

## INTERESSI, DIRITTI, POTERE

### Gestione dei conflitti e mediazione

Chi apra il Codice di procedura civile italiano del 1865, si trova davanti un Titolo preliminare «Della Conciliazione e del Compromesso», il cui art. 1 recita: «I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie». Seguono gli altri articoli che regolavano l'istituto. Nella relazione di presentazione del Codice, ad opera del Ministro Guardasigilli Giuseppe Vacca, si affermava di aver voluto dare riconoscimento e valorizzazione alla conciliazione in quanto strumento di soluzione delle controversie che aveva dato felice prova di sé in molti ordinamenti pre-unitari, specialmente nel Sud dell'Italia.

Se invece apriamo il Codice di procedura civile vigente, quello del 1942, ci imbattiamo in quest'altro art. 1: «La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice». Per ritrovare la conciliazione bisogna aspettare l'art. 320, dove l'istituto, divenuto un passaggio all'interno di una procedura decisionale, è affidato a un giudice.

Nell'edizione 1896 del *Digesto Italiano*, Lorenzo Scamozzi scrive la voce «Conciliatore – conciliazione giudiziaria»: un vero e proprio trattato di oltre 340 colonne dedicato in gran parte agli aspetti storici, culturali, comparativi dell'istituto. In più punti emergono apprezzamenti per i vantaggi economici, etici, preventivi offerti dalla conciliazione. Se non fosse per lo stile, ovviamente datato, potrebbero essere espressi da un fautore contemporaneo dei metodi ADR. Nell'edizione 1938 del *Nuovo Digesto Italiano* incontriamo invece Mario Ricca-Barberis, allora ordinario di diritto processuale civile nella Regia Università di Torino, che in quattro pagine liquida la voce «Conciliazione», ritenendo l'istituto sostanzialmente inutile, se non dannoso. Il nuovo Codice era alle porte.

Nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice, e nei diversi atteggiamenti della dottrina, non è difficile cogliere i segni dell'evoluzione da una concezione della soluzione delle controversie anche come *servizio* che può essere svolto attraverso strumenti sia informali che formali, a un'impostazione in cui il *potere* decisionale basato sul modello del processo-giudizio diventa prevalente, se non esclusivo. All'affermarsi di forme comunque forti di stato, basate sull'accentramento del potere politico e sulla pervasività del controllo sociale, tende a corrispondere un nozione di ordine di tipo *imposto*, piuttosto che *negoziato*.

#### Conflitto di diritti e confronto di interessi

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

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

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

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

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

Un conflitto comincia quando un soggetto (o un gruppo) avanza una pretesa o una richiesta verso qualcuno che la respinge; la pretesa può fondarsi in un torto che si ritiene di avere subito, oppure in un bisogno o un desiderio che si vuole soddisfare. Risolvere un conflitto significa essenzialmente trasformare le opposte posizioni della pretesa e del suo rigetto in un solo risultato. In ogni conflitto sono in gioco determinati interessi; spesso sono utilizzabili degli *standards* giuridici di comportamento che possono aiutare a raggiungere un risultato «giusto»; infine esistono, più o meno

evidenti, dei rapporti di potere tra le parti. *Interessi, diritti e potere* sono gli elementi base di ogni conflitto. Per risolverlo le parti possono, come si accennava, cercare di riconciliare i loro reali interessi; determinare chi ha giuridicamente ragione; accertare chi è più forte.

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

Sicuramente tutte le procedure negoziali e di mediazione sono rivolte alla soluzione di conflitti attraverso il confronto degli interessi. Alcune di esse vertono su diritti, come quando due avvocati si confrontano su quale posizione dei rispettivi clienti abbia maggiore fondamento giuridico. Altre ancora hanno a che fare con rapporti di forza e di potere, come accade quando due vicini litigano o due nazioni si contrappongono scambiandosi minacce. Spesso nelle procedure negoziali e di mediazione appaiono tutti questi livelli d'interazione: si cerca di soddisfare degli interessi, si discutono diritti, entrano in gioco i rispettivi poteri. Esistono però delle procedure basate sugli interessi che si distinguono nettamente da quelle basate sui diritti e da quelle basate sui poteri: vengono chiamate anche «negoziati di soluzione dei problemi» (in inglese, *problem-solving negotiation*), dato che implicano di trattare la disputa come un problema comune che deve essere risolto dalle parti.

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

L'ultimo modo di risolvere un conflitto è quello basato sul potere (o sulla forza); cioè sulla capacità di costringere qualcuno a fare qualcosa che altrimenti non farebbe. Può essere molto difficile stabilire quale sia la parte più forte, senza ricorrere a un effettivo e potenzialmente distruttivo confronto tra i rispettivi poteri. Perché la dimensione del potere, al di là dell'esistenza di indicatori oggettivi come le risorse finanziarie, è fortemente dipendente dalla percezione soggettiva, spesso distorta, che si ha di esso. Ciascuna parte può inoltre sbagliarsi sulle reali possibilità dell'altro; specie quando il confronto si trasforma in una questione di principio, dove per prevalere vengono impiegate risorse non di rado sproporzionate rispetto alla stessa posta in gioco. Molto spesso il rapporto tra interessi, diritti e poteri non è esclusivo, ma inclusivo: risolvere un conflitto implica quasi sempre doversi muovere attraverso tutti e tre questi modi o livelli di relazione tra le parti.

In generale sembra comunque accertato che cercare di conciliare gli interessi risulti, ove possibile, meno costoso di accertare chi ha ragione in termini giuridici; e che a sua volta questo sia più conveniente del determinare chi è più forte. Ciò non significa affermare che il modello-interessi sia sempre migliore del modello-diritti o del modello-potere. Significa soltanto sostenere una sorta di principio di sussidiarietà a suo favore: dove esso è utilizzabile, vale probabilmente la pena di

provarlo prima di compiere l'*escalation* verso gli altri due. Anche perché, mentre dal livello degli interessi è normalmente possibile accedere a quelli del diritto e del potere, l'itinerario inverso risulta quasi sempre di fatto impraticabile.

Nel confronto di interessi l'altro nel conflitto viene percepito, tendenzialmente o attualmente, nella forma fisiologica dell'*avversario*. Nel confronto di potere l'altro viene percepito, tendenzialmente o attualmente, nella forma patologica del *nemico*. Il confronto di diritti cerca di ritualizzare in termini avversariali il confronto di potere; ma non sempre ci riesce.

### **Il conflitto e la sua gestione**

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

Gli ordinamenti procedurali-formali non ignorano del tutto gli strumenti informali di soluzione delle controversie incentrati sul confronto di interessi; tuttavia riescono quasi sempre a snaturarne la funzione. Abbiamo visto come il nostro codice di procedura civile conosca l'istituto del tentativo di conciliazione che dovrebbe essere effettuato dal magistrato con la presenza diretta delle parti. Questo però nella realtà quasi mai viene seriamente esperito: il più delle volte è vissuto anzi come un intralcio, come un corpo estraneo a una procedura che, una volta avviata, è rivolta a risultati di altro tipo. E comunque, quando viene tentato, rimane quasi inevitabilmente segnato dalla mentalità *decisionale* di chi lo opera: il giudice. E' insomma una conciliazione molto guidata e influenzata dall'incombenza del giudizio. Soprattutto, è una conciliazione operata da soggetti che quasi mai sono specificamente preparati a utilizzarla in quanto efficace e autonomo strumento di soluzione della controversia.

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

In accordo con questa visione patologizzante del conflitto, nelle società contemporanee le professioni sono soprattutto professioni della patologia: esse sono di solito chiamate a intervenire su problemi e conflitti che si generano spesso fuori dalla loro sfera di competenza specifica, rispetto ai quali hanno normalmente scarse capacità di prevenzione. Non solo, le società contemporanee esprimono di fatto dei valori che favoriscono l'evoluzione del patologo della struttura in fenomeno a sua volta patologico: esse infatti non compensano adeguatamente, né in termini economici né di prestigio, i generici della prevenzione (si pensi ad esempio agli insegnanti), mentre remunerano invece, talvolta lautamente, gli specialisti della patologia. Ciò anche perché intervenire su di una crisi ormai in atto è di solito più costoso che prevenirla, oltre a necessitare di competenze tecniche spesso altamente qualificate e differenziate. Si viene cioè a generare un contesto caratterizzato dal netto prevalere degli aspetti di terapia su quelli di prevenzione, in cui la patologicità della situazione, la specializzazione tecnica e professionale dell'intervento e il compenso pagato dalla società per l'intervento stesso, si amplificano simultaneamente e reciprocamente.

Un primo passo per cominciare a comprendere dove inserire utilmente gli strumenti informali di soluzione delle controversie potrebbe essere proprio quello di considerare il conflitto non come un

<sup>1</sup> In proposito cfr. J. Morineau, *L'esprit de la médiation*, Erès, Ramonville Saint-Agne 1998, pp. 31 ss..

evento sociale patologico, un male da curare o da rimuovere, ma come un fenomeno *fisiologico*; talvolta addirittura positivo. Se spogliato dalla considerazione pregiudiziale negativa, un conflitto non è dopotutto altro che una disputa tra tesi e opinioni diverse intorno a un problema. Può essere visto e vissuto come un'occasione di confronto, certo anche di duro contrasto, ma non necessariamente di *dissidio* insanabile che escluda a priori la possibilità della comunicazione e implichi la trasformazione dell'avversario in un nemico da sconfiggere <sup>2</sup>.

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

Tale è in realtà l'esito di ogni *vittoria*, anche processuale: perché anche il processo opera essenzialmente secondo la logica vittoria/sconfitta. All'avvocato che esce dall'aula del tribunale non si domanda se ha contribuito ad applicare il migliore possibile diritto consentito dalle circostanze; gli si chiede se ha vinto o se ha perso. La pacificazione assicurata dal diritto, rimanendo alla superficie degli eventi, si dimostra inoltre spesso carente sia sul piano etico generale, sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto: eticamente, non solo non spinge i contendenti alla consapevolezza delle proprie reali motivazioni, ma non va oltre la mera tolleranza, senza pervenire a un vero *riconoscimento* dell'altro; praticamente, confonde quasi sempre la verità con la vittoria, lasciando lo sconfitto solo col suo rancore e il suo desiderio di rivalsa. Ciò perché essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del *nemico* che non a quella dell'*avversario*.

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

Quello che in definitiva conta, non è *che* ci siano conflitti, ma *come* questi vengono gestiti. E' ovvio che una società può essere minata profondamente da una cattiva gestione dei conflitti. Ma cattiva è appunto se mai la gestione, non il conflitto in quanto tale. Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le nostre valutazioni che lo qualificano come utile o inutile, positivo o negativo, e simili. Dipende quindi da noi come considerarlo. Per ora ci siamo limitati a un solo tipo di scelta, credendo che fosse l'unica possibile.

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

## Conflitto e limiti del diritto

---

<sup>2</sup> Sulla differenza tra conflitto e dissidio, cfr. E. Resta, *Il giudice e i suoi conflitti*, in Aa. Vv., *Giustizia e procedure*, Atti del XXII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, Quaderno della «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» n. 3, Giuffrè, Milano 2002, pp. 189-220.

<sup>3</sup>

Così ad es. R.A. Baruch Bush - J.P. Folger, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1994.

Rispetto a questo modo d'intendere il conflitto e la sua gestione, il diritto presenta dei limiti strutturali e funzionali che emergono soprattutto in relazione alla sua capacità di essere o meno un efficace strumento di pacificazione nei rapporti sociali.

Come vera *salute* non è soltanto assenza di malattia, così vera *pace* non è soltanto assenza di guerra: esistono numerosi stati, o livelli, di pace diversi; e altrettanti modi di risoluzione dei conflitti ad essi corrispondenti. Il livello più basso di pacificazione è sicuramente quello dell'*armistizio*: i contendenti depongono le armi e sospendono le ostilità, ma non per *fare* la pace; semplicemente, *si lasciano* in pace, perché sono venute momentaneamente meno le risorse materiali o le spinte motivazionali necessarie al conflitto; le ingiustizie perpetrate e subite rimangono intatte sul terreno della contesa. La pace come armistizio presuppone che il parametro di normalità nelle relazioni sia rappresentato dallo stato di guerra.

Diversa appare, almeno nelle intenzioni, la pace perseguita attraverso il diritto. E' la ricerca, o il ripristino, di un *ordine* basato sulla *certezza* dei rapporti: sulla nitida individuazione e separazione della pretesa dall'obbligo, della ragione dal torto, dell'innocenza dalla colpevolezza. Tale la natura della pace che discende dalla sentenza, dal lodo arbitrale, o anche dalla transazione, specie se frutto di un mero compromesso intorno a posizioni rigidamente inconciliabili (quel particolare tipo di transazione che è il *patteggiamento* nel processo accusatorio, ricorda invece di più un armistizio tra forze impari conseguente alla resa di uno dei contendenti). La legge si sostituisce insomma alla violenza, certificando *erga omnes* le posizioni reciproche, rendendole esigibili e coercibili. L'ordine e la sicurezza non dipendono perciò tanto dalla validità della soluzione adottata o dal consenso delle parti, quanto dalla forza dell'ordinamento e dall'efficacia del suo apparato di coercizione. I contendenti potranno anche non essere soddisfatti; le radici del conflitto non essere estirpate: la pace del diritto funzionerà comunque, riposando sulla sua capacità impositiva. Come certi medicinali, il diritto sembra dunque capace di trattare soprattutto i sintomi, e non le cause, di un malessere.

Inevitabilmente ambigua è la funzione del diritto (e della legge): per comprenderla, una buona metafora potrebbe essere quella del *confine*. Tra gli stati e le nazioni, il confine è spesso una sorta di luogo geometrico (cioè immateriale e convenzionale) che esiste soltanto nelle carte geografiche e nella mente di chi lo deve oltrepassare. Tuttavia, garantendo ai popoli che separa l'esclusiva di uno spazio vitale, esso fornisce sicurezza e conferisce identità, con perfetta simmetria. Ovviamente esistono confini «buoni» e aperti e confini «cattivi» e chiusi: confini attraverso i quali i popoli fanno serenamente transitare i loro scambi commerciali e culturali, e confini attraverso i quali le nazioni muovono eserciti per affermare con la forza la loro identità inflazionata. Confini simili alla bassa siepe tra i giardini di due vicini premurosi, e confini che ricordano le mura paranoiche di una fortezza assediata.

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

La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell'avversario. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati

perseguiti, il modo tipicamente competitivo d'intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: non esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso. E il conflitto diventa *dissidio* soprattutto perché il bisogno percepito come fondamentale è quello di *avere ragione*, non quello di *trovare una soluzione*.

Non è però affatto detto che questa sia la sola vera natura del conflitto. E la sua degenerazione patologica in dissidio non è affatto scontata. Se depurato dalle infiltrazioni egoistico-soggettive, ogni conflitto può presentarsi invece anche come un confronto onto-centrico con la realtà: una realtà spesso difficile, fatta di diversità, di ignoto, di alterità non dominabile dalla volontà particolaristica di qualcuno. Ma, proprio per questo, stimolante: ogni progresso e ogni apprendimento nascono in definitiva da un conflitto superato creativamente.

Se cerchiamo di raffigurarci come potrebbe svolgersi il decorso *sano* di un fenomeno di conflitto interpersonale, e quindi di individuare una sorta di parametro di sanità dei rapporti, credo che dovremmo rivolgerci verso forme di aggregazione sociale strutturate in modo abbastanza diverso da quello di una normale comunità civile organizzata da un ordinamento giuridico. Potremmo riferirci, ad esempio, a quei gruppi la cui coesione è determinata e sostenuta da un comune ideale di azione, dove l'adesione alla meta da perseguire è personale e volontaria: si pensi a un gruppo di ricerca scientifica, o ad una comunità di tipo spirituale. Nel primo contesto, i soggetti sono legati da un vincolo di solidarietà in vista di un fine; nel secondo caso, giungono spesso a condividere una serie di valori intersoggettivi (talvolta codificati in veri e propri ordinamenti giuridici: le *Regole*) che normalmente comandano il rispetto reciproco, o addirittura l'amore: in altri termini, la *pace*. Si tratta in generale di quelle situazioni che rientrano nell'immagine della «comunità della comunicazione» argomentante in base all'«etica della logica», di cui parla ad esempio Karl Otto Apel<sup>4</sup>: almeno finché dura - e perché *possa* durare - la comune ricerca intrapresa, l'etica dell'argomentazione deve prevalere sull'ontologia, in quanto affermazione pregiudiziale (e pregiudizievole) dell'io. L'altro è veramente *come me* nel suo condividere i miei stessi strumenti di metodo e i miei stessi scopi, che senza di lui non riuscirei a perseguire; non è tanto un imperativo categorico di ordine morale quello che mi spinge a superare l'egoismo del mio *esserci* per riconoscere nell'altro un'identica dignità ontologica, quanto la consapevolezza del *fatto* che altrimenti mi autoescluderei dalla comunità argomentante e dalle sue regole. Trasparenza linguistica, apertura mentale, altruismo intellettuale non sono qui degli *optionals* morali, ma delle necessità costitutive. La comunità dell'argomentazione appare proporsi quasi come modello di un'umanità pacificata nel nome della ragione comunicativa.

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

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

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

<sup>4</sup> K.O. Apel, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, trad.it. in Id., *Comunità e comunicazione*, Boringhieri, Torino 1977, pp. 238 ss.. In proposito v. anche il mio *Il logos del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 216 ss..

Vi è intanto un immediato azzeramento della comunicazione interpersonale diretta: l'uno toglie all'altro la parola e, per ritualizzare subito il passaggio alla violenza che potrebbe essere imminente, la trasferisce a esperti capaci di confrontarsi in base a regole formalizzate; questo in sostanza significa «le mando l'avvocato», «farò ricorso al mio legale». Date le premesse, neppure gli avvocati però si parleranno, ma si rivolgeranno a un terzo, arbitro della contesa rituale (il giudice) e si nomineranno l'un l'altro in terza persona. Il loro linguaggio, anch'esso contagiato dalla patologia, non potrà essere onto-centrico e quindi capace di rigenerare una reale comunicazione, ma sarà necessariamente ego-centrico: non si rivolgerà al destinatario diretto per convincerlo e trasformarlo al fine di trovare insieme una soluzione, ma lo presumerà, e lo descriverà, fino a prova contraria bloccato nella volontà di perseguire con ogni mezzo esclusivamente il proprio vantaggio di parte. Sembra difficile in effetti contestare che la funzione assegnata agli avvocati nel conflitto tra le parti non sia tanto diretta a salvare un rapporto intersoggettivo fallito - e quindi a riparare con strumenti giuridici delle più o meno gravi lacerazioni del tessuto civile - quanto a trarre fino in fondo le conseguenze del fallimento. E' in questo senso soprattutto che l'intervento del professionista della patologia si trasforma esso stesso in fenomeno patologico<sup>5</sup>.

### **Tra pre-moderno e post-moderno**

Le nostre società mostrano di avere sicuramente molta più domestichezza con i sistemi di gestione dei conflitti basati sui modelli dell'ordine *imposto*, che non con quelli dell'ordine *negoziato*: esse praticano il secondo in maniera spesso dilettantesca e inconsapevole; mantengono il primo come punto di riferimento culturale. Ripudiato, almeno formalmente, il ricorso continuo al puro e solo confronto di forza o di potere, si sono rivolte ai metodi tipici del conflitto di diritti ignorando quasi del tutto quelli della conciliazione di interessi.

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

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

Le società pre-moderne (o tradizionali) si basano essenzialmente su un modello *sostanzialista* di ordine imposto. Quando l'*ethos* appare violato, bisogna in tutti i modi ripristinarlo rapidamente: che ciò avvenga per mezzo di una ritorsione privata o tramite un giudizio, l'importante è disporre di un capro espiatorio da sacrificare sull'altare dell'Ordine del gruppo. Non vi è problema di prove e cautele procedurali, perché la sentenza e la pena sono note fin dall'inizio: esse sono in qualche modo consustanziali alla violazione stessa. Lo si può vedere ancora oggi nei regimi politici in senso lato integralisti, dove esiste una contaminazione sistematica tra diritto e morale sociale ufficiale: nei luoghi dove una sola cosa può essere detta, l'esibizione di facciata della razionalità procedurale serve soltanto ad avallare giuridicamente ciò che è già stato deciso politicamente.

Le società moderne perseguono invece un modello *formalista* di ordine imposto. Non volendo (o non potendo) sapere cosa sia giusto in senso sostanziale, hanno escogitato complesse metodiche

---

<sup>5</sup> Cfr. in proposito il mio *La responsabilità del giurista*, Giappichelli, Torino 1998, pp. 335 ss..

procedurali-formali volte a produrre la cosiddetta verità processuale; pallido riflesso – ma l'unico umanamente accessibile – dell'idea di giustizia.

Il paradigma giuridico della modernità pone al suo centro la relazione tra individui (presunti eguali) e tra questi e lo stato, mediata dallo strumento del codice, in cui si raccolgono sotto forma di legge generale e astratta tutti i precetti necessari a regolare la vita associata. «Individuo» significa che il principale, se non unico, attore sociale diventa il soggetto razionale moralmente autonomo e autoresponsabile: sia nel diritto civile che in quello penale, il principio che si afferma come fondamentale è infatti quello della *responsabilità personale*. Viene abolita ogni forma arcaica di responsabilità di gruppo; la possibilità di una responsabilità *oggettiva* legata a particolari situazioni e circostanze, diventa eccezionale; ogni intervento sulla devianza viene concentrato su un soggetto singolo, presunto assolutamente libero e autonomo nelle sue decisioni. Individuale è anche la titolarità del diritto di *voto* politico. Il moderno tende a ridurre la rilevanza politica dei gruppi intermedi, dalle corporazioni fino alla famiglia, per far emergere quel rapporto diretto tra individuo e stato che si realizza politicamente nel *suffragio universale*: la volontà pubblica come somma di singole volontà private.

Coerentemente con tale paradigma, il sapere giuridico moderno-occidentale ha prodotto un modello *oggettivista* di regolazione dei conflitti:

«Il presupposto di tale modello è che gli strumenti della ragione e della scienza logico-sperimentale consentono di convergere su evidenze oggettive che fondano in modo (sufficientemente) certo una decisione. [...] Il modello oggettivista funziona sovrapponendo alla realtà della vita una seconda realtà puramente fittizia. Il conflitto è così gestito attraverso la mediazione di una metarealtà finzionale in cui l'irripetibile diversità del caso concreto e la pluralità di punti di vista (interpretazioni) sul reale vengono ridotte ad un senso univoco (oggettivo). La *mediazione finzionale* rende oggettivabile e quindi controllabile la confusione del conflitto»<sup>6</sup>.

Il paradigma giuridico della modernità appare oggi per molti aspetti in profonda crisi strutturale<sup>7</sup>. Lo è intanto perché all'originale idea liberale di un unico contratto sociale tra individui presunti eguali in quanto principio fondante complessivo degli assetti sociali, si è ormai sostituita la realtà di una società a contrattazione continua in cui cercano di convivere soggetti diversi portatori di interessi differenziati, se non addirittura di valori culturali conflittuali. La tipicità generale e astratta della normativa *sub specie codicis*, e il formalismo delle sue procedure di applicazione, vengono radicalmente messe in discussione<sup>8</sup>.

La progressiva diversificazione e complessificazione delle istanze che la società civile solleva verso la sfera istituzionale si traduce poi inevitabilmente in una parallela complessificazione del diritto, che necessariamente si deforma e si disperde nei rapporti sociali. Un'inflazione normativa basata sul modello dell'ordine imposto, non può non far degenerare lo strumento giuridico. Nella sua pretesa di attrarre entro l'ambito della regolazione centrale-ufficiale l'intero mondo della vita sociale, il diritto si materializza irresistibilmente, venendo così a smarrire la

---

<sup>6</sup> M. Ventura, *Diritto, psiche e credenze nel conflitto*, in C. Brutti – R. Brutti (a cura di), *Mediazione, conciliazione, riparazione*, Torino 1999, pp. 90-91.

<sup>7</sup>

In proposito v. anche A. Ceretti, *Progetto per un Ufficio di mediazione Penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. Pisapia – D. Antonucci (a cura di), *La sfida della mediazione*, CEDAM, Padova 1997, pp. 85-114.

<sup>8</sup>

“La vita socio-giuridica è composta da differenti spazi del diritto, in cui si opera simultaneamente con metodi e punti di vista interpretativi diversi. Dall'interazione e intersezione di questi spazi giuridici, consegue che in termini fenomenologici, invece che di diritto e di legalità, sarebbe più corretto parlare di inter-diritto e inter-legalità. Più importante dell'identificazione dei diversi ordini di legalità, sarebbe la descrizione delle complesse e mutevoli relazioni tra essi” (B. De Sousa Santos, *Law, a Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law*, in «Journal of Law and Society», n.3 (1987), p. 288, trad. mia).



propria *forma*: per voler regolare tutto, non regola quasi più nulla, tendendo a coincidere con il processo giuridicamente informale dei *fatti*. Diffusività, iperproduzione e impotenza dello strumento giuridico classico, procedono di pari passo; e la stessa sovranità della legge, punto di riferimento dell'equilibrio tra i poteri nel modello moderno-liberale, viene evidentemente alterata dai processi informali di contrattazione cui viene continuamente sottoposta <sup>9</sup>.

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

Su questo sfondo si colloca la sempre più diffusa necessità di un diritto debole, flessibile, mite <sup>10</sup>; in quanto tale, radicalmente in contrasto col paradigma giuridico della modernità. La «mediazione finzionale» del classico strumento giuridico non è manifestamente più in grado di gestire da sola una complessità sociale composta da una pluralità di valori, di culture, di istanze, di ruoli, che non è riducibile ad un'univoca astrazione fondante un'univoca legittimità. Nelle nostre società multiculturali si verificano sempre più spesso situazioni-limite di conflitto dove ciò che è *delitto* per l'ordinamento ospitante è *diritto* (o addirittura *dovere*) per quello ospitato; e viceversa.

Accade così che la legge sia costretta a evolversi da regola di prevalenza, che afferma sistematicamente la supremazia di una sola posizione, a regola di compatibilità tra valori e culture diversi <sup>11</sup>. Ciò modifica profondamente l'equilibrio di forze all'interno del *processo giuridico*. Il modo in cui il diritto entra concretamente nella storia e partecipa della vita sociale non si limita infatti alla semplice produzione della norma e alla sua applicazione. E' appunto un vero e proprio processo giuridico, in cui la *norma* (generale e astratta) si dirige verso l'*azione* (sociale e concreta) passando attraverso un giudizio di *valore* del giurista. Questo processo funziona di fatto anche a ritroso, partendo dalla nascita della norma (prima individuale, poi generale) dall'*azione*, sempre con l'intervento di un giudizio di valore, questa volta del legislatore. Si genera in questo modo un movimento ricorsivo e mai definitivamente concluso che costituisce la vera vita del diritto. Il diritto vigente non è generato una volta per tutte da atti di posizione ma, progressivamente, da atti di positivizzazione: nessuno, tanto meno il legislatore, può illudersi di produrre da solo il diritto. Il diritto com'è realmente lo fanno tutti i consociati insieme, continuamente, ognuno al proprio livello; quindi tutti ne siamo responsabili.

Anche la sociologia giuridica più recente evidenzia l'esistenza di diverse forme e ambiti di legalità, dotati ognuno di procedure proprie; per comprendere le loro complesse interrelazioni bisognerebbe però non solo abbandonare la rozza dicotomia tra formale e informale, ma soprattutto riuscire a cogliere le connessioni e le sovrapposizioni che tra queste due sfere sono venute a instaurarsi. L'idea di una giuridicità trasversale invita all'abbandono del centralismo legalista e al superamento della concezione unitaria del *sistema*, a favore di un più realistico pluralismo ordinamentale. Essa si scontra però col pregiudizio etnocentrico e con la presunzione culturale legata al retaggio della venerata tradizione romanistica, i quali spingono gli abitanti della parte nord-occidentale, ricca e stabile del pianeta, a ritenere di vivere nella migliore possibile, se non nell'unica vera civiltà giuridica <sup>12</sup>; e li portano alla diffidenza nei confronti delle forme di soluzione dei conflitti che non rientrino nel paradigma di razionalità procedurale-formale tipico del *moderno*.

I metodi non-contenziosi di soluzione delle controversie – strumenti di gestione dei conflitti alternativi non solo al giudizio, ma allo stesso processo – sono un frutto maturo della crisi che il diritto attraversa nell'ultimo scorcio dell'età moderna: esprimono l'esigenza di un cambiamento di paradigma, della ricerca di nuovi principi e idee che consentano di affrontare in modo efficace i

<sup>9</sup> Si veda in proposito l'ormai classico N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979.

<sup>10</sup>

Cfr. in particolare E. Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Bari 1992; S. Rodotà, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna 1996; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.

<sup>11</sup>

Cfr. S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Bari 1992, p. 161. V. anche F. Belvisi, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, CLUEB, Bologna 2000, pp. 164 ss..

<sup>12</sup> Cfr. in proposito N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris 1991.

rapidi mutamenti della società contemporanea. Si tratta di strumenti informali che, in quanto tali, sfuggono in gran parte ai rigidi schemi del diritto, apparentemente avvicinandosi ad ambiti e strutture culturali premoderni. In realtà però, dopo quasi due secoli di formalizzazione e di statalizzazione, il nuovo informalismo non può non essere molto diverso dall'informalismo premoderno<sup>13</sup>, nel senso che le idee di cui i sistemi ADR si fanno portatori fin dagli anni settanta discendono da una crisi dei sistemi giuridici prodotti dal paradigma culturale moderno: pur nella differenza, ne conservano i segni originari. In una prospettiva storica di ampio respiro, la rigida dicotomia tra formalismo e informalismo diventa abbastanza fittizia. Quasi seguendo le oscillazioni di un pendolo, l'informalismo cerca infatti spesso di formalizzarsi, mentre i sistemi di giustizia ufficiali tendono a produrre periodicamente pratiche informali<sup>14</sup>.

La crisi del paradigma giuridico della modernità sposta decisamente la bilancia della produzione del diritto dal momento legislativo a quello delle norme *individuali*; siano queste di origine giurisdizionale o negoziale. Specie riguardo a queste ultime, s'intuisce quale possa essere il ruolo svolto da strumenti solo apparentemente informali di soluzione delle controversie, come la mediazione. Strumenti che perseguono un ordine negoziato attraverso la conciliazione di interessi.

### **Il contributo dell'antropologia e la tradizione orientale**

Com'è noto, la diffusione di ciò che viene denominato giustizia informale, o metodi ADR, è cominciata nei primi anni '70, a partire dagli Stati Uniti. Il concetto di *informal justice* è stato fin dagli inizi ampiamente utilizzato come un contenitore di tutti gli strumenti per trattare i conflitti in maniera comunque alternativa alle procedure legali-formali, su cui si fonda la struttura del processo *adversary*. La rapida espansione dei metodi informali di risoluzione delle controversie non è stato il frutto di una pianificazione politica preordinata<sup>15</sup>: ha avuto piuttosto le caratteristiche di una pratica in cerca della teoria che la giustificasse.

Quando le teorie a giustificazione della giustizia informale hanno cominciato a venire prodotte, hanno assunto due forme principali: una positiva e una negativa. In positivo, soprattutto l'antropologia si è fatta carico di produrre un'ampia letteratura dedicata a evidenziare comparativamente l'esistenza di una vasta diffusione transculturale di metodi di *soft justice* radicalmente alternativi ai valori di riferimento del processo accusatorio. In negativo, le giustificazioni teoriche si sono in vario modo appuntate sulla crisi in cui verserebbe l'apparato giudiziario esistente nelle sue forme attuali.

L'antropologia giuridica e le indagini sugli ordinamenti in senso lato tradizionali, hanno sicuramente ridimensionato la centralità dei modelli di legalità e di giudizio dominanti nelle moderne società tecnologicamente avanzate, mostrando come le procedure informali di risoluzione delle controversie - in particolare quelle basate sulla mediazione e la negoziazione - siano state largamente impiegate nel corso della storia da un gran numero di culture. Hanno insomma scoperto che non esisterebbe affatto, né sostanzialmente né proceduralmente, un concetto univoco di legalità,

---

<sup>13</sup>

Cfr. B. De Sousa Santos, *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in «Sociologia del diritto», n. 3 (1990). V. anche M.A. Fodda, *Mediazione e postmodernità*, in G. Così - M.A. Fodda (a cura di), *Lo spazio della mediazione*, Giuffrè, Milano 2003.

<sup>14</sup>

«I meccanismi informali tendono a formalizzarsi; il senso comune giuridico che serve loro di supporto tende a professionalizzarsi attraverso azioni di formazione dei mediatori e di molte altre forme, le parti, che detengono la titolarità della rappresentanza dei loro interessi, vanno a poco a poco affidando tale rappresentanza ad altri, con maggiore esperienza e più ampia conoscenza dei modi di funzionamento del tribunale. Con questi e altri processi, la giustizia informale riproduce, se non le forme, quanto meno la logica delle forme della giustizia formale. Insomma, anziché dicotomia, duplicazione.» ( B. De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 21).

<sup>15</sup>

La rapidità e l'agilità con cui la giustizia informale si è diffusa nell'ordinamento americano (e poi inglese), sono dovute anche alle caratteristiche strutturali di quei sistemi giuridici: prevalenza dell'impulso processuale 'di parte'; quasi totale assenza della perseguibilità d'ufficio; 'cultura' del patteggiamento. Ma soprattutto, mancanza di un insieme rigido di *principi codificati* in cui dover far rientrare ogni nuovo istituto, come avviene invece nei paesi di *civil law*.

dal momento che in tutte le società la «legge» opererebbe da sempre in ambiti e con strumenti molto differenziati <sup>16</sup>.

Con i suoi dati l'antropologia ha sicuramente contribuito a far sorgere dei seri dubbi intorno al presunto ruolo pacificatore dello stato, mostrando come le varie esperienze di soluzione informale delle dispute - e in particolare quelle conciliativo-cooperative - costituiscano un fenomeno originario e universale nella sua transculturalità: dall'Africa alla Russia, dal Giappone al Sud America, innumerevoli esempi vengono prodotti a illustrare i vantaggi dell'informalismo. Si va da società molto semplici, dalle caratteristiche ancora pre-statali, a situazioni di antica organizzazione e di complessa cultura, come quella cinese e giapponese.

E' soprattutto dall'Estremo Oriente che ci giungono infatti le immagini di un vero e proprio altro mondo del diritto e dei rapporti sociali. Gli abitanti di questa parte del pianeta (oltre un terzo della popolazione mondiale) appartengono a delle culture che nel corso di millenni hanno complessivamente sviluppato un atteggiamento stupefacente agli occhi di un europeo cresciuto nel culto dello stato di diritto e dei diritti individuali: anche se spesso si trovano ormai a convivere con legislazioni modellate su schemi occidentali, continuano infatti a riporre scarsa fiducia nel diritto in quanto strumento fondamentale per assicurare l'ordine sociale e la giustizia.

Il buddhismo indocinese, lo scintoismo giapponese, il confucianesimo cinese, hanno segnato la struttura socio-culturale orientale almeno quanto il cristianesimo quella europea e occidentale. Si tratta di sistemi di pensiero che definire «religiosi» sarebbe riduttivo, e che esibiscono comunque delle caratteristiche di fondo radicalmente diverse da quelle comuni alle tre religioni occidentali «del libro»: presenza sovrannaturale diffusa (se non assente); mancanza di rivelazione; centralità di una precettistica comportamentale volta alla coltivazione del sé, o all'acquisizione di tecniche per l'espansione della coscienza. Per quanto riguarda in particolare la tradizione confuciana cinese, l'idea di *creazione* è del tutto inconcepibile: l'universo è infinito nel tempo, poiché continuamente si rigenera nel corso di cicli cosmici inafferrabili dall'intelletto umano; invece il mondo e l'uomo sono governabili, rispettando l'armonia universale. La tradizione del *governo dell'uomo* è centrale nel confucianesimo, e le pratiche civili tipiche della concezione confuciana tradizionale continuano a influenzare il sistema socio-giuridico cinese moderno, nonostante il tentativo rivoluzionario di soffocarle e di sostituirle con l'ortodossia ideologica marxista:

«Confucio [...] sostenne l'idea che il buon governo dipende da colui che governa, piuttosto che dalle leggi e dalle regole di governo, e che un paese dovrebbe essere retto da *élites* di provata moralità. Egli riteneva che l'ordine sociale dipendesse da un elevato grado di moralità dei governanti e dal fatto che essi dessero al popolo un buon esempio, che gli procurassero benefici, che lo educassero e lo facessero cambiare secondo moralità. Per Confucio, la società ideale è quella in cui non esistono litigi né crimini, quindi la società che non ha bisogno né di leggi né di regole. Benché non potesse negare la funzione fondamentale che il diritto svolge in una società imperfetta, l'idea principale di Confucio era che la posizione personale e il peso dei governanti fossero più importanti del ruolo del diritto. [...] A più di duemila anni dalla sua morte, il 'governo dell'uomo' non è soltanto una tradizione che si è trasmessa in perfetta continuità, ma anche un principio di governo applicato in Cina da intere generazioni» <sup>17</sup>.

In questo universo di pensiero, il diritto non è dunque escluso, ma viene considerato un metodo di regolazione sociale estremamente rudimentale, utile soprattutto per trattare con i *barbari* <sup>18</sup>: gli

---

<sup>16</sup>

Cfr. J. Auerbach, *Justice without Law?*, Oxford University Press, New York 1983. V. anche il mio *Il logos del diritto*, cit., pp. 145 ss..

<sup>17</sup> Cfr. in proposito H. Yanlong e X. Lizhi, *L'influenza della tradizione confuciana sul sistema giuridico cinese moderno*, in «Sociologia del diritto», n.1 (1995), pp. 79-80.

<sup>18</sup>

«Per i barbari il diritto. Per noi l'etica e il buon gusto»; così un vecchio detto cinese.

stranieri, i criminali incorreggibili; e in effetti il diritto cinese è soprattutto *penale*. A differenza di quanto generalmente accade nel mondo occidentale, scarsi sono di conseguenza la stima e il prestigio che l'Oriente concede ai giuristi. Poiché alla legge e al giudizio si preferiscono di gran lunga il compromesso e la conciliazione, poiché bisogna dissolvere, più che risolvere, i contrasti, rivolgersi ai giuristi sarebbe un controsenso: essi fanno riferimento a regole astratte, che possono sbarrare la via ad accomodamenti ragionevoli; in nome della giustizia possono addirittura fomentare il disordine, ad esempio imponendo a un debitore il pagamento di more e interessi incompatibili col suo patrimonio o il suo rango sociale. Le leggi certamente esistono, ma non possiedono lo stesso carattere imperativo che manifestano nei sistemi giuridici occidentali: rappresentano dei modelli di condotta cui bisogna pazientemente avvicinarsi, ma che non vanno obbediti alla lettera; le minacce che talvolta contengono, sono lì più per dissuadere che per essere effettivamente applicate. Anche i contratti si situano all'opposto della concezione americana (e in parte europea): redatti in termini evasivi, hanno per scopo di affermare la volontà d'intesa delle parti, non di elencare puntigliosamente i motivi dei possibili contrasti futuri <sup>19</sup>.

Nelle società occidentali, il diritto viene visto e vissuto soprattutto in modo individualistico-soggettivo: è il *mio* diritto, contro quello altrui; talvolta, contro lo stato stesso. Una delle principali caratteristiche della tradizione culturale confuciana consiste invece nell'esaltare i *doveri* dell'individuo, più che i suoi diritti: è una concezione *antica* - pre-personalista, potremmo definirla - profondamente anti-individualista e anti-egocentrica, secondo cui l'individuo non è un soggetto completamente indipendente, ma solo una delle componenti del *gruppo* (dalla famiglia, fino alla nazione), tenuto a adempiere il proprio dovere secondo un *ordine* basato su principi inalterabili, piuttosto che a reclamare i propri diritti. Si può avere dunque una vita perfetta solo se si compie bene il proprio dovere; il quale cambia a seconda della posizione che si occupa nella società. L'affermazione della supremazia del dovere sul diritto contribuisce in modo determinante ad agevolare l'atteggiamento conciliativo, spingendo l'individuo coinvolto in un conflitto a domandarsi per prima cosa se questo non sia sorto *per una propria colpa*, anziché addossarne immediatamente la responsabilità alla controparte. L'apprendimento del compromesso e della conciliazione è almeno altrettanto impegnativo di quello della legge e del diritto: richiede infatti un lungo processo educativo e il rispetto dei riti in cui si esprime lo *status* del gruppo sociale di appartenenza.

Una cultura incentrata sulla morale del dovere <sup>20</sup>, produce inevitabilmente degli ordinamenti in cui le norme civili che tutelano i diritti degli individui sono meno evolute delle leggi (soprattutto penali) che determinano le loro responsabilità. Ancora oggi, nonostante che negli ultimi 50 anni la nozione occidentale di diritto soggettivo abbia cominciato a diffondersi nei sistemi giuridici orientali, la tradizione anti-individualista resiste: i Giapponesi, ad esempio, continuano a percepire le libertà fondamentali introdotte con la legislazione post-bellica, non tanto come delle facoltà e delle possibilità riconosciute all'individuo in quanto tale, ma in quanto membro di categorie (il consumatore, il malato, l'utente ...) che sembrano costituire la replica moderna degli antichi gruppi sociali rigidamente organizzati in base a un'etica *secondo il ruolo*. Durante l'arco della sua storia, la Cina ha addirittura ignorato la categoria del diritto civile. Tutto il suo ordinamento si è sempre strutturato intorno alla legislazione in senso lato criminale, e a una serie di leggi, ordinanze e regolamenti relativi alla creazione di agenzie statali e al ruolo amministrativo dei funzionari

---

19

Così rispondeva l'ambasciatore giapponese a Parigi a un giornalista che gli domandava come ci si dovesse comportare nel contrattare con i suoi concittadini: «Entrando in rapporto con un Giapponese è molto meglio dire: 'Ecco il mio problema, cercate di capirmi', piuttosto che utilizzare il metodo degli Americani - che con tristezza vedo adottare anche dagli Europei - di agitare un grosso bastone per ottenere soddisfazione. Certo che se abbiamo a che fare con chi già brandisce un bastone, bisogna comportarsi di conseguenza. Ma un rapporto di forza non può essere utile a nessuno» (così riportato da N. Rouland, *Op.cit.*, pp. 116-7; trad.mia).

<sup>20</sup> La morale del dovere, che si sostanzia soprattutto in divieti, condanna gli uomini non per una loro carenza nel valorizzare le opportunità di massima realizzazione delle loro potenzialità personali, ma per aver mancato alle fondamentali esigenze di ordine nella vita sociale (cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, trad. it., Giuffrè, Milano 1986, pp. 11 ss.). Sul piano antropologico, è in buona misura omogenea alla *civiltà di vergogna* di cui parla E.R. Dodds (cfr. *I Greci e l'irrazionale*, trad. it., La Nuova Italia, Firenze 1959, pp. 33 ss.).

pubblici: le questioni che oggi consideriamo «civili», o rientravano senz'altro nella categoria del penale, oppure venivano demandate a procedimenti mediatori il cui scopo reale era più quello di tutelare la moralità sociale che non quello di proteggere diritti o di comporre interessi in conflitto. Così le dispute sulla proprietà venivano di solito risolte applicando principi morali; e nelle questioni riguardanti gli *status* e le posizioni sociali, l'etica ufficiale diveniva l'unico criterio di decisione. La tutela della moralità era dunque il principio fondamentale per la risoluzione delle cause non-penali.

Confucio aveva espresso chiaramente l'idea secondo cui «il governo dovrebbe educare il popolo», piuttosto che «eliminare la gente priva di educazione»; e i confuciani non si sono limitati a sostenere l'importanza dell'educazione, ma hanno anche elaborato una teoria sistematica sul rapporto tra educazione e punizione. Essi infatti ritenevano l'educazione come lo strumento principale del buongoverno; uno strumento che poteva sia incrementare la moralità sociale, sia eliminare la criminalità, mentre il ricorso alla punizione poteva essere ammesso solo se i metodi preventivi non avessero funzionato. Tutto il pensiero confuciano classico è attraversato dall'utopia di una società liberata dal crimine e dominata dalla giustizia; una società senza ladri né ribelli, senza delitti né violenza. Consapevoli di quanto fosse difficile trasformare in realtà il sogno di una società perfetta e armoniosa, dotata di un alto grado di moralità, dove tutti agiscono secondo rettitudine e umiltà e nessuno si rende autore di delitti, i confuciani si concentrarono soprattutto sulla prevenzione e sulla limitazione della criminalità sociale. La loro tesi era che i pensieri malvagi e la povertà fossero i due principali fattori d'induzione al crimine. In una società imperfetta i delitti vanno senza dubbio puniti in maniera adeguata; ma la sanzione *a posteriori* da sola non basta: la semplice penalizzazione può infatti evitare temporaneamente che si commettano delitti, ma non fa certo sentire in colpa i criminali e non li allontana stabilmente dal male. Per riuscire a limitare il tasso di criminalità e stabilire una società basata sull'ordine, occorre dunque agire su due fronti: da un lato, governare secondo moralità, educando il popolo in modo che coltivi il senso dell'onore e della vergogna, sottomettendosi coscienziosamente ai riti e alle leggi; dall'altro, bisogna assicurare al popolo un'esistenza sicura e possibilmente prospera, così che gli individui non siano costretti a rischiare per procurarsi i beni necessari alla sopravvivenza. Si tratta evidentemente di una concezione general-preventiva. La garanzia della sicurezza materiale di base è condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'ordine sociale. Questo può essere realmente perseguito soltanto operando educativamente *a monte*: non considerando il crimine come un modo sbagliato per ottenere cose *giuste*, su cui dover intervenire patologicamente con la pena, ma orientando gli individui verso valori e beni che di per sé non possano costituire occasione di conflitto o di aggressione.

Absolutamente omogenei al perseguimento di questi obiettivi di politica sociale sono, nel pensiero confuciano classico, la ricerca dell'armonia e il disprezzo per la litigiosità: «Io sono uguale agli altri nelle liti quando tendo a evitarle». Durante oltre duemila anni i cinesi, per tradizione radicata, hanno considerato la disputa un errore da evitare a ogni costo, e i tribunali come dei luoghi perniciosi. Non solo la popolazione è sempre stata riluttante a recarsi davanti a un giudice, ma gli stessi governanti hanno guardato con sospetto coloro che intentavano cause: per molti anni l'assenza di litigiosità nel territorio loro affidato, è stata uno dei criteri fondamentali di valutazione degli atti e dei meriti dei funzionari locali; quelli che riuscivano effettivamente a disincentivare le dispute, acquistavano fama in tutto il paese.

Il ricorso alla *mediazione* è stato sicuramente lo strumento più utilizzato di riduzione della litigiosità, e ha assunto tre forme principali:

1) la mediazione popolare, dove la disputa, anziché finire davanti a un tribunale, viene risolta da soggetti come il più anziano del clan, il funzionario locale o altri personaggi dotati di autorità e riconosciuta moralità;

2) la mediazione popolare autorizzata dai funzionari, attraverso la quale le dispute vengono risolte nei villaggi o nelle circoscrizioni, quando il governo ritiene che la questione non sia di grande importanza o inadatta per un'udienza pubblica;

3) la mediazione effettuata direttamente dal governo o da agenzie governative <sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. Yanlong e Lizhi, *Op.cit.*, p. 87.

### **Mediazione tradizionale e mediazione moderna**

Può essere interessante approfondire brevemente la visione cinese tradizionale della normatività, come s'intuisce molto diversa da quella occidentale, variamente influenzata o derivata dal diritto romano. La regolazione della vita sociale è infatti fondata, come si accennava, sulla combinazione di due insiemi distinti di norme: il *li* e il *fa*.

Il *li* è un complesso di regole morali, che si concretizzano in precisi rituali, alle quali si affiancano regole di educazione e di cortesia, il cui rispetto garantisce all'uomo una vita in armonia con il cosmo. Una sorta di diritto naturale a maglie larghe, che in realtà si presentava come il codice di comportamento di un gruppo sociale, poiché limitava la sua efficacia agli strati più elevati della popolazione, i soli in grado di ispirare la propria condotta al rispetto dell'ordine della natura. Il fondamento del *li* è il pensiero confuciano (ma sostenitori ne furono anche i taoisti), per il quale è compito dell'uomo cercare l'armonia fra il suo operare e le leggi che governano il mondo naturale. Le virtù da coltivare, spontaneamente, senza l'intervento di alcuna costrizione, per il raggiungimento di questo obiettivo sono il senso di umanità, *ren*, e la rettitudine, *yi*. *Ren* è in realtà un concetto intraducibile: è la virtù per eccellenza alla quale si riconducono tutte le altre (pietà filiale, spirito di reciprocità, lealtà, sincerità, ecc.) e sta ad indicare la giustezza dei rapporti che due uomini dabbene intrattengono tra loro sulla base di ciò che sono l'uno per l'altro. I riti definiti dal *li*, dunque, guidano la condotta nei riguardi del proprio padre e degli altri membri della famiglia, in primo luogo, poi delle autorità, dei superiori e degli amici. In questo codice di comportamento non trovano spazio i diritti: l'individuo è connotato dai propri doveri, verso la famiglia e verso la collettività. La definizione dei rapporti interpersonali non contempla il concetto di uguaglianza: il rapporto fra due individui è sempre di carattere gerarchico.

Poiché la virtù è la capacità di distinguere la specificità di ciascuna relazione nella sua singolarità, in funzione della distanza o della prossimità di parentela, di generazione, di età, di sesso, di stato sociale, di rango all'interno dello Stato, nelle cinque relazioni fondamentali (*wu lun*), figlio-padre, moglie-marito, suddito-sovrano, giovane-vecchio, amico-amico, vige sempre un criterio di subordinazione, quanto meno sulla base dell'età. «Trattare il principe da principe, il sottoposto da sottoposto, il padre da padre, il figlio da figlio» è il principio morale confuciano che mostra tutta la sua distanza dalla nozione cristiana del valore assoluto della *persona umana*, svincolato dalle disuguaglianze legate alla struttura della società. La morale confuciana non ha, infatti, una connotazione teologica, come quella cristiana, ma piuttosto politica; ed è per questo che il *li* non va interpretato come un teorico codice morale, ma piuttosto come un efficace strumento di regolazione sociale e di governo. D'altro canto la riflessione teologica è in Cina quasi completamente assente, dato che la liturgia è espletata all'interno della famiglia e manca una casta sacerdotale. Questa stessa circostanza impone lo sviluppo di un accentuato formalismo, che assicuri a un celebrante non professionale, il rispetto di quanto richiesto dal rito. Quello che prevale è dunque sempre l'aspetto *morfo-logico*, che pone attenzione alle correlazioni formali, alle corrispondenze strutturali, rispetto a quello *teleo-logico* che indaga la concatenazione di causa ed effetto, di mezzi e fini: «Senza i riti, il rispetto non è che uno sforzo mentale; senza i riti, la prudenza non è che timidezza di spirito; senza i riti, il coraggio non è che sregolatezza selvaggia; senza i riti, la franchezza non è che arroganza».

L'altra componente dell'orizzonte giuridico, il *fa*, è invece la *legge* in quanto fonte del diritto. La Scuola delle leggi, che la sosteneva, ha un'origine (fra il 708 e il 643 a.C.) precedente di oltre un secolo a quella di Confucio. Il suo principio di base, opposto a quello confuciano, è la certezza della fondamentale malvagità e dell'immodificabile egoismo della natura umana, che vanno controllati in modo da reprimere gli ineliminabili conflitti attraverso leggi scritte e punizioni delle violazioni, severe fino alla crudeltà perché esercitino un'azione deterrente. Vi è tuttavia anche nel *fa* l'ambizione a produrre, attraverso l'azione legislativa e repressiva, una progressiva interiorizzazione della norma che col tempo renda inutile la legge stessa e, a maggior ragione, la punizione. Lo stato ideale, dunque, tanto per la Scuola delle leggi, quanto per i seguaci di Confucio, è quello che della legge non ha bisogno.

La dialettica tra prevalenza dell'una o dell'altra impostazione, legata alle vicende delle dinastie imperiali e alla solidità del potere centrale, incline ad enfatizzare il ruolo della legge scritta, approdò lentamente a una conciliazione resa possibile dalla forte strutturazione in classi della società cinese. In un testo del XIII secolo il rapporto tra *li* e *fa* è proposto come una gradazione che privilegia l'applicazione del *li*, ma prevede il ricorso alla legge ove i riti non siano sufficienti, per passare poi alla sanzione (*xing*) se la legge non viene rispettata. Il terreno del compromesso è la delimitazione del campo sociale di applicazione delle due forme di regolazione: «Il *li* non discende fino alla gente comune e il *fa* non sale fino ai nobili letterati», è l'aforisma con il quale già i primi confuciani riconoscono la necessità di leggi penali (che tali sono sostanzialmente quelle che costituiscono il *fa*) per fungere da deterrente ai cattivi comportamenti di quanti non sono stati educati secondo i dettami del confucianesimo: contadini, artigiani, commercianti. I codici che si succedono nel tempo, pertanto, vedono le disposizioni contenute nel *li* sanzionate in forza delle leggi penali del *fa*. Restano un certo numero di categorie immuni dalle pene, costituite da persone variamente legate all'imperatore, ma anche da benemeriti dello stato, saggi che svolgono il ruolo di educatori, funzionari e alti burocrati, nobiltà. Costoro non potevano essere giudicati dai tribunali ordinari: era l'imperatore che decideva su di loro in assoluta autonomia. Altre categorie sociali poi, come i mandarini, ma anche i più anziani o i più deboli, potevano riscattare la pena che per la sua entità ledesse la loro dignità, con un'altra meno grave, spesso di carattere pecuniario. Non erano riscattabili, ne' contemplavano esenzioni o amnistie i reati per i quali era prevista la pena di morte: quelli che «il Cielo e la Terra non possono tollerare» e che «lo Spirito e gli uomini debbono avere in orrore». Fra questi, la ribellione all'imperatore, il sacrilegio e la profanazione, il tradimento politico e militare; ma anche una serie di gravi violazioni dei doveri di pietà filiale e di sottomissione del figlio al padre (battere e tentare di uccidere i propri genitori, ingiuriarli, mancare di osservare i riti di lutto), di sottomissione della moglie al marito (meditare la denuncia del proprio sposo) e l'offesa profonda dei vincoli familiari in genere. Le leggi erano presentate e conosciute nella forma di grandi raccolte con valore permanente e universale, in qualche modo assimilabili ai moderni codici, e si succedettero numerose nel tempo in gran numero. Nonostante questa presenza, la cultura cinese ha continuato però a conservare un senso della legalità più come modello di comportamento piuttosto che come precetto assoluto: ne è conferma la possibilità per i giudici di allontanarsi dalla legge se le circostanze a loro avviso lo giustificassero. Ancora nel codice civile del 1930, nella premessa alla parte relativa alla famiglia e alle successioni, si dichiara che le disposizioni in esso contenute sono da intendersi come regole morali e ci si limita ad auspicare che il popolo vi si conformi in misura crescente.

Dato il contesto culturale di riferimento, si intuisce che le analogie tra queste forme tradizionali e le tecniche moderne di mediazione sono più apparenti che reali; e che, se sopravvalutate, possono certamente risultare fuorvianti. Si tratta infatti di strumenti il cui scopo non è tanto quello di risolvere, ma di *dissolvere*, il conflitto, in nome della conservazione di un ordine e di un'etica di gruppo, presunti assolutamente come condivisi. Il contesto in cui operano è quello di società «chiuse»<sup>22</sup>, incentrate su una morale ufficiale impermeabile al pluralismo culturale: dove quelli che per noi oggi sono gli evidenti diritti di libertà e le irrinunciabili garanzie fondamentali dell'individuo, vengono sistematicamente ignorati in nome della conformità a un ordine prestabilito e immutabile.

Simili culture producono degli ordinamenti in cui le garanzie poste a tutela dei diritti degli individui sono inevitabilmente meno evolute delle regole che determinano le loro responsabilità. Ancora oggi, nonostante negli ultimi 50 anni la nozione occidentale di diritto soggettivo abbia cominciato a diffondersi nei sistemi giuridici orientali, la tradizione anti-individualista resiste: i Giapponesi, ad esempio, continuano a percepire le libertà fondamentali introdotte con la legislazione post-bellica, non tanto come delle facoltà e delle possibilità riconosciute all'individuo in quanto tale, ma in quanto membro di categorie (il consumatore, il malato, l'utente ...) che sembrano costituire la replica moderna degli antichi gruppi sociali rigidamente organizzati in base a un'etica secondo il ruolo.

---

<sup>22</sup> Nel senso utilizzato da K.R. Popper in *La società aperta e i suoi nemici*, trad.it., Armando, Roma 1974.

La mediazione tradizionale presuppone insomma una situazione di condivisione culturale, in cui sia possibile fare riferimento a norme di fonte *superiore* (in genere non-umana) al fine di effettuare pressioni in vista di una soluzione precostituita del conflitto. La mediazione moderna s'inserisce invece in un sistema di libertà e responsabilità individuali operante in un contesto di grande differenziazione culturale; dove non ci sono valori universalmente condivisi o principi di autorità cui appellarsi; dove i soggetti non hanno spesso in comune altro che il conflitto in cui si trovano coinvolti. Dove perciò quella per la mediazione non può essere altro che una *scelta* basata sulla responsabilità personale; e il mediatore deve necessariamente operare con un metodo razionale-neutrale<sup>23</sup>.

Tuttavia l'immagine che ci arriva dalle culture orientali di una società non-conflittuale, dove il diritto gioca un ruolo residuale, ha una sua dignità e solidità: è passata pressoché indenne attraverso l'esperienza rivoluzionaria cinese, nonostante gli attacchi continui (ma evidentemente di facciata) portati dalla dirigenza comunista al pensiero confuciano. Il fatto è che se oggi in Cina vi sono ancora poche migliaia di avvocati per una popolazione che supera abbondantemente il miliardo di individui, questo non è dovuto tanto all'eredità lasciata dalle peculiarità nell'amministrazione della giustizia tipiche dei regimi comunisti, quanto alla persistenza di quella tradizione. Ne è riprova la situazione giapponese, dove agli inizi degli anni '90 erano pendenti soltanto circa 350.000 cause, tra civili e penali, per una popolazione di oltre 120 milioni di abitanti; e dove vi erano altrettante procedure non contenziose di conciliazione trattate dagli appositi servizi delle collettività locali. Si pensi che oggi in Italia, di sole cause civili, ne sono pendenti oltre 10 volte di più, con una popolazione che è meno della metà di quella giapponese: anche ipotizzando che ogni causa coinvolga soltanto 2 persone, circa 1 italiano su 7 (compresi i bambini) ha a che fare con la giustizia. Come in molti altri paesi occidentali, il sistema di gestione della patologia sociale è divenuto a sua volta un fenomeno patologico.



## GIOVANNI COSÌ: curriculum scientifico e didattico

Mi sono laureato nell'ottobre 1974 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze con una tesi in Filosofia del Diritto: voto di laurea 110 e lode\110. Dal giugno 1976 sono stato titolare di un assegno di formazione scientifica e didattica presso la cattedra di filosofia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze. Proseguendo gli studi avviati in occasione della tesi, mi sono dedicato all'approfondimento dei problemi antropologico-culturali e giuridici connessi alla diffusione del fenomeno droga nelle società tecnologicamente avanzate, e ho pubblicato nella Collana della stessa Facoltà il volume *La liberazione artificiale* (Giuffrè, Milano 1979). Dal 1977 al 1980 ho tenuto annualmente dei corsi seminariali a integrazione del programma di esame in filosofia del diritto, sul tema della cosiddetta "Scuola di Francoforte" e della "teoria critica" della società da questa elaborata; nell'ambito di questa esperienza didattica e di ricerca si collocano i saggi "Religiosità e teoria critica" (apparso nel 1979 sulla *Rivista di filosofia neoscolastica*) e "Secolarizzazione e risacralizzazioni" (elaborato per la ricerca su *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, coordinata da L. Lombardi Vallauri e G. Dilcher e pubblicata da Giuffrè nel 1981 nella Collana dei "Quaderni Fiorentini"), ora entrambi raccolti nel mio volume *Il sacro e il giusto* (Franco Angeli, Milano 1990).

Nel 1981 sono divenuto ricercatore confermato presso il Dipartimento di teoria e storia del diritto dell'Università di Firenze, superando la prima tornata dei giudizi d'idoneità. Dallo stesso anno mi sono interessato soprattutto dei temi e problemi connessi alle forme di manifestazione non-rivoluzionaria del dissenso nei contesti politico-istituzionali liberal-democratici, tenendo annualmente dei seminari sull'argomento. I risultati di queste ricerche, che hanno comportato anche una missione a Washington e Harvard finanziata con i fondi ministeriali in sede locale, sono confluiti nel volume *Saggio sulla disobbedienza civile* (Giuffrè, Milano 1984) pubblicato nella Collana della Facoltà di Giurisprudenza fiorentina. Un lavoro preparatorio, "Ordine e dissenso. La disobbedienza civile nella società liberale", è uscito in *Jus*, n. 1-2\1984; il saggio "Un anniversario dimenticato. Il Bill del 1689 e la sua eredità", in *Sociologia del diritto*, n. 3\1989, può essere considerato uno sviluppo di alcuni temi trattati in quel volume.

A partire dal 1985 mi sono dedicato principalmente - sia sul piano didattico che scientifico - a indagini storiche e critiche sui problemi etici e sociologici della professione legale. In questo ambito di ricerca si colloca il volume *Il giurista perduto* (Giuntina, Firenze 1987), edito nella Collana dei "Quaderni del notiziario forense". Due studi preparatori, "L'avvocato e il suo cliente" e "Professionalità e personalità", sono usciti rispettivamente su *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1\1986, e su *Sociologia del diritto*, n. 3\1985.

Ho contribuito con il saggio "Tutela del mondo e normatività naturale" al volume curato da L. Lombardi Vallauri, *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990. Nello stesso anno ho raccolto nel citato volume *Il sacro e il giusto* i miei scritti editi e inediti a sfondo giuridico-religioso. Appartiene a quest'ambito di ricerca anche la serie di articoli su "Il diritto del mondo", apparsi sulla rivista *Anima* nelle annate dal 1988 al 1992. Oltre ai già ricordati volumi e saggi, altri miei scritti sono pubblicati sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, su *Iustitia*, e su altre Riviste del mio settore disciplinare.

A partire dal 1990, mentre proseguivo i seminari sulla deontologia professionale, mi sono occupato soprattutto del tema degli 'universalì giuridici, e in generale delle strutture ontologico-fenomenologiche dell'esperienza normativa; i risultati di tali ricerche sono confluiti nel volume *Il Logos del diritto*, Giappichelli, Torino 1993. Ho coordinato, insieme a Luigi Lombardi Vallauri, una ricerca multidisciplinare sul tema "Logos dell'essere, Logos della norma", in corso di stampa presso l'Editrice Adriatica di Bari, cui contribuisco con uno scritto su "Logos giuridico e archetipi normativi". Nel 1998 ho pubblicato presso l'Editore Giappichelli di Torino, nella Collana *Recta Ratio*, una monografia in tema di etica professionale dal titolo *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*.

Dal 1975 al 1985 ho collaborato al progetto "Banca dei dati bibliografici di interesse giuridico" promosso dall'Istituto per la documentazione giuridica del Consiglio nazionale delle ricerche. Sono

stato redattore della rivista *Testimonianze*; sono fondatore della rivista di antropologia e psicologia della cultura *Anima*.

A partire dall'anno accademico 1993-94, ho ricoperto continuativamente l'affidamento per supplenza dell'insegnamento di Filosofia del Diritto (I Cattedra) presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari.

Ho conseguito l'idoneità alla docenza di I fascia nella seconda tornata 1999 delle valutazioni comparative per 1 posto nel settore N20X presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari, dove sono stato chiamato e ho preso servizio il 1.8.00. Giudizio di conferma dell'ordinariato conseguito il 1.8.03.

Ho coordinato un gruppo di ricerca sulla mediazione e le tecniche alternative di risoluzione delle controversie presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Sassari. Nell'ambito di questa ricerca ho curato l'edizione del volume collettivo *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, edito nel 2003 nella Collana del Dipartimento suddetto.

Negli anni accademici 2001-02 e 2002-03 ho ottenuto l'affidamento per supplenza dei corsi di Sociologia del Diritto I e II presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena. Chiamato da questa stessa Sede a coprire un posto di ruolo di I fascia nel settore IUS 20, mi sono trasferito e ho preso servizio il 1.11.03.

Ho insegnato nei corsi di formazione per conciliatori 1999-2000, 2001-2002 e 2002-2003 organizzati da Unioncamere Toscana. Ho insegnato nei corsi 2001 della Scuola di Specializzazione per gli Insegnanti delle Scuole Superiori dell'Università di Sassari.

Sono coordinatore del Master di I livello in "Procedure stragiudiziali di soluzione delle controversie", in collaborazione tra la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena e le CCIAA di Arezzo e di Grosseto. Sono docente in un Master analogo organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari in collaborazione con la locale CCIAA.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **VOLUMI**

*La liberazione artificiale: l'uomo e il diritto di fronte alla droga*, Giuffrè, Milano 1979: pp. VIII-356;

*Saggio sulla disobbedienza civile: storia e critica del dissenso in democrazia*, Giuffrè, Milano 1984: pp. VIII-288;

*Il giurista perduto: avvocati e identità professionale*, Giuntina, Firenze 1987: pp. 170;

*Il sacro e il giusto: itinerari di archetipologia giuridica*, Franco Angeli, Milano 1990: pp. VIII-198;

*Il Logos del diritto*, Giappichelli, Torino 1993: pp. X-430.

*La responsabilità del giurista: etica e professione legale*, Giappichelli, Torino 1998: pp. XVI-452.

*Società, diritto, culture: introduzione all'esperienza giuridica*, materiali didattici di Sociologia del Diritto, Firenze 2001: pp.213.

*La professione legale tra patologia e prevenzione: materiali di etica professionale*, materiali didattici di Sociologia del Diritto, Firenze 2001: pp. 251.

*Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi* (in collaborazione con M.A. Fodai), Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Sassari, Giuffrè, Milano 2003.

#### CONTRIBUTI A RICERCHE, CONVEGNI E SAGGI

"Per una politica del diritto del fenomeno droga: problemi e prospettive", *Archivio Giuridico*, CXCII\1977;

"Il diritto e la droga" e "Per una comprensione culturale dell'uso di droghe", *Testimonianze*, 224-226\1980;

"Religiosità e Teoria Critica: la teologia negativa di Max Horkheimer", *Rivista di Filosofia Neoscolastica*, 3\1980;

"Secolarizzazione e risacralizzazioni: le sopravvalutazioni post-illuministiche dell'immanentismo", in L. Lombardi Vallauri - G. Dilcher (eds.), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Giuffrè - Nomos Verlag, Milano - Baden-Baden 1981;

"Sulla 'naturalità' dei diritti civili", *Testimonianze*, 232\1981;

"L'Uno o i Molti? Il 'nuovo politeismo' di Miller e Hillman", *Testimonianze*, 262\1984;

"Ordine e dissenso. La disobbedienza civile nella società liberale", *Jus*, 1-2\1984;

"Iniziazione e tossicomania: intorno a un libro di Luigi Zoja", *Testimonianze*, 279-280\1985;

"Le aporie del pacifismo: critica della pace come ideologia", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 4\1985;

"L'immagine sofferente della legge", *L'Immaginale*, 4\1985;

"Diritto e morale in tema di aborto", *Testimonianze*, 274-275\1985;

"Professionalità e personalità: riflessioni sul ruolo dell'avvocato nella società contemporanea", *Sociologia del Diritto*, 3\1985;

"L'avvocato e il suo cliente: appunti storici e sociologici sulla professione legale", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1\1986;

"La coscienza, gli dei, la legge", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3\1987;

"Il diritto del mondo I", *Anima*, 1\1988;

"Il diritto del mondo II", *Anima*, 2\1989;

"Un anniversario dimenticato: Il *Bill* del 1689 e la sua eredità", *Sociologia del Diritto*, 3\1989;

"Vecchio e nuovo nelle crisi di identità degli avvocati", in *Storia del diritto e teoria politica*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata, Nuova Serie, II\1989;

"Verso il paese di Inanna", *Anima*, 3\1990;

"Avvocato o giurista?", comunicazione al VI Convegno nazionale di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Firenze 19-21 maggio 1989, in *Iustitia*, 3\1990;

"Tutela del mondo e normatività naturale", in L. Lombardi Vallauri (ed.), *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano 1990;

"Tutela del mondo e strumenti giuridici", *Testimonianze*, 325\1990;

"Il diritto del mondo III", *Anima*, 5\1991;

"La professione legale tra etica e deontologia", *Etica degli Affari e delle Professioni IV*, 3\1991;

"Diritto e realizzazione: un'introduzione alla fenomenologia del logos giuridico", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2\1991;

"Il diritto del mondo IV", *Anima*, 6\1992;

"La legge e le origini della coscienza", *Per la Filosofia*, 30\1994;

"Naturalità del diritto e universali giuridici", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2\1994.

"Naturalità del diritto e universali giuridici", in F. D'AGOSTINO (ed.), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino 1996.

"Etica secondo il ruolo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1\1997.

"Purezza e olocausto: un'interpretazione psicologico-culturale", *Per la Filosofia*, 43\1998.

"Logos giuridico e archetipi normativi", in L. LOMBARDI VALLAURI (ed.), *Logos dell'essere, Logos della norma*, Adriatica, Bari 1999.

"Giustizia senza giudizio. Limiti del diritto e tecniche di mediazione", in F. MOLINARI e A. AMOROSO (ed.), *Teoria e pratica della mediazione*, FrancoAngeli, Milano 1999.

"The Legal Profession: Pathology or Prevention?", comunicazione al Convegno di Jesi su "Ethics and Professions", maggio 2000.

"Le forme dell'informale", comunicazione al XXI Congresso Nazionale della Società di Filosofia Giuridica e Politica, Trieste 27-30 settembre 2000. Ora in *Giustizia e procedure*, Atti del suddetto Convegno, Giuffrè, Milano 2002.

"L'idea di professione", *Dirigenti Scuola*, 1\2000.

"Controllare la professione", *Dirigenti Scuola*, 2\2000.

"Professione, patologia e prevenzione", *Dirigenti Scuola*, 3\2000.

"Sistemi alternativi di soluzione delle controversie. Intorno all'esperienza americana", *Studi Senesi* 1\2003.

"Perché conciliare", in AA.VV., *La via della conciliazione*, a cura di S. Giacomelli, IPSOA, Milano 2003, pp. 3-87.

“Interessi, diritti, potere: gestione dei conflitti e mediazione”, *Ars Interpretandi*, n. 9\2004.

“Ordine negoziato e ordine imposto: post-modernità e limiti del diritto”, in Aa. Vv., *Domenico Farias – Omaggio alla memoria*, Giuffrè, Milano 2005.

“Etica secondo il ruolo e deontologia: il problema dell'identità professionale”, *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, vol. 5\2005.

“Invece di giudicare. Il Sudafrica e la Commissione per la verità e la riconciliazione”, *Studi Senesi* 1\2006.

(Giovanni Cosi)