a facilitare il confronto, le parti imparano a comunicare e a manifestare comprensione verso l'avversario che riconoscono in quanto essere umano.

Si modificano così gli assetti relazionali dell'intera società, segnando l'abbandono dell'ostilità e l'approdo alla solidarietà.

⁴⁵ Ivi, p. 88

Così, la mediazione tra produttori e consumatori portando al riconoscimento reciproco può modificare il modo di intendere le relazioni commerciali.

II. Le origini antropologiche della mediazione.

1. I limiti del diritto.

Territorio, confine, sicurezza sono i termini richiamati da autorevoli filosofi per comprendere al meglio i concetti rappresentati dalle categorie moderne. Trascendono la loro connotazione geografica, e dunque materiale, e prestano il loro significato, che acquista così valore immateriale e culturale, alla elaborazione di teorie politiche, giuridiche e antropologico-esistenziali, costruite intorno al concetto di conflitto.

Il territorio contiene ed esclude, dividendo ciò che sta dentro da ciò che sta fuori. Il confine è la linea che separa questi due spazi e che al tempo stesso “*definisce e distingue; quindi identifica.*”⁴⁶

La nozione di territorio e di confine si legano al concetto di politica, teorizzata dal pensiero filosofico moderno, precisa Montanari, strutturandola all’interno e all’esterno dello Stato.⁴⁷

Dentro i confini la politica garantisce sicurezza e identità regolando la vita sociale, fuori, invece, la politica è difesa dei confini e delle sue proprie regole, le regole della guerra e della pace, le regole che disciplinano i rapporti tra gli Stati.

Territorio e confine trascendono il loro significato materiale e confluiscono nella categoria del politico, che è autonoma rispetto ad altri settori come, ad esempio, il giudizio morale e la relativa contrapposizione buono-cattivo. Se così fosse, sottolinea Montanari, noi saremmo i buoni e gli altri i cattivi, ma allo stesso modo gli altri, cambiando punto di vista,

⁴⁶ B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 190

⁴⁷ Ivi, p. 192

potrebbero considerarsi buoni e attribuire a noi il ruolo di cattivi. Ciò mostra quanto sia scorretto applicare il giudizio morale alla distinzione tra ciò che sta dentro e fuori dal territorio e dal confine, scambiando pericolosamente lo scontro tra avversari politici per la lotta tra il bene e il male: “ [...] bene e male stanno ognuno totalmente da una parte e da tutte e due le parti contemporaneamente.”⁴⁸ La politica perderebbe così il suo senso: assicurare la pace oltre il conflitto naturale.

Come il confine anche il diritto, precisa Così, contiene ed esclude: traccia intorno a ciascuno una sfera di diritti e doveri e ne regola i rapporti. Al pari del confine, identifica e garantisce sicurezza; regola la vita sociale tenendo a freno gli egoismi e le reciproche invasioni; crea le condizioni perché ogni individuo sviluppi le proprie potenzialità.

Per il diritto vale la stessa osservazione fatta in merito alla politica: alla legge non può applicarsi alcun giudizio morale. Laddove, nelle società di tipo tradizionale, il diritto è considerato un tutt'uno con la morale, nelle società moderne, invece, il diritto e la morale sono nettamente distinti, intersecandosi solo sporadicamente: “se affermare che non ho il diritto di aggredire fisicamente qualcuno significa normalmente sia che gli altri sono giuridicamente autorizzati a impedirmelo, sia che non è eticamente giusto farlo, dire che ho il dovere giuridico di pagare le tasse non implica necessariamente che per me debba essere moralmente giusto finanziare uno stato militarmente aggressivo.”⁴⁹ Spesso gli ordinamenti consentono comportamenti che la morale non permetterebbe, e non riconoscono il diritto né impongono il dovere di compiere azioni giudicate moralmente giuste. Del resto le società moderne e pluraliste non tollererebbero affatto un'invasione della libertà individuale da parte del diritto. Ma in fin dei

⁴⁸ Ivi, p. 193

⁴⁹ G.Cosi-G.Romualdi, cit., p. 43

conti è proprio quello che succede allorquando, e non di rado, la legge giuridica, certa, prevale su quella morale, incerta e opinabile, confondendo la nozione di diritto con la nozione di etica: “Nel concetto di *azione giuridicamente corretta* si assorbe e scompare, quasi fagocitato, il concetto di *azione moralmente giusta*: se ‘ho il diritto’ di sfrattare l’inquilino moroso, è anche automaticamente ‘giusto’ che lo faccia; o meglio, forse, ‘ne ho il diritto’, punto e basta.”⁵⁰

Nella zona di confine tra legge giuridica e legge morale in cui presunti diritti nascondono reali interessi, a cui spesso si accompagna il dubbio che quanto preteso sia realmente giusto, lì il diritto corre il rischio di perdere il suo senso: assicurare la pace oltre il conflitto naturale.

La pace perseguita attraverso il diritto, infatti, 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.”⁵¹ Questo è il tipo di pace che nasce dalla sentenza, dal lodo arbitrale e dalla transazione: conseguenza di un mero compromesso tra posizioni inconciliabili, non dipende tanto dalla validità della soluzione o dal consenso delle parti, quanto dalla capacità coercitiva della legge che finisce per sostituirsi alla violenza.

La pace, così, imposta, e non scelta, mostra le sue carenze etiche e pratiche: sul piano etico non conduce le parti alla comprensione delle reali motivazioni sottese al conflitto, ma si limita alla tolleranza senza riconoscere l’altro; sul piano pratico confonde la verità e la giustizia con la vittoria, abbandonando lo sconfitto solo a se stesso, pieno di rancore e desiderio di vendetta. La pace giuridica è, dunque, il frutto di una procedura che tende a scorgere nell’altra parte del conflitto piuttosto che

⁵⁰ Ivi, p. 44

⁵¹ G. Così, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 337

l'avversario, il nemico, e non il nemico politico schmittiano, ma il cattivo. Nonostante il conflitto sia un confronto onto-centrico con la realtà e non una patologia, un male da estirpare.

2. Il conflitto

L'*excursus* condotto fin qui conferma e dimostra l'intuizione avuta da Montanari secondo cui in ogni 'teoria' o 'dottrina' gioca un ruolo decisivo "l'ambiguità simbolico–valutativa del *confine* [...] Si può convenire che l'idea di *confine, separando*, apra quattro questioni: quella della *differenza*, quella della *identità individuale*, quella della *parità esistenziale* e quella della *relazione*. Si tratta di quattro tematiche che, a loro volta, ne propongono altre. Esse, infatti, pongono in continuità di riflessione l'esperienza esistenziale di ciascuno, i modelli di vita socialmente organizzata, le forme di governo e le istituzioni politiche."⁵²

Capace di "definire", "distinguere", "identificare", il "confine" è, infatti, la condizione costitutiva dell'esistenza al mondo.

La definizione e la differenza del proprio corpo da quello dell'altro implica la parità dell'uno e dell'altro "poiché ciascuno è un *io con un proprio territorio*."⁵³: l'uno come l'altro.

Finitudine, differenza, parità di tutti, in quanto essere viventi, costituiscono l'esistenza, cioè, l'essere in relazione di ciascuno con tutto ciò che è altro.

Dovrebbe conseguire una consapevolezza tale della propria differenza e, dunque, della propria identità, da riuscire ad oltrepassare la divisione, componendola in uno spazio comune in cui è più facile comprendere il senso autentico dell'alterità.

Cosa che non sempre accade.

Ciò che per l'individuo è il corpo, per la città sono le mura, esse rappresentano il confine tra una città e un'altra, ma anche il confine tra

⁵² B.Montanari, Corso di filosofia del diritto, cit., p. 196

⁵³ Ivi, p. 195

una casa e un'altra, tra un ambiente sociale e un altro, tra uno Stato e un altro. Così ciò che, fuori dalle mura, è potenzialmente pericoloso per la città, lo è anche per le persone, per la società, per le istituzioni politiche.

Ciò che è al di là delle mura, quindi, si carica di significato negativo.

Montanari traccia un percorso che dal confine, dal corpo, dalle mura, conduce alla differenza e alle sue molteplici interpretazioni, politiche, giuridiche ed esistenziali. Queste ultime accostano al termine "differenza" il termine "estraneità", carico di un forte significato culturale-valutativo.

La "differenza", pur essendo un elemento fattuale e oggettivo, subisce una interpretazione soggettiva e psicologico-emotiva, qual'è appunto il termine "estraneità", che ne fa la causa di una qualità della relazione, tant'è che spesso per superare il pre-giudizio nei confronti di chi è sconosciuto è necessario l'intervento della ragione. Pertanto occorre aprirsi all'estraneo ed integrarlo, conoscerlo e renderlo, così, meno estraneo. Nello svolgersi di questo percorso è fondamentale la centralità attribuita al concetto di parità "elemento *comune e universale* [...] che è *costitutivo* di ciascuno ed identificabile nell' "essere uomini"⁵⁴: ogni altro uomo, in quanto tale, è come me.

Ma il "come me" dell'altro, con cui si entra in relazione e di cui si ha consapevolezza, viene però spesso vissuto in modo tanto problematico da essere dimenticato. Esso dipende, infatti, dalla sensibilità e dall'interpretazione di ciascuno nonché dalle relative decisioni tese, il più delle volte, a rinnegare la relazione scatenando il conflitto. L'altro, l'estraneo è il cattivo.

⁵⁴ Ivi, p. 199

Il conflitto conduce fuori dallo spazio comune e riporta ciascuno all'interno del proprio territorio lasciando un incolmabile vuoto, riempito da parole dotate di significato solo per chi le proferisce ma che restano oscure a colui al quale sono rivolte. Due monologhi che si corrispondono, ognuno dei quali isolato da un muro invalicabile.

Il muro segna il confine, separa, trasforma in estraneo chi è stato vicino, provocando dolore. La struttura stessa dell'esistenza umana viene demolita: essere uomini significa essere come l'altro, in relazione con l'altro. L'uomo, dunque, non può vivere in solitudine, ha bisogno di comunicare con chi lo circonda. La separazione, quindi, è la più traumatica delle esperienze.

La sofferenza diventa uno stato, spesso permanente, su cui ci si adagia, ci si irrigidisce, ci si nutre di tutto ciò che separa, poiché è ciò che rimane della relazione perduta.

Depurato dalle contaminazioni egoistico-soggettive, il conflitto rivela la sua vera natura e si presenta come la possibilità di un confronto onto-centrico con la realtà. In questo confronto la mediazione interpreta un ruolo fondamentale, poiché permette di uscire dal passato, di abbandonare l'opinione che ci si è fatta dell'altro per andare incontro alla sua realtà e conoscere la sua verità.

La mediazione accoglie il conflitto, che non è né un bene né un male, ma che semplicemente *c'è*, fa parte della vita e che in quanto tale va vissuto in maniera costruttiva e trasformato in occasione di crescita, per chi liberamente sceglie di farlo.

Dunque, ancora una volta, la teoria di Montanari è dimostrata: “Il senso della parità ontologica è racchiuso in questo articolarsi e comporsi del gioco umano del *confine*. La sua traduzione pratica, in termini culturali, storici, interpersonali, sociali, politici ha sempre costituito il

banco di prova della qualità delle azioni umane sul piano delle dicotomie
esistenziali: bene/male, giusto/ingiusto.”⁵⁵

⁵⁵ Ivi, p. 202

3. La mediazione e la tragedia greca

Il conflitto accompagna da sempre l'esistenza di ogni uomo mosso da bisogni essenziali e desideri incontenibili: "Siamo spesso poco coscienti della forza dei nostri desideri, i quali agiscono su di noi come i fili che muovono le marionette."⁵⁶

Il conflitto nasce dall'incontro di bisogni e desideri contrastanti che appaiono, a coloro a cui appartengono, di vitale importanza.

L'unico modo per uscire fuori dal conflitto sembra essere la sconfitta della parte avversa. I contendenti si percepiscono presto nemici e distolgono lo sguardo dall'oggetto del desiderio per rivolgerlo al rivale. Lottano non tanto per ottenere ciò che agognano ma per eliminare il *cattivo*.

Nel conflitto le parti oscillano tra un "ordine" passato e un nuovo "disordine", divisi da una netta linea di "confine" che, invalicabile, le lascia sprofondare in un caos senza ritorno.

Paura, confusione, instabilità provocano sofferenza e violenza, vissute senza essere riconosciute. La responsabilità degli errori commessi viene, così, proiettata sull'altro e il conflitto percepito come inevitabile. La rinuncia alle potenzialità di trasformazione in esso sottese inchioda al caos.

La sofferenza genera una violenza tanto contagiosa da provocare rapidamente il susseguirsi di azioni tese ad ottenere vendetta. E così di seguito senza sosta.

Laddove l'intervento della giustizia sulla violenza è finalizzato, attraverso l'imputazione della colpa, ad individuare la sanzione idonea a ristabilire l'ordine, la mediazione, invece, accoglie il disordine, di cui il

⁵⁶ J. Morineau, *Lo spirito della mediazione*, Franco Angeli, Milano, 2007, p. 28

conflitto è la manifestazione più rappresentativa, e ricostruisce ogni momento del dramma rispettandone i tempi e gli spazi. Sulla scena della mediazione gli attori rivivono le loro sofferenze, le accolgono per poi trascenderle.

Per comprendere al meglio la dimensione tragica del conflitto, la sociologa Jacqueline Morineau, ispiratrice della mediazione c.d. umanistica, propone una suggestiva interpretazione dello stesso attraverso il senso e la struttura della tragedia greca .

La tragedia, osserva Montanari, “è un documento intellettuale che ci consegna la problematicità della visione del mondo e dell’esistenza umana elaborate dal pensiero greco.”⁵⁷

Per gli antichi il significato dello stare al mondo è racchiuso nel Logos, oscuro ed enigmatico, di cui bisogna cogliere il messaggio attraverso l’ascolto e l’interpretazione: *gnothi se auton*. Combattuto, tra il mutevole ordine mondano e l’immutabile ordine cosmologico, l’uomo greco ricerca la sua essenza.

Emblematica è la tragedia sofoclea dell’Antigone.

Il problema esistenziale, intorno a cui ruota la tragedia, è “il rapporto tra la polis e la posizione, la funzione, il compito che il singolo si trova ad assolvere al suo interno per un disegno imperscrutabile che lo supera. A partire da qui si apre il problema di una ‘comprensione sapienziale’ della effettiva gerarchia di significato, sul piano cosmologico, che esiste tra i diversi livelli nei quali l’uomo si trova agire e a prendere decisioni.

Quale la gerarchia, dunque, tra il ruolo del cittadino e altri diversi livelli, primi fra tutti, la famiglia e le Leggi antiche della Città, il *Nomos*.

⁵⁷ B. Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Giappichelli, Torino, 2012, *Libertà, responsabilità, legge*, p.182

Da qui il problema del rapporto, che può essere contraddittorio, tra il contenuto specifico di un decreto, come atto di governo della polis, che lo stesso *Nomos* fondativo della città impone di rispettare, con il *Nomos* nella sua essenza. Ogni livello ha un suo significato ed un suo ‘peso’: la loro relazione può esporre l’uomo ad una perenne possibile antinomia.”⁵⁸

Rappresentano questa antinomia i personaggi tragici di Antigone e Creonte che, scegliendo, osservano e violano al contempo il *Nomos*.

La tragicità dell’esistenza consiste nella condizione di ambiguità enigmatica in cui versa ogni uomo, trasceso da un ordine superiore che non riesce a comprendere appieno. Il confronto antinomico tra Antigone e Creonte è la drammatizzazione del rapporto tra l’uomo e il *Nomos*; tra la decisione libera di ogni individuo e il senso che essa assume nell’ordine in cui sono entrambi collocati, quello del *Nomos* e quello del mondo, ma in cui ciascuno svolge un proprio ruolo sociale, politico ed esistenziale che va saputo interpretare.

Nella tragedia si celebra, dunque, la sofferenza dell’uomo dinanzi alla sua condizione mortale, ambigua, poiché perennemente sospesa tra la libertà della scelta e il rischio del fallimento epistemico dovuto ad un fatale errore di interpretazione.

Secondo Jacqueline Morineau la mediazione svolge un ruolo molto simile a quello della tragedia, giacché entrambe danno voce alla profonda crisi politico-giuridica, sociale ed esistenziale del tempo in cui si collocano.

Così, se la tragedia segna il passaggio dall’ordine imposto dagli dei all’ordine imposto dagli uomini, allo stesso modo, la mediazione segna il passaggio dall’ordine imposto dagli uomini a un nuovo ordine, c.d. negoziato: “In entrambi i casi, nell’Atene del V secolo e nell’Occidente

⁵⁸ Ivi, p. 183

attuale, il passaggio da un ordine a un altro è l'espressione della necessità di liberarsi da istanze di dominio e di restituire all'uomo la responsabilità dei propri atti.

L'avvento del diritto e l'istituzione dei tribunali della città permettevano agli Ateniesi di stabilire la nozione di crimine, ossia di responsabilità, una nozione prima impensabile, poiché la colpa era considerata sempre esterna al soggetto, una vera e propria macchia inviata dagli dei.⁵⁹

La tragedia, dunque, mette in scena il dramma della scelta individuale, dalle inevitabili conseguenze, tra la legge degli uomini e la legge degli dei. La tragedia greca è un "dilemma di giustizia [...] Antigone, dunque ci mette in guardia sulla tragicità –in senso proprio- del problema della giustizia."⁶⁰ La tragedia è la rappresentazione della tragica colpevolezza.

Nella modernità la responsabilità della scelta è l'elemento essenziale su cui si fonda la giustizia che, regolata da leggi eteronome poste dall'alto, vincola la sanzione alla colpa, così, giudicata, punita e demonizzata. Proprio come accadeva nella tragedia greca. E come per gli antichi - attraverso le parole di Emone che rivolgendosi a Creonte dice:

Non portare in te soltanto questa idea, che è giusto quello che dici tu, e nient'altro. Chiunque pensa di essere saggio lui soltanto, o di avere lingua o mente quale nessun altro, quando lo apri, si vede che è vuoto [...] Non esiste la città che è di un solo uomo [...] Tu regneresti bene da solo su una terra deserta.⁶¹

⁵⁹ J. Morineau, cit., p. 65

⁶⁰ B.Montanari (a cura di), cit., G. Magri, *Giustizia*, p. 72

⁶¹ Sofocle, *Antigone*, Mondadori, Milano, 1982, p. 305,307

-anche per gli uomini di oggi :“se la giustizia è la virtù dei rapporti, essa finisce paradossalmente per negarsi quando, assolutizzata, contempla solo se stessa e distoglie lo sguardo dalla sostanza del rapporto che deve ordinare; chi concepisce un ideale di giustizia siffatto non si accorge che, per realizzarlo in un’astratta perfezione, rischia di annientare le persone che formano il rapporto e in esso vivono.”⁶²

La mediazione, quale risposta al bisogno di autonomia dalle leggi imposte, lungi dall’essere una nuova forma di giustizia, si presenta piuttosto come il superamento di ogni forma di giudizio, morale o giuridico, attraverso la ricerca del confronto e la dissoluzione del conflitto.

Durante la mediazione le parti sono bloccate all’interno del conflitto, imprigionate nella disperazione causata dal senso di colpa.

A differenza della giustizia, la mediazione non punta sui fatti ma da voce a parole mai dette.

La mediazione, come la tragedia, può essere suddivisa in tre fasi: teoria, *krisis*, catarsi.

Prima fase: la teoria.

E’ il tempo dell’espressione e dell’ascolto reciproco, in cui viene inferto al conflitto un duro colpo attraverso la ripresa del dialogo, da tempo interrotto.

Ciascuna delle parti può finalmente ascoltare l’altra versione del conflitto.

Al termine di questo scambio, il mediatore ripropone i racconti fatti dalle parti in maniera oggettiva e imparziale, per poter meglio identificare i termini del conflitto.

⁶² G. Magri, cit., p. 72

Allo stesso modo, nella tragedia, il corifeo e il coro, che rappresentano il popolo, riprendono, da un punto di vista esterno, ciò che è stato detto dagli attori e li interrogano facendo emergere in loro sentimenti sommersi, e taciuti persino a se stessi, al fine di allontanarli dall'azione. La tragica dualità tra eroe e azione, che ne consegue, riflette l'ambiguità che caratterizza il conflitto e che compare anche durante la mediazione.

Seconda fase: la *krisis*.

L'esposizione del vissuto di ciascuno degli attori, mettendo a confronto posizioni opposte e contraddittorie, provoca forti reazioni attraverso cui si esprime la sofferenza del dilemma. Questo confronto è la *krisis*: "E' il grido dell'uno che fa eco a quello dell'altro [...] La *krisis* si colloca al centro dell'azione tragica, e dev'essere contenuta in un'unità di tempo, di luogo, d'azione per poter essere controllata."⁶³

I mediatori, come specchi, riflettono ciò che viene espresso dalle parti e, interpretando il ruolo di coreuti, inducono gli attori ad interrogarsi e riflettere sul senso del conflitto. La dualità tra coreuti ed attori permette a questi ultimi di riconoscere il loro conflitto interiore, il caos creato dall'ambiguo rapporto tra le forze da cui sono ineluttabilmente dominati e quelle che riescono a dominare.

Il gioco di specchi e riflessi favorisce l'evoluzione dei protagonisti e la trasformazione del loro comportamento insieme a una nuova e reciproca percezione dell'altro, che conducono all'ultima fase, la catarsi.

⁶³J. Morineau, cit., p. 68

Terza fase: la catarsi.

Nella *krisis*, l'accoglimento della sofferenza fa sì che essa venga superata e si trasformi in un "agente purificatore."⁶⁴

Nell'ultima scena della tragedia *Ifigenia in Aulide*, la protagonista si ribella contro la decisione del padre che vuole sacrificarla ad Artemide, urlando la propria sofferenza. Ma quando Agamennone grida alla disgrazia dei Greci che, a causa di condizioni climatiche avverse, non possono raggiungere Troia per vendicare il loro onore, allora Ifigenia, in un rovesciamento drammatico, è capace di superare la propria sofferenza e comprendere quella del padre, costretto a sacrificare la figlia per salvare l'onore della Grecia. Ifigenia riesce, così, ad accettare il sacrificio richiesto e a percepirne la sacralità :

Padre mio, sono pronta. Offro con gioia la mia vita alla patria e a tutta la Grecia. Portatemi all'altare e sacrificatemi, come vuole l'oracolo. Non siate infelici a causa di questo: prendetelo come un pegno di vittoria, e tornate trionfanti in patria. Nessuno mi tocchi: offrirò la gola in silenzio e con coraggio."⁶⁵

La sofferenza di Ifigenia trascende se stessa e si congiunge a quella del padre.

Nella mediazione si riscontra il medesimo processo evolutivo. Jacqueline Morineau riferisce di una mediazione effettuata a Parigi riguardo ad una aggressione violenta da parte di un uomo nato in Camerun, abbandonato dai figli e dalla moglie, nei confronti dell'amante di quest'ultima. L'aggressore sostiene di essere stato tradito da colui che ha accolto in casa perché compatriota, e giustifica i pugni dati come dovuti. L'amante sostiene, invece, che il matrimonio dell' "amico" era già

⁶⁴ Ivi, p. 69

⁶⁵ Euripide, *Ifigenia in Aulide*, Einaudi, Torino, 1955, p. 80

finito, e per di più a causa di quest'ultimo, e che pertanto i pugni e le lesioni non possono essere in alcun modo giustificati. Ritiene sia, dunque, "giusto" chiedere 3.500 franchi di risarcimento. Il marito, disoccupato, minimizza il fatto mentre l'amante esige la riparazione minacciando il ricorso alle vie legali. Nessuno dei due vuole sentir ragione e la situazione resta bloccata finché il marito cede alla richiesta di risarcimento e propone una rateizzazione. Ed è qui che l'amante inizia a riflettere e finisce per abbandonare ogni richiesta di riparazione.

A prima vista la tragedia e il caso oggetto della mediazione sembrerebbero non avere in comune alcunché, ma in realtà, sottolinea Jacqueline Morineau, riproducono lo stesso schema:

A. Teoria: ciascun attore esprime il proprio punto di vista, Ifigenia e Agamennone nella tragedia, il marito e l'amante nella mediazione.

B. *Krisis*: le sofferenze a confronto determinano:

- presa di coscienza da parte di Ifigenia della necessaria scelta di Agamennone;

- presa di coscienza da parte del marito del ruolo dell'amante, non un "rovina famiglie";

- riconoscimento da parte di Ifigenia della sofferenza del padre e da parte dell'amante delle condizioni disperate del marito e della sua ammissione di colpa.

C. Catarsi: passaggio dalla contemplazione dell'interesse personale, di Ifigenia, proteggere la propria vita, e dell'amante, vendicarsi e ottenere il risarcimento pari a 3.500 franchi, alla comprensione dell'interesse dell'altro. Ifigenia ha potuto accogliere la sofferenza di Agamennone e superare la propria, e così l'amante ha potuto accogliere le ragioni del marito trascendendo così la sua stessa sofferenza.

L'effetto catartico del riconoscimento, da parte del marito, del danno subito dall'amante, ha permesso a quest'ultimo di superare la propria sofferenza e di vedere nel marito non il proprio aggressore ma un uomo con tutte le sue debolezze. Abbandonando ogni desiderio di vendetta l'amante ha mostrato la sua generosità, e in virtù del suo comportamento è cambiato anche quello del marito che non ha più visto in lui il traditore ma un uomo retto.

Ifigenia e l'amante sono pervenuti, attraverso questo processo evolutivo, ad una percezione superiore di se stessi. Ifigenia, accettando il proprio sacrificio, è divenuta sacra, l'amante, rifiutando il risarcimento richiesto, si è trasformato in un eroe. L'uno e l'altra fanno ciò che è necessario per superare lo stallo in cui versano.

5. La scelta tragica

L'eroe della tragedia greca si trova sempre dinanzi ad una scelta "tragica" che, seppur apparentemente libera, è in realtà influenzata da forze superiori che il protagonista non può contrastare, ancora la Morineau: "Il centro dell'azione libera è costituito proprio da questo spazio di libera scelta all'interno di una decisione necessaria."⁶⁶

Il termine *ananke*, insieme a *kratos* e *archè*, dominava il mondo antico col suo significato di "forza operante sui destini umani"⁶⁷, come scrive Montanari. Comunemente tradotta "necessità", l'*ananke* indica una realtà a cui l'uomo non riesce a sottrarsi. Il protagonista agisce e subisce al tempo stesso.

Quando Edipo uccide il padre e sposa la madre, senza sapere che Laio e Giocasta erano i suoi genitori, non fa altro che compiere il proprio destino, già tracciato prima che nascesse. Ha abbandonato quella che credeva fosse la sua famiglia e ha scelto l'esilio, andando incontro, inconsapevolmente, al destino dal quale era in fuga:

Apollo, amici, Apollo fu l'Iddio che forgiò le mie colpe senza nome, le sofferte mie pene. Né mi ferì la mano di nessuno, ma la mia triste audacia.⁶⁸

Le giuste risposte alle domande poste dalla Sfinge permettono a Edipo di liberare Tebe, di essere proclamato re e sposare la regina. Crede di essere sfuggito alla maledizione che incombe su di lui ma invece la realizza. Saputa la "tragica" verità e appresa la morte della moglie, in

⁶⁶ J. Morineau, cit., p. 84

⁶⁷ B. Montanari, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2013, cit., p. 72

⁶⁸ Sofocle, *Edipo Re*, in *Opere*, Einaudi, Torino, 1966, p. 1840

realtà sua madre, Giocasta, si trafigge gli occhi e si allontana, esiliato oltre le mura della città. Edipo sceglie liberamente di diventare cieco, accoglie le tenebre nella certezza di trovare la pace.

Accompagnato dalle figlie Antigone e Ismene, giunge a Colono dove, accettato il suo tragico destino, è pronto a morire. Quella di Edipo è la storia delle oscillazioni e dei capovolgimenti: “Edipo passa dalla più grande fortuna alla distruzione più completa. Da giustiziere diviene l’assassino di Laio, un criminale. Da oppressore, oppresso. Da cieco, mentre possedeva la vista, a capace di vedere, quando ne avrà perso l’uso.[...] Edipo è il paradigma dell’uomo doppio, dell’enigmaticità dell’uomo.”⁶⁹

Nella mediazione, durante la *krisis*, i protagonisti intraprendono un cammino evolutivo che li conduce alla catarsi, cioè, alla trasformazione e alla purificazione.

L’uomo incontra il mistero, della nascita, della vita, della morte. Ineluttabilmente spinto verso l’ignoto, l’uomo si barriera dietro certezze e opinioni volte a dissimulare la paura di ciò che gli è oscuro. Paura che nessun uomo accetta di riconoscere. Aprirsi al mistero significa aprirsi all’altro. Ignorare il mistero, nell’illusione di possedere certezze, equivale ad allontanarsi dagli altri e da se stessi.

“Evitando il mistero abbiamo coltivato l’opacità al posto della luce la quale può nascere soltanto dal riconoscimento dell’opacità. Accettare l’azione tragica, significa accettare di tracciare il nostro cammino di luce nella profondità delle nostre ombre. Significa accettare un cammino di domande, che appartengono a tutti noi, per ritrovare il senso della vita e della morte.[...] La finalità della tragedia e della mediazione è unicamente quella di preparare a vivere e a morire, insegnando a superare

⁶⁹ J. Morineau, cit., p. 87

tutti quegli ostacoli che in sé sono delle brevi morti che ci permettono di rinascere.”⁷⁰

L'uomo oscilla tra l'ammissione della colpa e l'incapacità di riconoscerla, tra la sottomissione necessaria alle forze sovrumane e l'ignoranza del mistero.

Attraverso le domande ci si apre al mistero, si incontra l'altro, si abbandonano i giudizi su ciò che è buono o cattivo, giusto o ingiusto. Le domande permettono allo uomo di riconoscere la sua ambiguità, la sua impotenza, ma anche la sua responsabilità. Fondamentale nella tragedia come nella mediazione è il riconoscimento della propria colpa e di ciò che ne consegue.

Agamennone sacrifica Ifigenia perché richiestogli da Artemide al fine di ottenere vento favorevole per raggiungere Troia, ma anche perché mosso dall'irrefrenabile desiderio di sconfiggere i troiani alla testa del proprio esercito. Una duplice intenzione, dunque, la volontà degli dei e la brama di potere. Un'oscillazione tra atto puro e atto impuro.

Nella mediazione ciascuno degli attori vuole affermare la propria volontà, certo delle proprie ragioni. Il mediatore ha il compito di favorire il confronto di ognuno con la sua parte oscura, così da riconoscerla e illuminarla: “L'immagine che abbiamo di noi stessi può, dunque, subire un brusco rovesciamento. Un giorno siamo eroi, l'altro criminali. Non possiamo più aggrapparci all'una o all'altra. L'idea di poter controllare noi stessi e il nostro destino è del tutto illusoria: ogni situazione di conflitto è la riprova che abbiamo fatto l'esatto contrario di ciò che desideravamo fare.”⁷¹

⁷⁰ Ivi, p. 91

⁷¹ Ivi, p. 96

5. La mediazione e il rito sacrificale

Solo attraverso la catarsi e l'espulsione del male si può giungere alla purificazione. Ma prima che ciò accada l'obiettivo di ciascuno è distruggere l'altro per salvarsi.

E' un duello continuo in cui ciascuno, a turno, ha la meglio sull'altro, mostrando il lato oscuro di sé che riesce a scorgere solo nell'avversario. Come nel caso, riportato da Jacqueline Morineau, in cui padre e figlio si accusano reciprocamente di essere criminali, giacché avevano cercato di uccidersi col pensiero, con le parole e anche con le mani. Non riescono a reggere lo sguardo l'uno dell'altro poiché ciascuno, specchiandosi nell'altro, riesce a scorgere tutto il male che è in sé.

Nelle cerimonie rituali a questo punto i partecipanti, prima del sacrificio, indossano la maschera che permette loro di sdoppiarsi. Così l'altro io elimina l'io malvagio attraverso l'uccisione dell'animale, poiché solo il sacrificio della vittima espiatoria permette agli antagonisti di superare la violenza reciproca e trasformarla in violenza condivisa.

La sociologa, dimostra come la mediazione possa sostituire il rituale della vittima espiatoria e favorire un percorso di pace.

Nel rito sacrificale, la vittima non può essere parte del conflitto giacché, in tal caso, il ciclo della violenza reciproca non si interromperebbe, mentre la sua estraneità le permette di accogliere e rappresentare il male perpetrato e di incarnare, dunque, la responsabilità della crisi. I ruoli si invertono: i persecutori divengono i perseguitati e la vittima innocente diviene un coacervo di potenze malefiche, su cui gli antagonisti proiettano il loro male. Trasferiti i ruoli, la vittima dev'essere punita per tutto il male provocato e la punizione non può che essere esemplare. Così viene riportato l'ordine.

Analizzando le varie fasi della mediazione si trovano numerose analogie con il rito sacrificale. Innanzitutto il mediatore, come la vittima sacrificale, è un terzo esterno al conflitto a cui si ricorre quando il conflitto non è più gestibile e i protagonisti sono prigionieri in una spirale di violenza senza via d'uscita.

Il mediatore svolge la stessa funzione della vittima espiatoria: ristabilisce l'ordine e si colloca nel punto in cui convergono la necessità di intervenire nella crisi e di prenderne le distanze allo stesso tempo. Se la vittima diventa il ricettacolo della sofferenza e della violenza dei contendenti, il mediatore, invece, accoglie il male che c'è in loro permettendogli di esprimersi e manifestarsi, lo riflette senza appropriarsene. Questo processo facilita l'evoluzione delle parti che acquisiscono una nuova conoscenza di sé e si liberano dal male: "Le varie tappe della mediazione sono, dunque, strettamente legate a quelle del rito sacrificale: accoglimento, accettazione, espressione, trasformazione del male. E tutto ciò, per quanto a un livello diverso, avviene in uno scambio permanente con il mediatore o con la vittima sacrificale. Il mediatore è essenzialmente un catalizzatore, un agente di trasformazione. Accoglie l'impuro, le accuse, tutta la sofferenza del mondo, ma poi se ne distacca per rinviarla ai suoi autori in una nuova prospettiva, dando così luogo ad una vera e propria alchimia: la chiarezza gettata sulle tenebre creerà un gioco di luci e ombre.[...] Si comincerà a estirpare la menzogna, rispetto agli altri ma soprattutto rispetto a se stessi, alla grande illusione che ognuno di noi si è creato.[...] Così, proprio come la vittima nel rituale sacrificale, il mediatore svolgerà il ruolo di ricettacolo delle forze malefiche, ma con ruolo diverso, vaso comunicante."⁷²

⁷² Ivi, p. 105

Il mediatore, diversamente dalla vittima, non diviene il responsabile della crisi, non si trasforma nel persecutore, ma genera tra i mediati uno scambio continuo di ruoli: ciascuno dei protagonisti è ora il perseguito ora il persecutore. Il male oscilla tra gli antagonisti in un incessante andirivieni, e saranno loro, e non il mediatore, attraverso la catarsi, a liberarsi dal male e rinascere, ricostruendo se stessi e il loro rapporto.

La mediazione, seppure riprende molti aspetti del rito sacrificale, non contempla il ruolo della vittima espiatoria, o meglio, saranno gli stessi antagonisti ad assumerne il ruolo: “Ognuno diviene il capro espiatorio dell’altro all’interno del continuo scambio tra persecutore e perseguitato. Entrambi sono reciprocamente detentori del male [...] Si trovano al centro dell’azione, al contrario della vittima sacrificale la quale era di fatto sottomessa a un’istanza superiore. Sono loro gli agenti – non sottomessi da alcuno- della trasformazione del male. Accettano di morire per rinascere. Ognuno si libera del proprio doppio mostruoso per ritrovare la propria unità [...] Sono gli agenti della trasformazione e i responsabili della loro propria uscita dalle tenebre.”⁷³

Nella mediazione non ci sono né buoni né cattivi, ognuno è buono e cattivo al tempo stesso. La mediazione permette il superamento di qualunque giudizio morale buono/cattivo, giusto/ingiusto.

⁷³ Ivi, p. 106

6. La mediazione, rito di trasformazione: Giobbe.

Come per la tragedia greca, anche nella storia biblica di Giobbe, lungo il fluire della stessa, si riconoscono le fasi salienti del procedimento di mediazione.

Il termine *ananke* dalla tragedia greca si spinge fino alla Bibbia, in cui la forza a cui l'uomo soggiace adesso è Dio "All'uomo-*"creatura"* non resta che *sapere accettare la Sua volontà*. Se una tale accettazione viene meno, allora, l'*ananke* può essere intesa come la punizione che l'uomo non può non subire, poiché egli ha violato il rapporto col suo Creatore [...] "Sia fatta la tua volontà" è la dichiarazione dell'uomo, stremato e dolente, di fronte all'incomprensibilità delle afflizioni che la vita gli prospetta [...] Il protagonista è solo l'uomo e l'uomo rimasto solo."⁷⁴

Giobbe ne è l'emblema. Uomo giusto e virtuoso, "integro", "retto", "alieno dal male", sperimenta su di sé l'onnipotenza di Dio e ad essa si ribella. La ribellione di Giobbe è il frutto dell'ignoranza del mistero di Dio e della sua opera. La consapevolezza del mistero permette a Giobbe di affrontare l'apparente ingiustizia del dolore inflittogli e di ottenere da Dio riscatto e premio: "La vicenda di Giobbe ha il suo centro epistemico proprio nell'idea di ignoranza: ciò che la mente umana non può misurare non può che essere, da questa, "ignorato". Qui si radicano, per la mente umana, il *mistero* e l'*onnipotenza* di Dio"⁷⁵.

Questo, come si è visto nelle pagine precedenti, è ciò che accade ai protagonisti delle mediazioni che, per dissimulare la paura e l'ignoranza di Ciò che li sovrasta, decidono di rifiutarlo. L'uomo occulta il mistero.

⁷⁴ B.Montanari, *La fragilità del potere*, cit. p. 74,75

⁷⁵ Ivi, p. 77

Non vuole vedere, non vuole sentire. Aprirsi al mistero è aprirsi all'altro, al *totalmente altro*. Evitare il mistero è vivere nell'opacità.

Gli amici di Giobbe puntano il dito contro la sua ignoranza relativa non tanto al mistero di Dio quanto alle azioni compiute dallo stesso Giobbe: "Il senso del rimprovero di Elifaz è chiaro: se Dio ti punisce vuol dire che un peccato, tu Giobbe, lo hai commesso; un peccato che tu non conosci, ma che Dio può a ragione punire."⁷⁶

Elifaz si fa latore della dottrina della retribuzione che però non trova spazio così nel rapporto tra Giobbe e Dio come nella mediazione.

Giobbe è disperato. Privato dei suoi averi e dei suoi figli, colpito dalla sofferenza della malattia, incompreso dalla moglie e dagli amici, Giobbe sente di essere stato abbandonato da Dio. Non comprende il motivo di tanto dolore.

Infastidito dall'arroganza di Giobbe, Elihu afferma che Dio è giusto, ingabbiando, così, nelle categorie della ragione umana la "*totale alterità del mistero*".⁷⁷

Lui, che sostiene di conoscere la potenza di Dio e la sua giustizia, ritiene di poter dichiarare Giobbe colpevole e di invocare il giudizio divino.

Così Elihu, che accusa Giobbe di ignorare i propri peccati, dimostra di ignorare il mistero di Dio. Proprio lui, che accusa Giobbe di tracotanza e vanità, si macchia della stessa colpa.

E questo ciò che accade nella mediazione: il male che ciascuno scorge nell'altro è il male che nessuno riconosce in se stesso, è il male da cui ogni uomo tenta di sfuggire riflettendolo sull'altro. Così come nella

⁷⁶ Ivi, p. 77

⁷⁷ Ivi, p. 79

mediazione, Elihu e Giacobbe rappresentano contemporaneamente il giusto e l'ingiusto, il puro e l'impuro.

Gli amici di Giobbe e Giobbe stesso si arenano sulle loro posizioni iniziali. Certi di avere ragione non fanno nessun passo l'uno verso l'altro. E' la prima fase della mediazione, la teoria.

Interviene, dunque, Dio e con le Sue parole trasforma la ribellione di Giobbe "incomprensibile agli amici, nella verità dello smarrimento umano dinanzi all'assoluta insondabilità della volontà di Dio."⁷⁸ La parola di Dio si abbatte sugli uomini come una bufera, scrive Montanari, e come una bufera, infatti, è indecifrabile e incomprensibile a ogni capacità umana: "Le sue parole sono il sigillo posto alla superbia e vanità di quegli uomini, come Elihu e gli altri amici di Giobbe, che credono di sapere così tanto del Padre, da poterne quasi tutelare il nome."⁷⁹

Chi è costui che intorbida i miei consigli con parole prive di senno? (38,2)

Dio risponde alla ribellione di Giobbe senza dare alcuna spiegazione ma ponendogli delle domande volte a fargli riconoscere la sua ignoranza.

Cingi qual prode i tuoi lombi; io ti interrogherò e tu mi instruirai! Ov'eri tu, quando io fondavo la terra? Parla, se possiedi intelligenza." (38,3-4)

Le domande del mediatore sono tese ad indurre nel protagonista una dolorosa crisi in fondo alla quale è possibile intravedere l'occasione di una rinascita.

⁷⁸ Ivi, p. 80

⁷⁹ Ivi, p. 80

Accogliere le domande significa cercare la luce nella profondità delle tenebre; percorrere un cammino di fede, in cui più si è raggiunti dalla luce e più si è accompagnati dalle tenebre, tragica metafora dell'esperienza del limite.

Giobbe, attonito, di fronte alla potenza di Dio, resta in silenzio.

Qual è la strada al soggiorno della luce, e le tenebre dove risiedono, onde tu sappia ricondurle nei loro domini, e poi rimetterle sui sentieri di casa loro? (38, 19-20)

Consapevole d'aver peccato di d'audacia e di insolenza, Giobbe, crolla, annichilito.

Ecco, meschino son io: che cosa potrei replicare? Mi pongo la mano sulla bocca! Una volta ho parlato, ma non ricomincerò, due volte, ma non continuerò!" (40,4-5)

"Giobbe riconosce di essere "polvere e cenere" di fronte alla grandezza del *Totamente altro*: nessun ponte umano può raggiungerLo. Il confine della finitudine non può essere superato. Qui è la verità della sapienza, che riscatta Giobbe dinanzi a Dio."⁸⁰

Giobbe, pur nella consapevolezza di una distanza incolmabile, avverte la presenza Dio vicino a sé, ode le Sue parole, Lo incontra, ne riconosce la grandezza.

L'incontro col mistero può avvenire soltanto attraverso le domande, accoglierle significa riconoscere che non c'è risposta.

⁸⁰ Ivi, p. 81

Riconosco che tutto puoi, né impossibile è a te alcun progetto. Chi può denigrare il tuo consiglio con la sua ignoranza? Così ho parlato, senza discernimento, di cose troppo mirabili per me, senza che le capissi. (42, 2-3)

Per udito avevo saputo di te, ma ora l'occhio mio ti ha visto, perciò io mi ritratto, e faccio penitenza in polvere e cenere. (42, 5-6)

Dio ha vinto, ma Giobbe non ha perso. Accettando la sofferenza, la supera. Accettando l'onnipotenza del *totalmente altro*, riconosce la propria finitudine e, dunque, la propria fallacia, così, perdonandosi, rinasce.

Attraverso la sofferenza Dio interviene nella vita di Giobbe purificandolo, prima, e aprendo per lui un cammino di pace e salvezza, poi.

La storia di Giacobbe è la storia di una trasformazione, proprio come la mediazione.

E come la mediazione, è la vittoria della verità sulla menzogna, della luce sul buio, della vita sulla morte.

III. La mediazione nel quadro normativo nazionale ed europeo

1. Le ADR in Europa.

ADR è l'acronimo che sta per *Alternative Dispute Resolution* cioè sistemi di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione che consentono alle parti di pervenire ad una soluzione della lite idonea a soddisfare i contrapposti interessi in questione, evitando il ricorso all'azione giudiziaria. Fuori dai Palazzi di Giustizia tali procedure rendono possibile una soluzione veloce, economica e ottimale. Nell'ordinamento dell'Unione Europea e dei singoli Stati membri le ADR, importate dagli Stati Uniti, acquistano sempre maggiore rilievo guadagnando uno spazio via via più ampio.

Durante gli anni settanta in America l'impiego delle ADR nella fase preliminare del procedimento giurisdizionale era favorito dalla urgenza di ridurre la mole di lavoro, le spese e i tempi delle *Courts*. A tal fine nel 1990 il Congresso degli Stati Uniti ha riformato il sistema della giustizia civile attraverso l'approvazione del *Civil Justice Reform Act* (CJRA), che tra i vari strumenti giuridici prospetta e incoraggia il ricorso alle suddette procedure ADR quali metodi endoprocessuali collocati nella fase preliminare del procedimento giurisdizionale dinanzi alle Corti Federali. Qualora il tentativo di conciliazione esperito dal giudice preposto o da un soggetto terzo non togato non desse i frutti sperati, il conflitto verrebbe definito in via non giurisdizionale⁸¹.

In Europa, invece, è stato favorito l'uso di ADR private o extraprocessuali svolte da soggetti privati, a tutela dei cittadini europei, in relazione alle materie in cui la procedura giurisdizionale risulta non

⁸¹ M. Corradino- S. Sticchi Damiani (a cura di), *ADR e mediazione*, G. Giappichelli Editore, 2012, p. XIV

appropriata e cioè prevalentemente in caso di controversie transfrontaliere in tema di tutela del consumatore (commercio e pubblica amministrazione). Tuttavia la celerità e i costi ridotti ne fanno un metodo capace di garantire risoluzioni soddisfacenti in controversie aventi ad oggetto qualsiasi materia. Da qui la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 in virtù della quale la mediazione è stata prevista quale strumento risolutivo di controversie transfrontaliere afferenti all'intera materia civile e commerciale, giacché la crescente complessità dei rapporti nell'ordinamento comunitario genera nuove necessità di tutela determinate dall'apparizione di soggetti sempre diversi e dalle rispettive differenti controversie.

Che la mediazione sia lo strumento più adatto a definire conflitti transfrontalieri lo si desume dai costi notevolmente elevati dei procedimenti giurisdizionali di cui tali conflitti sono oggetto. Ed è proprio a causa dei predetti costi che queste controversie rischierebbero di restare irrisolte se non intervenisse a loro tutela l'unico metodo appropriato, la mediazione. Pertanto i metodi ADR nell'Unione Europea non assumono una mera funzione deflattiva dell'ingente carico di lavoro dei tribunali nazionali e sovranazionali ma offrono piuttosto una protezione spesso più efficace degli strumenti giurisdizionali ordinari. Per tale ragione, dunque, e per assicurare lo sviluppo del commercio nell'Unione, le ADR sono oramai un'urgente priorità delle istituzioni politiche europee⁸².

I vari strumenti di risoluzione alternativa al tradizionale metodo giudiziale, fondati su “un principio di libertà e di necessaria

⁸²Così la Commissione Europea nel *Libro Verde* del 19 aprile 2002 su “*Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale*”

flessibilità”⁸³, presentano caratteristiche peculiari differenti che ne permettono un’applicazione appropriata ai diversi tipi di conflitti da dirimere. Il successo riscosso nei singoli Stati membri dell’Unione è strettamente legato al contesto sociale, giuridico e culturale di riferimento, pertanto diventa difficile definire i metodi extragiudiziali di risoluzione delle controversie facendo ricorso ad una nozione unica e definitiva.

⁸³ M. Corradino- S. Sticchi Damiani (a cura di), *ADR e mediazione*, G. Giappichelli Editore, 2012, U. De Luca, *La nozione “europea” di ADR*, p. 2,3.

1.1. Le ADR nel quadro normativo europeo

In ambito comunitario l'intervento più lontano nel tempo, in materia di ADR, è rappresentato dalla promulgazione del Libro Verde della Commissione del 16 novembre 1993, dal titolo "L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato Unico", primo tentativo di ricognizione sulle procedure stragiudiziali vigenti negli Stati membri e sulla possibile applicazione delle stesse alle controversie transfrontaliere.

Di seguito la disciplina viene definita da due raccomandazioni della Commissione europea⁸⁴ che oltre ad incoraggiare il ricorso ai

⁸⁴ Le *Alternative Dispute Resolution* si distinguono in due grandi gruppi. Infatti se la Raccomandazione della commissione 98/257/CE prima e la raccomandazione 2001/310/CE in seguito hanno tratteggiato le linee direttrici in materia di ADR cosiddette "extraprocessuali" o "private", è doveroso fare riferimento all'esistenza di ADR cosiddette "endoprocessuali" o "pubbliche" inserite all'interno del processo giudiziario, seppure in una fase immediatamente precedente, e condotte dallo stesso giudice preposto. La controversia viene trattata parallelamente alla causa in giudizio con cui è strettamente connessa cosicché qualora le parti dovessero raggiungere un accordo in tale fase preliminare la trattazione della lite in tribunale si interromperebbe.

Le ADR extraprocessuali, disciplinate dalle Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE, si distinguono in aggiudicative e consensuali. Le due raccomandazioni disciplinano metodi extragiudiziali che risultano efficaci in quanto volontariamente attivati dalle parti allorché decidano di non ricorrere all'azione giudiziaria, nei casi in cui le controversie hanno un valore economico troppo più basso del costo di un'azione giudiziaria.

La Raccomandazione 98/257/CE disciplina specificatamente le ADR cosiddette "aggiudicative" o "determinative" cui si fa ricorso ogniqualvolta si voglia comporre una lite attraverso l'intervento di un terzo che "propone o impone" una soluzione e in cui non sono comprese, per espressa volontà della Commissione, le procedure che si limitano a ripristinare il dialogo al fine di condurre le parti ad un accordo comune. Il soggetto terzo, dotato di precisi requisiti professionali, decide proponendo o imponendo, se le parti lo abbiano preventivamente ed espressamente convenuto, una soluzione che, accettata e sottoscritta, evita l'azione giudiziaria.

La Raccomandazione 2001/310/CE, invece, regola le ADR "consensuali" o "facilitative" descritte come quelle procedure basate sull'intervento di un terzo che facilita, appunto, la composizione di una controversia aiutando le parti a incontrarsi e comunicare tra loro offrendo, in maniera informale, consigli sulle possibili soluzioni comuni.

Entrambe le Raccomandazioni prevedono eguali vantaggi a favore dei fruitori delle modalità disciplinate: la rapidità dei tempi di risoluzione; l'esiguità dei costi; la flessibilità delle procedure adattabili alle richieste delle parti in lite; e soprattutto il diritto di queste ultime di abbandonare il procedimento stragiudiziale per aderire ad altri strumenti extragiudiziali oppure di scegliere l'azione giudiziaria ordinaria, a meno che non si dichiarino consapevolmente ed esplicitamente di rinunciare a tale diritto fin dal momento in cui nasce il conflitto.

Le Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE si ispirano a principi fondamentali destinati ad essere rispettati dagli organismi di gestione delle ADR e tra cui solo alcuni sono comuni alle ADR “aggiudicative” e “conciliative”.

I principi comuni alle due categorie:

1) il principio di **indipendenza** e di **imparzialità** a cui deve rifarsi il soggetto terzo, sia esso monocratico o collegiale, che assiste le parti imponendo o proponendo una soluzione. L’organo, se monocratico, viene designato per la capacità, l’esperienza, la competenza e l’estraneità a situazioni d’interesse o di conflitto con una delle parti; se collegiale, invece, garantisce la propria indipendenza e imparzialità rappresentando al suo interno tutte le parti della controversia in egual misura⁸⁴ (è il caso dei conflitti tra lavoratori e datori di lavoro).

2) il principio di **trasparenza** in base al quale è doveroso, laddove richiesto, consegnare, a qualunque delle parti che eventualmente lo richieda, comunicazioni scritte riguardanti lo svolgimento della procedura; e ancora rendere nota la competenza del terzo per materia e valore, il regolamento dell’organismo a cui questi appartiene, i requisiti e i parametri del reclamo, i costi complessivi del procedimento, i tempi di svolgimento, le regole su cui si basa la procedura, il valore giuridico della decisione e cioè se abbia carattere vincolante per entrambe le parti o per nessuna, e le sanzioni applicabili qualora non si aderisca alla decisione che in quest’ultimo caso non rappresenta titolo esecutivo.

3) il principio del **contraddittorio** previsto espressamente nella Raccomandazione 98/257/CE e implicitamente nella Raccomandazione 2001/310/CE consiste nel diritto di ognuna delle parti in lite di esprimere le proprie opinioni e posizioni in merito alla stessa e di conoscere quelle altrui, comprese le dichiarazioni degli esperti.

4) il principio di **efficacia** attribuisce a ciascuna parte la facoltà di non dovere obbligatoriamente avvalersi del patrocinio di un rappresentante legale, oltre alla possibilità di sostenere spese molto basse se non addirittura nulle. Le parti in lite e il terzo sono obbligati ad agire in tempi ristretti al fine di presentare il reclamo oppure dar corso alla decisione proposta o imposta.

5) il principio di **rappresentanza** in base al quale le parti possono essere rappresentate da un terzo in ogni fase del procedimento *in fieri*.

Quanto ai principi contenuti nella Raccomandazione 98/257/CE e che riguardano, dunque, solo le ADR “aggiudicative” è opportuno sottolineare:

- 1) il principio di **legalità** che sancisce l’obbligo di ottemperare alle disposizioni imperative dettate da leggi vigenti nello Stato in cui ha sede l’organo. Ciononostante il soggetto terzo può comunque decidere rifacendosi a principi di equità o a codici di condotta non senza una motivazione adeguata e previamente comunicata alle parti.
- 2) Il principio di **libertà** prevede che la decisione del terzo possa divenire vincolante solo nel caso in cui le parti, preventivamente informate, lo dichiarino espressamente. Quanto detto è corollario del principio contenuto nell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo in base al quale il diritto alla scelta della procedura giurisdizionale ordinaria non è derogabile, pertanto colui il quale voglia provare, in prima istanza, a risolvere la controversia ricorrendo a metodi stragiudiziali può sempre in un secondo momento adire le autorità giudiziarie competenti, a meno che non si accetti esplicitamente, in una fase successiva all’insorgere della controversia, di rinunciare a questa facoltà. Ciò al fine di riportare equilibrio laddove esso per forza di cose manca come nel rapporto tra operatore economico e consumatore, in cui quest’ultimo è la parte “economicamente più debole e giuridicamente meno esperta.”⁸⁴

Riguardo, invece, alle ADR “consensuali”, la Raccomandazione 2001/310/CE prevede il principio di **equità** in virtù del quale le parti possono rifiutarsi di partecipare al procedimento stragiudiziale e possono altresì recedervi in qualunque momento. Le parti possono presentare informazioni utili al raggiungimento di un accordo e già in questa fase il soggetto terzo può proporre una possibile soluzione in relazione alla quale le stesse parti esprimono sinteticamente la loro opinione corredandola di eventuali osservazioni e correzioni. Da questo incontro di idee nasce la formulazione di una proposta di accordo che viene valutata dalle parti in un lasso di tempo ragionevole che il terzo concede loro. Allo scopo di tutelare il contraente più debole le parti, prima di esprimersi sulla soluzione proposta, devono essere informate sulla possibilità che la procedura giudiziale possa avere un esito più favorevole rispetto a quello del procedimento extragiudiziale.

Le Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE si ispirano a principi fondamentali destinati ad essere rispettati dagli organismi di gestione delle ADR e tra cui solo alcuni sono comuni alle ADR “aggiudicative” e “conciliative”.

I principi comuni alle due categorie:

1) il principio di **indipendenza** e di **imparzialità** a cui deve rifarsi il soggetto terzo, sia esso monocratico o collegiale, che assiste le parti imponendo o proponendo una soluzione. L'organo, se monocratico, viene designato per la capacità, l'esperienza, la competenza e l'estraneità a situazioni d'interesse o di conflitto con una delle parti; se collegiale, invece, garantisce la propria indipendenza e imparzialità rappresentando al suo interno tutte le parti della controversia in egual misura⁸⁴ (è il caso dei conflitti tra lavoratori e datori di lavoro).

2) il principio di **trasparenza** in base al quale è doveroso, laddove richiesto, consegnare, a qualunque delle parti che eventualmente lo richieda, comunicazioni scritte riguardanti lo svolgimento della procedura; e ancora rendere nota la competenza del terzo per materia e valore, il regolamento dell'organismo a cui questi appartiene, i requisiti e i parametri del reclamo, i costi complessivi del procedimento, i tempi di svolgimento, le regole su cui si basa la procedura, il valore giuridico della decisione e cioè se abbia carattere vincolante per entrambe le parti o per nessuna, e le sanzioni applicabili qualora non si aderisca alla decisione che in quest'ultimo caso non rappresenta titolo esecutivo.

3) il principio del **contraddittorio** previsto espressamente nella Raccomandazione 98/257/CE e implicitamente nella Raccomandazione 2001/310/CE consiste nel diritto di ognuna delle parti in lite di esprimere le proprie opinioni e posizioni in merito alla stessa e di conoscere quelle altrui, comprese le dichiarazioni degli esperti.

4) il principio di **efficacia** attribuisce a ciascuna parte la facoltà di non dovere obbligatoriamente avvalersi del patrocinio di un rappresentante legale, oltre alla possibilità di sostenere spese molto basse se non addirittura nulle. Le parti in lite e il terzo sono obbligati ad agire in tempi ristretti al fine di presentare il reclamo oppure dar corso alla decisione proposta o imposta.

5) il principio di **rappresentanza** in base al quale le parti possono essere rappresentate da un terzo in ogni fase del procedimento *in fieri*.

Quanto ai principi contenuti nella Raccomandazione 98/257/CE e che riguardano, dunque, solo le ADR "aggiudicative" è opportuno sottolineare:

- 3) il principio di **legalità** che sancisce l'obbligo di ottemperare alle disposizioni imperative dettate da leggi vigenti nello Stato in cui ha sede l'organo. Ciononostante il soggetto terzo può comunque decidere rifacendosi a principi di equità o a codici di condotta non senza una motivazione adeguata e previamente comunicata alle parti.
- 4) Il principio di **libertà** prevede che la decisione del terzo possa divenire vincolante solo nel caso in cui le parti, preventivamente informate, lo dichiarino espressamente. Quanto detto è corollario del principio contenuto nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in base al quale il diritto alla scelta della procedura giurisdizionale ordinaria non è derogabile, pertanto colui il quale voglia provare, in prima istanza, a risolvere la controversia ricorrendo a metodi stragiudiziali può sempre in un secondo momento adire le autorità giudiziarie competenti, a meno che non si accetti esplicitamente, in una fase successiva all'insorgere della controversia, di rinunciare a questa facoltà. Ciò al fine di riportare equilibrio laddove esso per forza di cose manca come nel rapporto tra operatore economico e consumatore, in cui quest'ultimo è la parte "economicamente più debole e giuridicamente meno esperta."⁸⁴

Riguardo, invece, alle ADR "consensuali", la Raccomandazione 2001/310/CE prevede il principio di **equità** in virtù del quale le parti possono rifiutarsi di partecipare al procedimento stragiudiziale e possono altresì recedervi in qualunque momento. Le parti possono presentare informazioni utili al raggiungimento di un accordo e già in questa fase il soggetto terzo può proporre una possibile soluzione in relazione alla quale le stesse parti esprimono sinteticamente la loro opinione corredandola di eventuali osservazioni e correzioni. Da questo incontro di idee nasce la formulazione di una proposta di accordo che viene valutata dalle parti in un lasso di tempo ragionevole che il terzo concede loro. Allo scopo di tutelare il contraente più debole le parti, prima di esprimersi sulla soluzione proposta, devono essere informate sulla possibilità che la procedura giudiziale possa avere un esito più favorevole rispetto a quello del procedimento extragiudiziale.

suddetti metodi stragiudiziali in relazione a controversie in materia di consumo, dettano altresì i principi fondamentali, che gli organismi deputati a gestire tali procedure devono rispettare, al fine di garantire l'efficace protezione dei consumatori, parte economicamente più debole.

La Raccomandazione 98/257/CE, adottata il 30 marzo 1998, che regola i metodi alternativi di risoluzione delle controversie per mezzo dei quali vengono proposte o imposte soluzioni delle controversie in materia di consumo, e che indica principi minimi per il funzionamento dei metodi in oggetto (indipendenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza).

La Raccomandazione 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, che norma metodi di risoluzione più consensuali rispetto ai primi, gestiti da un terzo imparziale il cui compito è condurre le parti a trovare, autonomamente e di comune accordo, una soluzione alle controversie in materia di consumo, diritto civile e diritto commerciale. Essa tenta di ordinare in modo organico le disposizioni riguardanti le due reti create dalla Commissione Europea per facilitare e rendere uniforme in Europa l'accesso dei consumatori ai sistemi ADR, mettendo in comunicazione tutti gli organismi sparsi nel Vecchio continente: la FIN-NET, rete di sistemi nazionali ADR per la gestione delle controversie transfrontaliere tra consumatori e fornitori di servizi finanziari che consente ai primi di accedere direttamente ad uno strumento di composizione della lite, e la EEJ-NET rete europea costituita dai centri dei consumatori, presenti in ciascuno Stato membro, il cui compito è assistere nella scelta del metodo ADR più indicato oltre i confini nazionali al fine di risolvere la controversia.

L'intervento normativo comunitario che ha avuto ad oggetto in prima battuta le controversie transfrontaliere dei consumatori ha presto iniziato ad occuparsi anche di tutela degli amministrati nei confronti dei pubblici poteri.

A tal proposito la Direttiva 2002/21 (in materia di telecomunicazioni 90/387 e di telefonia vocale 98/10) ha dettato una disciplina comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica che prevede procedure di tutela sia per i gestori dei servizi sia per gli utenti. A definizione di tale intervento la rete SOLVIT crea un sistema di tutela non giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri che abbiano ad oggetto controversie relative a casi di cattiva amministrazione e che non siano di competenza del Mediatore Europeo, istituto ispirato all'Ombudman dei paesi nordici e introdotto in Europa in virtù del Trattato di Maastricht. Al mediatore europeo, infatti, possono rivolgersi tutti i cittadini dell'Unione, tutti coloro i quali vi risiedono o che hanno la sede sociale, allo scopo di contestare atti compiuti dalle istituzioni comunitarie non formalmente illegittimi ma comunque posti in violazione delle indicazioni fornite dal Codice Europeo di buona condotta amministrativa. Il mediatore, dunque, è competente solo riguardo agli atti delle istituzioni e degli organi dell'Unione e non di tutti quegli organismi che operano nella comunità europea ma che non posseggono una qualificazione giuridica e politica certa, a cui si aggiungono le Amministrazioni delle nazioni europee che, nell'applicare le norme comunitarie, agiscono come organi indiretti rispetto all'Unione. Pertanto la rete SOLVIT, seppure agisca come una sorta di Mediatore o Ombudman, si occupa di ricevere, da parte dei cittadini europei, le segnalazioni di casi di mala amministrazione commessi da organi non comunitari, di cui sarebbe

altrimenti competente il mediatore, bensì da organismi vari e autorità nazionali allorquando applichino le norme europee⁸⁵.

⁸⁵ M. Corradino e S. Sticchi Damiani (a cura di), cit., C. Stefanizzi, *La rete SOLVIT: uno strumento di tutela complementare dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni nelle controversie transfrontaliere*, p. 27

“La rete SOLVIT (*Internal Market Problem Solving Network*), dunque, è un peculiare sistema ideato per garantire la soluzione informale delle controversie transfrontaliere aventi ad oggetto l’applicazione delle norme sul Mercato Interno da parte delle Pubbliche Amministrazioni.”

Tale sistema nasce nel 1997 con l’istituzione, sulla scia del Piano d’azione per il Mercato Unico, per mano degli Stati membri, di centri di coordinamento per i privati volti a risolvere controversie transfrontaliere sorte dalla applicazione inadeguata delle norme sul Mercato Interno da parte delle pubbliche amministrazioni. Il Comitato consultivo per il mercato Interno, però, individuando la debolezza del sistema nell’incapacità di trovare soluzioni uniformi a problemi simili, dà vita alla rete SOLVIT così come oggi è organizzata: una banca dati in cui i centri di coordinamento degli Stati membri devono registrare le questioni segnalate.

La collaborazione tra i vari centri di coordinamento e il rapido scambio reciproco di informazioni rende possibile la soluzione efficace delle questioni sollevate e facilita altresì il controllo da parte del Comitato sull’attività svolta dai centri di coordinamento, inoltre, l’inserimento delle questioni già trattate favorisce il consolidarsi di una “giurisprudenza” di SOLVIT capace di garantire l’applicazione uniforme del diritto comunitario da parte dei centri di coordinamento e quindi anche delle amministrazioni nazionali.

Il procedimento SOLVIT è snello, gratuito e deburocratizzato. Con una telefonata o una e-mail si contatta il centro di coordinamento c.d. di partenza che entro una settimana, verificata la competenza di SOLVIT e la sussistenza delle informazioni necessarie, provvede a trasmettere il caso al centro di coordinamento competente a cui afferrisce l’autorità pubblica nei cui confronti si agisce, c.d. centro Capofila, che disporrà di dieci settimane di tempo, prorogabili di altre quattro, per proporre e comunicare a chi ne faccia richiesta la soluzione e il modo in cui agire.

La rete SOLVIT è uno strumento residuale che interviene laddove non sia possibile risolvere i problemi più semplicemente, come per esempio contattando direttamente l’amministrazione competente.

In definitiva le controversie che SOLVIT mira a risolvere, purchè non siano ancora oggetto di procedimenti pendenti in giudizio, hanno natura transfrontaliera, intercorrono tra privati e pubbliche amministrazioni e riguardano l’applicazione di norma sul Mercato Intero.

- Le controversie tra privati e pubblica amministrazione, di natura transfrontaliera, che hanno ad oggetto l’applicazione norme comunitarie sul Mercato Interno.

A causa della mancata uniformità della nozione di Pubblica Amministrazione nei vari Stati membri dell’Unione a prevalere è la nozione comunitaria di P.A., concetto di per sé variabile destinato ad ampliarsi o ridursi in base all’applicazione o meno delle libertà fondamentali. La nozione di P.A. adottata dalla rete SOLVIT è conforme a quella fatta propria dalla Corte di Giustizia in materia di appalti, la più ampia insomma, così da estendere la tutela della rete ad un maggior numero di casi.

La natura transfrontaliera è tipica della controversia che intercorre tra privati, cittadini o imprese, da un lato, e pubblica amministrazione, dall’altro lato, appartenenti a diversi Stati membri dell’Unione; o nel caso in cui, pur risiedendo le parti nello stesso Stato, il privato riveli “legami amministrativi” (nazionalità, sede di attività, ecc...) con altro Stato.

L’oggetto della controversia deve riguardare l’applicazione di una norma sul Mercato Interno e dunque, almeno fino ad ora, i casi sottoposti a SOLVIT hanno ad oggetto permessi di soggiorno, riconoscimenti di qualifiche professionali, accesso dei prodotti sul mercato, in generale casi di c.d. *maladministration* cioè semplici mancanze burocratiche.

La nozione di norma sul mercato interno è anch’essa piuttosto ampia e tale da non rendere facilmente determinabile *a priori* l’ambito giuridico di riferimento. Anche in questo caso assume rilievo l’interpretazione della normativa europea, e ciò accade quando il caso sollevato riguarda una norma interna non interpretata nè applicata in maniera conforme alla normativa comunitaria sul mercato interno. Esempio chiarificatore a tal proposito⁸⁵ quello di un comune italiano che si rifiuta di autenticare la fotocopia di un documento d’identità invocando la legge italiana sull’autocertificazione, laddove, invece, in Germania, in cui la fotocopia autenticata dovrà essere fatta valere, non si riconosce valore legale all’autocertificazione.

Nel caso di specie SOLVIT ha ottenuto dal comune il certificato richiesto argomentando che l'autocertificazione, quale strumento di semplificazione dell'iter burocratico e amministrativo, mira ad agevolare il cittadino e non piuttosto a penalizzarlo. SOLVIT è intervenuta in aiuto dell'amministrazione che ha compiuto un errore d'interpretazione di una norma interna che, pur non presentando di primo acchito alcun collegamento con la normativa comunitaria, contribuisce comunque ad ostacolare l'efficiente funzionamento del mercato interno.

Infine perché SOLVIT possa essere adita è indispensabile che non ci siano procedimenti giurisdizionali pendenti, così se si dovesse intraprendere un'azione legale durante l'intervento di SOLVIT quest'ultimo si interromperebbe.

La soluzione proposta da SOLVIT non è vincolante né per il cittadino che ha sollevato la questione né per l'amministrazione. Pertanto il cittadino deluso dalla soluzione proposta può sempre adire l'organo giurisdizionale competente, scelta non sempre praticabile giacché il procedimento SOLVIT non interrompe i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale che, al termine delle 10 o 14 settimane previste perché il centro di coordinamento decida, saranno già trascorsi o comunque in procinto d'esserlo. Dunque, nei fatti, quando il cittadino decide di affidarsi a SOLVIT finisce per rinunciare alla tutela giurisdizionale.

La ratio di SOLVIT è comunque quella di intervenire laddove la decisione del giudice adito sarebbe inefficace e non piuttosto quella di volersi sostituire agli organi giurisdizionali. E' il caso del piccolo produttore che, non potendo distribuire i propri prodotti in un altro Stato membro a causa della farraginosa burocrazia di quest'ultimo, abbandona l'idea piuttosto che affrontare un processo lungo e costoso in un altro stato, per ottenere poi una decisione che, sebbene favorevole, deve comunque fare i conti con un'amministrazione magari tutt'altro che intenzionata a darvi seguito, costringendo così il povero produttore ad adire nuovi organi per ottenere giustizia.

D'altro canto la decisione proposta da SOLVIT non vincola neppure l'amministrazione che, ciononostante, nella maggior parte dei casi si adegua. Del resto il contrario sarebbe poco comprensibile dal momento che la rete SOLVIT è una struttura comunitaria e che il centro di coordinamento attraverso cui l'amministrazione interagisce, seppure nazionale, fa capo alla Commissione che si occupa di controllare la conformità della soluzione al diritto comunitario. Inoltre mal si tollererebbe la mancata collaborazione delle amministrazioni nazionali tenute al rispetto del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4 del TUE.

La rete SOLVIT assicura l'effettività dell'ordinamento comunitario risolvendo problemi altrimenti irrisolti e vigilando sulla corretta applicazione del diritto europeo. E' compito della Commissione, infatti, verificare la conformità della soluzione proposta al diritto comunitario. Al contempo il cittadino insoddisfatto può rivolgersi alla Direzione Mercato Interno che, rilevata l'eventuale errata applicazione del diritto comunitario, interviene sullo Stato membro chiedendo l'adeguamento della normativa interna al diritto europeo ricorrendo, se necessario, alla procedura d'infrazione. I centri di coordinamento possono rivolgersi alle autorità legislative competenti allo scopo di ottenere una modifica della normativa vigente per mezzo del c.d. SOLVIT PLUS.

Quelle di SOLVIT non sono sentenze né decisioni vincolanti bensì soluzioni pragmatiche tese a risolvere i problemi posti dai privati cittadini e riguardanti i rapporti degli stessi con la Pubblica amministrazione. La funzione del sistema non è dunque quella di assistere le due parti al fine di raggiungere un accordo, ma piuttosto orientare l'amministrazione alla corretta interpretazione e applicazione del diritto comunitario, prevedendo anche la possibilità di intervenire nuovamente su determinazioni precedenti, così da avvicinare sempre più l'amministrazione al cittadino. Il metodo SOLVIT non rientra tra gli strumenti paragiurisdizionali ma si colloca più propriamente in un "c.d. spazio giustiziale: lo spazio intercluso tra la fase attiva di esercizio del potere e quella giurisdizionale in cui si esce definitivamente dal governo dell'amministrazione, spazio che si connota nel senso dell'ambiguità, non essendo esercizio del potere amministrativo, né potere giurisdizionale, ma avendo parte dell'uno e parte dell'altro"⁸⁵. Il conflitto tra i differenti interessi, in questa fase, si è già manifestato ma non è ancora sorta una controversia vera e propria.

La tutela offerta dal sistema SOLVIT vuole riuscire laddove i ricorsi amministrativi falliscono, nel "mostrarsi sensibile alle esigenze di protezione degli interessi dei cittadini" rivalutando l'importanza della funzione di garanzia e ridimensionando la forza incontrastata del potere. In tale prospettiva acquistano valore le forme di tutela stragiudiziale caratterizzate dalla semplicità della procedura nonché dalla terzietà dell'organo adito rispetto alle parti in contesa. Caratteristiche queste garantite da SOLVIT i cui centri di coordinamento sono indipendenti e non rientrano nell'alveo dell'amministrazione in lite ma al contrario

Altrettanto importanti al fine di promuovere l'utilizzazione delle ADR negli Stati membri dell'Unione Europea sono le direttive sul commercio elettronico⁸⁶, i servizi postali⁸⁷ e i mercati degli strumenti finanziari⁸⁸.

Le direttive su telecomunicazioni⁸⁹, energia⁹⁰, credito al consumo⁹¹, servizi di pagamento⁹² chiedono agli Stati membri di creare sistemi di ADR in materia, mentre la direttiva sui servizi⁹³ impone ai fornitori degli stessi di informare i consumatori sull'esistenza dei metodi ADR finalizzati alla loro tutela.

Ultima in ordine di tempo la direttiva sulla mediazione, 2008/52/CE, il cui scopo è incoraggiare i giudici a promuoverne il ricorso, creando sinergia fra i due diversi procedimenti, la mediazione e il giudizio.

In realtà il primo vero intervento dell'Unione Europea teso a promuovere le procedure ADR nei singoli Stati membri e ad armonizzare l'intera disciplina affrontando la questione dei metodi di risoluzione extragiudiziali fuori dal contesto specifico della tutela del consumatore, è il "Libro verde" del 19 aprile 2002 della Commissione Europea sui "Modi alternativi di risoluzione delle controversie di diritto civile e commerciale" che riconduce ogni procedura di risoluzione alternativa all'attività giudiziaria ordinaria all'acronimo ADR quale "priorità politica per le

si trovano al di fuori dell'apparato statale, e sottoposti alla Commissione, assicurano la corretta applicazione del diritto comunitario.

⁸⁶ Direttiva 2000/31/CE.

⁸⁷ Direttiva 2008/6/CE.

⁸⁸ Direttiva 2004/39/CE.

⁸⁹ Direttiva 2009/136/CE.

⁹⁰ Direttiva 2009/72/CE.

⁹¹ Direttiva 2008/48/CE.

⁹² Direttiva 2007/64/CE.

⁹³ Direttiva 2006/123/CE.

Istituzioni dell'Unione Europea cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantire la qualità”.

Nel Libro verde la Commissione Europea fornisce la seguente nozione di ADR: “I modi alternativi di risoluzione delle controversie designeranno pertanto le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto”. E ancora : “L'ADR svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adottati nell'ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'ADR 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”.

La suddetta definizione, che tenta di uniformare le numerose varietà di modelli extragiudiziali presenti in ambito comunitario, appare però generica determinando l'esigenza di un'analisi più approfondita dell'acronimo ADR, *Alternative Dispute Resolution*, coniato dal legislatore statunitense con l'intenzione di fare riferimento sia agli strumenti di risoluzione delle liti in via extragiudiziaria sia alle autorità preposte a tali procedure. Con il termine *Alternative* si attribuisce alle ADR la qualifica di metodi “alternativi” ai riti celebrati nelle aule di tribunale. Il termine *Dispute* in combinazione con il precedente *Alternative* evidenzia la necessaria sussistenza di una controversia per la cui risoluzione è previsto uno strumento alternativo all'attività giudiziaria, cioè “è essenziale che la questione sia reale, e, pertanto astrattamente giudicabile dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria”.⁹⁴

⁹⁴ U.De Luca, cit., pag. 9.

A completare la definizione di ADR è la individuazione del soggetto deputato a guidare le parti in lite al raggiungimento di una soluzione condivisa: un terzo, neutrale e imparziale che assiste i protagonisti della controversia e dirige la procedura risolutiva finalizzata all'ottenimento di un accordo amichevole. L'organismo per la risoluzione extragiudiziale dei conflitti, a cui appartiene il terzo, è tenuto ad osservare i principi dettati dalle Raccomandazioni della Commissione Europea del 1998 e 2001: indipendenza, trasparenza, efficacia, equità e legalità.

Le ADR formatesi nell'Unione Europea presentano, dunque, le seguenti peculiarità: alternatività delle procedure stesse rispetto ai tradizionali strumenti giurisdizionali; neutralità e imparzialità del soggetto terzo; economicità dei costi; tutela della riservatezza di quanto conferito dalle parti nel corso del procedimento; rapidità dei tempi necessari alla risoluzione; idoneità a conservare rapporti amichevoli tra le parti; tutela efficace degli interessi che non trovano appropriata protezione nell'attività giurisdizionale ordinaria, è il caso delle controversie di modesto valore economico rispetto a cui il procedimento giurisdizionale risulta troppo costoso, e proprio questo è lo scopo perseguito dalle istituzioni europee nel dar forma alle ADR comunitarie differenziandole così da quelle anglo-americane.

1.2. La Direttiva 2008/52/CE

Al termine della consultazione avvenuta attraverso il Libro Verde del 19 aprile 2002 con cui si chiede un parere sulle questioni più rilevanti in merito alla mediazione prima di intraprendere qualsiasi iniziativa legislativa, viene emanata la Direttiva 2008/52/CE, approvata dal Parlamento Europeo, in via definitiva, il 21 maggio 2008, relativa a determinati “aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”⁹⁵.

La direttiva 2008/52/CE, finalizzata ad uniformare la disciplina relativa alle controversie transfrontaliere⁹⁶ negli Stati membri della Comunità Europea, prevede che questi ultimi possano applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni ad ogni singolo Stato, così l’ottavo considerando: “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”. L’obiettivo della direttiva è “facilitare l’accesso alla risoluzione delle controversie promuovendo il ricorso alla mediazione e garantendo un’efficace relazione tra mediazione e procedimenti giudiziari”. Alle disposizioni della direttiva,

⁹⁵ M. Julini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Un’opportunità europea per cittadini, imprese e professionisti*, Expert edizioni, Forlì, 2010, p. 29.

Nel frattempo vengono assunte tre norme importanti: il Regolamento n. 2006/2004 del Parlamento Europeo del Consiglio del 27 ottobre 2004; il Regolamento 861/2007 dell’11 luglio 2007; la Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007.

⁹⁶ Ivi, p. 33.

“[...]le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, definite come le controversie:

- in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno stato membro, diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia;
- in cui, un procedimento giudiziario o di arbitrato, risultante da una mediazione tra le parti, è avviato in uno stato membro, diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data del ricorso alla mediazione, o quando la stessa è stata ordinata o quando è sorto l’obbligo.”

pertanto, devono rifarsi gli stati membri che intendono disciplinare la mediazione in materia civile e commerciale negli ordinamenti interni.

Restano, invece, espressamente fuori dalle previsioni della direttiva le trattative precontrattuali, i procedimenti di natura arbitrale, alcune forme di conciliazione davanti ad un organo giurisdizionale, i reclami dei consumatori, le valutazioni dei periti, i procedimenti attraverso cui vengono emesse raccomandazioni formali più o meno vincolanti. Ancora, ai sensi dell'art. 1, par. 2, la materia fiscale, doganale e amministrativa, la responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio dei pubblici poteri; e infine, *ex art. 3, lett. a)* i tentativi di conciliazione esperiti dal giudice in pendenza di giudizio.

Nella versione italiana della direttiva, il termine inglese *mediation* viene tradotto col vocabolo “mediazione” che, ai sensi dell'art. 3, lett. a), è definito “procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore”. Parallelamente il termine inglese *mediator* corrisponde all'italiano “mediatore”, all'art. 3, lett. b) di seguito definito: “qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione”.

L'art. 4 della direttiva, invece, sancisce la formazione continua e la preparazione professionale del mediatore nonché il rispetto dei principi di comportamento da parte dello stesso, elementi di primaria importanza perché la conciliazione riesca: “Gli stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di

condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”⁹⁷.

⁹⁷ Ivi, p. 35-38

Il Codice europeo di condotta per i mediatori, così come rivisto nel 2009 dal gruppo dei giuristi linguisti, è così costituito:

“Premessa.

Il codice [...] può essere applicato a tutti i tipi di mediazione in materia civile e commerciale [...] prevede che le organizzazioni che forniscono i servizi di mediazione possono impegnarsi chiedendo ai mediatori che operano nel loro ambito di attenersi al codice di condotta, possono dare informazioni sulle misure (quali la formazione, la valutazione ed il monitoraggio) assunte per favorire il rispetto del codice da parte dei singoli mediatori e possono elaborare codici più dettagliati [...] L'adesione al codice di condotta non pregiudica l'applicazione della normativa nazionale o delle regole che disciplinano le singole professioni.

Competenza, nomina e onorari dei mediatori e promozione dei loro servizi.

I mediatori devono essere competenti e conoscere a fondo il procedimento di mediazione.

Elementi rilevanti comprendono una formazione e un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione, avuto riguardo alle norme pertinenti e ai sistemi di accesso alla professione. Il mediatore, prima di accettare l'incarico, deve verificare di essere dotato della preparazione e competenza necessarie a condurre la mediazione del caso proposto e, su richiesta, dovrà fornire alle parti informazioni in merito [...]

Indipendenza e imparzialità.

Qualora esistano circostanze che possano (o possano sembrare) intaccare l'indipendenza del mediatore o determinare un conflitto di interessi, il mediatore deve informare le parti prima di agire o di proseguire la propria opera.

Le suddette circostanze includono:

- qualsiasi relazione personale o professionale con una delle parti;
- qualsiasi interesse di tipo economico o di altro genere, diretto o indiretto, in relazione all'esito della mediazione;
- il fatto che il mediatore, o membro della sua organizzazione, abbia agito in qualità diversa da quella di mediatore per una o più parti.

Il dovere di informazione costituisce un obbligo che persiste per tutta la durata del procedimento.

[...]

L'accordo, il procedimento e la risoluzione della controversia.

“[...] il mediatore:

- deve sincerarsi che le parti coinvolte nella mediazione comprendano le caratteristiche del procedimento di mediazione, il ruolo del mediatore e delle parti nell'ambito dello stesso;
- deve fare in modo che, prima dell'avvio della mediazione le parti abbiano compreso ed espressamente accettato i termini e le condizioni dell'accordo di mediazione, incluse le disposizioni applicabili in tema di obblighi di riservatezza in capo al mediatore e alle parti;
- condurrà il procedimento in modo appropriato, tenendo conto delle circostanze del caso, inclusi possibili squilibri nei rapporti di forza, eventuali desideri espressi dalle parti e particolari disposizioni normative, nonché l'esigenza di una rapida risoluzione della controversia. Le parti possono concordare con il mediatore il modo in cui la mediazione dovrà essere condotta, con riferimento ad un insieme di regole o altrimenti;

La direttiva, *ex art. 5, par. 2*, prevede che la mediazione sia facoltativa, ciò non toglie però che ci siano Stati in cui la conciliazione è imposta dalla legge in via preventiva rispetto al ricorso in giudizio, in tal caso la legislazione nazionale può prevedere, in conseguenza all'obbligatorietà della conciliazione, sanzioni per il mancato ricorso senza mai impedire alle parti di esercitare il diritto di accedere al sistema giudiziario.

All'art. 5, par. 1 la direttiva contempla la possibilità che l'organo giurisdizionale adito, al fine di dirimere la controversia, inviti le parti in causa alla conciliazione dinanzi ad un soggetto terzo ed estraneo rispetto al rito celebrato in tribunale, la c.d. "conciliazione delegata".

L'accordo di conciliazione, secondo quanto previsto dalla Direttiva ai sensi dell'art.6, può essere omologato su richiesta di una delle parti e acquistare così valore di titolo esecutivo "purchè l'accordo non sia

- può ascoltare le parti separatamente, se lo reputa opportuno'.

Il codice europeo di condotta per i mediatori prosegue poi affermando che il mediatore deve informare le parti, e può porre fine alla mediazione, nel caso in cui:

-sia raggiunto un accordo che al mediatore appaia non azionabile o illegale, avuto riguardo alle circostanze del caso e alla competenza del mediatore per raggiungere tale valutazione;o
-concluda che la prosecuzione della mediazione difficilmente condurrà ad una risoluzione della controversia.

In relazione alla fine del procedimento riemerge la specifica sensibilità infatti si legge che ' il mediatore:

- deve adottare tutte le misure appropriate affinché l'eventuale accordo raggiunto tra le parti si fondi su un consenso informato e tutte le parti ne comprendano i termini;
- informare le parti delle modalità in cui le stesse possono formalizzare l'accordo e delle possibilità di rendere l'accordo esecutivo".
- Le parti possono ritirarsi dalla mediazione in qualsiasi momento senza fornire alcuna giustificazione.

La riservatezza

In merito alla riservatezza enfatizzano, la doppia dimensione della medesima, infatti scrivono che il mediatore:

- deve mantenere la riservatezza su tutte le informazioni derivanti dalla mediazione o relative ad essa, compresa la circostanza che la mediazione è in corso o si è svolta, ad eccezione dei casi in cui sia obbligato dalla legge o da ragioni di ordine pubblico;
- non dovrà rivelare all'altra parte qualsiasi informazione riservata a lui comunicata, senza il consenso della parte o a meno che sia imposto dalla legge."

contrario al diritto europeo e al diritto nazionale dello Stato membro ove la richiesta è presentata”.

L'art. 7 sancisce l'osservanza del principio di riservatezza e del divieto di diffusione, in ottemperanza ai quali la Direttiva prevede che il mediatore e tutti gli altri soggetti coinvolti nel procedimento di mediazione si astengano dal testimoniare in eventuali giudizi successivi, anche arbitrari; nonché, in caso di esito negativo della conciliazione, che le parti non diffondano quanto accaduto in sede di mediazione, sebbene possano di comune accordo derogarvi, ma soprattutto che il mediatore non sia costretto a testimoniare riferendo al giudice o all'arbitro le reciproche posizioni dei litiganti. L'obbligo di riservatezza può essere derogato, secondo quanto disposto dall'art. 7 lett.a), solo qualora “ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori e per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona”, oppure quando, ex art. 7 lett. b), “la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo”.

Al fine di evitare che il tentativo di conciliazione pregiudichi l'eventuale ricorso in giudizio l'art. 8 prevede che gli Stati membri riconoscano all'istanza di parte gli stessi effetti interruttivi della prescrizione collegati alla domanda giudiziale e che impediscano il decorso della decadenza: “Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza”.

In Italia, la Direttiva comunitaria n. 2008/52/CE è stata attuata con l'approvazione del d.lgs. 4 marzo 2010 n.28. In seguito il Ministero di Giustizia ha emanato il decreto del 18 ottobre 2010 n.180 contenente il regolamento attuativo delle disposizioni riguardanti l'istituzione e la gestione del registro a cui devono iscriversi tutti quegli organismi che intendono esercitare il procedimento di mediazione in ossequio alle indicazioni del d.lgs.n. 28/2010 insieme agli enti di formazione abilitati.

2. Le ADR in Italia

L'istituto della mediazione è stato introdotto in Italia nel tentativo di ovviare alla lentezza della giustizia. Il primo intervento da ricordare è la legge del 29 novembre 1993, n.580 sul riordino delle Camere di Commercio in cui il legislatore ha previsto, all'art. 2 co.4 "la promozione della costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti". In seguito altre norme hanno rafforzato il ruolo delle Camere in materia di ADR⁹⁸.

Altro importante provvedimento normativo è stato il D.lgs. 17 gennaio 2003, n.5, sulla riforma del diritto societario, in cui il Titolo VI recava la denominazione

“Della conciliazione stragiudiziale”.

Le lacune della legislazione di settore vengono presto colmate dall'emanazione di una legge quadro indispensabile al fine di fissare paletti che possano dare risposte a numerosi quesiti.

⁹⁸ M. Gorga-G. Vertucci, *A.D.R. nella legislazione internazionale ed europea*, ARACNE, Roma, 2012, p. 25

“Si ricordano in ordine cronologico: L. 22 febbraio 1994, n. 146-Comunitaria 1993, che ha modificato l'art. 1469 *sexies* c.c. con la quale viene affidata alle Camere di Commercio la competenza in materia di azione inibitoria di clausole abusive inserite in contratti con i consumatori; L. 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva dell'Autorità per i servizi di pubblica utilità con la quale vengono designate le Camere di Commercio come possibili soggetti competenti in materia di risoluzione delle controversie tra utenti e gestori dei servizi (arbitrato e conciliazione); L. 18 giugno 1998, n.192 in materia di subfornitura delle attività produttive ove, all'art. 10, si prevede l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione relativamente ai contratti di subfornitura presso le Camere di Commercio, con l'ulteriore previsione della possibilità di rimettere la controversia, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, ad una commissione arbitrale istituita sempre presso le Camere di Commercio; D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cd. Bassanini, in materia di lavoro, ove si prevede l'obbligo del tentativo di conciliazione prima di approdare al giudizio ordinario; L. 30 luglio 1998, n. 281, con la quale il legislatore ha inteso disciplinare i diritti di consumatori e utenti stabilendo, all'art. 3,c.2, che le associazioni dei consumatori e degli utenti possono attivare, prima di adire le vie giudiziarie, la procedura di conciliazione dinanzi alle Camere di Commercio; L. 29 marzo 2001, n. 135, legge di riforma della legislazione nazionale del turismo, che affida, ai sensi dell'art. 4, c.3, alle commissioni arbitrali e conciliative delle Camere di Commercio il compito di risolvere in via stragiudiziale le controversie tra imprese e tra imprese e utenti inerenti alla fornitura di servizi turistici.

L'art 5 della Direttiva 2008/52/CE riconosce al legislatore nazionale la libertà di rendere il ricorso alla mediazione obbligatorio o piuttosto di sottoporlo a incentivi e sanzioni: “La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purchè tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario” ovvero non sia impedito alle parti, in riferimento ai termini di prescrizione o decadenza, “di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all’arbitrato in caso infruttuoso di mediazione”.

Con la legge del 18 giugno 2009 n.69 dal titolo “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”, il legislatore nazionale ha delegato il Governo ad emanare decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione civile e commerciale in conformità alle norme comunitarie. L’art.60 lett. a) che invita il Governo a disciplinare una forma di mediazione finalizzata alla conciliazione, chiarisce il significato dei termini mediazione e conciliazione, rispettivamente, quale procedura di componimento, e risultato della procedura stessa.

La legge delega colloca il modello di mediazione proposto esclusivamente in una fase precontenziosa, senza menzionare la conciliazione delegata disciplinata invece dalla Direttiva. La flessibilità nella gestione del procedimento spiega la mancanza di criteri direttivi riguardo alle forme e ai tempi dello stesso, del quale viene indicato solo il termine di quattro mesi entro cui la mediazione dev’essere espletata.

La legge 69/2009 prevedendo, nel rispetto della direttiva 2008/52/CE, incentivi e sanzioni per le parti e per il mediatore, e al dovere

d'informativa a carico dell'avvocato, crea le condizioni perché si diffonda un'autentica cultura della conciliazione.

Le norme attuative nel rispetto della normativa comunitaria, la Direttiva 2008/52/CE da recepire negli ordinamenti degli Stati membri entro il 21 maggio 2011, e dei criteri direttivi della legge delega hanno determinato l'emanazione del Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n.28. L'obiettivo principale della norma è l'applicazione dell'istituto in caso di controversie relative a materie disponibili, ad opera di organismi professionali e indipendenti stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione, senza precludere in alcun modo l'accesso alla giustizia in conformità alla normativa comunitaria.

Il Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28 all'art. 1 lett.a) chiarisce che la mediazione è "l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa". Il provvedimento presenta la mediazione sia come un'alternativa alla risoluzione delle controversie sia come uno strumento complementare idoneo ad integrare la giustizia civile. Questa duplice funzione viene corroborata dalla previsione, all'art.4 c.3 del Decreto, dell'obbligo posto a carico dell'avvocato di informare per iscritto i propri clienti, nel momento in cui viene conferito l'incarico, della possibilità di avvalersi della mediazione, pena l'annullabilità del contratto professionale.

Il Decreto oltre a ricordare la mediazione "volontaria" di natura pattizia e quella "delegata", che può, cioè, essere consigliata dal giudice fino all'udienza di precisazione delle conclusioni o discussione della causa, introduce la mediazione "obbligatoria" che prescinde dalla volontà delle parti e costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale in

ordine alle le materie espressamente indicate⁹⁹. L'obbligatorietà¹⁰⁰ è sancita allo scopo di indurre le parti, e chi le assiste, a percepire la mediazione come uno strumento valido per la risoluzione dei conflitti senza dover adire le autorità giudiziarie. In tal senso va interpretata la facoltà attribuita al giudice di tener conto della mancata partecipazione al procedimento senza giustificato motivo al fine di trarne argomenti di prova¹⁰¹ e i benefici fiscali ed economici per le spese processuali *ex art. 13 del medesimo Decreto*.

L'ordinamento italiano ha scelto il modello della c.d. conciliazione "amministrata" giacchè le procedure di mediazione possono essere gestite soltanto da soggetti altamente specializzati che operano all'interno di "organismi" inseriti in Enti pubblici o privati e iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero di Giustizia. I mediatori devono aver frequentato e superato un percorso formativo specifico presso enti di formazione accreditati dal Ministero di Giustizia. Il procedimento è disciplinato dal regolamento dell'organismo scelto dalle parti, che deve

⁹⁹ D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, c. 1: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 2006, e successive modificazioni."

¹⁰¹ D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, c.5: "Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile."

garantire la riservatezza del procedimento e i criteri di nomina del mediatore da cui poterne trarre l'imparzialità e la competenza.

Il Decreto dedica particolare attenzione alla riservatezza quale obbligo non solo del mediatore ma anche di coloro che agiscono all'interno dell'organismo rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo, ai sensi degli artt. 9, 10 e 11. L'unico documento, attestante le dichiarazioni e le informazioni suddette, che può essere utilizzato al di fuori della procedura è il verbale, perché titolo esecutivo, se omologato dal Presidente del Tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

2.1. Dal d.lgs. 28/2010 al decreto “del fare”

Il d.lgs. 28/2010, in attuazione della legge delega 69/2009, ha varato una versione della mediazione, quella italiana appunto, che si differenzia sensibilmente dalle direttive comunitarie. La mediazione attuata in Italia, diversamente da quella straniera libera e non soggetta a particolari procedure, è burocratizzata, sottratta al giudice ma amministrata in fase precontenziosa da organismi a ciò deputati.

Laddove la legge delega prevede che la mediazione non debba in alcun modo precludere l'accesso alla giustizia il decreto legislativo, invece, per le materie elencate nell'art. 5, stabilisce che la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda, a tal fine dispone che la mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento fornisca al giudice argomento di prova nel successivo giudizio.

In linea con le precedente dettato il decreto obbliga l'avvocato ad informare per iscritto il cliente della suddetta condizione di procedibilità prevedendo l'annullabilità del contratto tra professionista e assistito in caso di mancato adempimento.

I dubbi di costituzionalità relativi al presunto eccesso di delega sono stati formalmente accolti dal TAR Lazio, Roma, sez I, nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del 12 aprile 2011.

L'ordinanza dunque recepisce le perplessità nei confronti di una scelta legislativa con funzione prettamente deflattiva che lascerebbe poco spazio alla volontà dei privati. Le questioni di costituzionalità hanno ad oggetto due importanti momenti del decreto legislativo: la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione e il collegato e conseguente meccanismo sanzionatorio previsto

dall'art. 5, nonché i criteri di selezione degli organismi abilitati a svolgere mediazioni, serietà ed efficienza ai sensi dell'art. 16, piuttosto che competenza e professionalità richieste invece dalla direttiva comunitaria 2008/52/CE all'art. 4 e dalla legge delega.

L'eccezione di costituzionalità accolta dal TAR Lazio con riferimento agli artt. 76 e 77 della Cost. non è posta per la prima volta in questa occasione, ma è già stata affrontata e superata nel 2000 con la decisione n. 276. I giudici rimettenti anche in quel caso hanno eccepito il mancato rispetto della legge delega e della direttiva comunitaria da parte della legge delegata.

Con la sentenza 272/2012, la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione, cioè per eccesso di delega, rispetto all'art. 60 della legge n.69 del 2009, che non ha fornito alcun riferimento esplicito alla possibilità di prevedere il carattere obbligatorio della procedura.

D.lg 21 giugno 2013 n. 69 (decreto “del fare” convertito in legge il 9 agosto 2013 n. 98) ripristina il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le materie elencate dall'art. 5, comma 1 del d.lgs 28/2010. In tal modo si riportano in vigore le disposizioni dichiarate incostituzionali con sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale e sono state introdotte nuove norme: è stato inserito un criterio di competenza territoriale per la presentazione della domanda; la procedura di mediazione può procedere solo se espressamente consentito dalle parti in un incontro preliminare di programmazione; solo lo svolgimento dell'incontro preliminare di programmazione è condizione di procedibilità, per le materie per cui è previsto, e deve svolgersi entro 30 giorni dal deposito dell'istanza a costi molto bassi; gratuità del primo

incontro di programmazione in caso di mancato accordo; le controversie di RC auto sono escluse dalle materie per cui è previsto l'incontro di programmazione mentre sono state aggiunte le controversie in tema di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, non più solo strettamente medica; il giudice può ordinare alle parti di procedere alla mediazione; la durata massima dell'intera procedura è stata ridotta a 3 mesi; gli avvocati sono mediatori di diritto e hanno l'obbligo di aggiornamento professionale; gli avvocati assistono le parti durante l'intera procedura di mediazione e sottoscrivono il verbale di accordo eventualmente raggiunto; nuova disciplina in tema di efficacia esecutiva dell'accordo di mediazione.

Le nuove disposizioni vengono applicate decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 69/2013, cioè dal 20 settembre 2013.

3. La mediazione

Dal vecchio codice di procedura civile del 1865 al nuovo codice del 1942, passando attraverso i diversi, e spesso contrastanti, orientamenti della dottrina, emerge l'*iter* evolutivo che muove dalla previsione di strumenti informali alternativi alla risoluzione delle controversie, e giunge a consolidare, quale modalità esclusiva, il processo-giudizio¹⁰² e il potere decisionale che lo caratterizza.

Questa scelta rispecchia l'atteggiamento culturale della società verso il conflitto, considerato una "patologia", una malattia da estirpare attraverso l'uso di tecniche d'intervento da parte di professionisti abilitati che operano nell'ambito di una struttura formalizzata quale il processo.

Perché gli strumenti alternativi di soluzione delle controversie riescano a farsi spazio è necessario riconsiderare il conflitto come un fenomeno "fisiologico", attribuendogli un'accezione positiva che ne fa un confronto di opinioni differenti riguardo al medesimo oggetto, da cui può senz'altro scaturire un contrasto duro ma di

certo non insanabile sì da precludere ogni comunicazione e guardare all'avversario come ad un nemico da eliminare.

La presenza dell'avversario, senza cui non esisterebbe il conflitto, è l'occasione che permette alle parti di imparare a confrontarsi con se stesse

¹⁰²G. Così, *Invece di giudicare*, cit., p. 7. Nel Codice di procedura civile italiano del 1865, il Titolo preliminare "Della Conciliazione e del Compromesso" all'art. 1 recitava "I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie". Nella relazione di presentazione del Codice, si evidenziava l'intenzione di riconoscere la conciliazione quale strumento di soluzione delle controversie. Nell'edizione del 1896 del *Digesto Italiano*, Lorenzo Scamozzi scrive la voce "Conciliatore-conciliazione giudiziaria", analizzandone gli aspetti storici, culturali e comparativi, nonché apprezzandone i vantaggi economici, etici, preventivi. Nell'edizione del 1938 del *Nuovo Digesto italiano*, Mario Ricca-Barberis, parlando della conciliazione ne dà una valutazione negativa, quale istituto persino dannoso. Art. 1 del Codice di procedura civile del 1942: "La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice". All'art. 183c.p.c., la conciliazione è affidata al giudice.

e di conoscersi, comprendendo al meglio ciò che vogliono veramente. Pertanto all'avversario si deve rispetto. Cosa diversa è lo scontro con il nemico, la presenza del quale, invece, nega l'esistenza dell'altro, giacché il combattimento è finalizzato alla vittoria di uno solo.

La logica vittoria/sconfitta sta alla base anche del processo-giudizio. L'avvocato deve vincere! Il diritto di cui si fa uso nelle aule dei tribunali non induce le parti a riconoscere i propri reali interessi, ma confonde la verità con la vittoria, lasciando lo sconfitto solo col suo rancore e il suo desiderio di rivalsa.

L'esistenza del conflitto, quale fenomeno fisiologico, è imprescindibile al fine di comprendere i mutamenti sociali, endemici. L'assenza di conflitti toglie dinamicità alla società ponendola in una dimensione statica, fuori dalla storia.

Alla luce di questa lettura del conflitto ciò che ne determina la valutazione, positiva o negativa, è la gestione dello stesso.

Sei sono le più importanti strategie di gestione dei conflitti:

Rinuncia: una o tutte le parti rinunciano a continuare o a far sorgere la lite. Ciò accade a causa o dell'effettiva disponibilità di valide alternative o del ruolo attribuito alla lite in seno al sistema di priorità di ciascuna parte.

Negoziato: le parti continuano a comunicare al fine di trovare un accordo. Di questa strategia si servono sia i privati sia gli Stati.

Mediazione-conciliazione: è il negoziato condotto con l'assistenza di un terzo neutrale allo scopo di facilitare il raggiungimento di un accordo. Tra i metodi informali, è quello più formale.

Arbitrato: è un giudizio privatizzato a cui le parti, di comune accordo, decidono di ricorrere affidando la gestione della controversia ad

un terzo designato dalle stesse, il quale emette decisioni idonee a risolvere il conflitto . Tra i metodi formali è il meno formale.

Giudizio: è il modello di gestione del conflitto basato sull'esercizio del potere decisionale e sullo schema "avvocati-processo-giudice-sentenza".

Autotutela: è la strategia che viene applicata quando non possono esserlo le altre. Consiste sul confronto dei poteri: economici, politici, forza fisica. Vi si possono ricondurre: la disobbedienza civile, lo sciopero, la guerra.

Rinuncia, negoziato e mediazione ruotano intorno al confronto di interessi. Arbitrato e giudizio sono incentrate sul confronto di diritti. L'autotutela, sul confronto di forze.

Procedendo dall'inizio alla fine dell'elenco aumenta progressivamente la durezza del confronto e il peso del potere decisionale mentre, parallelamente, diminuisce la comunicazione tra le parti e il potere di controllo delle stesse sulla gestione del conflitto e sull'esito.

3.1. La mediazione tra il processo e la transazione

Per comprendere e far fruttare appieno le potenzialità della mediazione, quale strumento di risoluzione delle liti, non è corretto parlarne nei termini di una mera procedura giuridica né di una puerile esortazione al “vogliamoci bene”, ma piuttosto di un metodo collocato nel contesto di un ampio mutamento quale, appunto, la società sempre più complessa in cui viviamo.

Una società aperta, quella di oggi, i cui componenti interagiscono tra loro e con l’ambiente esterno in maniera non lineare -nesso di causalità, prevedibilità del risultato- ma comunque organizzata e dinamica, idonea ad adattarsi agli endemici mutamenti. La ricchezza delle relazioni, che ineluttabilmente ne consegue, inconfutabile occasione di crescita, può rivelarsi al tempo stesso motivo di forte disagio a causa dell’inevitabile complessità dei problemi che ne discendono.

In un tale *sistema* non è più possibile prevedere con certezza i risultati di una continua interazione tra le parti né applicare ad essa categorie classiche di pensiero, vero/falso o causa/effetto. Nella società complessa la negoziazione, dunque, è lo strumento più adeguato ad impedire che i conflitti degenerino, favorendo piuttosto la comunicazione e la interazione tra le parti.

L’avvocato deve, pertanto, imparare l’arte della negoziazione che, spingendosi oltre il dato giuridico, permette al cliente di raggiungere un accordo idoneo a soddisfarne gli interessi più di un esatto adempimento dell’obbligazione dedotta in giudizio.

Così, l’Avvocato Diego Comba, presidente dell’organismo di mediazione ed ente di formazione “Aequitas ADR”, conoscendo bene lo scetticismo dei colleghi in tema di mediazione, immagina il dialogo tra un

mediatore e un avvocato, condotto sulla base delle nozioni e delle esperienze di entrambi, e cerca di fornire un ritratto esauriente della mediazione attraverso il confronto con ulteriori metodi di soluzione dei conflitti.

3.2. La mediazione e la transazione

La prima obiezione che gli avvocati sono soliti porre alla mediazione è che si tratti in realtà di un modo diverso di chiamare un'attività che gli stessi svolgono da sempre: la transazione. L'art. 1965 co. 1 del codice civile recita: “ La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.”, così come l'accordo di conciliazione, esito della mediazione. Cosa distingue, allora, la mediazione dalla transazione?

L'accordo: raggiunto al termine della mediazione ha valore di titolo esecutivo, così che le parti non debbano adire il giudice di primo grado affinché si pronunci sull'accordo transattivo, dotato di mero valore contrattuale.

I soggetti della negoziazione: nella mediazione sono le parti stesse a negoziare, coinvolte dal mediatore, eventualmente assistite dagli avvocati; nella transazione la negoziazione è condotta solo dagli avvocati.

L'oggetto della negoziazione: nella transazione la negoziazione riguarda pretese elaborate e definite nell'atto di citazione già presentato o da presentare. Si tratta di diritti o di obblighi giuridicamente rilevanti. Nella mediazione, invece, si negozia intorno ad interessi che possono totalmente prescindere dal diritto. In questa sede, infatti, non si fanno concessioni a partire da posizioni predeterminate ma si esplorano, piuttosto, soluzioni nuove. La mediazione prescinde dagli argomenti giuridici, seppur valutandoli.

Il modo di negoziare: nella transazione tendenzialmente si negozia attraverso uno scambio di scritti tra gli avvocati che si

preoccupano poi di informare le parti; nella mediazione, invece, sono le parti stesse che tentano di raggiungere un accordo con l'assistenza di un mediatore il cui compito precipuo è facilitare la comunicazione.

Il luogo della negoziazione: la transazione si svolge “all’ombra del tribunale”¹⁰³ dopo l’inizio della causa, o immediatamente prima, qualora si verificano eventi tali da far presagire un esito non favorevole in sede di giudizio. La mediazione viene svolta prima del giudizio e fuori dal tribunale.

La mediazione viene comunque spesso confusa con la transazione, nonostante questa sia il tipico esempio di “negoziato posizionale”, rigido, in cui ciascuna delle parti rinuncia a qualcosa della propria posizione con lo scopo di accordarsi prima di dover affrontare gli onerosi costi di un giudizio ordinario. Si tratta di un “gioco a somma zero” in cui l’accordo raggiunto nulla aggiunge alle posizioni di partenza laddove invece la mediazione, “negoziata assistita”, potrebbe essere considerata un “gioco a somma tendenzialmente positiva” caratterizzato da capacità creativa, giacché mira a risolvere la controversia considerando gli interessi delle parti anche e soprattutto oltre l'oggetto del contendere.

Comba per definire con maggiore chiarezza la differenza tra la mediazione e la transazione propone la metafora del campo di battaglia.

Scopo della transazione è negoziare una tregua “quando le truppe sono già state schierate, gli obiettivi fissati e le strategie decise o addirittura poste in atto”.¹⁰⁴

Le decisioni sono state già tutte prese ma è come se il traguardo si allontanasse sempre più.

¹⁰³ P.L. Amerio-E.M. Appiano-L. Boggio-D. Comba-G. Saffiro, *La mediazione nelle liti civili e commerciali. Metodo e regole*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 4

¹⁰⁴ Ivi, p. 24

Nella mediazione nulla è determinato *a priori*, il mediatore ha il solo compito di condurre le truppe fuori dalla trincea alla volta di una “ricognizione” del terreno su cui poggiano le relazioni nonché di tutto ciò che sta intorno al conflitto, con l’obiettivo di pervenire, non ad un accordo sul prezzo da pagare per la “ritirata”, bensì a nuove possibili soluzioni.

3.3 La mediazione e l'arbitrato

Con l'arbitrato le parti, di comune accordo, sottopongono la controversia alla valutazione di un terzo arbitro imparziale, sia esso singolo o collegiale. L'esito è una decisione, il lodo, vincolante, che fa dell'arbitrato una procedura poco alternativa al modello del processo-giudizio, definita, appunto, "giudizio privatizzato".

Lo schema cui l'arbitrato si rifà è quello proprio del processo-giudizio ordinario, del quale l'arbitrato stempera il formalismo, potendo le parti accordarsi preventivamente sulle regole che dovranno informare di sé l'intera procedura; aumenta le competenze del terzo scelto quale esperto della materia in oggetto, diversamente dal giudice "precostituito per legge"; abbrevia notevolmente i tempi di decisione. I costi sono senza dubbio elevati ma largamente compensati dalla brevità dei tempi, dalla riservatezza del procedimento e dalla competenza di chi decide.

Il lodo, come già accennato, è equiparabile alla sentenza del giudice statale e anche nel caso dell'arbitrato irrituale, la decisione, seppure di natura contrattuale, è emessa al termine di un procedimento in cui la negoziazione gode di uno spazio molto limitato e in cui il terzo si limita a raccogliere le argomentazioni delle parti.

Il lodo, come la sentenza, dev'essere motivato secondo diritto, salvo diversa volontà espressa congiuntamente dalle parti. L'arbitro deve, quindi, applicare i principi stabiliti dal Codice di procedura civile quanto all'ammissione delle prove e al contraddittorio. La natura giuridica della controversia si deduce dai casi di nullità del lodo sanciti dall'art.829 del codice di procedura civile, tra cui: la violazione del principio del contraddittorio, la mancata osservanza delle forme prescritte sotto pena di nullità e richieste dalle parti, la mancata esposizione sommaria dei motivi

della decisione, la mancata indicazione del contenuto della stessa, la mancata applicazione delle regole di diritto.

Diversamente, nella mediazione il terzo stimola in ogni modo la comunicazione tra le parti. La proposta di risoluzione, prevista dalla legge italiana in caso di mancato accordo, può essere richiesta dalle parti o formulata dal mediatore anche senza il consenso delle prime poiché, non essendo vincolante, non viene considerata alla stregua di una sentenza. Nella proposta, senz'altro rilevante ai fini di una possibile condanna alle spese legali qualora il giudice, in seguito adito, ne accolga per intero il contenuto- art. 13 co. 2 D.lgs. 4 marzo 2010 n. 28-, gli avvocati scorgono il rischio di un'anticipazione del giudizio capace di influire sul processo a venire.

In realtà la legge non obbliga il mediatore a fare la proposta, né individua i criteri in base ai quali debba essere redatta, potendo quest'ultima essere anche solo informale e, dunque, non verbalizzata. Lo stesso verbale redatto in sede di mediazione poco somiglia a quello redatto dinanzi al giudice o all'arbitro, non essendo previsto alcun obbligo a carico del mediatore di prendere nota del comportamento delle parti o delle argomentazioni da ciascuna espresse anche se in merito alla proposta così come formulata. La diffidenza con cui si guarda alla proposta, nei termini sopra indicati, è facilmente superata se ci si accorge di come la sua formulazione, scandita dagli elementi emersi durante l'esplorazione di ciò che sta intorno al conflitto, non può che essere considerata frutto della negoziazione. Pertanto il mediatore può, già al primo incontro, comunicare alle parti la propria facoltà di formulare una proposta soltanto col consenso delle stesse nel caso in cui la fase di esplorazione dia i suoi frutti.

3.4. La mediazione e il giudizio

Il giudizio assomiglia un pò ad un duello dell'ottocento¹⁰⁵, in cui il duellante che spara per primo sa di non dover fallire giacché, in caso contrario, la sua fine potrebbe arrivare sotto il colpo inferto dal ferro nemico. E' necessario "uccidere al primo colpo", perché ciò accada bisogna eliminare i fattori accidentali quali il vento o il riflesso del sole, che potrebbero impedire la giusta mira. Il bersaglio non si muove, è fermo e aspetta, bisogna solo puntare e mirare con precisione assoluta.

Il pensiero che permea questa visione del conflitto prescinde totalmente dall'interazione tra i soggetti richiamando piuttosto l'azione di questi ultimi sugli oggetti. Il pensiero lineare riflette, dunque, la scienza meccanicistica di Newton e di Galileo che non considera il contesto in cui l'evento si verifica e del quale rileva solo il rapporto causa-effetto. Il principio meccanicistico viene adattato al diritto, modellato su principi astratti contenuti nella legge statale.

Tuttavia nel novecento il modello scientifico meccanicistico viene rivoluzionato, così come la logica positivista dell'ottocento ad opera del secondo teorema di Goedel.

Galileo e Newton cedono il passo alla teoria della relatività e alla fisica quantistica. Vengono rivoluzionate anche la cibernetica e la biologia che sviluppano un modello di circolarità delle relazioni. Fondamentale diventa la relazione tra le parti e il sistema di comunicazione che le tiene unite. Viene meno ogni certezza, nulla è più prevedibile. Il pensiero circolare o sistemico si sostituisce al pensiero lineare, rendendo possibile una nuova visione delle controversie: non più un duello tra due nemici destinato a concludersi con un vinto e un vincitore, ma un sistema di

¹⁰⁵ Ivi, p. 7

comunicazione interrotto che bisogna ripristinare aprendo nuovi canali e sbloccando i vecchi.

Da qui la differenza tra il giudizio e la mediazione. Nel giudizio, prevedibile quanto a forme e contenuti, i soggetti, ben definiti nei rispettivi ruoli, svolgono un'attività lontana dalla ricerca di compromessi e aggiustamenti in funzione retroattiva. Diversamente, la mediazione è un "processo circolare di azione-retroazione"¹⁰⁶ cui il raggiungimento del punto di equilibrio, idoneo a ristabilire l'ordine all'interno della relazione, complessa, non è reso possibile da una decisione eteronoma ma da un'autonoma gestione del conflitto. Nessuna certezza né prevedibilità.

Il giudizio, tagliente come una spada, separa il colpevole dall'innocente. Si sofferma sul passato foriero di elementi su cui costruire la "verità". La logica su cui si fonda è quella escludente dell' *aut-aut*.

La mediazione guarda al futuro, al fine di creare nuove soluzioni. La sua logica è quella inclusiva dell' *et-et*.

Nel dialogo immaginario tra l'avvocato e il mediatore, laddove il primo sostiene che siano proprio le parti "a voler vedere scorrere il sangue", il secondo ribadisce la necessaria valutazione di un'alternativa, giacché il valore di un avvocato sta anche nel saper scegliere il metodo più appropriato per risolvere i problemi del cliente.

La guerra di trincea, o il duello ottocentesco sono senz'altro preferibili qualora sia facile ottenere l'esatto adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio. Tuttavia in tanti altri casi è preferibile raggiungere un accordo adeguato che permetta alla relazione di ricominciare.

Per comprendere appieno il valore della attività di mediazione e distinguerla dagli altri strumenti di risoluzione delle controversie, può

¹⁰⁶ Ivi, p. 35

essere utile ricorrere ad un suggestivo e celebre aneddoto, riportato da un classico della letteratura sulle ADR frutto dell'attività svolta dalla "Scuola di Negoziazione" di Harvard:

Due bimbe litigano per ottenere, ciascuna, l'ultima arancia rimasta. Interviene la madre, e per porre fine alla lite, propone di tagliare l'arancia in due parti uguali dandone ad ognuna metà. Ma le bambine continuano a strepitare, poiché ciascuna vuole per sé l'arancia intera. La nonna decide di chiedere alle bambine per quale reale motivo vogliano l'arancia. Una risponde di aver sete e di volersi fare una spremuta, l'altra invece riferisce di volerne grattugiarne la buccia per preparare una torta. La nonna, allora, provvede a preparare una spremuta per la prima e a grattugiare la buccia per la seconda. Entrambe le bambine sono così soddisfatte e il litigio termina.

Da sole, le bambine si confrontano facendo leva ciascuna sulla propria forza. La madre rappresenta il giudice che, dotato di un potere più grande di quello delle bimbe, decide dividendo. L'insoddisfazione delle piccole aumenta dinanzi ad una decisione che non ne realizza i desideri. La nonna rappresenta il mediatore che indagando riesce a comunicare con le bimbe e a comprendere, e a far comprendere loro, la compatibilità degli interessi di entrambe: "L'unico valore di scambio utilizzato dal diritto ha messo in luce la possibile coesistenza di più valori d'uso inerenti allo stesso oggetto: l'arancia sarebbe potuta diventare più grande".¹⁰⁷

¹⁰⁷ G.Cosi-G.Romualdi, cit., p. 22

3.5. I principi

I principi, ossia le regole generali su cui il terzo neutrale fonda il suo operato volto ad una gestione pacifica del conflitto finalizzata al raggiungimento di un accordo, di un dialogo, possono essere enucleati dai principi della negoziazione cooperativa presenti nel metodo del “negoziato di principi”¹⁰⁸, ampiamente e autorevolmente trattato nel corso dello *Harvard Negotiation Project* (progetto di ricerca presso la Harvard University, Facoltà di Legge, che, soffermandosi sui problemi del negoziato, perfeziona metodi di negoziazione e mediazione).

Questi i principi: scindere le persone dal problema, concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni, generare opzioni alternative, misurare i risultati della trattativa con criteri oggettivi.¹⁰⁹

I primi due rappresentano i presupposti, le lenti da inforcare per riuscire a leggere tra le righe del conflitto e giungere così ad un efficace accordo; il terzo e il quarto afferiscono piuttosto agli approcci operativi da utilizzare durante la mediazione nell’interazione con e tra gli attori.

Il primo principio da voce alla necessità di separare il rapporto tra gli attori ed il problema che ha generato il conflitto. Ciò che va affrontato è il problema, mentre gli attori, sono piuttosto le risorse cui attingere al fine di individuare le possibili soluzioni. Risulta pertanto di primaria importanza smorzare i toni, neutralizzare quell’aggressività che potrebbe improntare l’interazione tra le persone così da spostare l’attenzione dal problema oggettivo ai soggetti. Non è sugli argomenti che alimentano la separazione che bisogna porre l’accento bensì su quelle motivazioni che possono condurre a punti d’incontro, muovendo dai quali è più facile giungere ad un

¹⁰⁸ M. Julini, cit., pag. 115

¹⁰⁹ Ivi, pag. 116

accordo. È proprio la ricerca di tali punti d'equilibrio a dover direzionare l'attività di esplorazione a cui è chiamato il mediatore così da poter aiutare le persone e la loro relazione.

La convinzione diffusa secondo cui i rapporti interpersonali siano semplici, essendo sufficiente essere familiari, amici, colleghi è immancabilmente sfatata dall'esperienza. Non c'è nulla di più complesso al mondo delle relazioni interpersonali modellate sulle percezioni delle parti in gioco, costantemente condizionate da facili incomprensioni. La relazione e il conflitto si implicano a vicenda nella misura in cui le parti siano completamente libere di esprimersi. Le persone coinvolte in una lite tendono più o meno consapevolmente a informare il conflitto di elementi soggettivi che nulla hanno a che vedere con il problema in oggetto ma che spesso riguardano piuttosto la relazione esistente tra le parti. Tra gli elementi soggettivi è possibile individuare: una diversa percezione dei fatti, che indirizza le parti in lite verso una differente interpretazione degli stessi ed una conseguente visione miope del problema; i sentimenti e le emozioni, paura o risentimento, la cui reciproca ammissione è tanto difficile quanto necessaria al fine di comprendere l'origine del conflitto; problemi di comunicazione, che viene irrimediabilmente compromessa nel momento stesso in cui sorge il conflitto.

Nel *vademecum* del buon mediatore non dovrebbe mai mancare il monito a ricordare quanto importante sia ogni occasione idonea a consentire ad una parte di incontrare e comprendere il punto di vista dell'altra, nonché l'importanza di ogni occasione capace d'instillare in ciascuno il senso di responsabilità, l'impegno a ricercare, nell'affrontare il problema comune, la soluzione più soddisfacente per tutti.

E' necessario che il mediatore, in primo luogo, permetta alle parole, ai gesti di ogni attore, di far emergere tutto ciò che sia utile, financo le

emozioni, padrone incontrastate del conflitto, al fine di meglio comprendere il problema; in secondo ascolti con molta attenzione, operando le dovute scremature su quanto riportato dagli attori spesso strettamente connesso alla sfera prettamente emotiva, con lo scopo di enucleare ciò che è realmente utile per affrontare il problema.

Il secondo principio “concentrarsi sugli interessi, non sulle posizioni” rappresenta lo strumento principe idoneo a garantire l’efficacia dell’accordo. Le posizioni rappresentano ciò che ciascuna delle parti in conflitto pretende di ottenere, determinato e sostenuto da una forte carica emotiva e dunque spesso spropositato rispetto al problema. Gli interessi rappresentano invece ciò che gli attori vogliono ottenere realmente per potere ritenersi soddisfatti.

Gli interessi fondamentali sono quelli dalla cui soddisfazione non si può prescindere, essenziali per ogni individuo e proprio per ciò, se non appagati, inizialmente nascosti con cura. La classificazione più nota di tali bisogni umani è quella fatta da Abraham Maslow che li ordina secondo una scala di priorità. L’uomo, secondo Maslow, cerca innanzitutto di soddisfare i propri bisogni primari coincidenti con il bisogno di sussistenza economica per poi passare al secondo livello rappresentato dal bisogno di sicurezza fisica. La mancata soddisfazione dei bisogni di base (bisogni primari e bisogni di sicurezza), determina l’inevitabile insoddisfazione dei bisogni di livello superiore: bisogni sociali (appartenenza da un gruppo, amicizia, amore), bisogni di stima (prestigio, riconoscimento), bisogno di autorealizzazione (possibilità di esprimere le proprie potenzialità).

L’uomo è una “totalità dinamica e integrata”, pertanto il soddisfacimento o meno del bisogno che si manifesta ad un certo stadio si riflette sull’individuo considerato nella sua globalità, così sarà possibile soddisfare bisogni appartenenti a stadi superiori solo qualora siano stati

preventivamente soddisfatti bisogni di grado inferiore, essenziali per la sopravvivenza. Ma se i bisogni di base soddisfatti non tornano a far parlare di sé, i bisogni più alti nella scala gerarchica, tendendo a variare nel tempo, si ripropongono ogni volta in maniera diversa in base agli obiettivi che in un dato momento ci si prefigge di raggiungere.

Non è difficile dunque che gli interessi non siano del tutto chiari neppure all'attore il quale riesce spesso solo ad individuarne più d'uno o ad individuare soltanto gli obiettivi. Compito fondamentale del mediatore sarà quindi aiutare le parti a ricercare ed individuare i propri interessi sottostanti alle posizioni espresse, tradurli in termini concreti e valutarli criticamente, in quanto e se compatibili con quelli delle altre parti, di cui è necessario prendere consapevolezza. Saranno i bisogni a guidare le trattative finalizzate al raggiungimento di un accordo soddisfacente per tutti, in virtù del quale siano tutti vincitori. A ciò conduce *concentrarsi sugli interessi*, laddove invece il permanere delle posizioni porterebbe ad una definizione della lite capace solo di decretare un vinto e un vincitore.

Il terzo principio, *generare opzioni alternative*, è possibile qualora il secondo sia stato efficacemente applicato. Superata la visione parziale del problema e abbandonata la posizione iniziale volta al pieno soddisfacimento delle proprie pretese secondo la logica *vincente-perdente*, gli attori del conflitto adesso possono, con l'aiuto del mediatore, interagire sul piano degli interessi sottostanti, pronti ad includere nelle trattative anche questioni che non riguardino in prima battuta l'oggetto della controversia e a considerare opzioni non previste, inconsuete, creative ma ciononostante idonee a soddisfare tutte le parti. La ricerca di opzioni alternative spiccatamente pragmatiche capaci di condurre ad un punto di equilibrio sulla linea degli interessi previamente individuati è resa possibile dalla libertà di forme che caratterizza la mediazione.

Il quarto principio, *misurare i risultati della trattativa con criteri oggettivi*, consiste nel guardare alle valutazioni fatte sulle possibili opzioni in termini concreti e oggettivi avendo come riferimento: la situazione altrui, la reale percorribilità di opzioni proposte o da proporre, la valutazione delle concrete alternative negoziali quali la migliore o la peggiore alternativa al negoziato nonché la valutazione del prezzo, non esclusivamente monetario, di alcune opzioni.

Tali riferimenti concreti delle valutazioni fatte devono essere misurati attraverso l'individuazione di criteri oggettivi sull'efficacia, sull'utilità, sulla convenienza per ciascuna delle parti, sul soddisfacimento del punto di equilibrio individuato da tutte le parti in seno agli interessi di ciascuno.

La mediazione è un insieme di tecniche e metodologie che non può non tener conto del vasto numero di variabili in gioco, che possono derivare dal tempo, dal modo in cui si pongono coloro che stanno in mediazione, dalle riserve mentali degli stessi, dal tipo di controversia oggetto della mediazione, dalle differenze di mezzi e di potere contrattuale delle parti, dal ruolo svolto dai professionisti che aiutano le parti durante la procedura.

4. Le fasi

4.1. La prima fase: presentazione del mediatore, delle parti e dei loro avvocati durante la prima sessione congiunta d'incontro

Le parti sono libere. Non è rilevante come siano arrivate alla prima seduta, importante è piuttosto sottolineare che anche nel caso in cui una norma di legge le costringa al cosiddetto “tentativo preliminare di mediazione” tale obbligatorietà possa essere aggirata con una presenza meramente formale¹¹⁰. Sottolineare la libertà delle parti di abbandonare il tavolo delle trattative in qualunque momento è un potente argomento per superare le naturali diffidenze nei confronti dell'efficacia della mediazione.

Tanti i timori delle parti e dei loro avvocati, come restare schiacciati da un meccanismo sconosciuto rivelando inconsapevolmente informazioni che potrebbero essere usate contro di loro. Grande il disagio di un incontro che prevede il confronto libero delle parti sebbene al tempo stesso formale, data la presenza di un terzo estraneo. Considerevoli le reazioni emotive che il mediatore non può sottovalutare.

Il primo “criterio di navigazione” che dovrà seguire il mediatore lungo la sua traversata sarà l'empatia, la difficile ma necessaria attenzione ai comportamenti non verbali delle parti e alla loro emotività.

Il terzo neutrale, dunque, non dovrà mordere il freno cercando di giungere in fretta ad una soluzione, favorendo l'elemento verbale e razionale a detrimento di quello emotivo e irrazionale. E' importante mettere le parti a proprio agio rendendo l'ambiente confortevole ed accogliente e dando voce al comportamento non verbale del mediatore che

¹¹⁰ Il decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 (il c.d. decreto “del fare”), in caso di mediazione obbligatoria, prevede che venga fissato un primo incontro di programmazione con un mediatore e le parti, al termine del quale, le parti decidono se concludere la mediazione con un accordo, o proseguire la mediazione, oppure, in caso di mancato accordo, interrompere la procedura di mediazione e andare in giudizio, senza pagare le indennità dovute per la mediazione.

permetta l'ampliamento della comunicazione tra le parti, cui la mediazione mira, creando un contesto differente da quello che fino ad ora ha fatto da sfondo alla controversia.

Il secondo "criterio di navigazione" è l'autorevolezza che il mediatore potrà esercitare mostrandosi coerente, ponendo cioè regole chiare e unanimemente condivise che si impegnerà a far rispettare. La conoscenza delle regole che stanno alla base della mediazione, diversamente dalle procedure giuridiche, non può essere data per scontata. Tali regole devono quindi essere esplicitamente condivise pertanto il mediatore dovrà proporle, dopo aver accolto le parti, all'inizio della seduta congiunta, la prima.

Il professionista, quindi, coglie l'occasione per chiarire il proprio ruolo, evidenziandone la neutralità, palesando le caratteristiche precipue della mediazione e la loro differenza rispetto al processo civile o arbitrale (come la mancanza di una decisione finale) nonché la protezione riservata alle comunicazioni tra le parti che sono tenute segrete, non potendo essere utilizzate fuori dalle sedute in cui si articola la mediazione. La riservatezza è l'elemento su cui si deve insistere in quanto da ciò dipende in buona misura la fiducia che le parti accordano a questo strumento alternativo.

Questi continuerà illustrando il modo in cui intende procedere nell'osservanza delle norme previste dal regolamento dell'ente a cui appartiene. Se lapalissiane sono alcune esplicitazioni quali il rispetto dell'altra parte durante la seduta congiunta, l'eguale durata degli interventi di ciascuna parte, meno ovvia è l'enunciazione della differenza di ruolo ricoperto, da un lato, dalle parti e, dall'altro, da ulteriori soggetti coinvolti nella negoziazione. E' necessario, infatti, che il mediatore ascolti sempre la parte senza permettere che venga indirizzata da altri, quali l'avvocato o il consulente, i quali non di rado si rivelano più disponibili a negoziare di

quanto non lo siano i rispettivi clienti. Più pericoloso, ma non di certo raro, è il caso in cui il vero attore della negoziazione non sia presente alle sedute, ma muova da lontano i fili di chi è stato mandato a prendervi parte. In tal caso sarebbe auspicabile, seppure molto difficile, riuscire a dar voce al *regista* assente affinché diventi anch'egli *attore* della trattativa.

L'autorevolezza implica, poi, che le regole così enunciate siano riconosciute in quanto ragionevoli e quindi accettate e rispettate.

Durante la prima fase, dopo la presentazione del mediatore, bisogna lasciare alle parti la possibilità di esprimersi. Queste ultime arrivano in sede di mediazione con le idee ben chiare sia sul conflitto sia sulla soluzione, certe di poter far valere le proprie posizioni.

I dati forniti attraverso le memorie scritte, inviate prima dell'inizio della mediazione, e di cui il mediatore prende visione al momento della preparazione degli incontri, non possono essere presi in considerazione quali basi da cui muovere, come avviene invece nelle transazioni, ma piuttosto quali mere aspettative. E' qui che emerge il terzo "criterio di navigazione" meglio definito da Comba "accortezza smaliziata", in virtù del quale il mediatore è chiamato a capire quali personaggi le parti stanno interpretando e far sì che queste ultime escano allo scoperto accompagnandole fuori dal contesto in cui hanno costruito il conflitto. Lo scopo è riuscire a liberarsi dal giogo delle posizioni. E in questo momento spesso trova spazio lo sfogo emotivo che invece di stanare la parte non fa che confermare la posizione di quest'ultima determinando nell'altra un'ulteriore riaffermazione della propria.

4.2. La seconda fase: esplorazione e incontri separati

Perché la mediazione abbia successo è necessario superare le posizioni iniziali, perciò il contatto personale e l'esposizione orale consentono al mediatore, ponendo domande opportune, di individuare le falle di ciascuna argomentazione disarcionando le parti, allontanandole dalle loro posizioni e destrutturando il contesto all'interno del quale esse hanno costruito il conflitto. Al fine di separare ogni attore dalle proprie certezze è fondamentale porre le domande giuste così da delegittimare i modelli amico/nemico, che hanno trasformato il problema in conflitto. Bisogna dunque uscire dai termini della lite e risalire ai presupposti più generali della stessa, quelli che stanno a monte e in nome dei quali la parte agisce. Va svolta un'indagine più estesa rispetto al problema oggetto della lite che sappia collocare il conflitto nel contesto delle relazioni intercorrenti tra le parti, far emergere gli interessi sottostanti e le strategie approntate.

Per rendere tutto questo possibile è opportuno, dopo una prima seduta congiunta, incontrare le parti separatamente. L'esplorazione dei fatti, delle relazioni, delle strategie non è resa possibile durante l'incontro congiunto laddove, invece, in occasione delle sedute separate è permesso ad ognuno di mostrare il lato debole di sé, scientemente tenuto nascosto all'altra parte. In quest'ultima sede, infatti, ci si rende più facilmente disponibili alla negoziazione, sempre che il mediatore riesca ad essere empatico, autorevole nonché accorto e smaliziato.

4.3. La terza fase: emersione degli interessi

Il quarto “criterio di navigazione” consiste nella ricostruzione del contesto in cui è nato il conflitto le cui coordinate sono: le circostanze, i fatti, gli interessi, le relazioni tra le parti e con i terzi. E’ adesso che la presenza del mediatore diventa indispensabile, allorquando, in virtù del clima di fiducia sapientemente creato, attraverso le giuste domande, questi aiuta le parti ad acquisire una conoscenza molto più ampia e consapevole di ciò che gravita intorno alla lite nonché le possibili soluzioni.

4.3.1. *Il modello della lancia*

Quali siano i reali interessi delle parti, sottesi alle posizioni pervicacemente esposte durante il primo incontro, non è di facile rilevamento, né sarebbe prudente chiederlo espressamente e insistentemente fin dalle prime battute, giacché così i tempi verrebbero artificiosamente contratti e le coscienze volutamente manipolate, se non ancora naturalmente pronte a rendersi consapevoli da sé. E' facile che un mediatore dell'ultima ora attribuisca al termine *interesse* un'accezione meramente economica indirizzando le parti a trovare una soluzione di siffatta natura, tralasciando quanto di non materiale stia intorno al conflitto. Laddove il senso della mediazione consiste piuttosto nell'esplorare gli obiettivi non palesati e nell'indagare sulle circostanze da cui ha preso forma il conflitto. L'ostacolo principe alla realizzazione della mediazione consiste proprio in quell'elemento irrazionale, voler combattere senza esclusione di colpi, che ha dato origine alla lite.

Ma nel momento in cui si attiva una procedura di mediazione, il conflitto è già nato e un discreto numero di colpi è già stato inferto attraverso l'utilizzo del "modello della lancia". Le parti hanno selezionato tra gli aspetti della loro relazione quelli più utili alla vittoria e, ordinandoli gerarchicamente in prospettiva antagonistica, hanno fatto ciascuno dell'argomento a sé più favorevole la punta della lancia da rivolgere verso il nemico. Gli elementi meno utili nella lotta sono stati rimossi. L'antagonismo e il "modello della lancia" sono tanto più efficaci quanto maggiore è l'intesa tra l'avvocato e il cliente nella comune crociata contro l'avversario.

E' la suesposta "deformazione professionale" ad impedire all'avvocato di entrare nello spirito della mediazione, abituato com'è a

scovare fatti utili per far vincere il proprio cliente nonché incline ad un rapporto con i colleghi di tipo agonistico. E poiché le vecchie abitudini sono dure a morire è facile per l'avvocato riproporsi in questo nuovo contesto nei termini di cui sopra. E dire che sarebbe tutto molto più semplice se solo l'avvocato comprendesse l'importanza di una solida alleanza con il mediatore, vista la sua conoscenza approfondita dell'oggetto della negoziazione e la capacità di rassicurare il proprio cliente relativamente alla bontà di quanto si compie sia nel corso dell'intera mediazione sia nella redazione dell'accordo finale.

4.3.2. *Il modello dell'albero*

Al *modello della lancia*, di cui si fanno latrici le parti e i loro avvocati, il mediatore contrappone il *modello dell'albero*.

Adattare la procedura della mediazione al “modello dell'albero” implica l'abbandono di un modello, quello della lancia appunto, e della sua apparente e puntuta efficacia dovuta ad una semplificazione, spesso azzardata, delle circostanze ed iniziare ad esplorare “le ramificazioni, i nodi e le radici dei rapporti tra le parti”¹¹¹ oltre l'evidenza del conflitto così come proposto in seduta congiunta. Banditi antagonismo ed agonismo ci si muove con passo felpato in un contesto scandito da empatia, sicurezza e fiducia, in cui tutti sono consapevoli della nuova direzione verso cui ci si incammina, una soluzione accettata e condivisa da ciascuna nell'interesse di ognuno.

Finalmente liberi dalla prigionia del *bellum iustum*, preda dell'ebbrezza frutto dell'elaborazione di un nuovo progetto, le parti si lanciano nella creazione in libertà di soluzioni innovative, meglio nota agli addetti ai lavori come *brainstorming* o *tempesta di cervelli*.

Le parti, esplorando i loro rapporti, ne riscoprono aspetti rimossi, prendono coscienza di sé, accettano le proprie fragilità, consapevoli di ciò che sta intorno e dietro al conflitto, individuando così nuove circostanze e vecchi fatti, i propri reali interessi, per approdare infine a preziose soluzioni volte a ricomporre i resti di una, spesso, antica relazione. Qualunque argomento può essere trattato di norma a partire proprio da quelle posizioni così tanto stigmatizzate da poter essere, solo attraverso la lunga e delicata fase di esplorazione, definitivamente esorcizzate.

¹¹¹ Ivi, p. 68

4.4. La quarta fase: accordo o abbandono

Il *modello dell'albero* riposa sulla pazienza del mediatore e delle parti. Nessuna fretta solo tanta pazienza. E non lentezza, come si potrebbe facilmente dedurre, bensì cura e attenzione pronte a cogliere improvvise aperture nella comunicazione tra le parti, solo adesso capaci di comprendere quanto finora rimasto oscuro.

Se la mediazione è stata condotta con cura, attenzione e pazienza la soluzione potrebbe, paradossalmente, giungere dopo che la procedura viene abbandonata senza successo.

Individuati e raggiunti i punti d'incontro tra le parti bisognerà tradurli in un accordo chiaro, puntuale e giuridicamente vincolante. Compito che il mediatore deve affidare agli avvocati presenti, non essendosi egli mai posto, durante la procedura, come il regista occulto della stessa, in egual modo deve agire al momento della stesura dell'accordo. Quest'ultimo viene redatto dalle parti e dai rispettivi consulenti mentre il mediatore si limita a prenderne atto nel verbale di mediazione e ad allegarlo a questo.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione, se le parti ne facciano espressa e concorde richiesta, anche se ad onor del vero il Decreto ministeriale n. 180 del 2010 prevede altrimenti.¹¹²

Non si tratta di una sentenza e dunque non è vincolante, salvo che le parti la includano nel verbale di conciliazione dopo averla accettata.

Il verbale, che può essere redatto in vari modi, non può non rispettare il criterio di riservatezza nonché la mancata facoltà di decidere del mediatore caratterizzanti la procedura ed essenziali per la riuscita della

¹¹² Amerio-Appiano-Boggio-Comba-Saffirio, cit. p.443

stessa. La proposta non dev'essere motivata, né deve contenere l'esposizione dei fatti emersi durante gli incontri o le qualificazioni giuridico-tecniche di tali fatti. Essa, piuttosto, contiene indicazioni che fungano da esortazioni relative ai comportamenti che le parti devono porre in essere perché il dialogo possa essere ripristinato e la lite composta.

5. Tecniche, metodologie e strumenti

L'obiettivo principale della mediazione è la rimozione degli ostacoli alla comunicazione tra le parti intesa quale condizione prioritaria per il superamento del conflitto.

Prima di intraprendere qualunque causa legale le parti tentano comunque una negoziazione anche se puntualmente con esiti negativi, o a causa della rigidità di chi conduce le trattative o a causa della delusione delle parti stesse che, insoddisfatte della soluzione raggiunta, sentono di aver perso qualcosa. E ciò perché, durante le trattative, non è mai stata abbandonata la logica del conflitto amico-nemico, come accade, del resto, tra avvocati durante le transazioni in cui *bluff* e pressione psicologica giocano un ruolo fondamentale. Si tratta, cioè, di negoziato posizionale che finisce per ridursi ad un mero mercanteggiare sul prezzo, laddove, invece, la mediazione amplia l'oggetto della negoziazione permettendo alle parti di trovare un accordo che doni nuova linfa alla relazione spesso lontano dal problema che ha determinato l'attivazione della procedura. In ciò sta la difficoltà della mediazione che, se affrontata con competenza e professionalità, può, così superata, rappresentare la chiave del successo: “per risolvere bisogna capire e per capire bisogna fornire all'altra parte, e riceverne, informazioni fuori contesto [...] che debbono restare riservate”¹¹³

¹¹³ Ivi, p. 46

5.1. Gli ostacoli

Difficile riuscire a prevedere i tanti tipi di ostacoli che, impedendo una comunicazione efficace tra le parti, possono frapporsi alla riuscita del tentativo di conciliazione. Sull'argomento si rivelano le esperienze professionali di antesignani di chiara fama della mediazione in Italia.

Gli ostacoli potrebbero essere così classificati: ostacoli inerenti alla procedura di mediazione, ostacoli legati a radicate convinzioni culturali ed *impasse* negoziali.

5.1.1. Ostacoli inerenti alla procedura di mediazione

Le barriere cognitive: la mancata conoscenza dei fatti, delle relazioni e delle circostanze fondamentali conduce al fallimento della mediazione. Per ovviare a tale inconveniente è importante la preparazione della procedura attraverso il reperimento di tutti i documenti rilevanti.

La carenza di poteri dei rappresentanti degli attori: prima di avviare la procedura il mediatore deve affrontare l'importante questione che riguarda la legittimazione e i poteri dell'eventuale rappresentante dell'attore, ove quest'ultimo sia persona giuridica. In tal caso bisogna accertare la sussistenza di tutti i poteri necessari a trattare e a concludere l'accordo per un importo non inferiore al presunto valore della controversia come presentata all'organismo di mediazione al momento dell'attivazione della procedura, nonché l'insussistenza di limiti. L'importanza di tale questione deriva dal verosimile rischio che la procedura possa, ampliato l'orizzonte negoziale, toccare questioni suscettibili di valutazioni economiche non previste prima dell'inizio della mediazione.

Il rappresentante della persona giuridica deve, pertanto, presentarsi munito di regolare procura notarile, rilasciata per la controversia in oggetto, che gli conferisca, senza limiti, i poteri necessari a partecipare alle trattative fino alla firma del verbale di mancata o avvenuta conciliazione, la verifica dei quali, *ex art. 11 commi 3 e 4 del Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28*, è attribuita al mediatore.

L'assenza delle parti che decidono: una mediazione in cui i decisori "reali" siano assenti è destinata a fallire. Limitarsi a verificare i poteri formali di rappresentanza non è necessariamente un buon presupposto per una mediazione di successo, al contrario, le parti realmente presenti, avvertendo la sensazione di essere usate, accrescono la propria aggressività.

Negoziato di posizione: si tratta di una negoziazione rigida, quale la transazione, con cui, *ex art 1965 c. c.*, le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite. In applicazione della “teoria dei giochi”, se la transazione viene definita un “gioco a somma zero”, in cui, cioè, qualora le reciproche concessioni delle parti si dovessero sommare alla prestazione finale il risultato sarebbe sempre e comunque uguale all'iniziale oggetto del contendere; la mediazione, invece, è un “gioco a somma positiva” poiché mira a risolvere la controversia considerando gli interessi delle parti anche e soprattutto oltre l'oggetto del contendere.

5.1.2. Ostacoli culturali

Diversamente dagli ostacoli suesposti, i seguenti non risultano immediatamente evidenti: rigidità culturali, ostilità emotive, idiosincrasia, personale sistema di valori da cui derivano convincimenti e aspettative, riguardo alla controversia, di cui è importante conoscere il contesto di riferimento per poter facilmente risalire allo strumento di soluzione più efficace. A tal fine è, pertanto, necessario che le diverse modalità di soluzione dei conflitti non vengano confuse e utilizzate nel contesto sbagliato; e che le parti siano rese edotte sulle peculiarità della mediazione, quale assistenza alla negoziazione, dotata di modalità proprie e di un peculiare approccio che potrebbe essere ostacolato da aspettative mal riposte sulla scorta della conoscenza di differenti strumenti di soluzione delle controversie. Di seguito alcuni dei contesti di conflitto più comuni idonei ad ostacolare la mediazione.

La negazione del conflitto: implica l'esistenza di un sistema di valori fortemente condiviso nell'ambiente a cui appartengono le parti in lite tale da far sì che il conflitto venga valutato in maniera negativa. Questo contesto è tipico di un ambiente familiare chiuso, un clan; un'impresa organizzata in base a criteri gerarchici; circoscrizioni territoriali, quartieri e villaggi; gruppi coesi da una lingua comune e da una comune cultura.

La forma in cui si esprime questo contesto è la negazione del conflitto tesa a nascondere.

La modalità di soluzione adatta a questo tipo di contesto consiste nel ricorso ad un personaggio autorevole che sia il depositario del patrimonio culturale del gruppo a cui appartengono le parti, e nel conseguente rispetto

della soluzione da questi prospettata in quanto autorità morale, priva di forza coercitiva.

Il conflitto amico/nemico: diversamente da quello su analizzato, questo contesto è caratterizzato dalla presenza di un elemento di estraneità- sesso, razza, lingua, religione, condizione sociale- che, oscurando il vero problema e i reali interessi sottesi, sfocia in un'ostilità di principio volta a denigrare l'altra parte come persona e ad indebolirne la posizione all'interno del conflitto.

Questo tipo di conflitto è rappresentato in ambito politico, sociale, religioso e anche economico. Quest'ultimo può essere il caso dell'esclusione di un concessionario dalla rete di vendita di una grande impresa, laddove l'esclusione è perpetrata e vissuta come una vera e propria scomunica.

La forma in cui si esprime questo tipo di conflitto è lo scontro in cui le parti tentano di vincere a tutti i costi. Nel caso del conflitto economico si tratta di comportamenti tesi a arrecare all'altra parte il maggior danno economico ed il maggior discredito possibile.

La modalità di soluzione è l'inevitabile vittoria di una parte sull'altra.

Il raffreddamento del conflitto: le parti ritengono di avere un problema meramente tecnico da dover risolvere. Di conflitto e di tutto ciò che è ad esso correlato non si parla nemmeno. Si mira a salvaguardare un insieme di relazioni troppo importanti per essere messe a repentaglio. La divergenza riguarda elementi che necessitano di essere isolati ed elaborati mediante il rilascio di una perizia tecnica, un parere giuridico o fiscale.

Esempio di questo contesto è il caso dei soci di una fiorente società dalla quale nessuno intende, ovviamente, recedere e il cui conflitto riguarda

problemi di natura contabile che possono essere definiti attraverso il ricorso a parametri internazionali applicati, per volontà concorde delle parti, da una società di revisione. Il parere dell'esperto non ha ad oggetto la valutazione delle relazioni o degli interessi in gioco, rifacendosi piuttosto a parametri tecnico-scientifici.

La forma in cui si esprime il tipo di conflitto in esame è il raffreddamento del disaccordo che comporta il vantaggio di semplificare le divergenze, facendo ricorso ad una procedura dalla quale sono esclusi tutti i tipi di elementi personali ed emotivi nonché le implicazioni di natura economica.

La soluzione al conflitto è di natura meramente tecnica.

Dai suddetti contesti discendono ancora nuovi ostacoli di seguito riportati.

Percezione della mediazione, da parte degli attori, quale strumento non risolutivo delle controversie.

Tale percezione deriva spesso dalla constatazione dell'assenza di un notaio, di un avvocato o di un giudice, da cui gli attori farebbero dipendere una valutazione negativa della mediazione quale procedura non valida ed inefficace.

Gli "scettici" partecipano comunque o perché curiosi di sapere cosa verrà loro detto o perché consapevoli del dovere di partecipare espressamente sancito dalla legge n.148.

Per potere rassicurare lo scettico il mediatore deve cercare di presentare la mediazione in modo corretto e completo. Deve, pertanto, porre l'accento sulla facoltà delle parti di abbandonare la procedura, sull'obbligo di riservatezza a cui è tenuto il mediatore, sulla possibilità che la mediazione si concluda con titolo esecutivo. E ancora, deve rimarcare le

caratteristiche precipue della mediazione: creatività, ricerca di soluzioni alternative, ampliamento dell'orizzonte negoziale.

Il mediatore deve chiaramente elencare gli effetti giuridici certi riconosciuti dalla legge sia nel caso di abbandono delle trattative sia nel caso in cui il tentativo di conciliazione riesca.

Partecipazione alla mediazione senza un reale interesse ad avvalersene.

La situazione in esame riguarda generalmente la parte convenuta. Quest'ultima manifesta il proprio disinteresse, fin da subito, postergando la risposta all'invito a partecipare alla mediazione, per poi dichiarare la propria disponibilità non senza la richiesta di ulteriori informazioni all'organismo.

Avviata la procedura, l'attore viene a conoscenza di una serie di notizie relative alla stessa che gli permettono di provare maggiore fiducia nelle reali potenzialità della mediazione, ma potrebbe anche decidere di abbandonare definitivamente la procedura, o ancora, raggiunti essenziali punti di equilibrio, potrebbe voler procedere ad una pronta transazione.

Volontà di evitare che la partecipazione alla mediazione possa nuocere alla reputazione.

Molti attori ma soprattutto i loro avvocati, formati in un contesto professionale e culturale fortemente permeato da una concezione avversariale del conflitto che, potendo essere oggetto di più gradi di giudizio, è suscettibile d'esser combattuto in una guerra all'ultimo sangue, ritengono, perciò stesso, che il clima disteso volto a favorire il dialogo, proprio della mediazione, possa nuocere alla loro reputazione professionale che li ritrae quali instancabili lottatori.

La presentazione che il mediatore è chiamato a fare del proprio ruolo e della procedura permette di rassicurare attori e avvocati riguardo alla riservatezza della procedura quanto alle informazioni rese nel corso della stessa e al ruolo dell'avvocato.

Il mediatore può altresì rimarcare che il verbale di conciliazione, se redatto, per volontà delle parti, potrebbe anche avere un contenuto essenziale, riportando solo i punti d'equilibrio raggiunti, poi elaborati dagli avvocati attraverso la stesura del contratto. E che, qualunque sia l'esito, la mediazione fornisce agli attori uno strumento certo pur se non definitivo. Vari sono, infatti, i contenuti che il verbale di mediazione può avere: mancata adesione della parte convocata; mancata conciliazione, ove la stessa sia stata avviata; avvenuta conciliazione, con valore di titolo esecutivo.

Quanto su esposto permette di enucleare tre elementi idonei a persuadere gli avvocati della bontà della procedura di mediazione: riservatezza, importanza della figura dell'avvocato e certezza del risultato.

La concezione antagonista del negoziato.

Com'è noto al termine negoziato sono legate immagini di lunghe ed estenuanti trattative condotte sulla base di reciproche concessioni e finalizzate al raggiungimento di un accordo, in cui a prevalere è inevitabilmente il più forte. Il potenziale vincitore, il più forte, secondo la concezione antagonista del negoziato, è il più duro, colui che aggredisce verbalmente, colui che, ostentando sicurezza, pressa l'altro ponendo *ultimatum*, talvolta espressione di un maggiore potere contrattuale, talaltra frutto del convincimento in base al quale il miglior negoziatore è colui che non cede.

Dinanzi a simili strategie il mediatore deve: intervenire durante gli incontri separati facendo leva sulla fiducia reciproca e sulla necessità del dialogo, evidenziando l'utilità di diverse opzioni negoziali e la possibilità di ampliarne gli orizzonti; favorire l'immedesimazione di ciascun attore nelle esigenze dell'altro; fare in modo che, durante gli incontri congiunti, il dialogo si realizzi efficacemente.

Ostacoli di natura emotiva.

Il mediatore può trovarsi di fronte ad attori che covano rancore oramai da lungo tempo.

Reduci da relazioni conflittuali con parenti, *partners*, colleghi, superiori, vicini, causa di sofferenze profonde, le parti spesso attraverso il loro incontro rivivono le emozioni di esperienze passate.

Il mediatore che si trovi dinanzi a situazioni di tal fatta dovrà lasciar manifestare le emozioni e comprenderle cercando di esorcizzarle inducendo a narrazioni liberatorie.

Ma se comunque il problema dovesse persistere sarebbe necessario, più che ricercare le cause nel passato, individuare le condizioni che nel presente lo hanno determinato, si da affrontarle per il bene della relazione in futuro.

Ostacoli determinati dalla sussistenza di riserve mentali.

Qualora sussistano facilmente il mediatore può rilevare difficoltà di comunicazione che inducono ciascuna parte a convincersi della bontà della propria posizione.

Emblematico è il caso di una controversia relativa al mancato pagamento di una somma, parte della quale era stata determinata da un calcolo di natura fiscale piuttosto complesso, rapidamente risolta in virtù di

una ricostruzione del calcolo di cui sopra in occasione di un incontro congiunto. L'analisi dei dettagli del calcolo evidenziò che quanto l'attore riteneva fosse frutto di un errore non ammesso, in realtà era l'esito di una interpretazione diffusa e ritenuta corretta dagli uffici fiscali territorialmente competenti. Pur non senza residue reticenze il debitore pagò la somma contestata.

5.1.3. *Impasse* negoziali

Con il termine *impasse* negoziali si suole riferirsi a quei temporanei arresti del dialogo e, dunque, della negoziazione generati spesso da incomprensioni, fraintendimenti e divergenze di opinioni. Un buon mediatore deve saper affrontare e superare tali momenti, favorendo la ripresa della negoziazione.

I contesti all'interno dei quali possono nascere le situazioni di *impasse* sono: la concentrazione sugli importi; le aspettative non realistiche; in seguito ad un *ultimatum*; la mancata disponibilità a trattare.

La concentrazione sugli importi.

Spesso il radicato convincimento delle parti sull'importanza rivestita dal prezzo di un bene, o di un servizio, o di una prestazione, è causa di una delle possibili situazioni di *impasse* in esame.

Ciò si verifica allorché la mediazione, risparmiando sui tempi, non permette l'ampliamento dell'orizzonte negoziale, né la percorribilità di opzioni alternative a quelle concentrate sugli importi.

In tal caso il mediatore deve, attraverso sedute separate, operare sugli interessi delle parti cercando di comprendere le reali necessità all'origine del blocco.

L'attività del mediatore, in casi simili, si è rivelata idonea a rassicurare le parti sulla loro reciproca credibilità e sulla possibilità di un'evoluzione positiva del negoziato, sostituendo alla centralità del prezzo, la centralità del dialogo, attraverso precise soluzioni: il conferimento dell'incarico di determinazione del prezzo ad un arbitro scelto di comune accordo; la determinazione condivisa del prezzo, senza pagamento immediato; l'immediato pagamento parziale, senza la determinazione

definitiva dell'intero; il deposito su un conto corrente, cointestato e vincolato, per un lasso di tempo determinato, di una somma uguale da parte di ciascun attore; la previsione di sanzioni in caso di adempimento tardivo e di inadempimento totale o parziale.

Le aspettative non realistiche.

In tal caso l'*impasse* è frutto di aspettative non troppo realistiche riguardo al contenuto e alle modalità dell'eventuale accordo, supportate da soluzioni alternative al negoziato.

Il mediatore deve, durante sedute separate, verificare la priorità degli interessi delle parti, nonché le reali alternative al negoziato considerate. Le possibili soluzioni, prospettate dal mediatore, che in casi simili hanno permesso di superare l'*impasse* e riprendere le trattative sono: il rilascio di dichiarazioni sul prezzo di oggetti simili a quelli della trattativa in esame, da parte di uno o più esperti; la presentazione di una formale e irrevocabile controproposta scritta con la previsione di un termine; la risoluzione condivisa di un pregresso contratto preliminare a favore di uno nuovo contenente un ventaglio di prezzi di massima, per cui sono previsti condizioni e termini di perfezionamento differiti.

In seguito ad un ultimatum.

In questo caso l'*impasse* può essere il risultato di un elevato numero di possibili percorsi negoziali considerati o di una strategia negoziale o di una maggiore forza contrattuale. Se l'*ultimatum* è maturato nel contesto per primo richiamato, il momentaneo blocco che ne consegue potrà essere facilmente superato in sede di incontri separati prima, e congiunti poi. Se, invece, l'*ultimatum* dovesse maturare nell'ambito dei residui possibili contesti, allora, si determinerebbe un vero e proprio *impasse* negoziale.

Il suddetto *impasse* può essere affrontato in modi differenti in relazione al contesto in cui è maturato. Se espressione di uno stile negoziale, il mediatore può, in occasione di sedute separate, con una parte individuare gli interessi reali di quest'ultima e valutare l'efficacia della strategia utilizzata dalla stessa, con l'altra parte verificare le reali alternative al negoziato al fine di decidere se accettare o rilanciare con una controproposta, o se proporre nuove opzioni. Se espressione di una maggior forza contrattuale, il mediatore dovrà affrontare la questione con la parte più debole, valutandone i limiti negoziali e le necessità di giungere ad un accordo, al fine di valutare se inoltrare ulteriori richieste o iniziare un percorso condiviso.

Al fine di superare i casi di *impasse* testé proposti si sono rivelate produttive le soluzioni quali: il differimento del termine dell'*ultimatum* e la contestuale presentazione di ulteriori richieste e informazioni; l'indicazione condivisa di un termine preventivamente determinato di conclusione della negoziazione; la decisione di sottoscrivere accordi intermedi al termine di ogni fase negoziale.

L'indisponibilità a trattare.

Caratteristica peculiare della mediazione è la centralità delle parti e il potere loro riconosciuto di concorrere alla gestione del conflitto. Pertanto l'eventuale irrigidimento potrebbe essere interpretato come il limite invalicabile oltre il quale gli attori ritengono di non poter più procedere nella negoziazione.

Due sono i contesti in cui può presentarsi il problema in esame.

Se le parti sin da subito si sono dimostrate restie ad ampliare gli orizzonti negoziali, saranno probabilmente prigioniere di una concezione

antagonista del conflitto che, come già detto, si concentra su pochi elementi; o se hanno già trattato e non intendono più farlo.

Nel primo caso il mediatore deve proporre una seduta congiunta volta alla ricerca di punti d'equilibrio condivisi.

Nel secondo caso, attraverso incontri separati, deve accertare la determinazione delle parti nel non voler procedere ad ampliare gli orizzonti negoziali e verificare se il punto di equilibrio raggiunto, allorquando siano cessate le trattative, possa rappresentare il miglior accordo condiviso possibile.

6. Il mediatore

Il mediatore è un terzo indipendente, “equiprossimo” e “bi-utrale” che assiste le parti al fine di rendere possibile il raggiungimento dell’obiettivo principe della procedura di mediazione, ossia la comunicazione efficace tra le parti sulle relazioni personali, gli interessi, le circostanze e i fatti relativi alla loro controversia. Li aiuta, pertanto, a superare gli ostacoli e garantisce loro il rispetto della confidenzialità delle informazioni.

Perché il mediatore riesca a portare a termine la sua missione è necessario che ricopra un ruolo fortemente attivo, cioè: deve cercare di ottenere risposte che non solo diano a se stesso l’opportunità di conoscere certi fatti ma che permettano, altresì, alle parti di guardare al conflitto con altri occhi, deve, insomma, riuscire a conquistare la loro fiducia per favorire un’apertura finalizzata all’emersione di ciò che viene tenuto nascosto; deve riuscire, con autorevolezza, ad impedire che le parti incontrandosi si scontrino ancora una volta, e al contempo mantenere un clima informale che permetta una comunicazione fluida e trasparente.

D’altro canto il mediatore ricopre un ruolo anche fortemente passivo giacché: non decide, a differenza del giudice o dell’arbitro che piuttosto decretano la vittoria di una delle parti; non si esprime sulla veridicità o meno dei fatti riportati dalle parti, come farebbe invece un esperto; fa emergere ciò che sta intorno alla controversia al fine di liberare le parti dalla prigionia a cui sono state ridotte dalle rispettive e reciproche posizioni conflittuali.

6.1. Gli strumenti del mediatore e le tecniche di mediazione

Gli strumenti e le tecniche di cui il mediatore dispone, e che verranno di seguito analizzate, sono inscindibilmente connesse alla capacità che questi possiede di mantenere l'autorevolezza, la terzietà e l'indipendenza necessarie al fine di un corretto svolgimento, etico e giuridico, della procedura in oggetto.

L'autorevolezza, letteralmente definita “stima, credito, fiducia che s'impongono in quanto fondati sul prestigio e l'autorità di chi ne gode”¹¹⁴ è un insieme inscindibile di “reputazione, empatia, capacità di ispirare fiducia, esperienza, rispetto e stima professionale”¹¹⁵, acquistate giorno dopo giorno attraverso la preparazione, lo studio della teoria ma anche l'esercizio della pratica, nonché la conoscenza e il perfezionamento del modo in cui si interagisce con gli altri, imparando a fare le scelte giuste in ogni momento.

L'indipendenza, che viene, in prima battuta, dichiarata dal mediatore per iscritto prima di accettare l'incarico attribuitogli dall'organismo di appartenenza, deve, poi, perdurare per tutta la durata della procedura. E' così che il codice europeo di condotta per i mediatori prevede, per questi ultimi, il dovere di divulgare le notizie afferenti a tale precipua caratteristica durante tutto il tempo dell'intero procedimento. Il suddetto codice chiarisce espressamente che l'indipendenza richiesta si riferisce a “qualsiasi relazione personale o di affari con uno degli attori nonché qualsiasi interesse finanziario, diretto o indiretto, in conseguenza della mediazione”.

¹¹⁴ G.Devoto-G.C.Oli, *Vocabolario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1994

¹¹⁵ M.Julini, cit., p.131

La terzietà, si riferisce invece al modo in cui il mediatore si pone durante la procedura, coerentemente all'usuale comportamento dello stesso. Infatti il mediatore, non più "equi-distante" come il giudice nel processo tradizionale, è piuttosto "equiprossimo" o bi-utrale" partecipando alla posizione di tutte le parti, mostrando confidenzialità e vigilando, per obbligo professionale, sulla riservatezza delle informazioni assunte.

Le tecniche di mediazione e gli strumenti utilizzati dal mediatore nello svolgimento del proprio compito sono volte a rendere possibile quello che s'impone quale obiettivo principale della procedura ossia la comunicazione efficace tra le parti, finalizzata al raggiungimento di un accordo amichevole tra le stesse.

Tra i più importanti strumenti a disposizione del mediatore, per la riuscita del suo intervento, vengono di seguito segnatamente esaminate: la restituzione del mediatore, gli incontri separati, le domande del mediatore, la possibilità di generare le opzioni, le modalità di superare gli ostacoli nonché le modalità di gestione e di superamento dell'*impasse*.

6.2. La restituzione del mediatore

La restituzione del mediatore non è altro che una parafrasi cioè, dire con altre parole ciò che l'attore ha riferito durante l'esposizione della propria verità concitata, ridondante o scarna, afferente al passato, e comunque indicativa del disagio vissuto.

E' compito del mediatore, dunque, prestare attenzione al contenuto della narrazione fatta dall'attore per cogliere gli elementi essenziali, le informazioni utili riuscendo ad estrapolarle dal contesto emozionale attraverso cui sono transitate e a lungo sostate.

Questi gli obiettivi della restituzione: creare un clima disteso e positivo tra le parti; consentire al mediatore di verificare la corretta comprensione di quanto narrato dalle parti; coinvolgere l'attore, il quale ascolta la propria narrazione attraverso il racconto fatto dal mediatore in maniera neutrale e oggettiva.

Restituire non significa integrare, né interpretare o valutare ma solo restituire la narrazione, adottando un linguaggio neutro e oggettivo, sì da alleggerirla dalle zavorre di negatività e conflittualità palesate. Il mediatore utilizza un'esposizione verbale il cui *incipit* potrebbe consistere in un “*se non ho capito male lei ha affermato che...*” oppure nel caso in cui voglia evidenziare il trasporto emotivo carico di negatività “*sento che lei...*”.

Le restituzioni fatte dal mediatore si ripetono durante l'intero svolgimento della mediazione al fine di riepilogare quanto esposto e proposto dalle parti, ma anche a riordinare le questioni tecniche o a chiarire i progressi fatti da questi ultimi durante le sedute separate e comuni precedenti.

6.3 Gli incontri separati.

Gli incontri separati con ciascuna parte sono lo strumento specificatamente volto a rendere concretamente possibile il passaggio, compiuto dalle parti stesse, dall'esposizione delle proprie posizioni (ciò che le parti dicono di volere) alla trattativa sugli interessi (ciò che le parti vogliono davvero).

Noti anche come sedute separate, sessioni private o *caucuses* (riunione o comitato ristretto di persone), gli incontri separati sono il momento in cui il mediatore incontra una sola delle parti, magari accompagnato dal proprio avvocato o da un consulente altro.

Questo è lo strumento che meglio consente al mediatore di creare un clima informale, confidenziale, franco e riservato.

Informale perché il mediatore, in presenza di una sola parte, libero dalla formale "equiprossimità" che deve caratterizzarlo al cospetto di tutte le parti, riesce a far emergere la reale disponibilità del singolo attore ad aprirsi, inducendolo a confessare le sue necessità e a considerare le possibili soluzioni anche in relazione agli interessi della controparte.

Confidenziale perché il mediatore, in presenza di una sola parte, può instaurare quel clima di fiducia e di complicità che gli permette di conoscere i veri interessi, valutare le opzioni e verificarne la reale percorribilità.

Franchezza perché il mediatore, in presenza di un solo attore, deve chiedere la massima franchezza sulla situazione effettiva, sui reali interessi, sugli obiettivi, e sulle alternative.

Riservatezza perché il mediatore, in presenza di un solo attore, stabilisce d'accordo con questi il tempo, il grado e i limiti della riservatezza interna ed esterna, su cui il mediatore vigila per obbligo professionale.

Gli incontri separati devono essere svolti in luoghi confortevoli e atti ad assicurare assoluta riservatezza. Essi vanno programmati in giorni o in ore differenti, così che nessuna delle parti possa sentirsi pressato dal tempo. Se, invece, fosse concordato con le parti che gli incontri si svolgano in successione, o alternandosi, è necessario far sì che questi non durino troppo a lungo e che non dedichino a ciascun attore tempi troppo diversi. Il mediatore deve lasciare la parte libera di presentarsi agli incontri separati da solo o accompagnato dal suo avvocato o altro consulente.

L'utilità massima di tale strumento è da registrarsi nella fase centrale e finale, che rispondono rispettivamente a finalità differenti.

Gli incontri separati nella fase centrale, che inizia dopo il primo incontro congiunto, possono essere più d'uno e consentono di far emergere i reali interessi in base alle priorità dell'attore, di reperire informazioni relative alle pressanti necessità dell'attore su cui mantenere riservatezza, di valutare l'esistenza di eventuali condizioni che ostacolano il raggiungimento di un accordo, di fissare le condizioni di base del singolo e infine di esplorare e verificare l'esistenza di reali alternative alla prosecuzione del negoziato.

Iniziato il dialogo a distanza fra gli attori e compiuti i primi passi sulla strada che porta all'individuazione di punti di equilibrio, gli incontri separati a venire sono finalizzati a valutare le opzioni emerse, a verificare la necessità di ricercare ulteriori opzioni, a verificare la tenuta giuridica e fiscale delle opzioni valutate, a studiare i dettagli di ipotesi e proposte, a determinare grado e limiti della riservatezza interna e a superare eventuali *impasse* negoziali.

Già nella fase finale, quando iniziano a profilarsi ipotesi di accordo, gli incontri separati, spesso effettuati in rapida successione, alternando la presenza in due stanze diverse, permettono di definire gli ultimi dettagli,

proporre aggiustamenti ad un accordo di massima, valutare eventuali proposte da inserire in un accordo condiviso e chiedere, qualora fosse necessario, una proposta al mediatore.

6.4. Le domande del mediatore

Se gli incontri separati definiscono la dimensione spazio- temporale entro cui il mediatore facilita la comunicazione tra le parti al fine del raggiungimento di un accordo, le domande poste dallo stesso rappresentano, invece, lo strumento che rende possibile tale attività.

Durante i primi incontri il mediatore pone poche domande preferendo, piuttosto, ascoltare con molta attenzione al fine di riuscire a scremare le narrazioni rese sì da enucleare le informazioni necessarie.

Negli incontri successivi, l'attività del mediatore, volta alla facilitazione dell'incontro tra le parti, è scandita anche dal tenore delle domande poste.

Nella fase iniziale del procedimento, le domande, tendenzialmente aperte, richiedono, quali risposte, narrazioni articolate: “*Signor Rossi vuole esporci la sua versione dei fatti?*”.

Nella fase centrale, le domande sono meno aperte: “*Signor Rossi sarebbe interessato ad una soluzione del genere: ...?*”.

Nella fase finale, le domande sono invece chiuse e mirate: “*Signor Rossi è d'accordo sull'ammontare della cifra offertale a titolo di conguaglio dal Signor Bianchi come corrispettivo dell'utilizzo esclusivo da lei conferitogli?*”, “*Signor Rossi è d'accordo sul tasso d'interesse proposto?*”.

Le domande poste dal mediatore dovrebbero tenere conto delle caratteristiche differenti di ogni mediazione, della duttilità del procedimento, della pragmaticità degli approcci e dei risultati della mediazione in virtù dei quali il mediatore dev'essere pronto a cambiare atteggiamento qualora l'oggetto della controversia, i tempi delle parti o il

differente potere contrattuale di queste ultime evidenziassero differenti necessità.

Aldilà delle differenze legate al singolo caso concreto, in linee generali, le domande dovrebbero essere tali da consentire al mediatore di conoscere la situazione nei dettagli, di essere certi delle informazioni essenziali, di capire quali siano le prospettive future, di comprendere lo stato della relazione intercorrente tra le parti, di condurre ciò che sta intorno alla lite dentro l'orizzonte negoziale e di ottenere risposte chiare riguardo alle proposte negoziali e alle volontà contrattuali.

Le domande più efficaci sono senz'altro quelle poste durante gli incontri separati in cui il maggiore grado di confidenzialità e informalità lascia spazio a domande dirette e immediate.

L'importanza delle domande varia al variare delle diverse fasi.

Nella fase iniziale le domande sono finalizzate a conoscere le notizie riservate rilevanti, a concordarne l'utilizzo, a conoscere gli ostacoli al raggiungimento di un accordo, ad individuare i reali interessi delle parti, a valutare le alternative alla negoziazione.

Le domande nella fase centrale sono tese a valutare le implicazioni dell'opzione in esame, a confrontare, attraverso l'utilizzo di criteri oggettivi, le opzioni in oggetto, a valutare l'esistenza di opzioni più adatte, l'opportunità di ampliare il contesto del negoziato e l'eventualità di presentare una nuova proposta, a verificare quanto la singola parte sia convinta delle scelte che vanno via via delineandosi, a valutare a quali condizioni l'informazione riservata può essere resa alla controparte, nonché le conseguenze in caso si scelga di abbandonare la mediazione.

Nella fase finale, invece, le domande poste sono volte a verificare le implicazioni di una scelta che le parti stanno decidendo di proporre e di

accettare, e valutare gli ultimi dettagli relativi al contenuto dell'accordo che si profila.

Il rischio che le domande poste vengano, però, mal interpretate o che siano espressione di un'idea di soluzione precostituita è talmente elevato da rendere necessaria un'accurata selezione delle stesse.

Diviene, dunque, importante evitare domande che implicino valutazioni su persone e fatti, che siano strettamente personali, o volte a verificare valutazioni del mediatore sulla controversia, oppure tese ad orientare verso una soluzione o una proposta che non sia stata espressamente richiesta dalle parti.

7. La centralità delle parti

Uno degli elementi portanti del paradigma culturale della mediazione è senz'altro la centralità delle parti che, infatti, mantengono il controllo e la gestione del conflitto.

Tale centralità è evidenziata già prima dell'avvio della procedura.

Così, le parti hanno il diritto di inserire, in qualsiasi contratto o statuto di società, una clausola in virtù della quale, qualora dovessero insorgere controversie relative a diritti disponibili, le stesse siano sottoposte, in via preliminare, al procedimento di mediazione presso un determinato Organismo di mediazione iscritto nel Registro presso il Ministero della Giustizia o un generico organismo iscritto nel suddetto Registro. Le parti possono anche inserire una “clausola multifunzione o clausola multistep”¹¹⁶ che prevede, in caso di fallimento della mediazione, il ricorso ad un arbitrato rituale. Esse possono altresì, dopo la sottoscrizione del contratto o l'approvazione dello statuto, individuare, di comune accordo, un differente organismo di mediazione, comunque iscritto al Registro del Ministero di Giustizia.

L'importanza delle parti si rileva chiaramente anche dopo l'avvio della mediazione.

Le parti devono conoscere l'organismo e il mediatore, della cui formazione, preparazione e imparzialità devono poter essere certe. Allo stesso modo devono essere sicure che sul mediatore gravi l'obbligo di riservatezza e inutilizzabilità in giudizio delle informazioni acquisite nella procedura di mediazione.

¹¹⁶ M.Julini, cit., p. 105

E' fondamentale che le parti abbiano la certezza di essere ascoltate, di esprimere opinioni e valutazioni senza il timore di essere giudicate ma allo scopo di essere assistite nella ricerca di un equilibrio condiviso.

E' indispensabile che le parti siano informate relativamente alla compatibilità, con le norme vigenti, delle scelte che vanno pian piano emergendo, nonché degli effetti di tali scelte sulla mediazione in corso e sulla eventuale procedura giudiziaria.

Le parti devono potersi ritirare, in qualunque momento, dal procedimento in atto o richiedere una transazione sulla base degli elementi emersi.

Ciascuna delle parti può chiedere la sostituzione del mediatore a cui il responsabile dell'organismo è tenuto a dare corso.

E' importante sapere che il mediatore ha la facoltà di presentare una proposta, anche nel caso in cui non sia stata richiesta, ma che è obbligato a farlo quando le parti, di comune accordo, lo richiedano espressamente, riservandosi di poter accettare o rifiutare, anche senza rispondere.

Le parti hanno diritto ad un accordo che non sia contrario all'ordine pubblico e a norme imperative e che, nel rispetto delle norme, possa essere titolo esecutivo.

Le parti debbono poter ottenere l'effetto traslativo, di beni mobili e immobili, che eventualmente emerga dal verbale di conciliazione.

IV. Le prassi di negoziazione e la postdemocrazia.

1. Le ADR e la crisi del paradigma giuridico moderno

Il modello della *governance*, in particolare nel nuovo contesto europeo, conduce all'utilizzo di nuovi strumenti giuridici: modalità contrattuali e modalità giuridiche in generale che richiamando formule giuridiche tradizionali ne sono piuttosto una deformazione (che si spera preluda a una riformulazione). Il diritto legislativo era forte, resistente agli attacchi, anche del tempo, si ergeva a proteggere i segni distintivi della democrazia: "generalità", "astrattezza" e "pubblicità". La *governance* è più leggera, morbida, si adatta facilmente ai mutamenti e si piega alla pressione degli interessi confliggenti. Ecco segnato il passaggio dalla legge ai contratti e ad un inevitabile approdo alla privatizzazione e alla competizione. Le tradizionali coordinate democratiche sono state, in questo senso, sconvolte.

Dunque se il diritto è certezza, la *governance*, che del diritto manca quantomeno in relazione alla sua versione moderna, è incertezza; se il diritto è idealmente la pianificazione adamantina di un futuro certo, e il suo ordine è trascendente, la *governance* è costante e continua ricerca di equilibrio in un contesto in perenne mutamento, e il suo ordine è immanente: di volta in volta scenari e soggetti cambiano in base a specifiche e variabili esigenze.

Si incrina il primato della legislazione, si riduce la tradizionale distinzione tra pubblico e privato nonché la divisione tra i poteri, e inoltre si depotenzia il controllo tra gli stessi poteri quale caratteristica precipua della tradizionale forma dello Stato di diritto democratico. La *governance*

prospetta un panorama giuridico che, rinunciando al rigore delle coordinate concettuali tradizionali e al loro carattere di generalità e astrattezza, si avvale di modalità tecniche che, impregnate di attualità, si possono definire “postlegislative”. Proprio in questa rete di “situazioni di conflitto complesse che non si lasciano gestire centralisticamente e gerarchicamente”, si staglia “la prassi paralegislativa della *governance* europea”¹¹⁷ che comprende, in particolare, le ADR.

La suddetta “prassi paralegislativa” e la *governance*, dunque, svuotano di contenuto le tradizionali categorie giuridiche e concettuali privandole del loro valore originario. Volte alla ricerca di effettualità attraverso la deformalizzazione del diritto e la realizzazione di effetti pratici, “prassi paralegislativa” e *governance* rappresentano il quadro politico-giuridico di riferimento entro cui vanno comprese le ADR che, intese quali modalità extragiudiziali o “paragiudiziali”, riflettono, appunto, i tratti principali della *governance*: “inclusività, effettività, interattività”¹¹⁸.

Pertanto le ADR, diversamente dalla lettura datane nelle pagine precedenti quale “opportunità di trasformazione personale”, vengono di seguito interpretate quale “strumento di oppressione sociale” in virtù del ritratto della *governance*, dipinto nelle pagine successive, in cui si vede chiaramente come, sotto le mentite spoglie di una nuova forma di democrazia partecipata (evocata attraverso il ricorso a concetti oramai esautorati di significato), si nasconde in realtà un potere forte e pervasivo, di natura squisitamente economica. Tale potere è capace di determinare le sorti di un’intera società civile europea che, in virtù di una negoziazione generalizzata, concretamente diretta da chi è dotato di maggiore forza contrattuale, rischia di perdere libertà e autonomia pur nell’illusione di una

¹¹⁷ Ivi, p. 51

¹¹⁸ Ivi, p. 56

autentica sovranità popolare. In un siffatto contesto, ciò che viene chiamato consenso è in realtà accettazione e resa dinanzi al più forte (si pensi a questo proposito, alle affermazioni decisamente critiche di Habermas: “*accordi meramente pragmatici* di attori collettivi, non possono evidentemente avere la forza legittimante di una società di cittadini *politicamente costituita*”¹¹⁹).

Inclusività: la *governance* è una modalità di governo aperta, inclusiva rispetto ad un numero via via crescente di attori che possono essere pubblici o privati: stati, pubblici poteri altri, organizzazioni internazionali, associazioni professionali, parti sociali, gruppi ed espressioni della società civile, imprese economiche, ONG.

Il carattere tipico della *governance*, e dell’ordine giuridico globale che ne è l’espressione, è la partecipazione al processo decisionale dei soggetti privati che cambiano di volta in volta a seconda delle occasioni. Quei soggetti privati, che nel passato erano esclusi dalle decisioni pubbliche, sia perché non legittimati politicamente, sia perché portatori di interessi esclusivamente particolari, oggi “partecipano” alle decisioni e alle rispettive esecuzioni in quanto destinatari delle stesse. Nella *governance*, “partecipazione” significa ingresso trionfale degli interessi particolari nello scenario democratico, essa punta all’assenso dei portatori di tali interessi che è cosa diversa dal “consenso” generalizzato e su basi formalmente individuali tipico della democrazia rappresentativa.

Effettività: la *governance* è “la capacità di fare in modo che le cose siano fatte senza ricorrere alla forza legale per far sì che vengano fatte.”¹²⁰

Nessuna norma, dunque, nessuna pianificazione, bensì sperimentazioni e riaggiustamenti legati al singolo caso concreto. Al fine

¹¹⁹ J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999, p.46

¹²⁰ Ivi, p.63

dell'effetto pratico diventa necessaria una sorta di momentanea alleanza tra governanti e governati.

La *governance* così istituisce legami attraverso il coinvolgimento degli interessati, con lo scopo di assicurarsi il loro appoggio al momento di dare esecuzione al contenuto dell'accordo intercorso tra le parti. Ma questa rete sebbene apparentemente sembri collegare e creare delle relazioni orizzontali, in realtà verticalizza, con il rischio, anche per le parti, di rimanere imprigionate, imbrigliate nelle sue maglie. Pur presentandosi quale struttura di sostegno, soccorso e collaborazione, essa limita l'autonomia e la libertà, esercitando, così, il suo potere nell'ombra. Questo potere, nascosto dall'assenza di decisione, di responsabilità politica, di discrezionalità, aumenta la propria pervasività penetrando nei meandri più reconditi di questo nuovo mondo globale.

Interattività e procedure irrituali: la *governance* alimenta il proprio potere all'ombra dell'interazione e del dialogo con le istanze, organizzate sulla base di interessi particolari, provenienti dal basso e, permettendo loro di esprimersi, fa della negoziazione un autentico vessillo. Divenendo pertanto anacronistico un contesto giuridico di tipo procedurale inteso in senso tradizionale, la *governance* si muove piuttosto su *itinerari* procedurali, non più ossequiosi di modelli predeterminati, bensì, pur se svolti all'interno di un quadro di riferimento, comunque modificabili di volta in volta da parte dei soggetti negoziatori. Inclusione, dialogo e interazione assumono la configurazione di "diritti umani", contro la cui violazione si può agire. Le ADR, ripercorrono l'*iter*, appena tracciato, della *governance* europea.

2. La democrazia ambigua

La distinzione tra mezzi e fini, da sempre chiara, oggi si confonde: i mezzi diventano fini e i fini diventano mezzi. E questo è ciò che accade al rapporto tra potere e denaro che cambia nel tempo adeguandosi ai mutamenti della società. Un tempo il denaro non aveva valore in sé e non era neppure segno distintivo di posizione sociale, non era il fine ma il mezzo, né fine a se stesso ma un mezzo tra altri: “Serviva a costruire strade, ponti, acquedotti, cattedrali; ad armare eserciti e a fare guerre, o a corrompere i nemici per accrescere lo Stato; a organizzare imprese commerciali nelle Indie e in territori coloniali; a finanziare lo splendore della corte regia e glorificare un sovrano o una casata.”¹²¹. Il denaro, “mezzo” del capitalismo industriale finalizzato a sostenere la produzione di beni e servizi per il consumo, diviene “fine” del capitalismo finanziario, che sostenendo e espandendo se stesso attraverso l’acquisto e la vendita di prodotti finanziari, si sottrae ai cicli produttivi e alla “economia reale” allo scopo di produrre altro denaro, impalpabile.

Il potere finanziario riesce pian piano a conquistare porzioni sempre più ampie del potere politico statale. I paradigmi politici tradizionali mutano, la sovranità statale viene progressivamente corrosa da nuovi centri di potere. A partire dalla seconda metà del secolo scorso, infatti, le risorse economiche dello Stato non sono più alimentate dal prelievo fiscale ma dal sistema finanziario che, acquistando il debito pubblico e correndo in aiuto dello Stato incalzato dai creditori, acquista sempre maggiore autorità imponendo l’adozione di precise riforme finanziarie: aumento della

¹²¹ G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Editori Laterza, La Repubblica, iLibra, 2014, p. 8

pressione fiscale, riduzione delle spese per il funzionamento dell'apparato burocratico, tagli agli investimenti nel settore sociale.

Il potere pervasivo della finanza si estende fin alla formazione delle coalizioni politiche e delle compagini esecutive. Le prime incapaci di operare scelte prettamente politiche poiché aperte ad intese trasversali, le seconde composte da tecnici, ben visti dalle banche e dal sistema finanziario internazionale. E' questo il noto fenomeno della "stabilità" in cui prende forma l'esigenza dei mercati finanziari di neutralizzare le spinte sociali non allineate alla logica economica. A tal fine diventa necessaria la perpetuazione del medesimo ceto dirigente che controlla i cambiamenti attraverso cooptazioni di soggetti nuovi opportunamente fidelizzati.

Sono queste le condizioni che rendono possibile una concreta "governabilità" che si manifesta nel rovesciato rapporto gerarchico tra parlamento e governo in cui il primo continua ad essere condizionato dalle pressanti esigenze sociali molto più del secondo occupato dalle "oligarchie tecnocratiche"¹²². "Paralisi della rappresentanza, congelamento della competizione politica, perdita di significanza delle promesse e dei programmi elettorali, condivisione e larghe intese, predominio del governo nella sua versione tecnica ed esecutiva di volontà altrui e sovrastanti: tutto ciò è quanto può riassumersi nell'espressione, ormai d'uso corrente, <<postdemocrazia>>"¹²³. La democrazia è dunque un ostacolo che spezza il circolo potere-finanza.

Allo scopo di fornire un'immagine che sia una sintesi efficace del legame tra politica e finanza, Zagrebelsky evoca la suggestiva figura mitologica dell'*uroboro*, il serpente che si nutre di sé mangiando la sua stessa coda. Esso illustra chiaramente il rapporto che intercorre tra denaro e

¹²² Ivi, p. 13

¹²³ Ivi, p. 13

politica e il loro reciproco sostentamento: l'aspirazione del denaro ad accrescere se stesso trova terreno fertile nel libero mercato dei capitali. Ma se "l'uroboro-serpente" mantiene sempre le stesse dimensioni, "l'uroboro-sistema politico-finanziario" tende a diventare sempre più grande dominando l'ambiente da cui trae le risorse per svilupparsi. Per crescere, quest'ultimo, stringe sempre più forte le sue spire intorno alla società che depaupera al solo scopo di nutrirsi, suddividendola in tre cerchi concentrici. Il primo cerchio è composto da coloro che abitano dentro il corpo del serpente, i detentori del potere e del denaro che si nutrono dei profitti ottenuti dalla reciproca interazione. Il secondo cerchio, tracciato intorno al primo, è invece abitato da coloro che forniscono l'*humus* necessario identificabile nei resti della "economia reale". Servi volontari, collaborano a creare un sistema di potere alimentato dalle continue restrizioni del loro stesso tenore di vita, dal progressivo peggioramento delle condizioni di lavoro, dalla costante diminuzione della disponibilità e della qualità dei servizi, dalla inesorabile perdita di sicurezza e dalla preoccupante eliminazione di ogni forma certa di previdenza sociale. Sistema di potere questo che, pur sfruttando chi lo sostiene a ritmo crescente, ne fa "vittime colluse perché, e fino a quando, li protegge dal rischio d'essere cacciati nel terzo cerchio."¹²⁴ Nel terzo e ultimo cerchio si trovano "gli inutili, i reietti, i disoccupati, abbandonati a se stessi come zavorra che non ha diritto di appesantire le altre parti della società, di frenare o impedire la crescita"¹²⁵.

Il ciclo "denaro-potere-denaro" diviene autoreferenziale, mezzo e scopo al tempo stesso, pervicacemente diretto all'illimitata dilatazione di sé, resta indifferente a tutto ciò che gli sta intorno finché non appare un nuovo pericolo capace di attentarne la autoriproduzione.

¹²⁴ Ivi, p. 17

¹²⁵ Ivi, p. 17

In un tale contesto nichilistico come può esserci posto per la politica e ancor più per una politica democratica? Eppure della parola democrazia oggi si fa abuso. Ciò perché, sostiene Zagrebelsky, il termine democrazia si presta alla menzogna, in ciò distinguendosi dai termini con cui vengono indicate altre forme di governo come la dittatura o la oligarchia che “poterono esibire, perfino compiacendosene, la loro antidemocrazia”¹²⁶. La democrazia invece no. Democrazia, è la parola con cui oggi si definisce ciò che è giusto ed equo in ogni dimensione, sia in quella internazionale sia in quella interpersonale. Se la parola democrazia, dunque, attira consensi le altre recano con sé il biasimo “onde, la realtà deve sempre e comunque essere mascherata da democrazia. Chi usa questa parola non è affatto detto che aderisca alla cosa. Semplicemente, non può farne a meno. Anzi, spesso, più se ne riempie la bocca, più è mentitore.”¹²⁷ In politica le parole sono spesso manipolate, ambigue, strumentali al potere, proprio come il termine democrazia, utilizzato con un significato anni luce distante dal concetto in essa sotteso.

La democrazia è una delle forme della politica, pertanto la politica è la sostanza della democrazia. La forma senza la sostanza è priva di contenuto come lo è la democrazia senza la politica. E il nostro è un tempo senza politica, in cui il termine politica è utilizzato abusivamente ogni qual volta vi sia esercizio di potere.¹²⁸

¹²⁶ Ivi, p. 18

¹²⁷ Ivi, p. 19

¹²⁸ B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 174-194 Alla luce del significato attribuito dagli antichi al termine politica quale “*ars architectonica*” o di quello attribuito dai moderni quale “esercizio legittimo del potere” finalizzato alla creazione di un ordine sociale, è opportuno sottolineare l’irriducibilità del termine politica al concetto di mero esercizio del potere.

Il potere, precisa Montanari, è una “*realtà di fatto [...] indiscutibile [...] o lo si possiede o non lo si possiede*, indipendentemente da riconoscimenti formali o istituzionali”. Esso consiste nella “*effettività di una forza* che è in grado di esercitare un controllo su territori e ambienti sociali, anche sotto forma di norme e sanzioni da eseguire [...] Il potere possiede *l’indiscutibilità del fatto* ed è *privo di qualità simboliche e valorative*. Insomma di fronte al potere è irrilevante chiedersi se è giusto o ingiusto, se è buono o cattivo ecc., poiché l’effettività della sua esistenza ne prescinde”.

Diversamente il potere politico, il cui fine è l'organizzazione di una società, dotato di valore istituzionale assume *forza di governo*. Pertanto la politica non può essere la rappresentazione di un potere semplice, fine a se stesso. In tal caso, infatti, le procedure di riconoscimento formale del potere politico che lo legittimano, i simboli istituzionali e costituzionali, sarebbero solo delle "messe in scena" per occultarne la "*materiale effettività*": "Non esiste forse una chiara differenza tra chi impone la sua volontà battendo il pugno sul tavolo e chi ricerca il consenso indicando le finalità pubbliche della decisione normativa? [...] In breve: per fare politica occorre il potere, ma non tutto il potere è politica".

Il significato della parola politica, quale legittimazione dell'agire politico, affonda le sue radici nel pensiero greco che, qualificandola "arte architettonica" o arte del governo, ne sottolinea il fine precipuo e cioè l'edificazione di una vita sociale armoniosa e felice. Il potere permette l'esecuzione di tutte quelle attività finalizzate al raggiungimento del suddetto scopo. L'etimologia della parola politica deriva dal greco *polis*, la città, che è innanzitutto comunità di uomini formatasi in seguito ad un comune atto di volontà in vista di uno scopo comune definito "bene", il bene per l'uomo. Dunque "la politica non è paura, non è terrore, non è ostilità, ma possibilità della felicità". Non è la coercizione del potere che unisce gli uomini ma l'uomo stesso.

Secondo il pensiero cristiano-medievale la politica consiste nell'attività del principe, luogotenente di Dio in terra, la cui missione è realizzare il bene comune, un bene universale indicato da Dio agli uomini, la salvezza dell'anima. Il simbolo della politica secondo i Romani è il diritto inteso come "modo razionale, logico, pragmatico, di comporre e ordinare una serie di relazioni umane e sociali". Pertanto le norme emanate dalla politica, sottolinea Montanari, sono idonee a creare "un progetto di vita sociale", a dar corpo al bene comune.

La modernità individua il concetto di politica nella legittimazione del potere il cui scopo è assicurare la pace oltre il conflitto naturale. Esso si muove entro i confini di un determinato territorio e reca con sé la celebre dicotomia schmittiana "*amico/nemico*". I confini definiscono un territorio separandolo da un altro e, distinguendo chi sta dentro e chi fuori, identificano amici e nemici. La politica teorizzata dal pensiero filosofico moderno ruota intorno alla nozione di "territorio chiuso" che Carl Schmitt considera "patrimonio del sovrano, ed il suo confine come limite della effettività del potere di governo, che individua e delimita la sovranità". Territorio, confini e sovranità sono quindi i principi cardine della politica statale, interna ed esterna.

3. L'oligarchia occulta

Sulla scorta delle definizioni di quanto sostenuto, possiamo forse ritenere che oggi la politica non esista?

Se il potere non si dà un fine che lo trascende, se il suo fine non è un progetto di vita sociale felice e armoniosa, se le sue leggi non sono destinate alla tutela del bene comune, se non esistono più confini entro e fuori dai quali garantire la sicurezza e la pace, se “Il miglior governo? Quello senza voti. I voti non giovano [...] I governi non devono farsi condizionare dai rispettivi parlamenti [...] Ce lo chiedono i mercati”¹²⁹, se non c'è spazio per il governo *del* popolo ma *per mezzo* del popolo, allora non può esserci politica, e se non c'è politica non può esserci nemmeno democrazia. Senza sostanza la forma si riduce ad un involucro vuoto.

Preso atto dell'inganno perpetrato attraverso l'apparentemente immutata identità della parola con cui viene evocata, la democrazia, in realtà privata del concetto che da sempre le appartiene e svuotata della sua sostanza politica, deve fare i conti con quella che Michels, all'inizio del novecento, chiama “la ferrea legge delle oligarchie”. Spiega Zagrebelsky che, una volta conquistata l'uguaglianza e proclamata la democrazia, i grandi numeri per poter governare hanno bisogno di piccoli numeri, di ristrette oligarchie. Ma il governo delle oligarchie è contrario ai principi della democrazia, pertanto se ne rende necessario l'occultamento, occorre cioè che “queste oligarchie non solo siano occulte, ma che occultino il loro occultamento per mezzo del massimo di esibizioni pubbliche”¹³⁰.

La democrazia sarebbe dunque pura illusione: “Il più benigno dei regimi politici, in apparenza, il più maligno, in realtà. Il principio

¹²⁹ G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente*, cit., p. 13

¹³⁰ Ivi, p. 35

maggioritario che è l'essenza della democrazia, si rovescia infatti nel principio minoritario, che è l'essenza dell'autocrazia: un'autocrazia che si appoggia su grandi numeri, ma pur sempre un'autocrazia e, per questo, più pericolosa, non meno pericolosa, del potere in mano a piccole cerchie di persone che si appoggiano solo su se stesse"¹³¹. Questa attitudine della democrazia al suo rovesciamento, alla negazione di se stessa, era già stata intuita con grande chiarezza dai critici della grande Rivoluzione, primo fra tutti De Maistre. Essa finisce sempre per rivelare il suo lato oscuro: non il potere *del* popolo ma il potere *per mezzo* del popolo. Anche Norberto Bobbio nel suo libro *Il futuro della democrazia* parla di “promesse non mantenute”, “potere invisibile”, “persistenza delle oligarchie”.

Le oligarchie persistono perché cambiano, perché si adattano ai luoghi e ai tempi in cui intendono governare, perché adottano simboli e strumenti idonei all'occultamento del loro potere, perché creano la cultura che le legittima rispondendo, ma solo apparentemente, alle aspettative del popolo.

E nascono così i “giri di potere” in cui ci si scambia favori. Chi gestisce il “giro” deve poter disporre di risorse da scambiare con servizi: denaro, impieghi, carriere, promozioni, immunità e privilegi in cambio di voti o controprestazioni. Dietro un'apparente accordo volontario si celano in realtà pericolose pressioni: “Il ricatto è il cemento. Si entra se si è ricattabili, e tutti, se sono dentro, per qualche ragione lo sono”¹³². Tale sistema non si limita ad infettare solo la classe dirigente, ma si diffonde fino a contagiare la base elettorale, il popolo. Gli uomini sono legati da rapporti che, soffocandone la dignità, fanno acquisire loro valore meramente commerciale in cui ciascuno ha un prezzo.

¹³¹ Ivi, p. 35

¹³² Ivi, p. 39

Oramai “scendere a patti”, tra potenti e non, è una modalità diffusa, e i motivi della fedeltà ad essi sono gli stessi che alimentano i “giri di potere” entro cui vengono stipulati: disuguaglianza e illegalità. Maggiori sono le disuguaglianze sociali e più ampio è lo spazio occupato dai “giri di potere”. Laddove la legge non è più uguale per tutti e le ingiustizie e le insicurezze sociali aumentano, lì prolifera il bisogno di protezione, che lungi dal riequilibrare le differenze ne favorisce sempre più il divario. La democrazia diviene così la dissimulazione di sistemi di potere basati sullo scambio impari di favori tra “padroni e servi” e su una dilagante illegalità di cui i privilegi a favore degli oligarchi sono l’emblema. Questa servitù volontaria, che Zagrebelsky definisce “servilismo democratico”, al tempo della democrazia non si presenta come sopraffazione, intimidazione o ricatto ma come “partecipazione”: “partecipazione sempre aperta, perché prevede scavalcamenti. Vi vediamo una ridda di competizioni nella quale chi sta momentaneamente in basso aspira a salire più in alto e chi sta momentaneamente in alto deve sempre temere d’essere espulso o di precipitare in basso.[...] La servitù democratica è mobile, instabile, stressante.”¹³³

Porta dunque a questo l’incontro tra la democrazia e il capitalismo, a quello che Bobbio definisce “un abbraccio mortale”: “Poiché in un sistema economico di mercato, nel quale tutto potenzialmente può essere ridotto a divenire merce, senza alcun dubbio anche il numero di voti diventa merce. Fin qui il capitalismo ha quindi supportato e sopportato la democrazia, ma oggi potrebbe essere possibile che porti proprio alla degenerazione della democrazia. Il consenso democratico non si pone quindi più alla base di

¹³³ Ivi, p. 45

ideali, principi, programmi, opinioni[...] bensì si basa su uno scambio politico sul mercato politico”¹³⁴.

L’oligarchia che s’instaura all’interno dei regimi democratici, deve farlo mascherandosi. Non può presentarsi per quello che è realmente ma deve mimetizzarsi, rendersi invisibile. Per sopravvivere essa non può sottostare alle regole generali che valgono per tutti e che infatti vengono eluse attraverso il ricorso a nuovi modelli giuridici, ad un nuovo diritto più accondiscendente e permissivo, più tecnico. Da qui infinite gradazioni di compromessi che finiscono per paralizzare i sistemi politici dei paesi più ricchi e influenti.

I partiti oggi hanno perso la loro identità, fingono di contrastarsi continuando ad illudere se stessi e l’elettorato. Non esistono più argomenti sui quali i partiti possano discutere e contrapporsi. La materia della politica è stata ridotta al minimo. Ciò che un tempo non lontano era oggetto di decisione politica adesso diviene appannaggio esclusivo di tecnici e strutture sovranazionali che non ammettono interferenze. La politica si è “ristretta”, dice Zagrebelsky, l’oligarchia no: “La politica ristretta significa, in questo caso, che tende a farsi un tutt’uno, a ridursi all’indistinzione per essere più funzionale all’equilibrio (esterno) dei poteri oligarchici”¹³⁵. Lo scopo principale dell’oligarchia è quindi quello di conservare se stessa, attraverso le cooptazioni. Solo chi è cooptato può raggiungere l’apice del potere. Ed è cooptato solo chi è ricattabile e può a sua volta ricattare. E ci si trova così intrappolati dentro una rete che rende compatibili e funzionali al mantenimento dell’equilibrio. L’oligarchia è dunque assolutamente indipendente dai risultati elettorali, perché qualunque sia il risultato la politica sarà sempre la stessa.

¹³⁴ N. Bobbio, *La democrazia tra promesse non mantenute e nuove utopie*, in G. Zagrebelsky, cit., p. 69

¹³⁵ L.Canfora-G. Zagrebelsky, *La maschera democratica dell’oligarchia*. Un dialogo, Editori Laterza, 2014, p. 31

Della democrazia restano solo le forme “ma gli effetti sulla circolazione del governo tra gruppi dirigenti e forze sociali diverse, il confronto effettivo di idee, di programmi, la competizione reale tra questi, non li vediamo più.”¹³⁶.

Non si conducono più battaglie sociali e politiche. I sindacati, da sempre al fianco della classe operaia nelle trattative con i datori di lavoro, strenui difensori dei contratti nazionali, depongono le armi lasciando spazio ai “contratti di prossimità” che, singolarmente stabiliti da ciascuna azienda, possono derogare ai contratti nazionali e alle disposizioni legislative in materia di organizzazione del lavoro e della durata della giornata lavorativa indebolendo irreversibilmente i lavoratori, il popolo.

Tutte le certezze ereditate pian piano scompaiono, in tutti i campi: politico, ideologico, normativo. “Lo svuotamento sostanziale della consapevolezza dell’elettore e al tempo stesso il nascere di altre forme di consapevolezza, veicolate anche dalle tecnologie, spingono ad affermare che siamo di fronte ad uno scenario che si intravede appena, ma che non rassomiglierà quasi per nulla a quello a noi familiare. La comunicazione tradizionale –stampa ecc.- fa acqua, disinforma o addirittura, se è di qualità, è riservata ad *élites* che si parlano tra loro. La storia del modello <<democratico>>, tra le rivoluzioni del Settecento e la fine del Novecento, è ormai alle spalle, però non sappiamo ancora quello che si profila”¹³⁷. Il cambiamento, a cui Canfora fa riferimento, è oramai evidente e con esso il disagio che si prova tutte le volte in cui si cerca di far rientrare nelle categorie tradizionali ciò che di diverso si presenta ai nostri occhi.

¹³⁶ Ivi, p. 91

¹³⁷ Ivi, p. 98

4. Democrazia o populismo

“Attenzione all’uso delle parole; le parole possono essere ingannatrici. Anzi, io sospetto che le parole della politica, compreso lo stesso termine <<politica>>, assumano significati diversi, anzi opposti, a seconda chi le pronuncia, a seconda che si stia al vertice della scala sociale o alla base.[...] Anche la parola democrazia subisce questa inversione di significati. In origine a rivendicare la democrazia erano gli esclusi dal potere. Oggi [...] sono quelli che stanno al vertice della scala sociale. In nome della democrazia si pensa di poter passare sopra i diritti dei deboli. Quindi attenzione a questo carattere ingannevole del linguaggio politico. A chi usa le parole del linguaggio politico bisognerebbe sempre chiedere preliminarmente: tu da che parte parli? Dove stai? Allora forse ci potremo intendere.”¹³⁸

Stante la lucida analisi di Zagrebelsky si ritiene che il concetto più adeguato a questo nuovo contesto politico e sociale non sia tanto quello di democrazia quanto quello di populismo. I due concetti hanno molto in comune ma sono anche tanto diversi, e il rischio che corrono in un tempo come il nostro, in cui si utilizzano termini dagli effetti collaudati per descrivere situazione nuove e differenti se non contrastanti, è che vengano scambiati creando confusione. Zagrebelsky ne chiarisce la differenza spiegando che in entrambe le parole è contenuto il concetto di popolo, ma se il popolo “democratico” è attivo, il popolo “populista” è invece “reattivo”. Quest’ultimo è indifferenziato, privo di distinzioni e divisioni interne (di classe, cultura, valori), incapace di porsi e porre domande ma pronto a dare risposte controllate da mirate sollecitazioni. In tal caso le istanze sociali non sono il frutto di un progetto politico libero e

¹³⁸ Ivi, p. 115

consapevole che proviene dalla base, bensì la reazione che, opportunamente provocata, genera consenso, quasi un plebiscito. Il primo popolo è invece il ventre della democrazia, da cui emergono soggetti, singoli o associati, capaci di esprimersi autonomamente, di sollevare questioni, soggetti che non danno risposte ma chiedono soluzioni.

Il populismo genera cittadini che si illudono di essere i protagonisti di governi creati dal popolo, mentre in realtà sono inconsapevoli spettatori di governi creati *per mezzo* del popolo, in cui il volere del *leader* coincide con l'umore del popolo: “Mentre la democrazia come noi la concepiamo è un meccanismo, per così dire, <<freddo>>- numeri, calcoli, maggioranze e minoranze, opposizioni, procedure -, i populismi [...] sono regimi <<caldi>>, che si alimentano della immedesimazione del capo nella massa, e della massa nel capo[...] Il legame tra il capo e la massa assume un significato mistico che ha poco o nulla a che fare con le verifiche elettorali che, se non sono eliminate, sono spesso manipolate con imbrogli e trucchi.”¹³⁹ Si innescano così passioni condivise e totalizzanti che non conoscono il confronto dialettico con opinioni e ragioni contrastanti.

Preterossi, dialogando con Canfora e Zagrebelsky, riporta il pensiero di Ernesto Laclau secondo cui il leader populista è un “significante vuoto” intento a dare rilievo a tutte quelle questioni che non sono oggetto di attenzione da parte della politica ordinaria, dando voce agli esclusi. Questi rende visibili malesseri mai rappresentati nelle stanze dei bottoni: “ [...] sto percorrendo la vostra strada, quella che è già in voi e ha solo bisogno di essere messa in chiaro. Io ve la indico, ma è la vostra.”¹⁴⁰ Si può persino dire che il populismo appaia come “il massimo della democrazia, come

¹³⁹ Ivi, p. 117

¹⁴⁰ Ivi, p. 120

l'incorporazione dei tanti in uno solo e dell'uno solo in tanti"¹⁴¹. Come la tanto agognata identità tra governati e governanti?! Di essa scrive Alessio Lo Giudice rivelando che la pretesa realizzazione di tale identità reca con sé il rischio “o di subire la verità imposta da chi pretende di incarnare lo spirito del popolo o di vivere nell'anomia di negoziazioni permanenti"¹⁴². Di questo dunque si tratta, di mero populismo?

Al tempo della globalizzazione anche lo stile di comunicazione della politica è populista. La politica diviene comunicazione e la televisione impone ai *leader* dei partiti e ai personaggi pubblici di comportarsi come attori che mettono in scena la politica. Il popolo si trasforma di conseguenza in pubblico, in “opinione pubblica”, indagata attraverso sondaggi condotti su iniziativa degli attori politici allo scopo di orientare scelte e comportamenti e plasmata, con il concorso dei media, allo scopo di captare e intercettare il consenso. E' il trionfo della <<democrazia del pubblico>> codificata da Manin, in cui “i leader si sostituiscono ai partiti, la comunicazione all'organizzazione, il marketing e i sondaggi alla partecipazione.”¹⁴³

¹⁴¹ Ivi, p. 120

¹⁴² A. Lo Giudice, cit., p. 150

¹⁴³ I.Diamanti, *Democrazia ibrida*, Editori Laterza la Repubblica, iLibra, 2014, p. 38

5. La democrazia al tempo di internet: *e-democracy*

La democrazia del pubblico cresce e si diffonde attraverso il suo strumento principe, la Rete, usato come canale d'informazione, comunicazione e partecipazione politica. La Rete ha permesso ad esperienze sociali locali e periferiche di "connettersi", favorendo il coinvolgimento e l'intervento diretto di un numero sempre crescente di persone, diventando il riferimento di un nuovo modo d'essere della partecipazione politica e della democrazia. Nei blog, nei *social-network* si sviluppa una democrazia diversa, che potremmo definire "diretta", o con un gioco di parole, "in diretta", in cui gli attori politici interagiscono "direttamente" con i gruppi, i movimenti, ma anche le singole persone che entrano nello spazio politico attraverso Internet: "I popoli in movimento [...] si moltiplicano e si propagano.. In tutte le direzioni. Il popolo dei blog, della Rete, il popolo viola, il popolo verde, il popolo di Grillo e perfino il 'popolo delle primarie' irrompono nell'arena politica saltando tutti i canali più tradizionali della partecipazione [...]. I diversi popoli 'indignati' e determinati a cambiare la politica 'dal basso'. Rivoluzioni e mobilitazioni che, inevitabilmente, vengono tacciate di populismo."¹⁴⁴

Il rapporto che lega politici ed elettori si erge su nuove basi, non più l'ideologia, ma neanche la fiducia, piuttosto, al contrario, la sfiducia e la diffidenza verso gli altri, tutti. I leader politici cavalcano l'onda della sfiducia per aizzare il popolo contro gli altri leader politici, paradossalmente dunque anche contro se stessi, in ogni caso contro l'intera democrazia rappresentativa. La Rete diviene l'icona della democrazia diretta di cui la sfiducia è il motore. Una "iperdemocrazia", come la definisce Rodotà, o persino un'antidemocrazia "in cui la richiesta di

¹⁴⁴ Ivi, p. 40

controlli e di limiti supera quella di autorità e decisione. Dove, comunque, la sfiducia, più che limitare e controllare le autorità e i decisori, diventa un meccanismo di delegittimazione, finalizzato alla legittimazione di chi la esercita.”¹⁴⁵ Così la sfiducia diviene la principale risorsa del consenso, di cui la Rete dilata gli spazi rafforzando la crisi della democrazia rappresentativa.

Il cyberspazio che nasce libero, quasi anarchico, con lo scopo di non essere controllato da nessuno diviene oggetto del desiderio di ogni potere esistente, per cui “non solo Internet è variamente oggetto di regolazione, ma soprattutto conosce violazioni continue di quello statuto di libertà che si riteneva poter essere affidato alla propria, esclusiva virtù salvifica”¹⁴⁶.

L’agorà, il simbolo della democrazia su cui si fonda Internet, ne avrebbe fatto l’occasione per creare ancora una volta, attraverso l’occupazione della piazza virtuale del villaggio globale, le condizioni favorevoli ad una democrazia diretta. Addirittura la Rete sarebbe corsa in aiuto della democrazia rappresentativa in declino e, fornendole gli strumenti di una democrazia immediata, cioè la consultazione permanente degli elettori, le avrebbe permesso di risalire la china. Così l’abitazione di ciascun cittadino sarebbe diventata la cabina elettorale dentro cui mettere un segno sul sì o sul no in risposta a domande poste dall’alto, contravvenendo allo spirito di internet che avrebbe dovuto sottrarre i suoi naviganti a qualunque forma di gerarchia. Diffusione del potere e controllo dei cittadini sono due aspetti peculiari, imprescindibilmente legati tra loro, di tutti i sistemi democratici, oggi potenziati dalle innovazioni tecnologiche, e a tal proposito Rodotà cita opportunamente un libro dal titolo fortemente suggestivo “*Orwell in Athens*”: “Alle tecnologie

¹⁴⁵ Ivi, p. 50

¹⁴⁶ S. Rodotà, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, 2014, p. 5

dell'informazione della comunicazione viene affidato il compito di costruire dal basso una nuova democrazia dei cittadini; alle tecniche della sorveglianza viene affidato il compito di costruire dal basso il controllo capillare sui cittadini.”¹⁴⁷ Ciò che accade nello spazio virtuale è il riflesso di quanto avviene nel mondo reale. Internet, quindi, non rappresenta una discontinuità radicale nei confronti del passato, bensì una dimensione in cui il nuovo convive col vecchio trasformandone il significato.

Il tema della cittadinanza digitale pone il problema del diritto di accesso a Internet inteso non come diritto ad essere connessi alla rete ma come un diverso modo di essere nel mondo. Il riconoscimento dell'accesso ad Internet come diritto fondamentale libererebbe il potere giuridico-istituzionale da qualunque sospetto di interferenza e controllo sulla rete, garantendo piuttosto la libertà di quest'ultima e dei soggetti che in essa agiscono. Il diritto fondamentale all'accesso ad internet sarebbe la condizione necessaria per assicurare la democraticità del sistema digitale, sintetizzando le modalità dello stare in rete e individuandone le condizioni. Una garanzia di tipo costituzionale eviterebbe, così, da un lato l'occupazione selvaggia del cyberspazio da parte di chi lo frequenta e allontanerebbe, forse, dall'altro lato, le molteplici pretese egemoniche di cui è bersaglio.

In quest'ottica l'anonimato si presenta come il presupposto della libertà di manifestazione del pensiero garantita dal diritto di accesso, come elemento costitutivo della cittadinanza digitale che, insieme allo pseudonimo, permette al navigante di sottrarsi a pressanti interferenze sia interne sia esterne.

In direzione opposta si sono mossi i due grandi poteri di internet, Google e Facebook, subordinando l'accesso alla dichiarazione

¹⁴⁷ Ivi, p. 7

dell'identità. Da qui i conflitti denominati “*nymwars*” (da *pseudonym* e *war*) nati per dare rilevanza ai rischi in cui si può incorrere in caso di rivelazione dell'identità in rete. L'obiettivo di conferire la giusta importanza alla necessità di identificazione, nel caso di lesione della dignità o dell'integrità altrui, può essere raggiunto anche attraverso una forma di “anonimato protetto”, come suggerisce Rodotà. In tal caso la persona non è identificabile in rete, ma fornisce il suo nome a chi ne garantisce l'accesso, e vi si può risalire solo in casi particolari ad opera dell'autorità giudiziaria.

Ma la verità è che anonimato e pseudonimo impediscono a Google e a Facebook di acquisire importanti informazioni con cui ricostruire profili spendibili sul mercato. La facile individuazione dei soggetti che frequentano internet attribuisce potere di censura e controllo a soggetti privati che non hanno alcuna legittimazione democratica. E così in nome di una presunta corrispondenza tra ordine pubblico e totale trasparenza d'identità la società dell'informazione si trasforma in società del controllo. Soggetti pubblici e privati, attingendo ai dati che ci riguardano, ci conoscono, ci controllano e, se vogliono, quando vogliono, ci modificano, riuscendo ad incidere sull'uguaglianza, sulla libertà di comunicazione, sulle condizioni di lavoro, sull'accesso al credito ecc..

“Divenute entità disincarnate, le persone hanno sempre più bisogno di una tutela del loro ‘corpo elettronico’.”¹⁴⁸ Si fa sempre più pressante la necessità di sottrarre le persone alla “dittatura dell'algoritmo”¹⁴⁹ che annienta ogni libertà di decisione e la sostituisce con procedure automatizzate. Così l'algoritmo diviene il fondamento del potere esercitato da soggetti, come Google o Facebook, che, avvolti nella massima segretezza, si impadroniscono della vita stessa delle persone. Si diffondono

¹⁴⁸ Ivi, p.30

¹⁴⁹ Ivi, p.37

nuove forme di discriminazione, il cittadino non è più libero ma prigioniero di meccanismi che non può controllare. Dalla società dell'algoritmo vengono bandite tutte quelle garanzie che avrebbero dovuto tutelare il popolo del villaggio globale proteggendolo dall'invasione del potere tecnologico venuto ad espropriarne l'identità.

Tutto ciò nonostante l'art. 15 della direttiva europea 95/46 sulla protezione dei dati personali stabilisca che “gli Stati membri riconoscono a ogni persona il diritto a non essere sottoposta a una decisione che produca effetti giuridici o abbia effetti significativi nei suoi confronti fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato di dati destinati a valutare taluni aspetti della sua personalità, quali il rendimento professionale, il credito, l'affidabilità, il comportamento, ecc.”.

“Che cosa diviene la vita nel tempo in cui <<Google ricorda sempre>>? L'implacabile memoria collettiva di internet, dove l'accumularsi di ogni nostra traccia ci rende prigionieri d'un passato destinato a non passare mai, sfida la costruzione della personalità libera dal peso d'ogni ricordo, impone un continuo scrutinio sociale da parte di un'infinita schiere di persone che possono facilmente conoscere le informazioni sugli altri. Nasce da qui il bisogno di difese adeguate, che prende la forma della richiesta di nuovi diritti- il diritto all'oblio, il diritto di non sapere, di non essere <<tracciato>>, di <<rendere silenzioso>> il chip grazie al quale si raccolgono i dati personali.”¹⁵⁰.

L'art. 16 del Regolamento sulla protezione dei dati personali, pubblicato il 25 gennaio 2012 dalla Commissione europea, disciplina il diritto all'oblio e alla cancellazione dei dati . Le informazione raccolte da banche dati divenute più capienti diventano accessibili a tutti attraverso i motori di ricerca che le indicizzano e le rendono suscettibili di

¹⁵⁰ Ivi, p.42

rielaborazioni continue e di una sempre maggiore diffusione: “Infatti, mentre la velocità dei tempi e dei cambiamenti, il vivere in un eterno tempo presente, sembrano trascinare tutto verso l’oblio, la memoria della rete è invece lì, sempre pronta a far riemergere qualsiasi cosa.”¹⁵¹ Da qui la necessità di un “diritto all’oblio”, a liberarsi dall’oppressione dei ricordi, a riappropriarsi della possibilità di reiventarsi sottraendosi alla tirannia di una memoria imperitura che imprigiona senza appello.

La consapevolezza di questo rapporto condizionato tra l’uomo e la macchina dovrebbe indurre a creare un contesto istituzionale adeguato ed efficace (diverso da quello debole di oggi regolarmente aggirato) che sappia, e voglia, neutralizzare l’egemonia del potere economico incidendo favorevolmente sui diritti fondamentali e permettendo, realmente, alla società virtuale di definirsi democratica.

La qualità della democrazia elettronica dipende da quelle condizioni che rendono possibile il processo democratico, cioè i diritti fondamentali, la cui supremazia dev’essere affermata laddove il potere dei soggetti economici risulta incontrollato. E’ necessario combattere quegli equilibri d’interesse attraverso cui finisce inevitabilmente per prevalere il più forte e il più strutturato.

Così se per un verso ci si imbatte in grandi potentati economici che governano la rete imponendo regole per se stessi vantaggiose, per l’altro verso si susseguono le iniziative volte ad ampliare il catalogo, sempre aperto, dei diritti fondamentali e la sua area di applicazione: “Si riflette sul senso e sui limiti dell’autoregolamentazione, sul significato che qui assume il ricorso alla *soft law*, in una dimensione nella quale l’autoreferenzialità cede ormai alla consapevolezza istituzionale.”¹⁵²

¹⁵¹ Ivi, p.43

¹⁵² Ivi, p. 56

I poteri economici forti avvertono la loro legittimazione incrinarsi tutte le volte in cui agiscono in contrapposizione al rispetto dei diritti fondamentali. E così Google propone di istituire presso l'Onu un "Global Privacy Counsel" in cui le grandi imprese del settore si uniscono per promuovere la tutela dei diritti in rete. Ovviamente si tratta di un'iniziativa di soggetti privati che tendono ad individuare garanzie compatibili con i loro interessi, le uniche a causa dell'assenza di una pluralità di attori capaci di mettere a fuoco regole comuni secondo un procedimento democratico.

Google è, infatti, una potente società multinazionale dotata di un potere tutto suo, uguale e talvolta superiore a quello di molti Stati, con cui imbastisce negoziati tra pari. È il sovrano assoluto del cyberspazio e pertanto necessita di una legittimazione forte di tipo politico che non può però essere privatizzata. Da qui il manifestarsi di reazioni dei soggetti nazionali al fine di rivendicare un ruolo che è proprio della politica e non può essere riconosciuto ad altri poteri.

Si fa dunque sempre più pressante l'esigenza di garanzie costituzionali a tutela dei diritti della rete e nella rete, insomma di un "Internet Bill of Rights". Si tratta di una iniziativa costituzionale contro l'invasione degli Stati e il potere incontrollato di soggetti economici che pretendono di governare le vite dei naviganti e che annovera la partecipazione di una pluralità di attori differenti che, a livelli differenti, con strumenti differenti, negoziano e si impegnano l'un l'altro al fine di individuare e tutelare un patrimonio comune di diritti. L'*Internet Bill of Rights* non ripercorre l'iter classico di costituzionalizzazione, in esso i principi e i diritti riconosciuti non sono imposti dall'alto ma piuttosto il frutto di un procedimento partecipato attivamente grazie ad una tecnologia che permette a ciascuno di formulare proposte, confrontarle, modificarle, sottoporle a continui aggiustamenti e rielaborazioni.

Si impone un nuovo modello culturale che vede in internet un mondo sconfinato in cui le idee possono circolare liberamente e dare voce a quei diritti fondamentali che rappresentano l'unico potere oggi opponibile alla forza, finora, incontrastata degli interessi finanziari. La proposta dell'*Internet Bill of Rights* ha valore simbolico : “mostra una sensibilità costituzionale diffusa, e sappiamo che un'età dei diritti è sempre un'età del costituzionalismo [...] un costituzionalismo globale possibile , non affidato a una “*vertical domestication*”, con norme sovrastatali incorporate nei diritti statuali, né semplicemente traslocale. Vale a dire una costruzione de diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, non punto d'arrivo, ma strutturati in modo da sostenere la sfida di un tempo sempre mutevole, quasi una costituzione infinita.”¹⁵³

Ma il progetto di una costituzione di internet paventa il rischio di una dilagante molteplicità di costituzioni settoriali, derivate da interessi economici più che da esigenze politiche, che privano il concetto di costituzione del suo significato universale e unificante.

¹⁵³ Ivi, p. 64

6. La tecnocrazia

[...] “globalizzazione: parola che nomina, certo, un fenomeno primariamente economico, ma che rinvia anche (e forse innanzitutto) ad un processo tecnologico che ha progressivamente annullato le distanze, dando vita ad una rete mondiale di connessioni e di interdipendenze tra un numero sempre crescente di attori sociali e di eventi appartenenti un tempo a piani più facilmente distinguibili tra loro, economici, politici, religiosi e in senso lato “comunicativi.””¹⁵⁴

Tecnica e tecnicismo sono caratteristiche peculiari del nostro tempo, del tempo della *governance*. Tempo in cui la tecnica viene capovolta e che, come evidenzia Andronico, da “mezzo” diviene “fine”. Non più uno strumento di cui ci si serve per la realizzazione dei propri obiettivi, ma obiettivo esso stesso. La tecnica acquista così un ruolo imprescindibile, *condicio sine qua non* per il raggiungimento di qualunque scopo, fa di questi ultimi il pretesto per il proprio accrescimento. Come sottolinea Alberto Andronico, il piano di immanenza dei nostri giorni, e dunque della *governance*, non è semplicemente economico bensì tecnico, o meglio tecnocratico, lo stesso scopo del capitalismo oramai non è più il profitto ma il progresso tecnologico che ne favorisce le condizioni di crescita. Così “il denaro da *mezzo* per produrre beni diventa il *fine* in vista del quale i beni vengono prodotti.”¹⁵⁵

L’equilibrio tra Stato e mercato si sposta a chiaro vantaggio di quest’ultimo quando il neoliberismo, con le sue privatizzazioni e deregolamentazioni, scorge nella politica un ostacolo allo sviluppo delle dinamiche economiche. Gli interessi privati trionfano sul bene comune

¹⁵⁴ A.Andronico, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 72.

¹⁵⁵ Ivi, p. 75.

mostrando ben presto le loro falle, prima fra tutte la contraddizione tra le logiche dei mercati e quelle della democrazia e delle esigenze di giustizia sociale. Ecco che torna a farsi sentire, in ambito nazionale ed internazionale, il bisogno di un controllo politico, scrive Andronico, ma che non può più essere quello della regolazione dall'alto.

Si viene a creare un circolo vizioso tra gli interessi speculativi delle banche, da un lato, e quello che dovrebbe essere l'interesse alla tutela del bene comune da parte degli Stati, troppo spesso però fortemente indebitati, dall'altro: “ [...]sono ora i mercati finanziari ad avere il coltello dalla parte del manico. Non era mai successo che i governi eletti dal popolo venissero sostituiti senza esitazione da persone direttamente portavoce dei mercati: si pensi a Mario Monti o a Loukas Papademos.”¹⁵⁶

La politica così, assoggettandosi al *dictat* dei mercati, favorisce l'incremento della sperequazione sociale nonché l'allontanamento dai processi giuridici resi possibili dalla democrazia. Il consenso, elemento fondamentale della legittimità democratica, oggi si limita, suo malgrado, a supportare decisioni già prese da altri, cioè dalle tecnocrazie europee: “Se la decisione sugli obiettivi, sui fini, è in qualche modo già predeterminata, il conflitto e il dibattito risultano sterilizzati politicamente, così che la democrazia come qualcosa di vivo, in cui si tratta di definire un progetto per il futuro, è ridotta al lumicino: da qui alla privatizzazione della politica, delle istituzioni, il passo è breve.”¹⁵⁷

E così gli Stati perdono la loro sovranità a favore di centri di potere finanziari collocati altrove. La politica si allontana ogni giorno di più dalla realtà che dovrebbe affrontare, dai problemi che dovrebbe risolvere giacché le decisioni più importanti attengono oramai ad una dimensione in cui agli

¹⁵⁶ J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 5

¹⁵⁷ Canfora- Zagrebelsky, cit., p. 47.

Stati non è dato entrare. La sovranità si dissolve nel momento in cui lo Stato diviene mero esecutore tecnico dei programmi imposti dall'esterno “per salvaguardare la solvibilità dello Stato nei confronti dei suoi creditori internazionali [...] Gli stati nazionali [...] sono il luogo dove si eseguono decisioni esterne che hanno conseguenze negative sul tenore di vita, sul livello occupazionale e sulla protezione sociale, perché bisogna tenere sotto controllo il bilancio dello Stato e avere una finanza pubblica che consenta al mercato finanziario nazionale di essere allettante per gli investitori esterni.”¹⁵⁸

La politica non sceglie più i fini, e così viene meno non solo la politica stessa ma anche la democrazia vissuta non più come un'opportunità, una risorsa, ma come un problema, un ostacolo all'attuazione di decisioni che, diversamente da come appare, provengono dall'alto. La politica si mostra come un aggregato di interessi il cui scopo è autoprodursi secondo una logica oligarchica, senza alcuna prospettiva né progettualità.

L'Europa riconosce priorità al perfezionamento dei controlli piuttosto che all'ampliamento del consenso e dunque alla legittimazione, favorendo così gli interessi degli esecutivi e il loro potere, insomma la tecnocrazia. La tanto anelata democrazia europea cede il passo ad un esecutivo forte perché arbitrariamente libero di agire secondo la logica del libero mercato. Le pressioni economiche coniugate con la tecnocraticità di un potente esecutivo mettono in serio pericolo il progetto di unificazione europea. La politica, dismesse le vesti di paladina dell'interesse pubblico e del bene comune, noncurante dell'importanza di cooperare con una cittadinanza attiva e pronta a mobilitarsi, perde la naturale vocazione ad indirizzare l'investimento dei capitali secondo criteri democratici e di

¹⁵⁸ Ivi, p. 49, 50.

giustizia sociale, orientandone piuttosto la migrazione verso luoghi che garantiscono la massima produttività¹⁵⁹. Rafforzare la funzionalità degli

¹⁵⁹ B. Montanari, *Corso di filosofia del diritto*, Scripta Web, Napoli, 2009, p. 161. “ [...] Sul piano economico la caratteristica di un’economia di mercato (il c.d. “libero mercato”) è la presenza di soggetti economici che si fanno concorrenza e l’assenza di ogni e qualsiasi intervento statale a sostegno. Da questo punto di vista il “libero mercato”, in modo assoluto, è incompatibile con l’altro concetto che ha caratterizzato l’economia mondiale dal secondo dopoguerra: il Welfare State, realizzato attraverso la formula politico-istituzionale dello “Stato sociale”, nel quale l’intervento pubblico (sia a sostegno dell’economia privata sia direttamente nell’ambito delle spese sociali) è stato uno strumento di riequilibrio sociale in chiave di redistribuzione del reddito rispetto alle “natural” disuguaglianze. Mi limito all’esempio italiano. L’economia privata è stata assistita per il reperimento delle risorse economiche (la politica per il mezzogiorno d’Italia era fondata su aiuti finanziari a fondo perduto), oppure, indirettamente, attraverso il controllo sul mercato interno che, in assenza della protezione dei dazi, è stato realizzato per mezzo di una politica monetaria anche inflativa e fatta di svalutazioni nella parità dei cambi. Per decenni tutte le automobili delle amministrazioni pubbliche provenivano dal gruppo FIAT e le macchine da scrivere erano OLIVETTI; la politica economica di bilanci in rosso con conseguente inflazione e svalutazione, compensata a livello di risparmi familiari dalla emissione di BOT o BPT, è stata, dagli anni ’60 fino alla costituzione dell’Unione Europea; uno strumento di politica dei redditi a sostegno dei consumi sociali. In un sistema di mercato di fatto “protetto” o, come si usava dire “assistito”, viene meno la necessità per il sistema economico-industriale di destinare risorse per l’innovazione tecnologica.

Successivamente alla costituzione dell’Unione Europea la situazione è mutata radicalmente. Essendo l’Unione una entità primariamente economico-monetaria, la regola fondamentale è che tutti gli Stati che vi appartengono seguano le stesse regole economiche e finanziarie: bilanci in tendenziale pareggio, stabilità del valore delle monete, esclusione di elementi politici distorsivi dei naturali processi economici. Dunque: Libero mercato senza alcun sostegno pubblico alle industrie e concorrenza di principio. In conclusione: contenimento della politica sociale entro i limiti dettati dalle compatibilità di bilancio pubbliche e dal divieto di intervento nel settore privato neppure attraverso l’uso dello strumento fiscale (agevolazioni).

Occorre qui sottolineare (per ragioni che vedremo in seguito) come la questione dell’unità europea, che è questione politica, sia stata affrontata e almeno parzialmente risolta in termini economico-monetari, quindi esclusivamente finanziari, con importanti conseguenze negative in termini di politica sociale.

Chiarisco. La Comunità europea è nata, come ho detto, su basi di natura economico-finanziaria, con un’operazione che ha trascurato quell’aspetto che ha caratterizzato la “politica” riformista tra Otto e Novecento: l’integrazione tra economia politica e politica economica. Ha trascurato, cioè, il rapporto funzionale tra finalità politiche, con obiettivi di giustizia sociale, e manovre economiche adeguate, che è giunto ad alimentare, nel secondo dopoguerra, il Welfare delle democrazie liberali europee. Si è operato mettendo al centro di ogni strategia l’economia politica, fondando la politica economica europea su di una dimensione quasi esclusivamente “economicistica” attorno a due punti fermi: il divieto, da un lato, dell’intervento pubblico nelle economie interne degli stati membri con l’obiettivo di restituire il “mercato” al regime di concorrenza tra soggetti privati virtualmente pari; dall’altro, con l’enfasi posta sulle parità di bilancio, a riprova di una economia sana e di una omogeneità di regole di comportamento economico.

Divieto di intervento pubblico e bilancio in pareggio sono i capisaldi di una virtuosa, ma anche virtuale, economia liberista. Ed è chiaro che, se una economia assume questi due capisaldi come obiettivo primario e indefettibile, l’obiettivo di una politica sociale diviene del tutto secondario e comunque subordinato al rispetto della compatibilità di bilancio.

Tutto al contrario di quella che viene definita una visione “keinesiana”, per la quale l’obiettivo della piena occupazione come via per una giustizia sociale dev’essere prevalente sul pareggio di bilancio.

L’altro caposaldo della visione neo-liberista è il regime della concorrenza. E qui l’attuale sistema mette in mostra una profonda ambiguità. Se si insegue la concorrenza come virtù del mercato, presupposto è che la “grandezza” dei soggetti sia compatibile con una loro pluralità effettivamente competitiva; la concorrenza, infatti, è il prodotto non solo di una pluralità di soggetti, ma anche della loro effettiva parità di forza contrattuale. Non vi può essere concorrenza tra un supermercato e una bottega. Allora ecco il paradosso: il club del libero mercato e della libera concorrenza è popolato da pochi soggetti, i medesimi

organi europei senza dotarli della necessaria legittimazione rafforza la struttura di un discutibile modello di politica: “Una tecnocrazia senza radici democratiche non ha né la forza né la motivazione per prendere sul serio le richieste dell’elettorato circa giustizia sociale, sicurezza assistenziale, prestazioni pubbliche e beni collettivi, nel caso in cui tali richieste entrino in conflitto con i requisiti sistemici della competitività e della crescita [...] i piani della Commissione rivelano la tentazione di voler superare *per via tecnocratica* l’abisso tra l’economicamente necessario e il politicamente possibile.”¹⁶⁰

E’ così che gli organi tecnici di controllo si allontanano sempre più dalla necessaria legittimazione democratica richiesta per queste nuove e via via maggiori competenze.

L’Unione Europea irretita nella “spirale tecnocratica” può ritrovarsi in balia di una democrazia ambigua, frutto degli imperativi del mercato e distante dal consenso popolare.

Tecnocratica è infatti la soluzione che l’Europa tenta di dare alla crisi economica che sta colpendo l’intero continente. Il governo federale tedesco sostiene che debbano essere i singoli governi a sanare i propri bilanci nazionali, adottando una politica di austerità che va a detrimento dei sistemi sociali di sicurezza, dei servizi pubblici e dei beni collettivi e quindi dei ceti meno abbienti, di coloro che non sono certo la causa della crisi ma che finiscono per pagarne lo scotto a vantaggio degli investitori privati.

che popolano il club della politica mondiale (cfr.Habermas, J., *La costellazione postnazionale*, tr. It., Milano 1999, passim)”

Ma un mercato popolato da pochi soggetti che soddisfano ad una domanda di fatto anelastica (si pensi , per fare esempi della vita di tutti i giorni, alle assicurazioni o alle compagnie aeree o alle banche) tendenzialmente non ha più interesse ad essere percorso dalla concorrenza. Al contrario favorisce accordi di cartello che determinano l’ottimizzazione dei guadagni, diminuendo i costi del farsi concorrenza ed eliminando il rischio di perdere la competizione. Sotto l’etichetta virtuosa del libero mercato si nascondono, insomma, accordi economici tra pochi soggetti sul come far funzionare un mercato globale e ripartirsene le risorse.”

¹⁶⁰ J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica*, cit., p. 21

Vengono rifiutate le richieste avanzate dagli stati membri di ricevere incentivi finalizzati agli investimenti e di ottenere una ripartizione della responsabilità finanziaria che permetterebbe la riduzione degli interessi a carico dei governi debitori. A meno che ciascuno dei governi in difficoltà non sia disposto, in cambio di aiuti e solidarietà, come sostiene Habermas, a rinunciare alla propria sovranità.

La pressione esercitata dai mercati finanziari avvicina sempre più ad una unione economica e fiscale effettiva frutto di un nuovo assetto istituzionale che chiede di essere soddisfatto ma che risulta invisibile ai politici di tutta Europa. Infatti, i diritti di sovranità estorti ai parlamenti nazionali al fine di una efficace ristrutturazione fiscale devono essere attribuiti ad un legislatore europeo eletto democraticamente, e non piuttosto semplicemente esercitati dai capi di governo riuniti nel Consiglio d'Europa, che non viene eletto da tutti i cittadini europei. E proprio questo sembra essere lo scotto che si va a pagare dando alla crisi una soluzione tecnocratica. La post-democrazia altro non è che il “federalismo degli esecutivi” in linea con gli imperativi del sistema finanziario: “non morirebbe soltanto la democrazia; sciuperemmo anche *chance* di dare una regola ai mercati finanziari [...] Un esecutivo europeo che si rendesse sostanzialmente autonomo rispetto ad un elettorato democraticamente attivo non avrebbe più né la motivazione né la forza di esercitare una controregolazione [...] Non è un caso che a proporre certe soluzioni istituzionali siano alti funzionari che non devono candidarsi a nessuna elezione politica.”¹⁶¹

¹⁶¹ Ivi, p.45,46

7. La globalizzazione, il tempo della paura

Smantellati i confini, le società oggi si mostrano materialmente e intellettualmente aperte. L'idea di società aperta, che un tempo indicava l'autodeterminazione di una società libera capace di aprirsi verso l'esterno, oggi invece mostra tutta la sua debolezza presentandosi come la conseguenza di una globalizzazione negativa, cioè : “[...] selettiva di commercio e capitali, sorveglianza e informazione, violenza e armi, delitto e terrorismo, tutti unanimemente concordi nel rifiuto del principio della sovranità territoriale e nella mancanza del rispetto per qualsiasi confine statale.”¹⁶² La popolazione si fa vulnerabile al cospetto di forze che non riesce ad interpretare né a controllare, terrorizzata dall'incapacità di difendere i suoi confini e di vegliare sulla sicurezza di chi risiede all'interno. Ciascun soggetto si chiude nel proprio individualismo assistendo al lento spegnersi dei legami umani e all'inaridimento della solidarietà : “Nella sua forma attuale, puramente negativa, la globalizzazione è un processo parassitario e predatorio, che si nutre della forza succhiata dai corpi degli Stati-nazione e dei loro sudditi.”¹⁶³

La società non si fida più della protezione che lo Stato offre. I governi barcollano muovendosi senza sosta da un'emergenza all'altra, col solo obiettivo di non perdere le elezioni successive, privi di programmi a lungo termine che prevedano misure idonee a risolvere definitivamente problemi che si propongono e ripropongono senza fine.

L'insicurezza del presente e l'incertezza del futuro conseguenze dell'altra faccia del progresso, quella che minaccia il cambiamento ineludibile accelerandone inesorabilmente il ritmo, alimentano la paura di

¹⁶² Z. Bauman, *Il demone della paura*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, p. 4

¹⁶³ Ivi, p. 5

non riuscire a più a controllare nulla e inducono a concentrarsi sulla sola cosa che si può influenzare, l'incolumità personale. La promessa dell'incolumità personale diventa l'argomento principale dei manifesti politici e delle campagne elettorali che rinnovano il sentimento della paura rendendone efficace l'utilizzo. La paura, così, si perpetua instancabilmente senza mai giungere al suo scopo, il superamento di se stessa.

La progressiva riduzione delle politiche di protezione sociale, o "*welfare*", la crescente delegittimazione dei sistemi di autodifesa collettiva, come i sindacati, e degli strumenti di contrattazione, i contratti collettivi appunto, causate dalla concorrenza dei mercati, demoliscono quel sentimento di solidarietà un tempo mostrato nei confronti dei più deboli, a cui non resta che trovare soluzioni individuali, solitarie, ai problemi prodotti dalla società.

Dinanzi a fenomeni come la disoccupazione di massa, la precarizzazione delle condizioni di lavoro, la cassa integrazione, la politica utilizza lo slogan della "maggiore flessibilità" quale antidoto all'incertezza, accrescendo in realtà insicurezza, solitudine, impotenza in un mondo atomizzato sempre più imprevedibile.

Lo Stato rinuncia alla funzione su cui ha da sempre fondato la sua legittimità lasciandone aperta la questione, poiché oramai il consenso non può più fondarsi sulla garanzia della protezione statale contro le ingerenze dei mercati che hanno invaso il pianeta. Il bisogno urgente di una legittimazione alternativa dell'autorità statale, sulla scorta dell'analisi di Bauman, sembra vada cercata nella promessa di uno Stato che garantisca, prima di qualunque altra cosa, l'incolumità personale di ciascun cittadino:

‘Lo spettro del degrado sociale dal quale lo stato sociale giurava di proteggere i suoi cittadini viene sostituito, nella formula politica dello “Stato dell’incolumità personale”, dalle minacce rappresentate da un pedofilo in libertà, da un serial killer, da un mendicante invadente, da un rapinatore, da un malintenzionato furtivo, da un avvelenatore, da un terrorista, o meglio ancora da tutte queste minacce riunite in un’unica figura, quella dell’immigrato clandestino, dal quale lo Stato moderno nella sua più recente incarnazione promette di difendere i suoi sudditi.’¹⁶⁴

Esempio di modernità solida in cui anche i soggetti privi di capitale trovavano protezione è la fabbrica fordista, simbolo della solidarietà operaia, sindacale e professionale. Nella fabbrica fordista capitale e lavoro erano legati tra loro in un rapporto di dipendenza reciproca a lungo termine che al contempo creava le condizioni perché si potesse progettare e investire nel futuro. Luogo di forti conflitti e aperte ostilità, la fabbrica fordista era anche un porto sicuro da cui poter guardare al futuro con fiducia; gli *iter* professionali tracciati, le *routine* lavorative certe, le qualifiche professionali utili a lungo, il ritmo dei cambiamenti lentissimo, l’incertezza e la paura pure fatalità facilmente eludibili. La solidarietà riusciva a tenere a bada le paure, conseguenti a una prima ondata di deregolamentazione e individualizzazione, creando, laddove i legami naturali erano stati danneggiati irreparabilmente, importanti legami artificiali, attraverso le associazioni, i sindacati a cui appartenere significava essere protetti da inaspettate virate del destino sempre più concrete. Con la tragica scomparsa della solidarietà viene meno la modalità di gestione della paura tipica della modernità solida, come sostiene Bauman.

¹⁶⁴ Ivi, p. 22

Alla seconda ondata di deregolamentazione e individualizzazione che colpisce l'Europa, come conseguenza della pressione di forze globali incontrollabili, non corrispondono nuove forme di gestione della paura lasciata piuttosto all'intraprendenza degli individui e dei mercati che tollerano sempre meno le interferenze delle politiche statali e delle decisioni pubbliche. I processi d'integrazione sociale non sono più gestiti dalle istituzioni ma consegnati all'iniziativa privata.¹⁶⁵

La competizione si sostituisce alla solidarietà e gli individui, incalzati dalla paura dell'incertezza, annaspano nel tentativo di restare a galla aggrappati alle sole proprie risorse che percepiscono inadeguate: "La sicurezza è il nuovo totem. Il mondo ci scappa sempre più dalle mani. Se mai ci siamo illusi di farlo, oggi di certo non lo controlliamo più. Terrorismo, cambiamento climatico, crisi finanziaria, per dire di nemici reali ma senza volto. E poi precarietà nel lavoro e negli affetti. Non c'è più una mattonella esistenziale, di quelle su cui eravamo abituati a stare in piedi, che non sia stata smossa dal grande sisma della post-modernità globalizzata."¹⁶⁶

Nasce così la paura dell'inadeguatezza, il timore di non riuscire a sconfiggere, da soli, con i propri mezzi, lo spettro dell'incertezza. Un nuovo tipo di inadeguatezza, postmoderna, che consiste nell'incapacità di raggiungere gli obiettivi prefissati, nella difficoltà di restare sempre in

¹⁶⁵ J.Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 19. "Naturalmente, revocare il compromesso dello stato sociale significa far riaccendere le tendenze di crisi che esso aveva neutralizzato. Si producono costi sociali che mettono a repentaglio la capacità integrativa di una società liberale. Gli indicatori rivelano in modo inequivocabile l'aumento della povertà e dell'insicurezza sociale dovute alle crescenti disparità di reddito, mentre si osservano tendenze inconfondibili alla disgregazione della società. Si allarga il divario tra le condizioni di vita degli occupati, dei sottoccupati, dei disoccupati. Là dove le "esclusioni" si combinano insieme- dal sistema dell'occupazione e dell'istruzione superiore all'assistenza pubblica, dal mercato immobiliare alle facilitazioni per le famiglie, ecc.- noi vediamo nascere delle sottoclassi. Impoveriti e separati dal resto della società, questi gruppi non riescono più a modificare da soli la loro situazione sociale. Questo venir meno della solidarietà sociale finisce necessariamente per distruggere quella cultura politica liberale dalla cui autocomprensione universalistica le società democraticamente costituite continuano a dipendere."

¹⁶⁶ U.Beck, *L'ossessione immunitaria nella società del rischio*, in Z. Bauman, cit., p. 56

corsa ma di doversi fermare al momento giusto e scegliere, di essere “flessibili” e pronti ad assumere comportamenti ogni volta differenti. Ma il peso della responsabilità connesso allo sforzo di autoformazione, in assenza di spiegazioni e rimedi esterni, svanisce dinanzi alla libertà offerta dal mercato, in cui la gravità del senso del dovere, a cui costringe la necessità di affermarsi da sé, lascia il posto alla leggerezza dell’irresponsabilità conseguenza di quell’abbondanza di possibilità che sembra svincolare da obblighi e schiavitù. Ciò che è vissuto come una liberazione in realtà non è altro che il passaggio ad una nuova forma di dipendenza: “ [...] il <<gioioso velo dell’abbondanza>> si è da tempo trasformato in una gabbia d’acciaio da cui non si vedono vie di fuga. La paura dell’inadeguatezza e la frenesia del consumatore sono strettamente intrecciate, e trovano l’una nell’altra, l’energia necessaria a sostenersi.[...] L’individuo moderno [...] si è ritrovato nella condizione di consumatore di merci, in cui assume il ruolo di *collezionista di piaceri*, o più precisamente di *cercatore di sensazioni*.”¹⁶⁷ “Stupefacente” realtà in cui immergersi per sfuggire all’inseguimento di una grande quantità di inquietudini tutte ricondotte all’etichetta di “paura dell’inadeguatezza”.

Le paure vengono facilmente utilizzate come risorsa da cui poter trarre consensi. La politica della paura alimenta il timore del rischio e del pericolo per poter raggiungere scopi diversamente difficili da perseguire, così la sensazione di essere inadeguati rende vulnerabili e accettabile ciò che altrimenti non lo sarebbe. Se si crede di essere in pericolo si acconsente a qualunque tipo di azione ritenuta idonea ad assicurare protezione. Insomma, *battage* mediatico e retorica della paura fanno sì che il controllo sociale e la sorveglianza si accrescano non solo accolti,

¹⁶⁷ Z. Bauman, *La società dell’incertezza*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 111

ma addirittura richiesti, da tutti coloro i quali si credono vittime potenziali di pericoli in agguato.

8. Il destino del potere

“Dunque, l’effettività del potere *dipende* infatti dalla stabilità di una *relazione* di obbedienza, formata dall’intrecciarsi di timore, fiducia e protezione.”¹⁶⁸

Proprio in questo intreccio, spiega Montanari, il potere mostra tutta la sua fragilità: esso dipende da chi lo riconoscendolo gli attribuisce validità, ma perché sia riconosciuto è necessario che chi lo detiene possa disporre dei mezzi per procurarsi stabile obbedienza.

La paradossale coesistenza dell’assoluto e della relazionalità, messa in luce da Montanari a partire dal *Dialogo sul potere* di Schmitt, attribuisce un ruolo fondamentale al concetto di alterità, insidia da cui il potere, per poter reggersi indisturbato, va stabilmente immunizzato.

Ma se Schmitt pone la questione sul piano storico-materiale ritenendo che il soggetto può “rinnegare, manipolare e sopprimere” l’alterità, Montanari invece pone la questione sul piano ontologico-esistenziale, e pur sostenendo che si possa disporre dell’alterità ne conferma l’indiscutibile esistenza originata dalla stessa struttura finita dell’uomo. Dai due punti di vista discendono differenti significati filosofici del concetto di alterità a cui conseguono diversi modi di intendere la vulnerabilità del potere e la sua capacità di tutelarsi.

Secondo Schmitt dell’alterità si può disporre, controllarla e prevederne azioni e reazioni¹⁶⁹.

E’ invece parere di Montanari che l’essenza del potere consista “in una relazione esistenziale esposta al rischio di un capovolgimento del

¹⁶⁸ B. Montanari, *La fragilità del potere. L’uomo, la vita, la morte*, cit., p. 133

¹⁶⁹ Ivi, p. 135 e ssg

rapporto di forza.”¹⁷⁰ Il punto debole del potere, dunque, sta nel rischio di una sua destituzione la cui causa è da addebitare alla esistenza dell’alterità che può essere repressa sul piano materiale ma di cui è impossibile disporre sul piano ontologico: “Il potere appartiene quel circuito dello stare al mondo nel quale la vita si intreccia con la morte. Quest’ultima non è un accidente che sopraggiunge dall’esterno: la morte appartiene alla stessa struttura della vita.”¹⁷¹

Montanari utilizza il concetto di “sistema” per far meglio comprendere il nesso che lega potere, vita e morte. Il sistema, frutto dell’elaborazione della ragione dell’uomo, permette a quest’ultimo di organizzare gli eventi della sua vita ordinandoli in una storia, la storia della sua vita, così da attribuire ad ogni singolo avvenimento un senso preciso riconducibile al significato di un’intera esistenza.

La logica del sistema, che si fonda sul binomio “continuità-discontinuità”, utilizza il criterio della continuità per stabilire un senso d’insieme, in base al quale ciascun evento viene valutato e scartato qualora non vi si rivelasse ascrivibile. Il senso in questione viene individuato guardando al passato, prendendo come riferimento gli eventi già accaduti e determinando una sorta di idiosincrasia nei confronti di tutto ciò che, rispetto ad essi, è nuovo. “Autoreferenzialità” “autopieticità” e “autodistruzione”, queste le conseguenze della logica del sistema e di cui il potere, che vive di “dipendenza relazionale e di necessaria stabilità funzionale”¹⁷², è l’emblema.

Solo inserito entro i confini razionali del sistema che offre una continuità di senso e, dunque, protetto dall’autoreferenzialità e dall’auto poeticità che ne conseguono, il potere può difendersi da ciò che,

¹⁷⁰ Ivi, p. 134

¹⁷¹ Ivi, p. 141

¹⁷² Ivi, p. 142

altro, è accidentale, discontinuo e a-razionale, neutralizzandolo ed emarginandolo fino ad eliminarlo, e sperare così di sopravvivere e mantenersi stabile. Ciononostante: “[...] l’autoreferenzialità del ‘sistema’ non supera l’incontestabile durezza dei fatti umani e, quindi, non può costituire una difesa definitiva del potente dalla più radicale delle ‘discontinuità’: l’accidentalità traumatica della morte.”¹⁷³

E’ pertanto vitale tenere a bada le coscienze e reprimere ogni libertà di pensiero. L’unica alterità permessa è quella meramente materiale, fisica, di cui il detentore del potere può disporre indisturbato ottenendo acquiescenza e silenziosa osservanza.

Sulla scorta delle premesse esposte si comprende chiaramente la tesi di Montanari secondo cui l’effettività del potere è assicurata dalla sua assolutezza. Ma è proprio nel disconoscimento della finitudine e dunque dell’alterità che si consuma l’auto-distruzione del potente, parte della struttura stessa del potere “destino tragico, cui non può sottrarsi il suo detentore.”¹⁷⁴

L’ “autoaffermazione” del potere, che si realizza attraverso la negazione della relazione con l’altro, si traduce presto nel suo contrario, l’ “autoestranamento”.

Il potere, per Schmitt è “grandezza obiettiva” e per Montanari “destino”, contiene in sé una tragica fragilità: ad esso l’uomo è sottomesso e da questo è travolto.

La “grandezza obiettiva” oggi è la tecnologia, scrive Montanari, che si concretizza nei “sistemi informatici e cibernetici, applicati alla dinamica delle relazioni planetarie fra gruppi umani, fra sistemi sociali, fra apparati istituzionali, fra potentati economico-finanziari [...] L’uomo di potere è

¹⁷³ Ivi, p. 143

¹⁷⁴ Ivi, p. 148

esso stesso schiavo di una situazione di fronte alla quale è disarmato, in questo senso il potere, che egli ha costruito, lo rapisce, lo soggioga ed alla fine lo fa annegare come travolto dalle rapide vorticosi di un fiume.”¹⁷⁵

La fragilità dunque fa parte del potere stesso e ne determina il succedersi ciclico in capo a chi di volta in volta riesce a conquistarlo. Ed ogni volta l'unico modo per ottenerlo è assicurarsi la collaborazione di chi ne è estraneo.

“Il potere è fragile e oneroso. E' fragile, perché non può emanciparsi *strutturalmente* dall'*alterità* che pur deve *materialmente* dominare. E' oneroso, perché l'obbedienza ha un suo prezzo: la minaccia o la lusinga, la paura o il consenso [...] è una dimensione esclusivamente umana, che ha la sua cifra nella non accettazione della finitudine. La non accettazione della propria finitudine è la conseguenza più evidente della propria imperfezione. Il potere appartiene, dunque, all'uomo, alla sua ambizione e alla sua ignoranza. L'ambizione riguarda la vita; l'ignoranza l'esistenza. L'ambizione spinge l'uomo al possesso, l'ignoranza gli cela la causa della fragilità di ciò che ha ottenuto.”¹⁷⁶

La fragilità del potere deriva dalla pretesa di far coesistere due dimensioni tra loro contraddittorie, la finitudine ontologica, e dunque l'alterità, da un lato e l'assolutezza storico-esistenziale dall'altro lato.

Sulla scorta del pensiero dei due autori riportato nelle pagine precedenti si potrebbe ritenere che ci sia una forza interna alla democrazia in grado di farla rivoltare contro se stessa, la cosiddetta “ferrea legge delle oligarchie”.¹⁷⁷

Non tutti si prestano alla logica dei “giri di potere” o perché non vogliono, per motivazione etiche, o perché non possono, giacché non è

¹⁷⁵ Ivi, p. 170

¹⁷⁶ Ivi, p. 177

¹⁷⁷ G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, cit., p. 47

sempre così facile poter entrare a far parte quel sistema di favori e protezioni. Del resto le oligarchie non esisterebbero neanche, se tutti potessero godere dei medesimi privilegi. Perché esse esistano, infatti, è necessario che non tutti vi appartengano, pur nutrendone il desiderio. Le oligarchie portano con sé un'evidente contraddizione destinata ad esplodere e a provocare uno scontro tra chi è privilegiato e chi non lo è, punto d'arrivo di una spaccatura sociale in cui a prevalere è il bisogno di uguaglianza, di perequazione, di pari opportunità, fino a quel momento tenuto a freno ricorrendo ai ben celati strumenti propri di ogni potere assoluto, la violenza e la paura, ma che dinanzi al pericolo di una destituzione escono allo scoperto in tutta la loro virulenza.

Anche la democrazia, dunque, dietro cui si nascondono le oligarchie, è dotata di una forza distruttrice che si manifesta ciclicamente e scuote gli equilibri puntuali dei privilegi acquisiti riunendo il popolo sotto il vessillo di una legge che assicuri giustizia. Sotto le mentite spoglie della democrazia le oligarchie occulte si “autoaffermano” per poi “autodistruggersi”: “Costruire la democrazia equivale a distruggere le oligarchie, con la precisa consapevolezza che a un'oligarchia distrutta ne seguirà subito un'altra, composta da coloro che hanno distrutto la prima.”¹⁷⁸

La “ferrea legge delle oligarchie” teorizzata da Zagrebelsky o il “destino” di cui parla Montanari indicano pertanto quell'ineluttabile percorso intrapreso dal potere che muovendo dalla “autoaffermazione” passa attraverso l' “autoestranamento” per giungere infine alla “autodistruzione”, mostrando così la sua tragica fragilità.

Così la fine della “prima Repubblica” non è stata altro che il crollo di un sistema oligarchico giunto al capolinea nella sua corsa

¹⁷⁸ Ivi, p. 49

all'accaparramento di privilegi e alla soddisfazione di interessi meramente personali, da cui gli "altri" restavano esclusi.

L'espressione "prima Repubblica" porta con sé una valutazione ideologica e moralistica che intende segnare una cesura rispetto ad una "seconda Repubblica" che si faccia, invece, latrice di valori e non di interessi. In realtà non si è trattato d'altro che di una nuova oligarchia succedutasi alla prima in conformità a quella "ferrea legge" in cui è racchiuso l'ineluttabile "destino" del potere.

E così anche quando s'invoca la "terza Repubblica" non si può fare a meno di riconoscere in essa il suo passato, la storia della Repubblica italiana, la predizione del solito destino in cui è scritto il futuro della democrazia: "sempre e solo una semplice lotta per la successione."¹⁷⁹

"La fragilità del potere umano è in questa contraddittorietà: nel suo *non potere essere eterno*"¹⁸⁰, ma di succedersi in eterno.

¹⁷⁹ Ivi, p. 50

¹⁸⁰ B. Montanari, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, cit., p. 179

Conclusion

Lo Stato moderno e il diritto legislativo escono di scena, la *governance* e la nuova prassi postlegislativa li sostituiscono sul palcoscenico di questo nuovo mondo senza più confini né regole. Le categorie giuridiche e concettuali tradizionali, strategicamente riproposte per non destare sospetti, sono chiaramente esautorate del loro significato originario. Le ADR, che come abbiamo visto mostrano importanti tratti in comune con la *governance*, di quest'ultima percorrono, in ambito giuridico, il cammino, frequentemente utilizzate quale strumento d'elezione per il soddisfacimento di interessi privati di ingente valore, sia sotto il profilo finanziario sia, spesso, malauguratamente, sotto il profilo politico. Ma come è possibile conciliare il concetto di interesse privato con concetto di politica, e dunque di interesse pubblico? E' purtroppo tragicamente possibile in un mondo in cui non c'è più spazio per la divisione dei poteri, né per la distinzione tra pubblico e privato, in un mondo in cui le istituzioni, un tempo garanti della sovranità del popolo, atteggiandosi, oggi, a meri potentati di fatto tesi unicamente a realizzare i progetti delle *élites* finanziarie, svolgono le loro pratiche di negoziazione non nei palazzi della politica, come dovrebbe essere, ma nei sontuosi uffici delle più potenti banche, da dove si muovono i fili di un'intera società civile.

Dunque, questo è ciò che è rimasto, oggi, della moderna democrazia rappresentativa: una democrazia ibrida, ambigua, con le sue promesse elettorali tradite, i compromessi, le larghe intese, il predominio di un governo tecnico, mero esecutore di volontà occulte. La forza legittimante della democrazia è oramai un lontano ricordo, usurpata da un'oligarchia che opera nell'ombra adoperando strumenti come il denaro e il potere che, implicandosi reciprocamente, si alimentano l'un l'altro. Un'oligarchia

finanziaria, dunque, quella di oggi, sapientemente nascosta sotto la maschera di una nuova forma di democrazia partecipata, a cui non si può non prestare consenso nell'illusione di poter prendere parte, finalmente, in piena autonomia e libertà, a decisioni da cui si era stati, un tempo, estromessi.

E così questo potere spietato che si presenta innocuo e amico, strumentalizzando la fiducia di un intero popolo, accresce la propria pervasività e il proprio controllo e fa, delle sue vittime, inconsapevoli complici del loro stesso tragico destino.

Si obnubila così il tempo della democrazia e del diritto, che di quest'ultima è il vessillo e lo scudo?

Bibliografia

Amerio Pier Luigi- Appiano Ermenegildo Mario- Boggio Luca- Comba Diego- Saffirio Giuseppe, *La mediazione nelle liti civili e commerciali. Metodo e regole*, Giuffrè Editore, Milano, 2011

Andronico Alberto, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli Editore, Torino, 2012

Barberis Mauro, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008

Bauman Zygmunt, *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999

Bauman Zygmunt, *Il demone della paura*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, 2014

Corradino Michele- Sticchi Damiani Saverio (a cura di), *ADR e mediazione*, Giappichelli, Torino, 2012

Cosi Giovanni, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, A.Giuffrè Editore, Milano, 2007

Cosi Giovanni- Romualdi Giuliana, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli Editore, Torino, 2010

Diamanti Ilvo, *Democrazia ibrida*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, 2014

Euripide, *Ifigenia in Aulide*, Einaudi, Torino, 1955

Ferrarese Maria Rosaria, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002

Ferrarese Maria Rosaria, *La governancetra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010

Gorga Michele-Vertucci Giuseppe, *A.D.R. nella legislazione internazionale ed europea*, Aracne, Roma, 2012

Habermas Jurgen, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni, democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1999

Habermas Jurgen, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014

Julini Mauro, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Un'opportunità europea per i cittadini, imprese e professionisti*, Esperta edizioni, Forlì, 2010

LoGiudice Alessio, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Carocci editore, Roma, 2012

Montanari Bruno, *Corso di filosofia del diritto*, Scriptaweb, Napoli, 2009

Montanari Bruno, *Dall'ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, Giuffrè Editore, Milano, Europa e Diritto Privato fasc.2-2012

Montanari Bruno, *Itinerario di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1999

Montanari Bruno, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano, 2013

Montanari Bruno (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Giappichelli Editore, Torino, 2012

Morineau Jacqueline, *Lo spirito della mediazione*, FrancoAngeli, Milano, 2007

Portinaro Pier Paolo, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Il Mulino, Bologna, 2007

Preterossi Geminello (a cura di) Canfora-Zagrebelsky, *La maschera democratica dell'oligarchia. Un dialogo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014

Revelli Marco, *Post-Sinistra. Cosa resta della politica in un mondo globalizzato*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, 2014

Rodotà Stefano, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, 2014

Sofocle, *Antigone*, Mondadori, Milano, 1987

Sofocle, *Edipo Re*, in *Opere*, Einaudi, Torino, 1966

Zagrebelsky Gustavo, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Editori Laterza, la Repubblica, iLibra, Roma-Bari, 2014

Zagrebelsky Gustavo, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992