



**CAMERA ARBITRALE NAZIONALE
E INTERNAZIONALE DI MILANO**



Atti del convegno

Neutralità e imparzialità nella gestione dei conflitti.
Decisioni, mediazioni, conciliazioni, accordi

Milano, 20 ottobre 2006

Prof. Eligio Resta*

Neutralità e imparzialità nella gestione dei conflitti**

È vietata qualsiasi forma di riproduzione e circolazione.
L'utilizzo degli atti è da intendersi finalizzato alla personale formazione del lettore

* *Filosofia del diritto, Università degli studi Roma Tre*

** *Trascrizione autorizzata, senza revisione da parte del relatore*

Professor Eligio RESTA – Grazie, volevo ringraziare Stefano Azzali che, con molto entusiasmo è stato uno dei primi che in Italia ha tracciato queste linee che oggi si stanno condensando anche nelle pratiche pubbliche.

Questa è l'occasione per riparlare di un tema a me caro, in cui la figura del terzo è necessario che venga scomposta in tutte le sue componenti.

Guardo con molto interesse il sottotitolo di questo incontro, che aggiunge alla neutralità e all'imparzialità una serie di pratiche, vale a dire le decisioni, le mediazioni, le conciliazioni, gli accordi.

Credo che bisogna cominciare a spaccare il capello, bisogna fare una sorta di depurazione del nostro linguaggio per cercare di capire di che cosa parliamo quando discutiamo di terzietà e di imparzialità. Una cosa è farlo nelle decisioni, un'altra nelle mediazioni, un'altra nelle conciliazioni, un'altra negli accordi, anche se devo dire che in linea generale questa discussione cade in un momento molto particolare, in cui le vecchie forme di risoluzione del conflitto, non dico che entrino in crisi, ma mostrano un po' di incertezza. C'è una sorta di ridefinizione ecologica - ecologica vuol dire che sta avvenendo dentro un panorama che stiamo condividendo – del ruolo del terzo e del risolutore del conflitto. Per definire questi termini, vorrei partire da alcuni casi molto concreti che non hanno a che fare direttamente con l'attività di risoluzione dei conflitti all'interno dei processi economici di cui ci ha parlato Azzali, ma che, sia pure indirettamente, coinvolgono tutti i processi attraverso i quali noi troviamo un problema di risoluzione dei conflitti.

Il primo esempio che mi porta a dire che la risoluzione dei conflitti è un tema dell'etica pubblica, della sfera pubblica contemporanea. In seguito alla legge sull'indulto, che è stato un provvedimento deciso nell'autonomia del politico, le autorità pubbliche, le autorità governative sono state investite da una serie di recriminazioni che venivano dalle vittime, dai familiari delle vittime. Ci troviamo di fronte ad una decisione pubblica che non si chiude nel momento in cui viene decisa, ma che produce una serie di conseguenze nel sistema della mentalità collettiva e persino nei sentimenti. Voi sapete qual è il problema della vittima e quanto investa nel meccanismo della

giustizia e quanto molto spesso la vittima stessa proceda a elaborazioni della delusione circa l'intervento normativo. Ora è successo che la comunicazione pubblica sia stata investita da questa grande ondata di *recriminazioni*¹. La questione è questa; di fronte a tante recriminazioni da parte delle vittime che fanno sì che un provvedimento normativo produca risentimento sociale, alcune figure del sistema politico, magari un po' più illuminate delle altre, si sono poste il problema: ma è possibile che un provvedimento come l'indulto debba cadere quasi come un processo non giustificato nei confronti delle vittime e degli altri? Hanno cominciato a prospettare l'idea che in seguito a queste rimostranze, risentimenti, si dovesse, se non altro nella sfera pubblica, predisporre un sistema di ascolto, di ascolto pubblico, che è la prima forma attraverso la quale si può pensare ad una dimensione diversa del conflitto². So benissimo che il tema è difficilissimo, che il garantismo ha sempre una strada in salita, che quel provvedimento va difeso e forse che andava progettato qualcosa in più. Ma quello che deve interessarci è che nella sfera pubblica ci sia un approccio a questo tema non cinico e fugace, che si cominci cioè a pensare al fatto che dietro una decisione ci possa essere una sorta di conflitto che rimane inespresso e latente e che può produrre forme di disaffezione e di risentimento ancora più forti. Per questo motivo, credo che non ci si possa fermare alla "corrente fredda" dei diritti e dei provvedimenti normativi e che ogni provvedimento o risoluzione autoritativa dei conflitti lasci poi una serie di problemi irrisolti; credo che una sfera pubblica matura si debba porre il problema di far qualcosa per situazioni di questo genere.

Il secondo esempio, che sembrerà ancora più peregrino, viene dallo scenario internazionale. Voi sapete quanto la scena internazionale sia l'elemento più drammatico dei conflitti, dove si consuma un aspetto del tragico della politica; sappiamo che le relazioni internazionali appartengono ad una sfera dove non esiste il terzo e in tal senso mi pare bellissima la formula usata da Bobbio: "Il

¹ Interessante la parola "*recriminazione*". Noi diciamo che recriminiamo contro qualcosa. Scavando nel significato di questa parola troviamo delle tracce che ci portano lontano, perché *re-criminare* in realtà vuol dire lamentarsi, ma nello stesso momento commettere un nuovo crimine, se non fosse che poi scavando nei fantasmi delle parole andiamo a trovare che crimine è strettamente imparentato con l'idea di giudicare, da *krinomai*, della critica. Per cui criticare e commettere un crimine hanno la stessa radice, vuol dire porsi da un certo crinale. Ma su questo, ovviamente, devo sorvolare, anche se vorrei fin da adesso che fosse chiaro che è proprio dentro questo fantasma delle parole che noi possiamo ritrovare un senso ed una traccia.

² Stiamo studiando un sistema da predisporre per una sorta di mediazione ex post del rapporto fra offensore e vittima. C'è qualche esperienza precedente, in Germania c'è il *Täter-Opfer Ausgleichs*, che sarebbe la riconciliazione offensore/vittima

terzo assente”. Le relazioni internazionali assomigliano molto a uno stato di natura non sempre pacifico, dove il tema della risoluzione dei conflitti è affidato al caso. Ci sono alcune forme, ma non esiste il terzo che possa risolverle. Di recente è stata emanata una sentenza dalla Corte di Giustizia Interamericana per i crimini contro l’umanità, che ha imposto ad uno Stato, la Colombia, di emanare una legge che risolva il conflitto, rimasto totalmente negato e irrisolto, nei confronti di alcune popolazioni che erano state oggetto di un genocidio da parte delle autorità politiche e che passa sotto il nome di “caso Ituango”. Ora che cosa è successo con questa sentenza della Corte Interamericana e con la conseguente legge colombiana? Si è cominciato a dire che il problema non è la condanna, quella tipica del linguaggio giudiziario, ma è qualche cosa che sappia immettere una dimensione diversa del tempo nella questione del conflitto. Cosa fa la sentenza? Chiude, in questo momento, i conflitti pronunciando l’ultima parola. Ora questa sentenza lavora su una dimensione diversa del tempo, queste offese non possono essere risolte con un atto di pura riparazione economica, hanno bisogno di forme di intervento che durino nel tempo e lavorino sullo schema della mentalità; è quella che io posso definire “corrente calda”. La corrente calda significa, in parole molto tecniche, il diritto alla verità, un po’ romantico e disperato se volete, ma che va difeso; essa indica il diritto alla giustizia, il diritto soprattutto alla memoria. Cosa vuol dire? Vuol dire che bisogna che le autorità dello Stato Colombiano ricordino ritualmente, con feste, con indicazioni di strade, di piazze, con corsi sulla tutela dei diritti umani, con educazione al rispetto delle forme di garanzia minime previste dalla convenzione dei diritti umani, che quindi, attraverso queste pratiche non cada nella rimozione, nel dimenticatoio quella che è stata una ferita molto forte. Con questi esempi siamo oltre la giustizia negoziale, ci avviciniamo alla giustizia riparatoria; non siamo ancora nel cuore del tema di cui ci occupiamo, ma siamo di fronte ad esempi in cui il terzo non si spoglia della responsabilità pubblica che deriva dallo “stare dentro il conflitto”.

Di solito il terzo, che decide dall’alto, e lo vedremo fra un attimo, è colui che, in maniera molto distante, dice l’ultima parola. Ora nell’indicare una linea di risoluzione del conflitto si dice, da parte della Corte Interamericana e della legge colombiana, che non possiamo dimenticare, mentre io sospetto che nella decisione giudiziaria l’imperativo nascosto, segreto sia che il sistema

sociale possa dimenticare. Le parti dovranno ricordarselo e se ne ricorderanno in maniera molto tragica; del resto chi ha conoscenze di pratica giudiziaria sa che quando una causa è finita la causa comincia, nel senso che ognuno inizierà a rielaborare il torto subito da parte del magistrato. Pensate che cos'è, in materia di separazione o divorzio, un provvedimento del giudice! È l'occasione per una parte per dire che l'altra parte è stata o favorita oppure se ne approfitta e bisognerà andare ancora una volta dal giudice. Pensate cosa succede sulla base dell'ultima legge sull'affido condiviso, che aumenta in maniera spropositata i poteri di intervento e che ovviamente costringe il giudice a decidere sul non decidibile. Quindi le cause ricominciano esattamente dove finiscono; è un problema di economia del tempo.

Ultimo esempio che potrei fare è il caso Parmalat, o tanti altri casi di queste genere più direttamente coinvolgenti il ruolo delle Camere di Commercio. Qui il deficit procedurale ci mette di fronte ad una impossibilità di trovare la soluzione del conflitto, ma in più ci spinge alla consapevolezza che l'intervento postumo del giudice è necessario ma sicuramente non sufficiente a risolvere la questione. Bisogna allora lavorare con forme diverse di intervento e di risoluzione del conflitto. Ora cos'è, in tutti questi casi, la costante? I conflitti che noi vediamo risolti dal giudice lasciano aperta una sfera di sentimenti che non possono essere risolti dalla decisione giudiziaria. Qual è la costante? È che una decisione del giudice è una decisione che obbliga alla dimenticanza, mentre molto spesso quello di cui hanno bisogno i litiganti è tutt'altra cosa, è una *anamnesi*, così si dice nel linguaggio medico. Quando andiamo dal medico la prima cosa che il medico ci dice è "Mi faccia l'anamnesi", cioè quali sono state le sue malattie, qual è la sua storia, da dove viene: l'anamnesi vuol dire farsi carico del passato per prendere decisioni per il futuro. Ora la sentenza giudiziaria deve annullare il tempo³. È una sorta di azione che lavora sul tempo, perché? Perché da sempre il ruolo del giudice è stato quello di dire l'ultima parola, non altro. Ricordo quanto ho insistito, quando ero al Consiglio Superiore della Magistratura, a conferma del mio ruolo di romantico e disperato, sul fatto che il ruolo del giudice non era quello di stabilire la virtù nicomachea della giustizia, ma era quella di dire l'ultima parola, e che questa era una grande virtù.

³ Non è frequente questa lettura, ma io credo che sia molto fertile, bisognerebbe studiare le decisioni giudiziarie, gli interventi normativi, sulla base dell'economia politica del tempo.

Perché il ruolo del giudice comincia ad essere instaurato, nei nostri sistemi sociali, sostanzialmente perché non ci si può permettere che le liti non finiscano mai. Pensate che cos'è il gioco della vendetta, la vendetta, una volta che c'è stato un evento, ha bisogno di una retro-azione, non finisce mai, si chiama legge mimetica della violenza; il giudice sta lì per dire, da sempre, l'ultima parola. Ricordavo ai miei amici magistrati il famoso detto di Anassimandro, il giudice deve decidere la causa, e quindi dire l'ultima parola, perché – ci raccomandava Anassimandro – il giudice si deve occupare della contabilità degli interessi, deve mettere in rapporto l'interesse dell'uno e l'interesse dell'altro e dire l'ultima parola perché la lite non si perpetui all'infinito; questione della giustizia – dice Anissimandro – è altra cosa, non riguarda il giudice, ma riguarda il potere di rimettere la natura nei suoi cardini, perché l'ingiustizia è uscire dai cardini della natura. Ce lo racconta Shakespeare nell'Amleto, dove si definisce l'ingiustizia come quella condizione in cui la natura è *out of joints* (*Aus den Fugen*), fuori dai cardini; non si chiede, né si deve chiedere questo al magistrato, perché il magistrato deve soltanto – e questa sì è una grande virtù – decidere le liti.

La sua terzietà sta esattamente in questo punto: decidere le liti.

Decidere la lite vuol dire aggiudicare. Mai come in questo caso la decisione giudiziaria torna al suo etimo⁴; decidere vuol dire spartire la preda, aggiudicare, tagliare, certo eliminando possibilità, ma il ruolo della decisione è esattamente quello, e che il giudice lo faccia rispettando la legge è la garanzia che la legalità moderna ha cercato di predisporre per evitare che il giudice – in quanto terzo – assomigli ad uno dei contendenti in gioco. La terzietà, che vuol dire né questo, né quello, è il potere di dire l'ultima parola sulla base di una legge che è stata scelta preventivamente. Se avessimo tempo sarebbe molto bello scavare dentro questa storia archeologica della costruzione del terzo: il terzo ha a che fare con una idea della decisione, sulla base di parole che hanno un significato diverso da quello attribuito dalle parti. È un gioco grammaticale, in cui il giudice, dicendo l'ultima parola, dice qual è il vero significato delle parole in gioco.

Tante volte mi interrogo sul perché il giudice si chiami giudice. Non è senza significato che il giudice stia lì per dire il diritto: splendido l'esordio di un vecchio libro di Franco Cordero, uno dei

⁴ Che viene tradotto meglio di tutti dal tedesco *entscheidung*.

più grandi eretici della cultura italiana, che in *Riti e sapienza del diritto* ricorda che sono per lo meno duemila e cinquecento anni che alcuni uomini dicono il diritto su altri uomini e, aggiunge, da sessant'anni anche le donne. Questo ci dice molto sulla possibilità del terzo, ma anche sulla sua "astrattezza"; ci racconta quale sia stata la storia dell'investimento sociale della figura neutra del terzo e quanto poi questa sia stata segnata da incongruità; il terzo finisce per essere necessariamente connotato da figure antropomorfiche⁵. Il giudice è esattamente questa figura di neutro, di *nec utrum*, ma continuo a insistere, sto parlando del giudice che è colui che ha la competenza linguistica, il potere di dire il diritto.

Ma il potere del giudice, la sua presenza, la sua legittimità, sono tutte da riferire ad un altro meccanismo, anche qui tutto linguistico, che è quello della *responsabilità*. Il giudice, questa figura di neutro, *nec utrum*, né questo, né quello, che ha questo potere virtuoso di chiudere le liti attraverso un'ultima parola, è costruito intorno al tentativo, da sempre, di trovare "le cose di cui siamo responsabili", dal punto di vista etico, dal punto di vista politico, dal punto di vista morale, dal punto di vista giuridico, attraverso il gioco dialogante del domandare e del rispondere. Non è un caso che poi nella prassi giudiziaria troviamo, nella lettura dei cosiddetti verbali, che paradossalmente sono scritti, "a domanda risponde"; il gioco della responsabilità consiste nell'intreccio da due pratiche che il diritto ha strettamente connesso, le cose di cui siamo responsabili e il gioco del domandare e del rispondere. Chi volesse trovare traccia e manuali su cui formarsi non deve studiare i processualisti, né i grandi giuristi, deve andare alla fonte, che è il tragico greco, è Eschilo con la sua *Oresteia* che lo racconta. Si tratta della storia dell'attribuzione di una colpa, e delle sue conseguenze, cioè della responsabilità, attraverso il verdetto di un Areopago. Quindi bisogna trovare le ultime parole e, come dicevamo prima, non è un caso che il giudice emetta il suo verdetto. Il verdetto è cioè "qualcosa" che sta al posto del vero, detto per vero, non dire il vero, ma detto per vero. Il verdetto viene assunto attraverso una sentenza, la quale sentenza è metafora dell'ascolto. Non può che essere ascoltata, gioco delle voci, un gioco teatrale, un gioco del

⁵ Bella discussione sul codice della decisione, se sia maschile o femminile, ma lo tralasciamo. Sarebbe molto importante lavorare sulla terzietà dal punto di vista di questi codici, ma ovviamente bisogna lasciarli sullo sfondo.

teatro, un *publicum*, in cui il giudice, l'ultima parola la dice in una sentenza che si è formata attraverso le tante udienze, a cui hanno partecipato *advocati* i quali, anche qui la metafora della voce del “chiamati presso”, hanno dibattuto nel pubblico dibattito. C'è una lunghissima storia in cui le parole del giudice devono – e qui uso un'espressione molto forte – ingannare la violenza esattamente nello stesso modo in cui i Parlamenti, che non a caso si chiamano Parlamenti, ingannano la battaglia fra gli eserciti in guerra, trasformandoli in maggioranza e minoranza. Del resto una delle più grandi opere fondative dell'antropologia politica moderna, quella di Hobbes, *Behemoth*, reca come sottotitolo “The long Parliament”, il Lungo Parlamento. È inganno della violenza quella del giudice che dice l'ultima parola, perché bisogna prendere sul serio l'inganno della violenza; bisogna credere nel fatto che il giudice possa evitare, attraverso l'ultima parola, che *ne cives ad arma ruant*.

Tutta la storia dell'antropologia occidentale è costruita intorno a questa idea, per questo il giudice deve decidere le cause e deve farlo sulla base di una neutralità. Su questo ovviamente si è innestata un po' la malattia dell'occidente, la quale ha cominciato a costruire l'idea di una società in cui il giudice diventa competente a decidere su tutto della vita e al giorno d'oggi voi sapete che il giudice decide persino sulla felicità degli individui, ammesso che possa farlo, perché la gente glielo chiede e le leggi glielo delegano. Questa idea della competenza linguistica massima del giudice è quella che noi possiamo definire, io ho provato a farlo, come “giurisdizione massima”, cioè una sorta di competenza linguistica ad ombrello su tutte le questioni della vita in cui si può dire l'ultima parola. Su questo punto la mia idea è che in questo ci sia una malattia, malattia della società, perché il modo in cui abbiamo costruito la competenza del giudice, fidandoci della sua neutralità, ha finito per investire il sistema giudiziario di competenze massime che non può avere; qui il punto importante quindi è quello delle soluzioni alternative, ma ad esse bisogna guardare come qualcosa non di strumentale rispetto alla giustizia. Esse non devono esser viste come funzionali alla deflazione o utili soltanto ad alleggerire il sistema giudiziario. Se questo è il pensiero da cui partiamo e cioè che le “dispute alternative” debbano essere soltanto il palliativo, il lenitivo dell'eccedenza del giudiziario io credo che siamo sulla strada sbagliata; e lo penso perché bisogna

ridare al giudice il suo potere decisivo sulla soluzione delle controversie, ma su quelle che lui può decidere, quelle su cui è competente linguisticamente.

Mi pare quindi necessario attivare un processo di “cura dimagrante” delle competenze della giurisdizione e cominciare a pensare in termini non di “giurisdizione massima”, ma in termini di “giurisdizione minima”. Questo perché è giusto pensare ad una soluzione dei conflitti in cui il giudice dica l’ultima parola, ma sulle cose di cui può essere competente. Noi sappiamo tutti che c’è una sorta di incapacità linguistica del giudice a risolvere questioni che non hanno nulla a che vedere con quella che Anassimandro definiva la “contabilità degli interessi”. In una logica diversa, dire “a chi vuoi più bene, a papà o a mamma?” o intervenire sulla sfera affettiva, o lavorare sulla dimensione dell’intimità delle passioni non è semplicemente un deficit di potere del giudice, è una sua incompetenza linguistica. Bisogna trovare altri linguaggi che possano essere capaci di interpretare una forma di dissidio che noi, in maniera troppo facile, abbiamo trasformato in conflitto. Qui la differenza è forte e perciò sui termini bisogna intendersi: conflitto è quella condizione in cui due litiganti vengono separati dalla stessa cosa che li accomuna; i confliggenti sono la prima comunità originaria in cui i soggetti che confliggono sono tenuti insieme esattamente da quello che li separa. Può essere costruttivo e divertente provare, per esempio, a rivedere i conflitti generazionali, quelli fra adulti e bambini, in cui adulti e bambini sono accomunati dalla stessa cosa che li separa. I bambini non sanno che diventeranno adulti, gli adulti hanno dimenticato di essere stati bambini, i bambini sono quelli che hanno aspettative, gli adulti sono quelli che hanno esperienza. Non possono non confliggere perché l’esperienza degli adulti ha dimenticato di essere stata costruita sull’aspettativa e l’aspettativa dei bambini non sa che diventerà esperienza. È un gioco in cui quello che divide è esattamente quello che accomuna. Adesso, al di fuori di questi giochi interessanti, ma complicati, pensate a che cos’è il conflitto fra i coniugi. Il conflitto fra i coniugi è un conflitto che tiene insieme i coniugi attraverso quello che li separa, se non ci fosse il rapporto con l’altro coniuge non ci sarebbe la necessità del conflitto, il conflitto tiene in vita la forma della separazione. E del resto sapete che i coniugi che litigano sono come i personaggi del noto racconto di Lawrence, I duellanti, in cui ci sono due capitani di ventura che si inseguono

attraverso le guerre napoleoniche, in eserciti diversi, ognuno ha bisogno dell'altro per pensarsi come se stesso. L'inimicizia definisce l'identità. Del resto nei conflitti, quando i conflitti appartengono alla sfera non degli interessi economici – ma anche per quelli bisognerebbe vedere – sono conflitti che mettono in gioco l'identità e l'identità dell'uno è definita esattamente dal conflitto con l'altra parte. Ora quale giudice può risolvere il conflitto che è fortemente identitario ed affettivo? Siamo convinti che il giudice possa dire l'ultima parola sugli affetti? Io penso che debba dire l'ultima parola sugli interessi. Per esempio deve orientare il proprio intervento nei confronti dell'esistenza di figli minori, o anche di parti più deboli, sulla base del fatto che i diritti devono essere tutelati, ma guai a dire al giudice che deve rimettere pace e felicità in una coppia che sta litigando. Certo che poi ci ritroviamo di fronte a esiti paradossali, come quelli della legge sull'affido condiviso, che è una soluzione paradossale ad un paradosso, che funziona in questo senso. Bisogna che i genitori si vogliano bene, perché volendosi bene possono realizzare un rapporto intensamente significativo con il figlio, un rapporto costruttivo, e poi l'educazione e l'affetto è tanto più produttivo, quanto più viene mostrato attraverso l'*exemplum*; però litigano, non vanno d'accordo, quindi è bene che si separino; è bene che si separino, ma nello stesso tempo sarebbe bene che non si fossero mai separati, perché è bene per i figli che si vada d'accordo. Una sorta di comando che, dal punto di vista della logica normativa, funziona da *not binding commitment*, cioè un comando che lega – meglio sarebbe dire doppio legame – ma qui sto invadendo un giardino proibito, sui cui mi piacerebbe che il Prof. Scaparro intervenisse. Il comando paradossale consiste nel fatto di dire: “voletevi bene e quindi andate d'accordo e se non ve ne volete fate finta di volervi bene e di andare d'accordo, perché avete i figli”. Ma, certo, dal punto di vista economico sarebbe molto meglio che si volessero bene, andassero d'accordo, il problema è che non vanno bene e c'è disarmonia e diseconomia, allora bisogna ritrovare una decisione paradossale a un paradosso. Quale giudice è capace di mettere non dico pace, ma di ridare una situazione di stabilità affettiva da cui ripartire? È bene che il giudice lì riparta dalla riduzione del danno del proprio intervento. Capite qual è il problema, il paradosso dell'affido condiviso? Ora voi sapete che persino nella legge i provvedimenti presidenziali, che il presidente del Tribunale deve prendere nei procedimenti di

separazione, prevedono il famoso tentativo di conciliazione. Continuo a meravigliarmi del fatto che persino nelle legge, oltre che nel linguaggio delle vita comune, si incappi sempre in un errore linguistico, in un bel lapsus che funziona così: si dice tentativo di conciliazione obbligatoria, nel senso di dovete mettervi d'accordo, dovete essere spontanei, dovete essere felici. Ma no, davvero? Mi piacerebbe. La questione è che noi demandiamo al giudice un compito, che ha a che fare con la dimensione della sfera affettiva, che non può essere giocato tutto nell'economia politica del tempo di un'udienza, bisogna "perdere" tempo. E nonostante che la magistratura in Italia perda tempo, non dovrebbe perderlo e quindi non potrebbe dedicare tutto il tempo che ci vuole a rimettere insieme i cocci di un rapporto affettivo che si è interrotto. Non è la competenza linguistica del giudice quella idonea a risolvere e ad intervenire su tali dimensioni della vita. Quindi bisogna ripartire. E questo "schema" non è applicabile soltanto il caso delle separazioni, dei divorzi. Più in generale la questione si pone quando la decisione deve cadere su sfere sensibili della vita, dove si tocca con mano quanto il diritto e la politica costituiscano potere sulla "nuda vita". Si fa un gran parlare di bio-politica e spesso non si deve andare tanto lontano per trovarne applicazioni concrete. Mi riferisco, ad esempio, già prima del caso Welby, alla discussione che si è avviata in Europa, in maniera molto densa, su un famoso caso inglese, che è il caso di Mrs Pretty, la quale – tutta la questione del corpo e della vita pone il giudice di fronte a questioni indicibili – è privata dell'uso degli arti in seguito ad una grave malattia genetica e ha deciso, nella sua autonomia sovrana, che la sua è ormai una vita *wrongful*, cioè non degna di essere continuata, chiede quindi che qualcuno l'aiuti a staccare la spina, perché non può farlo. Ora, nel Regno Unito non è consentito il suicidio assistito. Giorni fa mi sono imbattuto su un progetto di riforma del codice penale argentino in cui si parla della ammissibilità, a determinate condizioni, del cosiddetto omicidio pietoso. La religione poi ritorna, sotto altre forme. Ora, nel caso della signora Pretty, si chiede l'intervento del Governo, il Governo glielo nega; si ribadisce che non si può autorizzare il marito ad aiutarla a suicidarsi. Si ricorre alla Corte Suprema e anche la Corte Suprema glielo nega. Alla fine alla signora Pretty non rimane che ricorrere al Tribunale di Strasburgo perché lamenta, recrimina, che tutto questo è il prodotto di una contraddittoria, ingiusta e insufficiente legislazione, inadeguata alla tutela dei diritti

fondamentali dell'uomo riconosciuti da leggi, dichiarazioni, costituzioni vincolanti anche per l'U. K.: in particolare lamenta che non è garantito il suo diritto all'autodeterminazione e quindi vi è una importante violazione di un diritto umano. La Corte di Strasburgo, che è il giudice europeo dei diritti umani, usa soluzioni pilatesche: dice di non poter obbligare il Governo dell'United Kingdom a autorizzare il suicidio, però riconosce che facendo così contribuisce a sancire la violazione del principio fondamentale, presente in tutte le dichiarazioni dei diritti umani e presente nella Carta di Nizza, che stabilisce il divieto di discriminazione: ti discrimino perché tu non ti puoi suicidare da te, quindi sei costretta alla vita indegna di essere vissuta. Ecco una situazione indecidibile e tragica. La situazione tragica è una situazione nei confronti della quale ci si ritroverà molto spesso quanto più avanzerà la possibilità tecnica di lavorare sul corpo, quindi dobbiamo abituarci ad una cultura in cui la decisione del giudice sarà inadeguata.

C'è un altro modo? Io ritengo di sì, che anzi nella storia della cultura occidentale non è stata mai vincente, ma molto probabilmente sarà stata anche una forma di pratica di diritto vivente, quella per cui si sono prodotte soluzioni diverse delle controversie, che soltanto per una sorta di attrazione, di calamita del sistema giudiziario sono state attratte nella sfera del linguaggio della giurisdizione massima. Esiste nella storia delle parole un modo diverso di intervenire nella soluzione dei conflitti e questa parola è la parola che oggi noi ritroviamo e sulla quale mi piacerebbe che tutti, collettivamente, facessimo depurazione del linguaggio, la parola "mediazione". La parola mediazione viene da questa radice, *med*, a sua volta indoeruopea, la quale si ritrova in tante dimensioni dell'agire pratico della vita. Per esempio medico si chiama medico perché trova il mezzo: nei dialoghi platonici la legge si presenta come *pharmakon* ed è *pharmakon* perché di questo ri-medio, come noi diciamo, conserva soprattutto l'ambivalenza originaria: essere veleno e antidoto. Non una volta veleno e una volta antidoto, ma veleno che a giuste dosi costituisce la medicina che risana; sana ammalando; ammalava salvando; cura e nello stesso tempo aggrava il male stesso. È ri-medio, ma è nello stesso tempo la radice del nome di Medea, della *meditatio*, del prendere tempo, riflettere; medio è non soltanto strumento per raggiungere i fini, ma medio è l'indicazione di uno spazio sociale, è lo stare tra due estremi, è lo stare in mezzo, come si dice.

Sulla medietà Aristotele aveva costruito la teoria di quella singolare virtù della *mesotes*, che costituiva la *phronesis* (la prudenza, la saggezza, sono costruite sulla *mesotes*).

Ora chi è che il media-tore? Non è il mezzo per, ma è colui che si trova in uno spazio del conflitto, tra i due confliggenti. Qui, guardate, bisogna totalmente dimenticare una sorta di attrazione linguistica operata dal linguaggio del processo e bisogna evitare la sovrapposizione dei significati dell'attività giurisdizionale e la proiezione del linguaggio giurisdizionale sull'attività della mediazione. Detto in parole più semplici, appartengono a campi linguistici profondamente diversi il giudice e il mediatore; il mediatore sta per definizione tra i contendenti in gioco. Questo ci porta a sbarazzarci fin dagli inizi dalla idea non soltanto sbagliata, ma contro-finale della sua necessaria terzietà e imparzialità. Al giudice bisogna chiedere terzietà e imparzialità, perché deve dire l'ultima parola; al mediatore bisogna chiedere altra sapienza e altra competenza, che è quella di immergersi tra i contendenti, deve dimenticare il suo ruolo di parlante un meta-linguaggio, non deve dire qual è il significato delle parole che stanno usando gli uni e gli altri, ma deve, diversamente dal giudice, *essere questo e quello*, mentre il giudice deve essere né questo, né quello, e questo gli viene garantito dal rispetto della legge. E questo spiega anche, apro una piccola parentesi, perché i giudici si mascherano, perché vestono la toga. È un bel lavoro, simbolico, da fare, ma chiudo subito la parentesi.

Quindi mentre il giudice deve essere né questo, né quello, al mediatore bisogna chiedere innanzitutto di essere questo e quello. Non è un caso che l'attività del mediatore, fin dagli inizi, fin dalle origini del sapere occidentale, sia stato fortemente costruito sull'idea dell'ermeneuta. Chi esercita l'ermeneutica è mediatore e del resto Hermes, non è un caso, è messaggero degli dei, manda messaggi; ermeneutica è interpretazione e quindi ad essa si riferisce il lavoro della traduzione da una lingua ad un'altra. Cosa deve fare il traduttore? Deve conoscere l'una e l'altra lingua. Il giudice è colui che possiede la meta-lingua, capace di trasformare i discorsi delle parti in un'altra lingua, che è quella della legge. Il mediatore non deve trasformare nessuna lingua, deve tradurre, che è cosa diversa, deve far sì che i messaggi dell'uno passino all'altro, in modo che i messaggi da distruttivi diventino comunicativi e per farlo deve usare la stessa lingua dei

contendenti, non deve assolutamente metterci il suo. Diversamente avviene per il conciliatore, il quale magari realizza forme meno conflittuali di decisione, ma rimane terzo e deve usare la sua terzietà per conciliare l'uno e l'altro. Del resto la figura massima del conciliatore, che noi troviamo nell'esperienza religiosa, è quella dotata di *auctoritas*. Il mediatore è tanto più autorevole, quanto meno mostra il suo potere, ma non è soltanto una soluzione ipocrita, non deve soltanto non mostrare, il mediatore per essere tale deve essere non alla stessa distanza dell'uno dall'altro, per cui la vecchia formula della equi-distanza non si deve riferire a lui, ma deve essere vicino all'uno quanto all'altro. Vi ricordate tutte le storie che si fanno ogni volta sulla magistratura? Il giudice deve essere ed apparire. Tanto è vero che applicazione dell'articolo 2 della legge delle guarentigie finiscono per sempre per ruotare intorno a questo nodo, della imparzialità che deve essere mostrata, oltre che essere sostanzialmente praticata. Al mediatore tutte queste cose non competono, perché per essere mediatori bisogna essere alla stessa vicinanza dell'uno rispetto all'altro, bisogna calarsi dentro, essere tra, essere *zwischenmenschlich* tra i contendenti in gioco. E' l'infra-umanità del conflitto che spiega il ruolo del mediatore. Se noi continuiamo a parlare della terzietà e dell'imparzialità del mediatore, e ci capiamo tutti, è perché su noi sta funzionando una sorta di retro pensiero in cui a definire i termini del linguaggio è la cosiddetta semantica influente, detto in parole molto semplici stiamo trasformando il mediatore in *giudice modello bonsai*, cioè stiamo ritrasferendo la cultura del giudice sulla cultura del mediatore e ne facciamo una giudice di serie B. Ma non abbiamo bisogno di un giudice di serie B, abbiamo bisogno di qualche cosa di diverso che ci possa rapportare al conflitto nella maniera più adeguata alle competenze linguistiche disponibili e possibili. Non è il linguaggio del giudice quello idoneo a intervenire su dimensioni che hanno a che fare con conflitti identitari che, se non altro, hanno bisogno di lunghe elaborazioni temporali; perché il giudice non deve perdere tempo, perché il giudice quando ha a che fare con l'identità la deve tradurre in un articolo di legge. Quando sono in campo affetti bisogna avere la capacità modesta di tradurre questi affetti dalla loro forma distruttiva in una forma costruttiva, bisogna avere *phronesis*, sapienza. La sapienza del mediatore sta nel fatto di conoscere bene il linguaggio dell'uno e il linguaggio dell'altro e di parlare il linguaggio dell'uno e il linguaggio dell'altro, di essere parte del

conflitto, nel senso di un confliggente quanto nel senso dell'altro suo antagonista; deve trasmettere comunicazioni e grazie a questo, realizzare ermeneutica. Io continuo a dire che la forma migliore per spiegare la competenza del mediatore è quella che ci viene dalla statistica. Il mediatore non deve essere colui che opera fra i due estremi, fra i due contendenti in gioco, la famosa operazione salomonica: $a+b:2$. Il giudizio salomonico era quello " del tagliare in due il bambino", trovare la media. Non è la media la figura del mediatore, e non è neanche la moda, che è il valore più frequente fra due estremi. Come ho ripetuto molte volte la moda sa di "così fan tutte", aria mozartiana, sa di principio maggioritario e a volte sa anche di crudeltà; la figura statistica del mediatore è invece quella della mediana, che è il punto vicino, prossimo, tanto all'uno, quando all'altro. Qui bisogna fare piazza pulita dell'idea della neutralità e dell'imparzialità, perché sarà mediatore colui il quale sarà stato capace di essere vicino all'uno e vicino all'altro; sarà stato mediatore colui che avrà esercitato questa arte della riattivazione della comunicazione ermeneutica. E c'è un'altra figura che ci ricorda la sapienza del mediatore ed è la geopolitica: medi-terraneo. Mediterraneo è quello delle terre che sono attraversate dal mare, il mare è il luogo della congiunzione delle terre. Non è un caso che si chiami Medi-terraneo. Certo, l'obiezione che mi fate è che il Mediterraneo è il luogo delle guerre del Peloponneso, di tutte le guerre, è la madre e il luogo di tutte le guerre, ma potrebbe essere diversamente, potrebbe anche essere il luogo della grande pacificazione, dipende dal modo in cui il mare sta tra le terre. Quindi bisogna imporre ancora una volta la neutralità e l'imparzialità? No, perché è regola performativa, di chi si prende cura del conflitto e sta in mezzo ai due contendenti, che pendere dalla parte dell'uno o pendere dalla parte dell'altro non è violazione di una deontologia, ma è incapacità di arrivare alla soluzione mediativa. Questo bisogna che sia chiaro, chi non è imparziale, secondo quel vecchio linguaggio, non può essere mediatore, non realizza la mediazione. La mediazione si realizza grazie ad una forma linguistica performativa, cioè si realizza quando si sarà realizzata. Certo che poi dovranno esserci delle regole, che io tradurrei come regole di buon senso (diverse da quelle della deontologia e che ancora una volta ci derivano dai saperi processualistici); tra queste regole sicuramente di buon senso è che il mediatore conservi la segretezza, che ancora non venga usato il contenuto della mediazione

come meccanismo rilevante in altri processi. Certo, ma sono regole di buon senso, non bisogna costruire una grande teoria su questo. Oggi il grande tema dell'agenda pubblica sulla mediazione consiste esattamente in questo, trovare una compatibilità linguistica attraverso la differenza e non la confusione, come sta avvenendo nella legislazione. Ultimo caso esemplare era la ennesima bozza Paniz, prima di arrivare alla legge sull'affido condiviso, in cui si rendeva obbligatoria la mediazione. Ma errori di questo tipo ce ne sono a bizzeffe, persino nella legislazione europea, nelle direttive europee si parla della imparzialità e terzietà del mediatore. Chi dice questo sta trasferendo sulla mediazione altri linguaggi e quindi sta colonizzando la mediazione, sta replicando la sapienza giudiziaria. Io credo che il vero problema oggi sia stabilire un rapporto corretto fra la regola del processo e la mediazione, però la filosofia deve essere quella di mantenere del tutto separate la pratica della mediazione dal processo giudiziario, per questo basta semplicemente una norma processuale, non c'è bisogno di codici, non c'è bisogno di rifare tutta la storia del processo, basta soltanto una norma, tipo, per esempio, una norma di raccordo. Ma questo è un altro discorso, la questione per la quale oggi bisogna battersi a tutti i livelli è che non ci sia una ennesima *con-fusione* fra la sapienza della decisione, che deve rimanere del giudice, e un'altra sapienza, che sia quella costruita intorno alla pazienza del ri-attivare la comunicazione. Grazie.

Nicola GIUDICE – Un ringraziamento particolare al professor Resta, un ringraziamento per la relazione, sui suoi contenuti, che io credo abbiano in pieno corrisposto quelle che erano le nostre aspettative, volevamo luce, volevamo messaggi, volevamo indicazioni e credo proprio che non possiamo che dirci soddisfatti di questo. Indicazioni che probabilmente, come spesso capita in questi contesti, magari più che aiutarti ti complicano la vita, perché ti pongono nuovi problemi, ma è proprio questo che ci ponevamo come obiettivo, avere un convegno che non ci aiuti a dire va tutto bene, è tutto chiaro, anzi che ci aiuti a capire meglio quello che stiamo facendo e perché lo stiamo facendo.

Non rubo altro tempo, solo una considerazione, cioè mi è piaciuto molto il fatto di porsi, tra i tanti quesiti, il perché il giudice porti la toga. Chiediamolo a un giudice che ha avuto l'occasione

di...

Professor RESTA – La domanda corretta non è perché porta la toga, la domanda è: perché si maschera? Che è diverso.

Nicola GIUDICE – Perché si maschera. Giusto. È corretto. Abbiamo qui il dottor Marinari, a cui avevamo chiesto di venire, sapendo, preparandogli questo tranello, per domandargli perché lui quotidianamente si maschera, in realtà il dottor Marinari, oltre a essere un – come dire? – un caro amico, è, io credo, un grande sostenitore della conciliazione e un grande, credo, attento osservatore del fenomeno conciliazione e del fenomeno mediazione. Io non rubo altro tempo con riflessioni che magari potremmo trasferire poi in sede di dibattito e cedo quindi senz'altro la parola per l'intervento destinato al dottor Marinari. Grazie.