

**DOTTORATO DI RICERCA – “FILOSOFIA DEL DIRITTO. ARTE
E TECNICA DELLA GIURISPRUDENZA – ERMENEUTICA DEI
DIRITTI DELL’UOMO” – XXI° CICLO**

**IL DIRITTO COME MEDIAZIONE.
CONFLITTO E RELAZIONE NELLA COSTRUZIONE SOCIALE**

*A Tom Benetollo con immenso affetto
A S. per il sostegno*

Tutor

Luigi Di Santo

Dottoranda

Maciariello Giovanna

Indice

| | |
|--|----|
| Nota Introduttiva | 5 |
| Primo Capitolo | |
| <i>Approcci culturali alla pratica della mediazione e principali pratiche di mediazione</i> | |
| <i>1 Premessa</i> | 8 |
| <i>1.1 Mediazione culturale</i> | 22 |
| <i>1.2 Mediazione giuridica: mediazione familiare e penale</i> | 25 |
| <i>1.2.1 La mediazione familiare</i> | 25 |
| <i>1.2.3 La mediazione in diritto penale</i> | 29 |
| <i>1.3 Elementi di riflessione circa l'utilizzo della "Mediazione" nel campo del diritto.</i> | 33 |
| Secondo Capitolo | |
| <i>La mediazione come categoria universale per la relazione e le interpretazioni degli equilibri sociali e istituzionali.</i> | |
| <i>2 Premessa</i> | 40 |
| <i>2.1 Foucault</i> | 42 |
| <i>2.2 Luhmann</i> | 66 |
| <i>2.3 Habermas</i> | 83 |
| <i>2.3.1 Il diritto nel tempo: fondamenti del diritto discorsivo</i> | 84 |
| <i>2.3.2 Quali sono i motivi culturali che giustificano l'utilizzo del linguaggio come fondamento dei processi di interazione sociale?</i> | 99 |

| | |
|--|-----|
| <i>2.3.3 Il linguaggio come medium regolativo di società improntare all'agire comunicativo: tensione tra fattualità e validità</i> | 102 |
| <i>2.3.4 L'etica del discorso</i> | 108 |
| <i>2.3.5 Le norme giuridiche e la loro legittimazione</i> | 109 |
| <i>2.3.6 Principio di legalità e moralità del diritto come elementi bivalenti del medium giuridico</i> | 112 |

Capitolo Terzo

Significato del diritto: dall'approccio procedurale filosofico all'umanità del diritto.

| | |
|---|-----|
| <i>3Premessa</i> | 124 |
| <i>3.1 La Mediazione del Diritto: diritto come medium dei processi vitali</i> | 125 |
| <i>3.2 Il Terzo Altro e l'imputabilità</i> | 133 |
| <i>3.3 Il diritto come fenomeno</i> | 137 |
| <i>3.4 L'esistere del diritto</i> | 139 |

Capitolo Quarto

Nuovi stati di configurazione delle Identità, individuali e collettive, delle società globali: funzioni del medium Diritto nella sua funzione di terzietà.

| | |
|----------------------------------|-----|
| <i>4 Premessa</i> | 144 |
| <i>4.1 La società globale</i> | 145 |
| <i>4.2 Le Istituzioni-guscio</i> | 150 |
| <i>4.3 La community globale</i> | 153 |
| <i>4.4 L'uomo liquido</i> | 156 |

| | |
|--|-----|
| <i>4.5 Le libertà individuali e la libertà collettiva</i> | 164 |
| <i>4.6 Riflessioni sulla natura del diritto nell'età postmoderna</i> | 167 |
| <i>4.6.1 Il diritto ed il Metodo nella Modernità</i> | 173 |
| <i>4.6.2 Il Governo degli uomini sostituisce il governo delle leggi</i> | 179 |
| <i>4.7 Il multiculturalismo: le nuove frontiere del diritto</i> | 182 |
| <i>4.7.1 Il dibattito sul 'multiculturalismo' ed il diritto multiculturale</i> | 183 |
| <i>4.8 Diritto e diritti: la Mediazione possibile</i> | 192 |
| Conclusioni | 200 |
| Bibliografia | 206 |

Nota Introduttiva

Il concetto di Mediazione

Il progetto di ricerca mira ad individuare le correlazione tra l'attività della mediazione ed il particolare valore di mediazione che può acquisire il *diritto* nei suoi fondamenti e nelle sue funzioni. "Mediare" significa interporre un terzo tra due elementi e, quindi, creare un sistema ternario laddove, prima, esisteva un sistema binario¹. "La mediazione rappresentata dalla presenza di un intermediario tra due termini può essere considerata come un traduttore, un operatore del cambiamento di significato, secondo il suo schema innato. In questo senso la mediazione è presente attraverso le forme di costruzione e le rappresentazioni che generano le relazioni sociali"². Il senso dell'agire sociale è il prodotto delle relazioni umane viste in una dimensione costruttiva e relazionale facente riferimento alle molteplici dimensioni culturali dell'azione umana. Se dunque vi sono relazioni sociali tra individui, gruppi e organizzazione, esistono processi di costruzione rappresentativa che saranno "mediati" dalle più diverse forme espressive e di scambio (il linguaggio, l'arte, le immagini, il diritto, il denaro, il potere, ect.) e dalle "invenzioni" comunicative che rappresentano le forme di mediazione della comunicazione tra individui (l'oralità, la stampa, i media elettrici e neo-elettronici). Le diverse forme mediali costituiscono la *terza parte* che veicola e trasforma i prodotti culturali e

¹ L. Luison, *La mediazione come strumento di intervento sociale. Problemi e prospettive internazionali*, Milano, 2006, cit. pag. 127

² *Riflessioni su un Approccio orizzontale alla mediazione sociale in Europa*, di Moussa Khedimellah, Alexandra Poli, Nikola Tietze. L. Luison, *ivi*, cit. pag. 140.

comunicativi determinando l'incontro, lo scambio, il conflitto, in cui si articola la costruzione sociale.

Si prospetta un percorso d'indagine che necessariamente osserva la relazione tra le identità individuali, sociali, organizzative, che si mettono in relazione in funzione della tipologia del *medium* attraverso cui possono scambiarsi. La mediazione oltre ad essere espressa dalle diverse forme mediali e definita per il suo carattere di *terzietà*, si definisce in qualità di "pratica di mediazione" la cui funzione si esplica nella possibile costituzione di una 'soggettività plurale'. Dedicheremo il primo capitolo della presenti tesi ad esplorare l'ambito della "pratica della mediazione", rintracciandone l'origine e le possibilità d'impiego in specifici settori d'intervento (mediazione familiare, penale, culturale,ect.). In seguito, nel secondo capitolo, dopo aver descritto alcuni impieghi pratici della mediazione, ci dedicheremo ad approfondire il "fenomeno" mediazione in ambito storico-filosofico, sociologico giuridico, procedurale filosofico e fenomenologico al fine di ricostruire la complessità di un atto essenziale nella costruzione sociale e rintracciabile in buona parte delle manifestazioni umane basilari per la definizione delle interrelazioni socio-comunicative tra individui e per la strutturazione di "spazi" di convivenza comune (la mediazione, intesa come procedimento essenziale intrinseco per l'intesa tra gli uomini e la costruzione sociale, è alla base dell'opera di *istituzione* del diritto). Nel terzo capitolo affronteremo il rapporto tra il diritto inteso come *procedura filosofico discorsiva* ed il diritto inteso come *motore dei processi relazionali*, ovvero il diritto concepito come *terzo* che produce *mediazione*. La mediazione consiste in un'attività di *comprensione* dell'altro diverso da sé, di *affermazione ed autocomprensione* di sé in

funzione della presenza dell'altro, di creazione di un nuovo *stato rappresentativo* delle parti. Tale processo costituisce l'atto fondante della costruzione sociale. Nel quarto capitolo infine ci dedicheremo ad approfondire il tema del diritto in qualità di prodotto culturale di una società complessa e globalizzata, valutando le possibili connessioni tra diritto moderno e sviluppo sociale contemporaneo. Tenteremo di capire se è possibile, e se sì in che termini, delineare la funzione di *terzietà del diritto* nei processi comunicativi e sociali di una società globale.

Primo Capitolo

Approcci culturali alla pratica della mediazione e principali pratiche di mediazione

1. *Premessa*

La complessità del tema “mediazione” ci suggerisce di ricostruirne il significato in chiave storica, nella prospettiva delle più recenti formulazioni dell’idea sul piano di una ermeneutica della comunicazione. Il nostro lavoro di ricerca si attua, nella sua parte iniziale, nella prospettiva di esplorare le “radici genetiche” del concetto di *media*, *mediazione giuridica*, *mediazione sociale* e di *terzietà* nella possibilità di dare significato all’agire dell’uomo in relazione al suo essere uomo, nonché cittadino appartenente ad una collettività. Il concetto di mediazione in epoca moderna ha una feconda germinazione nell’interpretare il posizionamento delle relazioni intermedie tra società, diritto, politica nella composizione e ricomposizione degli equilibri istituzionali. “La mediazione rappresenta uno dei concetti principali della filosofia”, in quanto supera il principio del terzo escluso ed afferma il metodo tesi-antitesi-sintesi.³ Sin da Aristotele la mediazione assume il carattere essenziale dei procedimenti discorsivi che si individuano nei passaggi intermedi. Nella definizione hegeliana essa è articolata attraverso il *principium philosophiae* della Dialettica: nella triade “Sillogismo, Sintesi a priori, Dialettica”, la Dialettica *s’immedesima* con la mediazione. In chiave posthegeliana sono da ricordare i contributi di Dilthey⁴ nella proposizione

³ L.Luison,ivi, op.cit. pag. 127

⁴ Cfr. W.Dilthey, *La costruzione del mondo storico* (1910), I tipi di concezione del mondo (1911).

dell'*Erlebnis*, nella sua funzione di *medium* tra coscienza e alterità sino alle speculazioni dell'attualismo di Gentile nell'analisi del concetto di 'concreto' come mediazione e nella introduzione del concetto di monotriade nel senso della mediazione.

Il tema della mediazione si presta a più letture, a diversi approcci, a pratiche differenti al punto da poterlo delineare in una prospettiva transdisciplinare. Pur collocandosi in area sociologica (*mediazione sociale*), e prevalentemente sociologico-giuridica, sembra necessario non trascurare le differenziazioni tra le varie forme di mediazione, cogliendole in una pluralità di campi di indagine, utilizzando anche gli approcci della psicologia, della cultura e della comunicazione, della filosofia giuridica e politica. Al termine "mediare" sono attribuiti una vasta gamma di significati. La mediazione ha natura plurale, poliedrica, complessa e si presenta quindi come un'istituzione dinamica, che reca il segno di presupposti ideologici e ontologici. Alcune definizioni di mediazione accentuano la dimensione comunicativa (come vedremo in Habermas), altre la dimensione della conoscenza; così, tra le diverse concezioni della mediazione troviamo quella contrattuale, che si fonda sull'idea della contrattualizzazione dei rapporti sociali; quella terapeutica, che critica l'interpretazione del conflitto e si propone di comprenderlo in tutta la sua complessità, attribuendo particolare rilevanza ai bisogni delle parti, soprattutto ai bisogni emotivi; quella comunitaria, che valorizza le norme comunitarie nei confronti del centralismo statale⁵. In tal senso sono da ricordare le cosiddette pratiche di mediazione di tipo culturale, che si richiamano implicitamente alla prospettiva dell'internormatività ed al

⁵ cfr. M. Wieviorka, *Il razzismo*, Bari, 2000

dialogo interculturale⁶, e la mediazione comunitaria che stabilisce forme etiche per affrontare le dispute di comunità⁷. Peraltro le riflessioni sulla mediazione vocazionale e su quella giudiziaria tratteggiano la mediazione stessa come attività in grado di "riconoscere l'Altro come persona" e di far spazio alla "giustizia delle emozioni", in una logica di "riappropriazione del conflitto"⁸. La tesi da noi proposta parte da una ricognizione di alcune definizioni utili a comprendere in quali termini e con quali funzioni è stata intesa a partire dal secolo XX, la "Mediazione" e quali "pratiche di mediazione" prevalenti si sono sviluppate. "Mediazione" significa "essere in mezzo a". Il suo impiego più antico, ci dice Jacqueline Morineau, risale alla scrittura numerica: gli antichi sumeri utilizzavano tale strumento in un'ottica teleologica "fungeva cioè come intermediario tra Dio e l'Uomo"⁹. Tale termine ha assunto nel tempo diversi significati, da quello di "divisione" a quello assunto nell'età contemporanea, cioè "intervento destinato a conciliare le persone" in seguito ad una spaccatura, ad una separazione dovuta ad un conflitto. Secondo la giurista francese ogni conflitto determina una separazione, una solitudine, ma dal momento che l'uomo non è fatto per vivere da solo, trova strumenti di conciliazione con il mondo. Ogni conflitto giunge a toccare la parte dell'uomo più legata alla sofferenza originaria, quella appunto della separazione primordiale, identificata sia nelle culture pagane che in quelle religiose, come l'atto necessario alla vita dell'uomo¹⁰. La mediazione secondo la Morineau

⁶ cfr. Gadamer, *Verità e metodo*, Milano, 2001

⁷ cfr. J. H. Laue e G. W. Cormick, 1971-1973, in L. Luison, *ivi*, cit. pagg. 94 e sgg.

⁸ cfr. J. Morineau, *Lo spirito della Mediazione*, Milano, 2000

⁹ *Ivi*, cit. pag. 19

¹⁰ *Ivi* cit. pag. 21: "La vita si trova ad essere contrassegnata dall'ingiustizia... La vita nasce dalla morte", dalla separazione. "Empedocle aveva concepito una giustizia cosmica affiancata ad un'etica, al fine di poter far fronte alla violenza che fonda la vita, al "dolore universale", alle

restituisce agli offesi la dignità e dà un'opportunità agli aggressori (nel caso in cui il contendere sia un sopruso o una violenza) una possibilità di riscatto umano; oppure fa in modo che le sofferenze dei mediati entrino in contatto e si possano "comprendere" in quanto probabilmente originate da situazioni pregresse ed attivate o inasprite nella fase del conflitto. La mediazione consente ai mediati di vedere, attraverso la sua simbologia, l'esperienza della vita. Non dunque un atto meramente riparativo ma una sorta di linea di confine su cui i mediati hanno la possibilità di stazionare per vedere o rivedere la loro vita e scegliere una diversa forma evolutiva, in accordo anche con una chiave interpretativa diversa di sé e delle cose. "La mediazione si iscrive nel bisogno fondamentale dell'individuo di riconoscere, attraverso il conflitto, la lotta che ognuno combatte non soltanto con gli altri ma anche con se stesso, e di confrontarsi, così, con le questioni fondamentali della vita".¹¹ Secondo gli autori Scotto e Arielli "La mediazione come strumento di negoziazione per la risoluzione dei conflitti è profondamente radicata nella vita dell'uomo e della comunità. Fin da tempi remoti si è cercata una risposta al bisogno profondo di appianare le divergenze, bisogno legato ad aspetti psicologici, a convinzioni religiose, ai "costi" sociali che una situazione di conflittualità sempre comporta. Al di là delle differenze legate al contesto specifico in cui è stata attuata, la mediazione viene intesa come un processo attraverso il quale le parti avverse possono arrivare a stipulare degli accordi, con l'aiuto di un terzo

forze dell'amore e dell'odio che muovono il mondo". L'uomo è una creatura effimera. Appartiene all'ordine del mondo ma è capace di conoscere la legge che l'organizza. E' la presa di coscienza dell'ingiustizia presente nella vita che lo porta a creare, ad acquisire un sapere. Questo sapere lo conduce a desiderare di trasformare il suo comportamento, di ristabilire la giustizia, e cioè di ricreare un equilibrio non soltanto tra gli uomini ma tra tutti gli esseri viventi".

¹¹ Ivi, cit. pag.26.

imparziale, al quale viene riconosciuta l'autorità e il compito di "orientare" le parti stesse senza sostituirsi loro nella presa di decisioni. Il fondamento su cui nasce e si sviluppa il concetto, prima che la pratica della mediazione, è la presenza del conflitto e la necessità di superarlo"¹². La necessità della mediazione nasce dunque dalla presenza di un conflitto (personale, tra Stati, sociale,ect.) che si genera e che necessita una risoluzione al fine di consentire alle parti di evolvere in una certa direzione. Sin dall'antichità la filosofia si è posta il problema di un'adeguata definizione del conflitto e della sua "necessaria" presenza in una dinamica sociale o relazionale. "L'idea del conflitto come principio della realtà, come forza positiva e motore delle cose risale alle origini del pensiero filosofico"¹³. Filosofi quali Eraclito ed Anassimandro ne hanno analizzato le caratteristiche in relazione all'idea di giustizia <<occorre sapere che il conflitto è comune, che il contrasto è giustizia, e che tutte le cose accadono secondo contrasto e necessità>>. Il conflitto appare come l'elemento che contrasta l'ordine e l'armonia. Platone ed Aristotele lo riterranno inaccettabile, posizione successivamente mantenuta dalla concezione cristiana dello stato (Agostino e Tommaso) e di Rosseau, i quali presuppongono "l'idea di una società organica, della necessità di un ordine e dell'idea che il conflitto sia una malattia, uno squilibrio della condizione naturale"¹⁴. Per i filosofi dell'età classica la legge ed il diritto si fondano sulle verità (razionali e naturali) dell'armonia che rappresenta il modello perfetto dell'ordine sociale, in un'ottica ottimista dell'uomo il cui agire dovrebbe essere ispirato da un sostanziale fare cooperativo ed associativo. Secondo J.Marie Fritz il

¹² Scotto-Arielli, *Conflitti e mediazione*, Milano, 2003, cit. pag. 1

¹³ *Idem*

¹⁴ *Idem*

conflitto sociale è un'opposizione basata su interessi in contrasto (il potere ad esempio), su identità diverse e/o su altri tipi di differenze. I vari paradigmi delle scienze sociali hanno considerato il tema del conflitto sociale con maggiore o minore importanza”, in particolar modo la “teoria del conflitto”, o la ‘teoria della liberazione’ considerano il conflitto come centrale nella dinamica sociale. La pratica della mediazione¹⁵, secondo Emanuele Esposito, “nasce dalla necessità di affrontare il conflitto nelle interazioni micro e macro-sociali non come componente patologica, bensì quale evento critico naturale che non richiede interventi tipici della psicoterapia”. La pratica della mediazione nasce e si sviluppa in Nord America durante il XX secolo¹⁶ una sua prima applicazione nell’ambito delle relazioni lavorative e nelle dispute civili (in particolar modo nell’ambito delle dispute familiari)¹⁷. Tale orientamento è poi divenuto una vera e propria pratica di intervento, “ha centrato l’interesse sul concetto di **"Conflitto"** e su come esso possa essere foriero di riorganizzazione relazionale senza sancire vinti e vincitori, né mietere vittime sul campo, riconoscendo nel ricorso alla costante negoziazione il raggiungimento di quella *"medianita"*, come spazio alternativo e protetto di confronto finalizzato al superamento di una fase critica”¹⁸. Essa può avere il carattere di una vera e propria negoziazione (approccio del *problem solving*) oppure

¹⁵ Emanuele Esposito, *"La pratica della Mediazione come nuovo strumento e risorsa sociale. Differenze epistemologiche e operative con i diversi interventi di aiuto alla persona."* in *Diritto&Diritti* n.3 Novembre 2000

¹⁶ Si veda il panorama generale in Rogers e Mc Ewen, *Mediation: Law, Policy and Practice*, 1994

¹⁷ L.Luison, *ivi*, cit. pag. 37, *Considerazioni sui presupposti teorici della mediazione: implicazioni pratiche e politiche*, a cura di Dorothy Della Noce, Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger.

¹⁸ E. Esposito, *cit.*

può essere intesa come un processo di ridefinizione dei ruoli e dei contesti dei partecipanti al conflitto (*approccio trasformativo*)¹⁹. Secondo Baruch Bush e Folger il modello del Problem solving, utilizzato per lo più in America, si basa “su una visione essenzialmente psico-economica del conflitto umano”²⁰, in base alla quale il conflitto viene visto come un problema, scaturito da interessi divergenti, da risolvere con un accordo concreto e realistico. La base di tale intervento non ha obiettivi terapeutici o diagnostici, ma si basa sull’analisi del rapporto costi-benefici in situazioni di conflitto ed ostilità. Essa utilizza strumenti di negoziazione ed ha, nell’ambito del micro-sociale, l’obiettivo di ridurre gli effetti negativi delle ostilità nelle persone coinvolte. Rende consapevoli le persone della necessità di superare una certa fase critica con l’obiettivo del raggiungimento di accordo equo tra le parti in maniera consapevole ed in maniera tale che le parti stesse siano protagoniste del raggiungimento di tale accordo. “La pratica mediativa si basa su assunti epistemologici e scientifici che ne fanno di questo intervento un setting multidisciplinare, per le implicazioni che la riconducono agli aspetti psico-sociali,

¹⁹ Scrive L.Luison a tal proposito, citando il fondamentale testo di Robert Baruch Bush e Joseph Folger “*The Promise of Mediation*”,1994, ci ricorda come i due autori descrivono la mediazione raccontando quattro storie (*soddisfazione, giustizia sociale, oppressione, trasformazione*). La prima coincide con il *problem solving* ed è basata sulla soddisfazione dei bisogni fondamentali delle parti in conflitto attraverso la ricerca di una soluzione di comune interesse (BANTA). Nella seconda storia la mediazione diventa uno strumento utile per la coesione sociale che alimentano i legami di comunità. Nella terza storia la mediazione diventa funzionale al sistema dominante e ne riproduce gli squilibri di potere. Nell’ultima storia la mediazione diventa un processo “dal quale le parti, comunque, escono trasformate innanzitutto nelle reciproche relazioni, poi anche nel loro modo di relazionarsi all’interno della società. Ciò che conta non è tanto la ricerca di una soluzione ed il raggiungimento di un accordo, quanto il cambiamento in sé per sé. Cambiamento che è reso possibile dal riconoscimento delle esigenze dell’altro (definito come *recognition*) e dal maggior senso di autostima e di fiducia in sé stessi (definito come *empowerment*) che si può raggiungere nel corso della mediazione”. L.Luison, *ivi cit.* pag. 128-129.

²⁰ L.Luison, *ivi, cit.* pag. 37-40.

antropologici e pedagogici.”²¹ Secondo Esposito la Mediazione modifica l’idea originaria del Conflitto, focalizzandosi sui processi di negoziazione nei processi micro e macro sociali. Un concetto teorico sociologico vicino a quello della Mediazione è espresso, secondo Esposito, da P. Blau e G. Homans²², nella teoria dello scambio. Il sociologo “assume come punto di partenza il luogo comune secondo cui esiste un prezzo per ogni cosa e ogni cosa ha il suo prezzo; secondo questo corollario tutti i contatti tra gli uomini poggiano sullo schema di uno scambio equivalente”, volendo così ipotizzare che gli “scambi” sono da considerarsi come una manifestazione universale di comportamento umano, connotato appunto da elementi negoziali. I campi di applicazione della mediazione risultano secondo l’autore essere molteplici, dalle negoziazioni politico – sindacali, all’ambito diplomatico, ai conflitti interetnici e sociali, ai procedimenti di separazione e divorzio, con ambiti di intervento specifici. In contrasto con questa prospettiva Baruch Bush e Folger hanno ideato il modello *trasformativo di mediazione*, che si basa “su una visione essenzialmente socio-comunicativa del conflitto umano: in questa prospettiva il conflitto rappresenta, prima e soprattutto, una crisi dell’interazione umana”²³. La nascita del conflitto tende a destabilizzare la percezione di sé e dell’altro nelle parti configgenti alimentando nelle interazioni progressive il senso di debolezza e di chiusura reciproca. Il risultato è una degenerazione rapida dei comportamenti tra le parti che assume “caratteri reciprocamente distruttivi, alienanti e disumanizzanti”²⁴.

²¹ E. Esposito, op. cit. p.5

²² A.Volpe, *Elementi di micor-sociologia*, Milano 2007.

²³ L.Luison, *ivi*, cit. pag. 42,

²⁴ *Idem*.

La risoluzione di questo processo si basa sulle capacità residuali delle parti di recuperare fiducia in se stessi (*empowerment shift*) e di aprirsi in maniera responsabili verso gli altri (*recognition shift*) con l'obiettivo di rigenerare le relazioni perché esse assumano un carattere 'costruttivo, relazionale e umanizzante'. La scienza psicologica definisce il conflitto come lo stato di tensione in cui un individuo viene a trovarsi quando è sottoposto alla pressione di impulsi, bisogni e motivazioni contrastanti, a causa di una situazione che egli stesso ha creato o che è stata creata da terzi.²⁵ Il termine 'conflitto' deriva dal latino, *cum-figere*, combattere con\contro, mentre nell'accezione moderna esso può essere riferito anche al contrasto che si sviluppa nel singolo individuo, o tra due individui e tra gruppi di persone, ect. Un primo approfondimento della sua consistenza deve essere rivolto alla distinzione tra il conflitto interno e quello esterno, in base al fatto che esso si sviluppi entro i confini dell'entità presa in considerazione o al di fuori di essa. In particolar modo all'interno del singolo individuo si possono sviluppare conflitti che, se esasperati, conducono a forme di forte disagio psichico e comunicazionale. Le scelte che l'individuo compie rispetto all'esterno e rispetto a se stesso, che possono configurarsi come "giuste o non-giuste", sono improntate ad un costante giudizio a cui l'individuo si sottopone e sottopone il mondo "esterno a sé", e da cui possono scaturire conflitti intra ed inter-personali. Per quanto riguarda i gruppi di individui organizzati anche in questo caso i conflitti possono svilupparsi all'interno dell'organizzazione (*intra-organizzativi*) o all'esterno (*inter-organizzativi*).

²⁵ P. Tarricone, *Una definizione di conflitto*, www.risoluzioneconflitti.it

“Alcuni autori sottolineano efficacemente l’importanza, per lo sviluppo della conflittualità, di un requisito essenziale rappresentato dallo scontro di forze sostanzialmente simili e contrarie, sostenendo che non potrebbe esservi vero conflitto tra entità grande e diseguali (ad esempio il boicottaggio dei piccoli consumatori contro le grandi multinazionali)”²⁶. Altri autori sostengono che la mancata disponibilità in ugual misura delle risorse tra le parti può essere la causa generatrice di un conflitto: in questo caso la “scarsità” della risorsa può essere reale o solamente percepita come tale. A proposito James H. Laue e Gerald W. Cormick nel definire le dispute di Comunità, identificate come manifestazione di conflitto sociale, affermano che tali dispute consistono “in una lotta basata su dei valori e sulla richiesta di ottenere uno status, potere e risorse presenti maniera misurata, lotta nella quale le finalità degli antagonisti sono quelle di neutralizzare, danneggiare o eliminare i loro rivali. Tali conflitti possono avere luogo tra individui, tra comunità o tra singoli di comunità”²⁷. Una situazione inizialmente in equilibrio *cooperativo* tra le parti può entrare in uno stato conflittuale allorché subentra uno stato di *competizione* tra le parti, dovuto ad un non equo esercizio del potere tra le parti, o ad una non adeguata distribuzione delle risorse esistenti o della loro allocazione. In questi casi subentra uno stato di *crisi*, in cui i gruppi subordinati sfidano i detentori del potere. La mediazione si iscrive dunque nell’evidenza che : “la vita è frutto di un’intesa competizione, di una lotta senza quartiere tra le specie”²⁸, secondo la Morineau. Il conflitto esiste come una dato perenne nei comportamenti dell’uomo; la ricerca del cibo (o delle sostanze che vengono

²⁶ Ivi.

²⁷ J.H. Laue e G. W. Cormick, *L’etica dell’intervento nelle dispute di comunità*, Milano 2003, p. 54.

²⁸ J. Morineau, cit. pag.27

ritenute primarie per la sopravvivenza) e la conservazione del proprio territorio sembrano costituire le principali fonti del conflitto. Anche se il bisogno sembra costituire la prima fonte per la lotta, il desiderio è spesso un'altra fonte di attivazione. Il conflitto nasce quando il nostro desiderio è ostacolato da quello dell'altro.

“Il conflitto nasce dall'incontro di due desideri contraddittori che si oppongono l'un l'altro e che appaiono come vitali a coloro ai quali appartengono. Tale confronto con i desideri dell'altro costituisce un limite alla realizzazione dei nostri. Deve essere necessariamente conflittuale poiché si tratta di difendere i nostri desideri di fronte ai limiti imposti dall'espressione dei desideri dell'altro... [.....]Deve esserci - in questa situazione - necessariamente un perdente ed un vincente. La volontà del più forte permette al desiderio dell'uno di prevalere sull'altro. Si stabilisce così un rapporto di forza, vero e proprio desiderio di possesso, desiderio di potere e sottomissione dell'altro. Siamo lontani dall'aver un'armonia tra due posizioni in conflitto. Se tale situazione si produce in maniera frequente, l'accumulo può condurre ad una degradazione della relazione. Ognuno si sente attaccato dall'altro nella propria identità il che è fonte di profondo malessere”.²⁹Diverse dottrine filosofiche e religiose sono basate su principi quali la fratellanza umana, il rispetto reciproco e la benevolenza verso il prossimo. Ricordiamo tra queste l'islamismo e il cristianesimo. In particolare il pensiero orientale, soprattutto quello cinese, è stato influenzato dal confucianesimo, secondo cui il principio ordinatore del mondo è l'armonia, fine ultimo a cui deve tendere l'uomo in tutte le azioni che compie. La scelta dunque di un credo religioso dovrebbe far conseguire

²⁹ Ivi, pag.29

ai suoi praticanti una costante opera di mediazione del conflitto con l'obiettivo finale dell'ottenimento di un'armonia sociale e relazionale che possa spostare gli interessi dei singoli dai propri bisogni particolari al raggiungimento di un Bene ultimo e Supremo derivante dalla spinta teleologica. Secondo la Anna Del Bel Belluz il bisogno di armonia può sembrare in contraddizione con l'esperienza dell'esistenza e della diffusione del conflitto. Evidentemente questo costituisce una caratteristica umana e sociale impossibile da eliminare totalmente. In questo senso la pratica della negoziazione di accordi, attraverso una diretta attivazione delle risorse dei protagonisti della disputa, può rappresentare una vera occasione educativa per l'individuo e la società e una forma di prevenzione verso forme di disagio gravi che possono insorgere se il conflitto si prolunga. Il perdurare di una situazione di discordia può infatti far perdere il controllo, poiché tutto diventa scontro e quindi sofferenza. La situazione è ben descritta da Rigliano e Siciliani³⁰ che vedono il conflitto originatosi attorno a un oggetto specifico svilupparsi a spirale lungo la storia familiare fino a coinvolgere tutto e tutti, per cui si perde di vista l'oggetto del contendere di fronte all'unico dato reale: il conflitto. Un notevole contributo all'approfondimento sulla struttura propria del conflitto e della mediazione è stato offerto dall'idea che il conflitto è, in generale, da intendersi come una storia di scontri tra poteri e di ricerca di equilibrio tra essi. Possono esserci non tanto obiettivi diversi, quanto modi diversi di raggiungere tali obiettivi".³¹ Come interviene *la pratica della mediazione nel conflitto?* Secondo Giovanni Cosi la *mediazione* "È un metodo di

³⁰ P.Rigliano, O. Siciliano, *Famiglia schizofrenia violenza. Un approccio sistemico e non violento al conflitto familiare*, Roma, 1988.

³¹ Anna Del Bell Belluz, *Storia della mediazione*, in *La Mediazione Familiare*, Quaderni, 2004.

risoluzione non conflittuale di tipo non ego - ma onto-centrico, basato sulla logica del con-vincere e del riconoscimento; il suo scopo non è quello di recepire un ordine imposto, ma di costruire un ordine negoziale che faccia emergere le vere cause del conflitto, senza fermarsi ai 'sintomi' di esso che si manifestano nei rapporti di diritto, o di forza, tra le parti.”³² Nell’ambito della mediazione è necessario definire le caratteristiche specifiche del mediatore. Il mediatore è colui che conduce la procedura, un terzo neutrale alla disputa che svolge la funzione di “catalizzatore della comunicazione tra i soggetti in conflitto”³³. La sua autorità non deriva dalla possibilità di esprimere un giudizio o di imporre una propria decisione, ma dalla sua capacità di accrescere le potenzialità e opportunità tra le parti per arrivare a comprendersi ed a trovare soluzioni ai loro conflitti. Egli ha la possibilità di utilizzare sinergicamente diversi modelli di mediazione (mediazione *interattiva*³⁴); di utilizzare la creatività (intesa come la capacità di farsi

³² G.Cosi, *Autorità e soluzione dei conflitti: dalla decisione alla mediazione*, in Diritto@Storia, 2004.

³³ "La mediazione è tutto processo e niente struttura. [...] La mediazione non è diretta a convincere le parti a uniformarsi alle norme preesistenti, ma alla creazione delle stesse norme utili alle parti. Questo accade ogni volta che il mediatore assiste le parti nell'elaborare i termini di un contratto che definisce i loro rispettivi diritti e doveri. In questi casi non c'è una struttura preesistente che guida la mediazione; è il processo mediazionale che genera la struttura. Si potrebbe suggerire che la mediazione è sempre diretta a promuovere delle relazioni più armoniose tra le parti, sia questo ottenuto attraverso un accordo esplicito, attraverso una reciproca accettazione delle 'norme sociali' rilevanti per il loro rapporto, o semplicemente perché le parti sono state aiutate a sviluppare una nuova e migliore comprensione degli altrui problemi. Il fatto che nel linguaggio ordinario 'mediazione' e 'conciliazione' siano spesso intercambiabili, rinforza questa interpretazione." L. Fuller, "*Mediation - Its Forms and Functions*", in *ID., The Principles of Social Order*, Duke University Press 1981" (trad. Giovanni Cosi).

³⁴ L.Luison, cit. pagg.58 e sgg. in *Al di là dell'arte e della scienza: cultura e creatività nella mediazione*, a cura di Ariella Vraneski. La mediazione interattiva consiste nell'approccio sinergico di diversi stili di mediazione. Essa si basa sulla flessibilità e le capacità del mediatore. "Essa potrebbe contenere una molteplicità di stili di mediazione ed altre componenti collegate, relative a vincoli culturali, temporali e specifici di ogni singolo caso, assieme alla capacità di modificare queste componenti attraverso un processo di mediazione a secondo di quanto lo consentono le circostanze".

promotore del processo di creazione composto da a) motivazione, b) ricerca, c)trasformare e manipolare le risorse,d)incubazione, e)illuminazione, f) valutazione e g) azione³⁵) per meglio gestire il processo di mediazione; di aderire ad un percorso etico che vuole garantire alle parti in conflitto *libertà,giustizia ed empowerment* favorendo la loro autodeterminazione. “Gli interventori devono da un lato riconoscere che il loro ruolo è di tipo catalitico piuttosto che direttamente causale, ma anche, d’altra parte, mantenersi visibili ed essere sempre disponibili verso i gruppi con i quali lavorano” ed hanno lavorato in passato “al fine di valutare e condividere con loro la responsabilità per le conseguenze inaspettate o indesiderate che si possono sviluppare”.³⁶ In ultima analisi potremo dire la mediazione agisce bene laddove vi è un contesto di relazioni coese che per qualche motivo vanno soggette ad allontanamenti, separazioni, conflittualità, con il rischio della dissoluzione delle relazioni stesse: “l’uso della mediazione- può essere intesa-come modalità d’intervento sulle relazioni sociali, per aumentare\migliorare la coesione sociale, in presenza di profondi mutamenti sociali”³⁷. Di fatto la mediazione dovrebbe far parte di una ricerca moderna che va ad individuare tra gli strumenti per l’ordine sociale proprio quelli non imposti da qualche forma di 'autorità'. Basta osservare l’effetto risolutore che un mediatore, privo di “autorità”, può di fatto avere nei confronti delle parti che confliggono. “Ci accorgiamo di come queste possano fare a meno dell'ordine imposto, e che l'ordine sociale può talvolta

³⁵ Ivi, pag.66 , in *Al di là dell’arte e della scienza:cultura e creatività nella mediazione*, a cura di Ariella Vraneski.

³⁶ L.Luison, *La mediazione come strumento di intervento sociale*, Franco Angeli 2006, cit. pag. 121, in *L’etica dell’intervento nelle dispute di comunità*, di James H.Laue e Gerald W. Cormick.

³⁷L.Luison, cit. pag. 127.

scaturire direttamente dalle interazioni che esso sembra governare e dirigere”³⁸.

1.1 *Mediazione culturale*

Il termine mediazione culturale fa riferimento a quella particolare pratica di mediazione destinata a facilitare la comunicazione e lo scambio, personale e/o collettivo, tra soggetti afferenti a culture diverse. In numerosi studi si distinguono tre tipi di significati prevalenti del termine *mediazione culturale*. Il primo significato corrisponde all'azione di intermediazione in situazioni dove non c'è conflitto bensì difficoltà di comunicazione. Il tipo di mediazione che si svolge in questa situazione consiste nel facilitare la comunicazione e la comprensione tra persone di diverse culture, nel dissipare i malintesi dovuti in primo luogo ad un sistema di codici e valori culturali differenti. Un secondo significato fa riferimento specificatamente all'area di risoluzione dei conflitti di valori tra la famiglia immigrata e la società di accoglienza o all'interno della famiglia. Un terzo significato infine fa riferimento al processo di creazione, ed implica l'idea di trasformazione sociale e costruzione di nuove norme, basate su azioni agite in collaborazioni tra le parti in causa e finalizzate alla risoluzione dei problemi. Tale processo è per sua natura attivo e dinamico. Secondo Patrick Johnson ed Elisabetta Nigris³⁹ la mediazione culturale si può delineare come un processo duplice e reciproco di decodifica della comunicazione che si esplica in tre livelli:

³⁸ G.Cosi,, cit. p.58.

³⁹ Cfr. P.Johnson,Nigris E., *Le figure della mediazione culturale in contesti educativi*,Milano,1996.

a. livello pratico-orientativo

Fa riferimento a quei compiti e quelle funzioni che il mediatore svolge nei confronti del proprio gruppo di appartenenza e nei confronti, eventualmente degli operatori del servizio in cui si trova ad operare.

b. livello linguistico-comunicativo

Si riferisce al ruolo di traduzione, interpretariato, prevenzione e gestione di fraintendimenti, malintesi, blocchi comunicativi che si possono generare nel confronto tra culture diverse. Non si limita alla traduzione fedele, ma chiarisce ciò che implicito o nascosto.

c. livello psico-sociale

Si riferisce al ruolo che il mediatore può assumere nel cambiamento sociale, in relazione all'organizzazione dei servizi essenziali che caratterizzano un sistema sociale (scuola, servizi sanitari, servizi sociali,ect.). Secondo *Adel Jabbar*⁴⁰ un lavoro di *mediazione culturale* dovrebbe basarsi su un concetto di cultura non come definizione di elementi statici, ma come strumento di conoscenza, di comprensione della trasformazione e del cambiamento sociale, di riflessione, attraverso anche la sperimentazione e l'esercitazione di modalità innovative. Essa si origina dalla necessità di de-costruire presupposti e universi simbolici di riferimento, dati, appunto, come universali. Di fatto ogni attività educativa e/o sociale costituisce una mediazione ed ogni professionista agente in questo ambito sa quanto sia importante il modo di porsi e di comunicare i diversi saperi e le diverse modalità per la possibile soluzione di problemi che nascono da uno specifico modo di interpretare il mondo, la società, i

⁴⁰ A.Jabbar , *Sulla mediazione culturale. Significato, nodi e dilemma. Il significato della mediazione culturale*,saggio di prossima pubblicazione di cui un estratto presente sul sito www.corpidiconfine.com.

fini, i valori, il senso stesso della vita⁴¹. Così, come scrive Duccio Demetrio, "*ciascuno, più inconsapevolmente che razionalmente, comunicando, traduce il proprio modo di pensare sempre e in tutti i casi (letteralmente lo trasferisce da se stesso agli altri) e attua, così facendo, sempre, una mediazione culturale*".⁴² Le caratteristiche di "un buon mediatore culturale", *in quanto specialista in comunicazione*, sono rintracciabili nelle capacità di:

1. imparare ad imparare
2. possedere un minimo d'arte ermeneutica
3. conoscere le sensibilità culturali inviolabili
4. possedere la lingua dell'altro
5. essere consapevole che ogni traduzione è un'interpretazione

Tali caratteristiche risultano essere fondative rispetto alla scelta di come condurre le pratiche di mediazione culturale nell'incontro di mondi possibili, enunciati ai quali se ne aggiungono almeno altri quattro di profondo ed irrinunciabile spessore⁴³:

⁴¹ In particolar modo l'educazione può essere concepita come una forma di relazione comunicativa tra soggetti che, in posizione asimmetrica, sono implicati in un processo ove la comunicazione è sempre *traduzione*, ovvero mediazione.

⁴² D. Demetrio - G. Favaro, *Bambini stranieri a scuola*, Firenze, 1997, cit. pag 5

⁴³ L'ascolto attivo presuppone il pensare che è chi ascolta a determinare il significato dell'enunciato e che gli atteggiamenti assunti, determinano il desiderio o meno di proseguire la narrazione. Ascoltare attivamente significa uscire dal proprio universo culturale e, imparando ad imparare, ricercare modalità creative di intendere universi altri considerando che le proprie categorie di riferimento potrebbero non essere adeguate per comprendere quel contesto, quella circostanza, quel pensato.

Ogni nostro gesto, movimento, postura, determinano comunicazione, a volte oltre e più delle parole; inoltre ogni interpretazione di ciò che assumiamo come inteso è determinata dalle emozioni che proviamo in quel momento che fungono da "traduttori" delle nostre conversazioni, in special modo quando queste sono o nascondono conflitti di cui, spesso, non siamo ancora consapevoli.

La frequentazione si pone come binario di transito per gli altri assunti, che, pur potendo essere praticati anche in occasioni estemporanee, identificano una specifica modalità d'approccio che può essere ben spesa solo attraverso una costante frequentazione di altri mondi possibili. Ciò d'altronde, permette e garantisce di non cadere in generalizzazioni sterili e lontane dalla cura

1. l'ascolto attivo
2. la consapevolezza emozionale
3. la frequentazione
4. lo scambio

La *mediazione culturale*, prima ancora che evidenziare o sanare conflitti, dovrebbe tendere a stabilire relazioni di incontro e di scoperta, contribuendo a far oltrepassare i confini di senso propri ad ogni identità per legittimarne altri.

1.2 *Mediazione giuridica: mediazione familiare e penale*

1.2.1 *La mediazione familiare*

Uno dei campi applicativi, ove si concentra molto interesse operativo e si registrano esperienze avanzate, è la Mediazione Familiare in fase o a seguito di procedimenti di separazione e divorzio. La mediazione familiare può diventare “un percorso durante il quale le persone vengono aiutate, dopo aver identificato le loro istanze e l’oggetto del contendere, a stabilire degli accordi che possano essere sostenuti anche per il futuro, e a riflettere quindi sul significato del divorzio anche nei suoi aspetti pragmatici. L’individuazione e la specificazione di tale strumento ha richiesto un notevole impegno, come si può intuire dalle numerose iniziative attuate nel corso dei secoli e nelle diverse culture”.⁴⁴ Nell’ambito legale delle

delle singole diversità che, pur potendosi inquadrare in una matrice culturale, rappresentano "quei soggetti in quegli specifici contesti di relazione".

Lo scambio si basa sul riconoscimento reciproco e sottende l’interazione fondata sulla cooperazione.

⁴⁴ Anna Del Bell Belluz, *Storia della mediazione*, in *La Mediazione Familiare*, Quaderni del Centro Nazionale di Documentazione ed Analisi sull’Infanzia e l’Adolescenza, 1998.

In Europa la mediazione come tecnica specifica incominciò a diffondersi dagli anni Ottanta, anche se il concetto non era all’epoca del tutto nuovo. In Gran Bretagna, a esempio, già alla fine

controversie familiari legale è maturata la convinzione che gli strumenti a disposizione di giudici e avvocati non siano sufficienti a risolvere adeguatamente le divergenze familiari, soprattutto in caso di separazione coniugale. In un manuale di Diritto Universitario si legge “*la famiglia contemporanea conserva principalmente la finalità di realizzare la vita familiare in sé considerata, intesa come reciproca espressione di solidarietà e di affetti [...]. Ebbene, questi delicati rapporti personali, i quali non possono avere altro fondamento reale che l'affetto, non si prestano ad essere direttamente disciplinati dalla regola giuridica.*”. E ancora: “*Il nuovo diritto di famiglia tiene dunque in maggiore considerazione gli individui, i loro sentimenti e gli interessi del loro matrimonio e della loro famiglia, anziché gli interessi della famiglia considerata astrattamente, come istituzione*”.⁴⁵ Il diritto entra a pieno titolo

del XIX secolo venne creato l'“Istituto della Riconciliazione” in collaborazione con i Tribunali. In anni più recenti, pur non essendo facilmente realizzabile un'iniziativa da parte del governo, la cultura e la pratica della mediazione hanno avuto una grande diffusione.

Il primo servizio di mediazione familiare fu fondato a Bristol nel 1978 e, poco dopo, ne fu istituito uno presso il Tribunale della stessa città. A Londra ha sede la *National Association of Family Mediation and Conciliation Services*.

Anche la Francia è molto attiva nella pratica e nella promozione della mediazione, anche a livello europeo. Attualmente in questa nazione esistono più di 80 centri e, tra questi, molti sono privati con finanziamenti pubblici. Nel 1995 è stata approvata una legge che introduce la mediazione familiare nell'ordinamento giudiziario nazionale. Nel 1992 è stata redatta la *Charte européenne de la formation des médiateurs familiaux dans les situation de divorce et separation* a cura della Commissione sulla formazione del mediatore familiare (l'Italia è stata rappresentata da Irene Bernardini del GeA) e promossa dall'*Association pour la Promotion de la Médiation Familiale* (APMF) di Parigi. La Carta europea, cui aderiscono numerosi Paesi quali Germania, Belgio, Francia, Gran Bretagna, Italia, Svizzera, ha lo scopo di garantire ordine, coerenza, omogeneità, professionalità in un panorama qual è quello attuale ancora caratterizzato da un grande e diversificato proliferare di iniziative.

Esiste attualmente un Forum europeo per la formazione e la ricerca in mediazione familiare la cui fondazione è avvenuta a Marsiglia nel 1997.

Qualche anno dopo rispetto ad altri Paesi europei la mediazione viene introdotta in Italia come conseguenza della sempre maggiore diffusione di modelli familiari nuovi, che possono rappresentare un potenziale rischio per le generazioni future e una grande fatica per quelle presenti.

⁴⁵ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Messina, 1986, pp. 805 e 814.

nelle situazioni conflittuali allorché queste portano ad una definitiva rottura delle relazioni. L'insieme delle pratiche ADR (*Alternative Dispute Resolution*) considera "il conflitto come una componente ineliminabile delle interazioni tra individui e ne valorizza l'accezione positiva in quanto momento di confronto tra posizioni, opinioni, credenze e saperi differenti, ossia come possibile elemento di arricchimento e crescita per i soggetti coinvolti. Senza negare la potenziale distruttività del conflitto, tale approccio tende comunque a sottrarlo alla sfera dell'eccezionalità e della patologia. In tale ottica, una famiglia conflittuale non è necessariamente malata, né tanto meno deviante. Di solito, l'aspetto problematico non è tanto il conflitto in sé, quanto piuttosto la sua "gestione" e la conseguente possibilità, per i soggetti coinvolti, di affrontarlo con modalità costruttive"⁴⁶. La difficoltà nasce proprio nell'introduzione di un terzo, il giudice, in situazioni in cui sono in gioco affetti ed emozioni e in cui vincere o perdere il processo non rappresenta spesso la reale soluzione del conflitto relazionale. Nelle situazioni di rottura familiare sarebbe opportuno che il diritto entrasse in seconda o in ultima istanza, lasciando ai giudici il compito d'intervenire in casi estremi, o di formalizzare accordi raggiunti in contesti extra-giudiziali. La presenza di una relazione affettiva tra le parti rende utile in ambito familiare l'impiego dello strumento della mediazione dei conflitti, soprattutto ove si faccia riferimento al paradigma c.d. *trasformativo*, che pone l'accento in primo luogo sulla relazione e sulla comunicazione tra i confliggenti – e solo secondariamente sulla "soluzione" concreta della lite⁴⁷. "Questo paradigma di mediazione è concepito e applicato proprio in considerazione della rilevanza degli stati

⁴⁶ S. Bovernini, *Perché la mediazione familiare*, in *Diritto&Famiglia*.

⁴⁷ *Idem*.

d'animo che circolano nel conflitto, fondandosi sul presupposto che la componente emotiva e/o affettiva di una relazione conflittuale contiene in sé le possibilità della trasformazione evolutiva della situazione. Va da sé, dunque, che lo strumento principale adottato, la risorsa centrale, è **l'ascolto**. Ascoltare, nella prospettiva della mediazione, non significa cercare a tutti i costi una soluzione, né tentare di 'guarire' l'altro dalla sua emozione e neppure procurargli vaghe consolazioni, ma significa ricevere la sua esperienza emozionale e [...] aiutarlo ad affrontarla, comunicandogli che non è solo, che si è disponibili ad avvicinarsi al suo 'irrazionale', senza censurarlo né giudicarlo. [...] Nell'incontro di mediazione, non vale la logica per la quale se uno è nel giusto ciò avviene necessariamente a discapito dell'altro, il quale, allora, per definizione, sbaglia"⁴⁸. Restituire alle parti la titolarità della gestione della propria vita significa riconoscerle come individui adulti consapevoli e responsabili. La mediazione familiare *"può considerarsi un laboratorio in cui i soggetti ricercano e rinnovano un patto tra loro [...], un laboratorio in cui si cerca di passare dalla dimensione normativa a quella più propriamente etica [...] nell'assegnare e restituire tensione ideale alla quotidianità come ambito di valori, di scelte morali. [...] Chi fa mediazione familiare [...] deve farsi portatore di una vera e propria filosofia delle relazioni familiari dentro uno scenario più ampio, quello dei diritti di cittadinanza."* Il percorso della mediazione familiare costituisce una valida alternativa al normale percorso giudiziario e consente ai coniugi di definire insieme gli accordi di separazione. In questo modo la coppia che si separa è essa stessa artefice della

⁴⁸ A. Quattrocchio, *La mediazione come incontro tra persone*, in Atti del convegno organizzato dall'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia "La mediazione familiare: un'alternativa per la gestione del conflitto", Benevento 2003 (in corso di pubblicazione).

riorganizzazione familiare in cui si iscrive la loro vita e quella dei figli. Questa modalità presuppone il principio per le persone, anche nei momenti di “disordine emotivo\organizzativo”, hanno la capacità di autodeterminarsi ed assumersi la responsabilità di cosa è bene per loro e cosa non lo è. Lo spazio della mediazione familiare diventa una sorta di spazio neutro dove le persone possono ridefinire il loro concetto di coppia ed i propri ruoli nelle vite reciproche e rispetto alla gestione dei figli. A regolare la relazione tra i genitori saranno i processi di negoziazione, attraverso cui la coppia arriva a stipulare degli accordi “ragionevoli e mutuamente soddisfacenti” su tutti gli aspetti del divorzio: modalità di affidamento dei figli, calendario delle visite per il genitore non affidatario, assegno di mantenimento, divisioni patrimoniali, spartizione dei beni ecc. Recenti ricerche condotte negli Stati Uniti, in Canada ed in Europa dimostrano che “dimostrano con evidenza che in percentuale gli accordi raggiunti in sede di mediazione familiare presentano un numero considerevolmente più basso di successivi ricorsi in tribunale rispetto agli accordi imposti dal giudice in sede giudiziaria”⁴⁹. Tuttavia la strategia ideale della mediazione consiste nella degiurisdizionalizzazione del conflitto (concetto che comunque non viene centrato dal progetto di riforma), così che le parti trovino soluzioni alle controversie derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale in un ottica di rispetto delle singole esigenze.

1.2.3 *La mediazione in diritto penale*

La mediazione dei conflitti in ambito penale è intesa come “intervento extra-giudiziale, condotto secondo delle prassi determinate e consolidate,

⁴⁹ E. Esposito, cit.

rispondente a regole ed a criteri espliciti, disponibili per un'ampia categoria di persone e situazioni".⁵⁰ L'uso della mediazione può essere visto come "una modalità di risoluzione dei conflitti adottata nel contesto di una crisi della capacità di amministrare la giustizia", afferma Luison. Uno strumento extra-giudiziale che viene utilizzata come metodo di regolazione sociale, sostitutivo o complementare del diritto. Essa entra in campo a pieno titolo nel campo del diritto sia per andare ad accrescere le politiche di sicurezza e prevenzione, fortemente caratterizzanti la società moderna, sia per affrontare questioni spinose quali la delinquenza minorile, le diatribe familiari e le forme di integrazione multirazziale. Nel primo caso la mediazione assume la funzione di svolgere attivamente una funzione preventiva sul piano sociale aumentando i processi di partecipazione attiva e di autoriflessioni prima che le trasformazioni politico-sociali degenerino in conflitti sociali⁵¹. Nel secondo caso essa rappresenta l'evoluzione del movimento della *giustizia restaurativa* (sorto negli anni 90 nell'ambito della giustizia minorile) basata sul coinvolgimento attivo delle vittime, degli offensori e delle loro famiglie, della comunità, nel tentativo di ridurre la delinquenza minorile. Il diritto penale è il campo in cui l'applicazione della mediazione si fa complessa. E' in questo ambito in cui, secondo alcuni autori, si può verificare se essa costituisce una reale forma di giustizia alternativa, oltre che una risoluzione conflittuale in senso stretto. Vi sono nell'applicazione della mediazioni delle ragioni pragmatiche che risiedono nella riduzione di costi e tempi della giustizia, e di un carico ormai insostenibile del contenzioso giurisdizionale. Oltre queste ragioni vi

⁵⁰ L. Luison, cit. pag.124.

⁵¹ Ivi, pag. 135.

sono, come sostiene Claudia Mazzucato⁵², «ragioni più profonde che attengono a una dimensione alta, per certi aspetti perduta, della giustizia» il cui intervento descrive potenzialità etiche, culturali e sociali della mediazione. Secondo l'autrice l'esito del processo, rispondendo alla logica vincente o perdente, spesso amplifica gli effetti del conflitto, lasciando sul campo più insoddisfazione e dubbi che consenso e pacificazione. La mediazione passa da una logica competitiva (che risponde alla ormai celebre "concezione sportiva della giustizia" enunciata da Pound) ad una cooperativa, che "ricerca la verità attraverso il dialogo e il riconoscimento, piuttosto che attraverso l'esclusione operata dal processo. Questo passaggio da una logica decisionale ad una consensuale, da un ordine negoziato ad uno imposto, è irto di difficoltà e va affrontato con estrema cautela, al fine di salvaguardare quelle garanzie che rappresentano la conquista degli stati di diritto. Tuttavia, come ha ben evidenziato la letteratura in materia, ci sono degli spazi di 'accoglienza' nel nostro ordinamento, che consentono di realizzare una strategia di compatibilità tra giurisdizione e mediazione"⁵³. Durante la mediazione vittima e colpevole hanno la possibilità di parlare riguardo a ciò che è successo, esternare i propri sentimenti e considerare quale impatto il crimine abbia avuto sulla vita delle persone coinvolte⁵⁴. Il colpevole può avere un ruolo attivo nella risoluzione del danno commesso, mentre la vittima può chiedere al suo aggressore una risposta sul perché è avvenuto il fatto, su cosa ha spinto il colpevole a commettere il crimine (*mediazione vittima-offensore*, "community separative boards", "family

⁵² Mazzucato C., *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in Lombardi Vallauri L. (a cura di), in *Logos dell'essere, Logos della norma*, Bari, 1999.

⁵³ Cfr. G.Cosi, M.A.Foddai, *Lo spazio della Mediazione*, Milano, 2003.

⁵⁴ Così C.Guarascio, in www.risoluzioneconflitti.it

group conferencing”)⁵⁵. Un aspetto di fondamentale importanza riguarda l’adesione da parte di entrambe le parti al programma. Il ruolo del mediatore è fondamentale: egli sceglie il tipo di procedura da seguire, il luogo in cui svolgere la mediazione, chi deve essere presente e chi deve parlare per primo. Il compito del mediatore è quello di fornire informazioni, presentare le varie opzioni, ed incoraggiare la vittima a prendere la decisione migliore, senza però influenzare le sue scelte. Se avviene una riconciliazione tra le parti questa deve essere spontanea, non “invitata”. In particolar modo se la mediazione avviene in un’ottica “umanistica”, finalizzata al dialogo, lo scopo sarà anche quello di riattivare un dialogo tra vittima e reo, piuttosto che arrivare ad un accordo. Nell’ambito del diritto penale per utilizzare la mediazione va superato il concetto retributivo della pena, incanalando il fatto reato in una nuova dimensione tra i due attori principali del processo penale (vittima di reato e autore), diminuendo la pressione della pena, diminuendo la pressione del concetto di Stato, e restituendo alla Comunità una funzione interventista, come risorsa e strumento d’azione per reali processi di cambiamento individuali e collettivi. La mediazione, secondo Emanuele Esposito, dovrebbe costituire una risorsa extragiudiziale⁵⁶ e non come alternativa al sistema di giustizia formale, caratterizzandosi così come vera "diversion". “In Italia siamo ancora agli albori nella pratica di mediazione, tuttavia sembrano esistere gli ingredienti per lo sviluppo di questa terza via, giustamente definita "giustizia restauratrice". I segnali più importanti in tal senso sono quelli forniti in materia processuale minorile, riportando nell’ordinamento

⁵⁵L.Luison,, cit. pag. 134.

⁵⁶ E. Esposito, *La mediazione penale minorile: aspetti, problemi e prospettive in una visione di tipo sistemico*, www.diritto.it/articoli/penale/esposito.

italiano i principi base della Dichiarazione O. N. U. in materia di diritti dei minori e del ruolo attivo della Comunità nel recepire i loro bisogni, evitando di delegare il meno possibile le risposte ai comportamenti devianti e criminosi ai sistemi di controllo rigido”⁵⁷.

1.3 Elementi di riflessione circa l'utilizzo della “Mediazione” nel campo del diritto.

La mediazione secondo alcuni autori contemporanei costituisce uno strumento alternativo o complementare al diritto, a seconda di come venga utilizzata nella regolazione dei conflitti. La Foddai sostiene che : “La realtà sociale e giuridica sta vivendo da alcuni decenni in Europa un importante quanto radicale cambiamento. Questo riguarda diversi aspetti riassumibili nella critica alle istituzioni giudiziarie, repressive, stigmatizzanti e lontane dai bisogni reali dei cittadini, oltre che lente e inadeguate; nella valorizzazione della figura della vittima dei reati, che nel processo ordinario viene sacrificata sull’altare del pubblico interesse, e infine nella crisi dello stato sociale, che si volge a nuovi criteri economici e a nuovi soggetti per lo svolgimento di alcune funzioni di interesse pubblico”⁵⁸. “Recenti tendenze legislative mostrano che è in atto un processo, nel nostro ordinamento, di ridefinizione degli ambiti della giurisdizione, divenuta ormai destinataria di un’ esasperata litigiosità sociale. Ma non solo, anche la giurisdizione, un tempo monopolio esclusivo dello stato, assume un aspetto transnazionale con l’istituzione di organismi giurisdizionali internazionali

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ M. Foddai, *Mediazione*, in *Diritto@Storia*, n°3-Maggio 2004

cui il cittadino può ricorrere, valicando i confini della sovranità statale”.⁵⁹

“Sebbene l’ideologia giuridica abbia plasmato la nostra percezione della realtà sociale, il diritto non è l’unico modo possibile per regolare i conflitti sociali. Sono numerosi e vari i modi con cui, in tempi e spazi diversi, i sistemi sociali regolano e gestiscono i conflitti. Questi modi mutano continuamente, col mutare delle relazioni sociali e della tipologia dei conflitti. Come ormai riconosciuto pacificamente in ambito sociologico, definire il conflitto, circoscrivendone l’ambito dei significati e individuandone le cause, è estremamente difficile. I tentativi di spiegazione del fenomeno si traducono piuttosto nello studio dei rimedi con cui i sistemi sociali contengono e gestiscono i conflitti.”⁶⁰ Il diritto ed il processo giurisdizionale sono diventati veri e propri “strumenti monopolistici” del potere statale, sostiene la Foddai, e costituiscono il vero baluardo verso la risoluzione dei conflitti, l’unico strumento possibile che risolve sia in ambito pubblico che privato le divergenze attraverso un sistema di garanzie. “Nel tempo, il diritto ha operato una selezione dei conflitti che potevano essere considerati come generatori di disordine sociale e che dovevano essere definiti e risolti attraverso la giurisdizione, lasciando ad altri meccanismi di regolazione sociale, quali la comunità sorretta da tradizioni e la famiglia allargata e gerarchicamente strutturata, la gestione di un ampio ventaglio di fenomeni conflittuali. Negli ultimi decenni, le complesse trasformazioni sociali, legate all’industrializzazione e all’urbanizzazione, hanno condotto alla crisi di quelle modalità di regolazione, e canalizzato la domanda di giustizia verso la giurisdizione,

⁵⁹ *Idem*

⁶⁰ «Non c’è scienza sociale, per quanto ricca di letteratura sui conflitti, che alla fine ci possa raccontare questo mondo hobbesiano, inestricabile, ricco di passioni, interessi, comportamenti, inclinazioni, motivazioni»(2002, 69), M.A.Foddai,cit.

che si trova spesso a dover gestire conflitti che potrebbero essere risolti in ambito sociale con modalità e obiettivi diversi da quelli processuali”.⁶¹ E’ come se si fosse sviluppata negli ultimi anni la necessità di forme di giustizia non formale, che realizzino strumenti alternativi alle procedure legali-formali su cui si fonda il processo. La mediazione, che tra questi è la pratica più diffusa e teoricamente rilevante, è il risultato dell’incontro tra due o più persone che, con l’aiuto di un terzo imparziale, intendono cercare, e trovare insieme, la soluzione al conflitto che le divide. Oltre, e prima, che tecnica di gestione dei conflitti, la mediazione è un modo per ristabilire la comunicazione tra le persone, e per avviare, sia pure parzialmente, un importante processo di pacificazione sociale attraverso la costruzione di ‘spazi di parola. Giovanni Cossi in una sua recente riflessione dal titolo *Autorità e soluzione dei conflitti: dalla decisione alla mediazione*, sostiene che : “Giustizia sostanzialista e giustizia formalista: la prima è 'antica', la seconda 'moderna'. In una società tradizionale, ancora priva della separazione tra diritto e morale, l'ethos violato richiede di essere rapidamente ripristinato. 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

⁶¹ *Idem*

già stato deciso politicamente. Noi moderni da tempo cerchiamo (almeno pubblicamente) di ripudiare questa concezione di giustizia. Non volendo (o non potendo) sapere cosa sia 'giusto' in senso sostanziale, abbiamo escogitato complesse metodiche procedurali-formali volte a produrre la cosiddetta 'verità processuale'; pallido riflesso – ma l'unico umanamente accessibile – dell'idea di giustizia”.⁶² Così tuttavia individua *nell'antropologia giuridica* una delle forme innovative di ricerca del diritto finalizzate ad acquisire nuovi strumenti procedurali per affrontare la complessità del diritto contemporaneo. “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 della razionalità procedurale moderna. 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. Di fatto non esisterebbe affatto, né sostanzialmente né proceduralmente, un concetto univoco di 'legalità',

⁶² G. Così, *Autorità e soluzione dei conflitti: dalla decisione alla mediazione*, in *Diritto@Storia*, 2004. “ In altri termini, mentre ci teniamo a distanza dall'oggetto pericoloso e desiderato, tentiamo tuttavia nostalgicamente di comportarci come se fosse ancora raggiungibile; sia pure per altre vie. Situazione spesso spiacevole e problematica, almeno sul piano psicologico. Se infatti dal punto di vista istituzionale e ordinamentale il passaggio dalla prima alla seconda nozione di giustizia appare come un'evoluzione improbabilmente reversibile, a livello psicologico individuale i due modelli spesso convivono ancora conflittualmente: si pensi al dilemma tra 'cosa è giusto fare' e 'cosa ho il diritto di fare'. La nozione sostanzialista di giustizia tenta ancora di far valere i propri diritti contro quella formalista; il sottofondo istintuale dell'esperienza giuridica cerca di rompere gli argini di razionalità – tutto sommato piuttosto recenti – entro cui è stato imbrigliato”.

dal momento che in tutte le società “la 'legge' opererebbe da sempre in ambiti e con strumenti molto differenziati”⁶³. In questa ottica si mette in discussione una visione etnocentrica del diritto, in cui le forme trovate dalle discipline giuridiche occidentali ed i sistemi di giurisdizione per regolare i conflitti, vengono, automaticamente, ritenuti gli unici possibili e/o senz’altro quelli più “giusti” da applicare. “Abbiamo conservato le tracce di almeno diecimila sistemi di diritto: il nostro sarebbe in realtà soltanto uno tra questi. E forse nemmeno il migliore, almeno dal punto di vista della qualità della pace sociale che riesce a garantire”⁶⁴. Il ruolo della *mediazione e del mediatore* si stanno ridefinendo nel corso degli ultimi anni. La formazione del mediatore, a differenza di quella attualmente prevista per gli operatori sociali, deve avere alcune caratteristiche fondamentali. Tale formazione non deve essere unilaterale, bensì aprirsi ad una visione a 360 gradi, in un’ottica *multiteorica e interdisciplinare* complessa. Moore “suggerisce la pratica riflessiva” come strumento per definire la funzione del mediatore: “ciò che caratterizza la buona pratica e ciò che si richiede ai mediatori efficaci è l’abilità di essere un operatore riflessivo”⁶⁵. Ariella Vraneski ci suggerisce di pensare ad un mediatore dotato di *creatività*, intesa come “l’abilità di prendere oggetti, concetti ed idee esistenti e di combinarli in diversi modi”⁶⁶. Gli aspetti tecnici riguardano solo una parte

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Ivi.* P. 58.

⁶⁵ Ariella Vraneski in *Al di là dell’arte e della scienza: cultura e creatività nella mediazione*, in L.Luison, *ivi*, cit. pag. 61.

⁶⁶ *Ivi* pag. 63.

“Le ragioni per le quali la risoluzione dei conflitti richiede creatività includono:

- a) il fatto che i conflitti nascono perché c’è la presa di coscienza di un bisogno di cambiamento, per esempio quando lo status quo non soddisfa più una delle parti. I conflitti affiorano quando falliscono gli accordi esistenti e/o quando la loro applicazione a nuovi bisogni sventa inappropriata. Il cambiamento è inevitabile. Usare vecchi metodi e la vecchia conoscenza sostanziale può non essere efficace.

pratica dell'intervento di mediazione, vi è poi il sapersi relazionare alle parti al di sopra di esse, senza giudicare, senza diagnosticare. Il ruolo del mediatore deve consistere nello stimolare continue opzioni, facendo in modo che le parti abbiano un ruolo attivo nella gestione del conflitto e nelle possibili soluzioni, restituendo alle stesse la dignità di persone, anche attraverso l'esposizione delle loro ragioni e del loro vissuto di dolore. Il mediatore deve essere privo di pre-giudizi e condizionamenti teorici; deve essere in grado di utilizzare il suo bagaglio culturale affinché la vittima e l'autore del reato possano attingere a tale multidisciplinarietà per trovare esse stessi la soluzione. L'acquisizione di un'autonomia funzionale ed operativa può consentire ai destinatari della mediazione di acquisire una nuova identità nella mediazione affinché essi percepiscano tale strumento non come una valutazione giudiziaria, condizione che può incrementare il "percepto" di *vittima* nella parte lesa, e, di *colpevole* da parte dell'autore di reato. Gli interventi di mediazione in effetti scaturiscono dalla necessità di superare i modelli rieducativo e retributivo. Essi partono dal presupposto teorico che i comportamenti antisociali o devianti costituiscono comunque un'interazione sociale mal impostata. In tal caso gli autori o le vittime dei conflitti appartengono ad un tessuto sociale, in cui le azioni sono parti interagenti di una complessa composta da comportamenti individuali e contesto sociale, dove la risposta alla devianza è un problema *comunitario e di interconnessione*.

-
- b) Sempre più spesso si vede che non ci sono ricette per la risoluzione dei conflitti né soluzioni di routine. Conseguentemente, orientare un conflitto efficacemente implica approcci nuovi, appropriati ed euristici: esattamente i caratteri che definiscono la creatività.
 - c) Interventi concreti, la promozione di un cambiamento positivo e la "prevenzione" di processi negativi implicano approcci, misure e risposte nuove ed appropriate."

La mediazione come pratica viene dunque utilizzata in molte delle aree tradizionalmente affidate a norme, regole e procedimenti giudiziari, riuscendo a produrre soluzioni efficaci. Essa di fatto riprende una modalità essenziale del diritto che consiste nel ‘mediare’ la relazione tra due o più individui, tra due o più gruppi sociali. Tale intrinseca qualità del diritto lo qualifica come elemento Terzo della relazione, situandolo alla base dei processi di riconoscimento, autoconsapevolezza, comprensione del sé e dell’Altro da sé.

Capitolo Secondo

La mediazione come categoria universale per la relazione e le interpretazioni degli equilibri sociali e istituzionali.

2. Premessa

In questo capitolo ci interessa esplorare le modalità attraverso cui i principali *media* contribuiscono alla costruzione sociale e politica e quali siano le caratteristiche dell'atto della *mediazione*, intesa non solo nella sua componente pragmatico-attuativa, di cui abbiamo dato un *excursus* nel primo capitolo, ma anche come principio filosofico ed esistenziale che interviene nella definizione e nell'evoluzione delle identità individuali e collettive.

Quale o quali sono i *media* che consentono al soggetto, all'individuo, di esprimere se stesso, di affermare i propri diritti, di veicolare i propri bisogni, all'interno di una società complessa? Quali *media* (denaro, potere amministrativo, diritto, linguaggio) utilizza la società contemporanea e in che misura e maniera essi funzionano? Quale rapporto si sviluppa tra l'organizzazione di un medium e la funzione che gli è dato svolgere nella relazione tra etica e pragmatica?

La funzione dei *media* consiste nel costituire l'*elemento terzo* che organizza, trasmette ed in qualche misura trasforma le informazioni provenienti dalle varie componenti del mondo vitale. Ogni *medium* ha delle proprie specificità e caratteristiche che variano in un contesto culturale storicamente determinato e mutano la propria funzione a secondo non solo della sua composizione intrinseca ma anche del ruolo che svolge nella sua

funzione mediale all'interno di una particolare organizzazione sociale. Ogni medium meriterebbe uno studio a sé stante per poterne conoscere a fondo le risorse, le potenzialità, gli indici di mutamento che determina tra coloro che lo utilizzano o che ne sono improntati.⁶⁷ Il nostro obiettivo è studiare, sebbene parzialmente, alcune delle caratteristiche e funzioni del *medium diritto*, in relazione ad altri media fondamentali quali il linguaggio, il potere, l'economia,ect. Comprendendo la struttura e l'articolazione di questo medium potremo arrivare a capire quale funzione di *mediazione sociale* esso compie rispetto all'organizzazione della società contemporanea. Nel primo capitolo abbiamo ben compreso come una delle caratteristiche fondamentali della *mediazione (intesa come pratica d'intervento nella gestione dei conflitti o delle crisi individuali e sociali)* è la sua capacità di “mettere in comunicazione” le parti, di consentire un'evoluzione rappresentativa attraverso il suo articolarsi, non imponendo regole e norme cui adeguarsi, ma sviluppando competenze quali il Riconoscimento, la Comprensione, l'Empowerment, l'Affermazione, raggiungendo una progressiva rimodulazione della realtà ed il reinvestimento in diversi ambiti rappresentativi ed esperenziali di risorse intrinseche al tessuto sociale. L'obiettivo che ci prefiggiamo in questo capitolo, una volta chiarito il concetto di “mediazione” come pratica, è quella di interconnettere i punti di vista di autori moderni, di grande rilievo nel panorama storico-filosofico, sociologico-giuridico e filosofico-giuridico, rispetto alla funzione del *medium diritto*, indagato nel suo sviluppo storico, nella funzione che esso svolge nell'età contemporanea, e rispetto alle potenzialità che esprime (in quanto medium) nei processi di *mediazione*

⁶⁷ Cfr. M.McLuhan,*Gli strumenti del comunicare*,Milano,1967.

(*teorica e prassica*) in relazione alla costruzione del “mondo” sociale. L'elemento problematico che ci sembra utile sottolineare è che nel momento in cui ci si pone il problema di definire la funzione del diritto nella costruzione sociale non si può prescindere dall'analisi di quale valore acquista il diritto nei processi di soggettivazione\oggettivizzazione, di quali funzioni esso viene investito ed in base a quale metodo esso viene organizzato a partire dal modo in cui l'intero sistema sociale pensa e concepisce se stesso. Ovvero per definire le funzioni del *medium diritto* non si può non partire dall'esaminare come la cultura dell'uomo muti costantemente ed in base a questo tentare di interpretare le modificazioni in atto nell'organizzazione del diritto e definire la funzione, più o meno pregnante, che esso svolge, nonché l'adeguatezza o meno del suo costituirsi e manifestarsi in quanto *principio regolatore dei processi intersoggettivi*. I contributi di J. Habermas e N. Luhmann, e per versi differenti, di M. Foucault, sono centrali nella nostra riflessione.

2.1 Foucault

Lo storico e filosofo francese Michel Foucault affronta, tra le altre cose, il rapporto storico-filosofico tra le Istituzioni (diritto, Stato, Polizia) e la costituzione dell'uomo, in quanto individuo storicamente determinato, la cui coscienza e la cui conoscenza sono strettamente intrecciate con i meccanismi di sviluppo sociale e politico. Per comprendere alcuni degli aspetti del suo pensiero storico-filosofico è necessario compiere una breve premessa su alcuni dei concetti fondamentali che caratterizzano il suo pensiero nella ricostruzione storica ed epistemologica del sapere e del

potere. Dal Lago⁶⁸ traccia l'evoluzione del pensiero di F. attraverso alcune conferenze tenute dal filosofo e storico su argomenti specifici. In particolare modo ne *“La verità e le forme giuridiche”*, Foucault ricostruisce le forme del diritto attraverso il farsi dell'uomo e le forme di organizzazione sociale e politica in cui si costituisce (va da sé che il processo storico evolutivo descritto da Foucault riguarda un certo tipo di società che è quella definibile come “società occidentale”). Nella parte iniziale delle sue osservazioni spiccano alcuni elementi notevoli:

- L'esame della formazione dei sistemi di diritto dalla Grecia antica al mondo contemporaneo.
- L'analisi delle varie forme di riconoscimento del “delitto” : la prova, l'indagine, l'esame.
- La formazione del sapere in relazione alle pratiche sociali (la *conoscenza* per Foucault è essa stessa il frutto di un certo tipo di approccio rappresentativo della realtà).

“Le pratiche sociali possono giungere a produrre campi del sapere che non solo fanno apparire oggetti nuovi, dei nuovi concetti, delle nuove tecniche, ma fanno nascere delle forme totalmente nuove di soggetti e di oggetti di conoscenza”.⁶⁹

Il soggetto ha dunque una storia ed anche la relazione del soggetto con l'oggetto ce l'ha, la verità stessa ha una storia. Le verità scientifiche si svolgono all'interno di saperi definiti secondo una determinata sistemazione degli elementi della conoscenza. Questo insieme di elementi, regolarmente formati da una pratica discorsiva e indispensabili alla

⁶⁸Cfr. A. Dal Lago, *Archivio Foucault. Poteri, Saperi, Strategie*, vol.2. 1971-1977, Milano, 1997.

⁶⁹ Dal Lago A, cit. pag.84.

costituzione di una scienza, benché non necessariamente destinati a darle vita, si può chiamare *sapere*. Un sapere è ciò di cui si può parlare in una pratica discorsiva che venga ad essere specificata come ‘il campo costituito dai diversi oggetti che acquisteranno o no uno statuto scientifico’; “un sapere è anche lo spazio in cui il soggetto può prendere posizione per parlare degli oggetti con cui ha a che fare nel suo discorso.. [...] ...; un sapere è anche un campo di coordinazione e di subordinazione degli enunciati nel quale appaiono, si definiscono, si applicano e si trasformano i concetti.. [...] ...; infine un sapere si definisce in base a possibilità di utilizzazione e di approvazione offerte dal discorso.. [...] ..Ci sono dei saperi indipendenti dalle scienze (che delle scienze non sono né l’abbozzo storico né l’opposto vissuto), ma non ci sono i saperi senza una pratica discorsiva definita; ed ogni pratica discorsiva si può definire in base al sapere che esso forma”.⁷⁰

Michel Foucault si propone diversi obiettivi:

1. Effettuare una storia dei campi del sapere in relazione con le pratiche sociali, che esclude la priorità di un soggetto della conoscenza come definitivamente dato.
2. Compiere l’analisi dei discorsi, non intesi come insieme di fatti linguistici (approccio strutturalista) ma come “giochi strategici d’azione e reazione, di domanda e risposta, di dominazione e di sottrazione, come pure di lotta”⁷¹.
3. Ridefinire il soggetto.

Chi è in definitiva il soggetto della conoscenza ? Colui a cui tutto appare, a partire dal quale la conoscenza è possibile. Nella storia delle idee si

⁷⁰ M. Foucault, *L’archeologia del sapere*, Milano, 1999, pag. 238-239.

⁷¹ A. Dal Lago, cit. pag. 84 e sgg.

prefigura un soggetto che non è dato definitivamente, ‘che non è quello a partire dal quale la verità arriva alla storia, ma un soggetto che si costituisce all’interno stesso della storia, ed è ad ogni istante fondato e rifondato dalla storia’. Si perviene alla costituzione di un soggetto di conoscenza attraverso un *discorso* considerato come un *insieme di strategie che fanno parte di pratiche sociali*. Vi è dunque una *storia* esterna della verità: vi sono cioè luoghi o momenti in cui si stabiliscono determinate regole del gioco a partire dalle quali nasce la verità, che si esprime attraverso certe forme di soggettività, certi tipi di sapere, certi ambiti di oggetto⁷². Secondo Nietzsche⁷³ la conoscenza è stata inventata, non ha un origine nell’uomo, non fa parte della natura umana. Essa ha un rapporto con gli istinti anche se non è essa stessa un istinto. “La conoscenza è semplicemente il risultato del gioco, dello scontro e della congiunzione, della lotta e del compromesso tra gli istinti”⁷⁴. -scintilla tra due spade-. Essa è contro-naturale. Non vi è nessuna somiglianza e nessuna affinità preliminare tra la conoscenza e le cose da conoscere: le condizioni dell’esperienza e le condizioni dell’oggetto dell’esperienza sono totalmente eterogenee. Per il filosofo tedesco Nietzsche tra *natura umana, mondo e conoscenza* non vi è alcuna relazione. Tra l’istinto e la conoscenza e tra la conoscenza e le cose vi è solo una relazione di *violenza, dominazione, forza*. La conoscenza è una forma di violenza non certo una percezione, un riconoscimento. Vi è costantemente una rottura tra la conoscenza e le cose. Il filosofo tedesco disconosce alla teologia, per la quale Dio rappresenta

⁷² Importante tale considerazione in relazione all’ipotesi di mediazione del diritto in quanto costitutivo delle relazioni e dunque produttore potenziale di un soggetto nuovo in base ad un processo discorsivo.

⁷³ Cfr., F.Nietzsche, *Al di là del bene e del male*, Milano,1996.

⁷⁴ Dal Lago A., cit. pag.89

l'elemento di continuità tra cose e conoscenza, la forma suprema di conoscenza. Per comprendere la conoscenza bisogna comprendere le relazioni di lotta e potere. Osservando il modo in cui gli uomini vogliono dominare gli uni sugli altri ed esercitare relazioni di potere, si comprende in cosa consista la conoscenza: essa diventa prospettica, ovvero la conoscenza è il prodotto di certi atti per mezzo dei quali l'essere umano si impossessa violentemente di certe cose, reagisce a certe situazioni, impone loro relazioni di forza. La conoscenza dunque deriva da una serie di strategie nelle quali l'uomo è situato, per cui va pensata come obliqua, parziale e prospettica. Essa mischia le cose, non produce la verità. Da queste considerazioni Foucault deriva l'ipotesi concettuale che i campi del sapere possono essere generati a partire dai rapporti di forza e dalle relazioni politiche nella società. Foucault sostiene che non esiste un soggetto e contestualmente le condizioni socio-politico-culturali-economiche in cui il soggetto esiste, bensì che le condizioni politiche ed economiche sono le condizioni attraverso in cui si formano i soggetti di conoscenza e quindi i rapporti di verità. Le pratiche giudiziarie allora diventano a suo dire "il luogo in cui nel corso del tempo si sono prodotte certe forme di verità". Esse hanno determinato chi ed in che modo doveva e poteva essere giudicato in base a quanto compiuto; hanno definito gli spazi di errore; hanno mostrato e mostrano, nella loro definizione in continua trasformazione, come la società ha definito i tipi di intersoggettività, certe forme di sapere e di conseguenza le relazioni tra l'uomo e la verità. L'esame del diritto diventa un sistema di ricognizione su come l'uomo si è

pensato nel corso del tempo e si è organizzato sia nelle relazioni intersoggettive che nelle pratiche di controllo sociale.⁷⁵

⁷⁵ Ivi, pag. 195 e sgg. Foucault prende in esame la Forma binaria della prova in cui o si vince o si perde. La Prova giudiziaria nel medioevo consiste nell'attestazione dell'avvenuta lotta in maniera regolare. Essa diventa una maniera di ritualizzare la guerra e di trasporla simbolicamente. Essa è un operatore del diritto, un trasformatore della forza in diritto. Durante l'Alto medioevo non esiste potere esecutivo, giudiziario, legislativo. Non esiste un potere giudiziario autonomo: "nella misura in cui la contesa giudiziaria assicurava la circolazione dei beni, il diritto di ordinare e controllare questa contesa giudiziaria è stato confiscato dai più ricchi e potenti, dato che era un mezzo per accumulare ricchezze". Non vi è possibilità di risolvere individualmente le liti: in questo periodo assistiamo alla comparsa del procuratore che agisce in nome del re, dal momento che il potere regio è leso per il fatto stesso che un delitto ha avuto luogo. Il potere politico si impadronisce progressivamente delle pratiche giudiziarie. Compare l'*infrazione*: essa non è un torto commesso da un individuo ad un altro individuo, bensì una lesione di un individuo nei riguardi dell'ordine, dello Stato, della legge, della società, della sovranità del sovrano. Durante il medio evo si instaura il meccanismo delle multe e della confisca. Compare un modello per attestare la responsabilità basato sulla:

1. flagranza del diritto
2. l'indagine amministrativa

E' con l'Impero carolingio che viene attuata per la prima volta, come forma di controllo e di verifica di quanto posseduto, la *visitatio e l'inquisitio*. Tale indagine è intesa come sguardo tanto sui beni e sulle ricchezze quanto sugli atti, i cuori e le intenzioni. L'indagine ha avuto dunque una doppia origine amministrativa (legata al sorgere dello stato in epoca carolingia), ed un'origine religiosa. L'inchiesta diverrà il sostituto del delitto in fragrante (si devono riunire persone che hanno visto, che hanno notizie sui fatti accaduti). L'indagine diventa una "pratica di governo, una tecnica di amministrazione, una modalità di gestione, in pratica una maniera di esercitare il potere"; essa deriva da un certo tipo di relazioni di potere, poiché introdotta dalla chiesa essa è piena di significati religiosi. La tecnica di *indagine* si diffonde non solo nell'organizzazione amministrativa dello Stato ma anche in altri campi di sapere (esempio i viaggi). L'indagine è precisamente una forma politica, una forma di gestione, di esercizio del potere che, attraverso l'istituzione giudiziaria è diventata, nella cultura occidentale, una maniera di autenticare la verità, di acquisire cose che sarebbero state considerate come vere e di trasmetterle. L'indagine è una forma di saper-potere. Le istituzioni (carcere, scuola, ospedale psichiatrico) diventano luoghi dove gli individui sono addestrati o vengono recuperati ai fini della normalizzazione. Chi sbaglia non viene più deportato o colpito fisicamente in maniera esemplare. Diventa oggetto di isolamento sociale e psicologico, disprezzato dall'opinione pubblica, con la possibilità di riparare attraverso i lavori forzati e la riabilitazione sociale con la possibilità che il danno non possa essere più arrecato.

Con l'età del panottismo l'individuo viene controllato in tutte le sue manifestazioni. Il potere agisce in previsione della *pericolosità* sociale dell'individuo e non solo per rispondere ad un eventuale errore. L'individuo deve essere considerato a livello delle sue potenzialità e non dei suoi atti. Il controllo degli individui non può essere effettuato dalla giustizia ma dai poteri di sorveglianza e correzione: la polizia per sorvegliare e le istituzioni psicologiche, psichiatriche, pedagogiche per correggere. Questo periodo è definito anche come "Epoca dell'ortopedia sociale". Il panottismo si fonda non sull'indagine ma sull'esame. <<L'indagine era una pratica attraverso la quale, nella pratica giudiziaria, si tentava di saper cosa era successo. Si trattava di riattualizzare un avvenimento passato attraverso le testimonianze presentate da persone che

Ciò che ci si chiede è allora: come si configura il soggetto? Come si organizza ed agisce? A quali leggi obbedisce o è costretto ad obbedire? Come si può determinare nella storia e nelle relazioni? Ed ancora: cosa deve essere il soggetto per diventare legittimamente soggetto di questo o quel tipo di conoscenza? Secondo Foucault sono le pratiche discorsive e non discorsive che determinano i processi di soggettivizzazione. E' all'interno di certi giochi di verità che il soggetto può assumere lo statuto di soggetto o quello di oggetto di determinate pratiche discorsive o non discorsive⁷⁶. E' necessario dunque indagare i discorsi che sono suscettibili di essere definiti veri o falsi, delle circostanze che hanno determinato il loro predominio delle condizioni per cui sono diventati in un certo tempo, per un'area e per degli individui determinanti, l'a-priori di un'esperienza possibile.⁷⁷ Occorre esercitare uno scetticismo sistematico, sostiene il filosofo, nei confronti di tutti gli *universalis antropologici* (atto che la storiografia spesso non compie dal momento che scambia l'impatto di pratiche successive per un oggetto preesistente considerato come essenza). Di questi 'universalis' occorre verificare le condizioni di nascita, i valori di verità, il loro arbitrio epistemologico dal punto di vista politico. Essi sono delle cristallizzazioni in cui sono fissati i processi di soggettivazione (singolarità pure e non essenze o individualizzazioni di una specie).

erano reputate in grado di sapere. Con il panopticon viene a prodursi qualcosa di diverso; non c'è più l'indagine ma la sorveglianza, l'esame....Sorveglianza permanente degli individui da parte di qualcuno che esercita su di loro un potere e che fintanto che esercita il potere ha la possibilità sia di sorvegliare sia di formarsi un sapere che riguarda coloro che sorveglia>>. Il nuovo sapere non si organizza più in base al fatto che una cosa è avvenuta o meno ma in base a come un individuo si comporta, a come di dovrebbe comportare in conformità della regola e se fa progressi o meno. Si ordina questo sapere non in base alla presenza\assenza di qualcosa ma in base al fatto che qualcosa sia normale oppure no. Questo sapere sarà alla base delle scienze "umane" del mondo moderno (psichiatria, psicologia, sociologia).

⁷⁶ A. Pandolfi, *Tre studi su Foucault*, Napoli, 1999, pag.20

⁷⁷ P.Veyne, *Michel Foucault. La storia, il nichilismo e la morale*, Verona, 1998, pag. 76 e sgg.

Nell'età moderna l'uomo scompare in quanto essere capace di dominare tutti i segni che produce e che si dà per significarsi. Tali segni costituiscono "una serie infinita e multipla di soggettività differenti che non avranno mai fine e che non ci porranno mai di fronte a qualcosa che sarebbe l' uomo"⁷⁸.

Foucault individua tre oscillazioni fondamentali per l'uomo moderno:

-empirico e trascendentale

-cogito ed impensato

-arretramento e ritorno alle origini

"Dall'interno del linguaggio sperimentato e percorso in quanto tale, nel gioco delle sue possibilità tese al loro punto estremo, si annuncia che l'uomo è <<finito>> e che raggiungendo la cima di ogni parola possibile egli non perviene al cuore di se stesso, ma all'orlo di ciò che lo limita: ossia nella regione in cui si aggira la morte, in cui il pensiero si spegne, in cui la promessa dell'origine infinitamente arretra"⁷⁹. Foucault propone di studiare la formazione dell'individuo in relazione al *linguaggio*: nell'età classica il linguaggio copriva la continuità tra l'essere e la rappresentazione, nell'età moderna, quando il linguaggio si frantuma e linguaggio e rappresentazione si dissociano, l'uomo perde la sua unità di fondo, diventa inesistente. L'analisi dell'articolazione delle pratiche discorsive, in cui il soggetto perde la pretesa di essere l'istanza fondatrice della razionalità o di esercitare una funzione empirica di sintesi della pratica enunciativa⁸⁰, viene compiuta da M.Foucault ne l' "Archeologia del Sapere"⁸¹. Foucault introduce la nozione di *dispersione* del soggetto nelle modalità di

⁷⁸ M.Foucault, *Conversazioni con Michel Foucault*, vol.IV intervista con D.Trombadori, Firenze,2005 cit. pag. 75

⁷⁹ M.Foucault, *Le parole e le cose*, Milano,1998 cit. pag.410

⁸⁰ A.Pandolfi, cit. pag.34

⁸¹ M.Foucault, *L'archeologia del sapere*, op. cit., p. 54.

enunciazione e nella pluralità e discontinuità di piani e posizioni 'da cui si parla'. Le diverse posizioni da cui si parla e le diverse posizioni che il soggetto assolve nel discorso conferiscono al discorso la sua unità e specificità.

Il soggetto interroga secondo una certa griglia di domande esplicite oppure no ed ascolta secondo un certo programma di informazioni; è un soggetto guardante secondo una tavola di tratti caratteristici ed è notante secondo un tipo descrittivo; la sua distanza è determinata rispetto all'individuazione del nucleo di informazioni pertinenti; utilizza degli intermediari che modificano la scala dell'informazione. Il soggetto inoltre occupa un determinato posto nella rete delle informazioni. In merito alle suddivisioni ed alle articolazioni tipiche del linguaggio Foucault ci invita a riflettere sul fatto che esse sono storicamente e culturalmente determinate: "queste suddivisioni sono sempre categorie riflesse, principi di classificazione, regole normative, tipi istituzionalizzati: costituiscono a loro volta dei fatti del discorso che meritano di essere analizzati accanto agli altri; certamente hanno con essi rapporti complessi, ma non ne costituiscono dei caratteri intrinseci, autoctoni ed universalmente riconoscibili".⁸² Il soggetto non è più fondante dell'enunciazione ma è esso stesso assorbito nelle pratiche enunciative, è immanente alle soggettivazioni disseminate nel discorso (forma di esistenza che Foucault chiama appunto *dispersione*). Per il soggetto il linguaggio spesso ha un'origine segreta, originaria, che non si può afferrare in se stessa; esso inoltre rimanda quasi sempre nel suo farsi discorso a qualcosa di già detto, "e questo già detto non sarebbe semplicemente una frase già pronunciata, un testo già scritto, ma un <<non

⁸² Ivi, p. 31.

mai detto>>, un discorso senza corpo, una voce silenziosa come un respiro, una scrittura che non è altro che il negativo della propria immagine”⁸³. In questa prospettiva il discorso è condannato ad essere una ricerca di un’origine che sfugge o un’interpretazione o ascolto “di qualcosa di già detto che al tempo stesso sarebbe un non detto”⁸⁴. Foucault ci invita a liberarci da questa particolare costruzione del discorso, a storicizzarne le caratteristiche, a tenere conto che le pluralità discorsive non sono per forza in ragione di continuità l’una con l’altra, ma “costituiscono sempre l’effetto di una costruzione di cui bisogna conoscere le regole e controllare le giustificazioni; definire a quali condizioni ed in vista di quali analisi sicure siano legittime; indicare, in ogni caso, quelle che non possono essere più ammesse”⁸⁵. Emerge dunque che la pluralità delle pratiche discorsive e delle condizioni epistemologiche sono quelle che sostengono l’esistenza effettiva delle cose dette.⁸⁶ Le soggettivazioni che si costituiscono nelle pratiche discorsive fanno parte dell’archivio che “governa l’ apparizione degli enunciati come avvenimenti singoli”. Foucault non condivide lo strutturalismo che tenta di dare una spiegazione esaustiva dell’archivio attraverso la formalizzazione che sovrasta le parole. Egli sostiene che non si può dare una descrizione esauriente dell’archivio. Esso si dà per frammenti, regioni e livelli. L’archivio sostiene Foucault è una sorta di nostra configurazione: esso mostra come la nostra identità è differenza e discontinuità , la nostra ragione è la differenza dei discorsi, la storia è differenza dei tempi, il nostro io la differenza tra le maschere. L’uomo ha necessità di problematizzare la verità del suo archivio e ricostruisce tale

⁸³ Ivi, p. 34.

⁸⁴ Ivi, p. 35.

⁸⁵ *Idem*

⁸⁶ Pandolfi, cit. pag.36

archivio solo attraverso frammenti. L'*attualità* dell'uomo non è né il passato, né il presente, ma è l'unico tempo possibile per la decifrazione diagnostica, la valorizzazione e la decisione. La ricerca della verità dunque va effettuata nell'universo frammentato della soggettivazione della verità. La provenienza di un concetto, di un discorso va comunque ricercata prima di tutto "nei bassifondi brulicanti della vita del corpo". Nel mondo moderno la storia è sia il modo in cui la verità si costituisce sia la rappresentazione di questa costituzione da parte di un sapere che diviene una delle forme dominanti di conoscenza. Tutto il sapere a partire dal XIX secolo, identifica, classifica e raggruppa in base a categorie generali che fungono da quadri di riferimento per differenziazioni e ritagli più analitici e distinzioni sempre più sottili. Non si può dissociare il sapere dalla politica e dall'esercizio del potere. Le condizioni politiche sono quelle su cui si formano "il soggetto, i campi del sapere e le relazioni con la verità".⁸⁷ Il diritto, la legge, esistono in quanto forme di produzione culturali funzionali all'organizzazione del sapere e del potere degli individui storicamente determinati. Sono il prodotto di come gli individui si rappresentano, di come strutturano le loro forme di conoscenza, dei sistemi di controllo che necessitano loro per mantenere l'ordine sociale in relazione al mantenimento di costruzioni sociali determinate. Tuttavia al momento della loro elaborazione diventano sistemi inoppugnabili in quanto intesi come produttori di verità, non più riferiti dunque alla loro origine storico-sociale. Nella ricostruzione storica dei saperi, all'altezza della definizione dell'uomo moderno, della formazione del *soggetto*, Foucault introduce il concetto di disciplina, in quanto tecnologia del sapere che determina la

⁸⁷ M.Foucault, *La verità e le forme giuridiche*, Reggio Calabria, 2007, cit. pag. 96-97.

costruzione di particolari individui con determinate caratteristiche. Sarà utile esplorare brevemente alcuni aspetti dell'organizzazione disciplinare. La disciplina è una tecnologia politica che si propone di rendere i corpi produttivi. Essa interviene direttamente sul corpo investendone alcune parti al fine di selezionarne alcune sequenze ed azioni. Il corpo viene analizzato, deformato, modificato nelle sue caratteristiche motorie e tendenze reattive. Si consolida inoltre un sistema di rappresentazioni consistenti nell'anima. Esse sono una sorta di patrimonio di idee adeguate, parallele al consolidamento del corpo docile. L'individuo è assoggettato, nel senso che in quanto soggetto non è un elemento che appartiene ad un sistema organico, bensì un singolo che si trova in condizione di oggetto\oggetto di pratiche e saperi, oggetto di potere e controllo (Panopticon\panottismo⁸⁸). Nella società disciplinare l'individualismo metodico e l'uguaglianza formale coesistono, l'individuo viene a costituirsi attraverso processi di omogeneizzazioni e differenziazioni. Il potere sociale d'altra parte, con la sua tendenza alla normalizzazione, se da un lato costringe all'omogeneità, dall'altro individualizza, permettendo di misurare gli scarti. La norma acquisisce un potere sostanziale: all'interno di un sistema di uguaglianze formali introduce uno scarto, come imperativo utile e risultato di una

⁸⁸Si intende "panottismo disciplinare" quello che produce il soggetto singolo deterritorializzato dal suo gruppo o dalla comunità in cui si era formata la sua identità e lo ricostituiscono come un elemento appartenente ad una serie omogenea e lo addestrano per apprendere e mantenere comportamenti predeterminati. La Disciplina diventa un "potere epistemologico" che cattura sapere ed espropria potere dalle collettività che essa sussume. La massa di cognizioni espropriate dalla "sorveglianza" diventa una forma di potere che viene centralizzato trasformandosi in tecnologia. Le discipline quali la psicologia, la psichiatria ect. studiano i comportamenti, i modi in cui si intendono le norme, riscrivendo poi quanto raccolto in nuove pratiche ed in rinnovati controlli. Si definisce il rapporto tra Soggetti\oggetti: o si è oggetti del dominio del potere o soggetti di azioni e sapere che vengono in varie forme estratti e capitalizzati in nuove relazioni di potere.

misurazione, creando lo spettro delle differenze individuali.⁸⁹ Gli individui diventano tali in base ad una misurazione dello scarto rispetto alla norma che costantemente si trasforma nel corso dell'applicazione. La disciplina sottopone l'individuo ad infinite misurazioni e valutazioni differenziali e strumentali che "desostanzializzano il soggetto in una sequenza di prestazione sempre correggibili e manipolabili."⁹⁰ Gli individui appaiono liberi in quanto assoggettato ed oggettivati nel diagramma "disciplinare".

Cosa diventa il diritto un individuo costruito come un "soggetto"?

Nell'età moderna si costituisce un diritto che da una parte afferma la libertà degli individui e dall'altro ne garantisce la coesistenza ponendo dei limiti a tale libertà ed affermando il principio di uguaglianza. In quanto produttore di norme valide per tutti esso si organizza al proprio interno secondo uno schematico ordine disciplinare (codici, norme e procedure giuridiche,ect.) e di fatto esercita un'azione correttiva rispetto ai soggetti indisciplinati. Punisce chi si allontana dalla norma, chi viola il potere che organizza il sapere. Attraverso un processo articolato complesso il diritto si formalizza, fondandosi scientificamente, ed utilizza il sistema dell'esame per controllare socialmente i singoli soggetti. In particolar modo in ambito giuridico per l'uomo moderno la verità è prodotta nella procedura della *constatazione*⁹¹ che circola nelle pratiche conoscitive più differenti e che fornisce una chiave concettuale anche alle tecniche giuridiche ed alle

⁸⁹ M.Foucault, *Sorvegliare e Punire*, Torino,1976, pag.210.

⁹⁰ A.Pandolfi , cit. pag.59

⁹¹ La procedura della constatazione viene formalizzata attraverso due meccanismi:

1. la ripetibilità , assicurata da un soggetto universale, ovvero da procedure e da un metodo uniformemente efficace a tutti. L'oggetto constatato diventa un oggetto universale, senza luogo e tempo definiti. Il soggetto che conosce diventa un soggetto sovrano in grado di scoprire l'universalità dell'oggetto riconoscibile da tutti poiché è da sempre in attesa della sua scoperta.
2. Produzione e constatazione si fondono nell'istituzione tecnico-scientifica.

istituzioni politiche della prima età moderna. Il Razionalismo giuridico secondo l'autore francese, si manifesta nell'accumulo di prove a cui si aggiunge la facoltà del soggetto pensante (*intima convinzione* della prova del giudice) che diventa suscettibile di conoscenza e verità. A questa si aggiungono i rapporti della polizia, le perizie degli esperti, ect. che sono presunzioni di verità inerenti agli enunciati di colori che li enunciano

L'attestazione del delitto esce dall'ambito della vendetta regolativa, della regolazione delle contese tra privati, della legittimazione di pratiche tradizionali e comunemente diffuse, per divenire uno strumento di coercizione dell'individuo singolo che si serve delle analisi compiute anche da altre discipline (psichiatria, psicologia,ect.) per controllare, in un quadro sistematico, la pratiche di vita individuale. Secondo Foucault il “dispotismo disciplinare ... [...]..è intrecciato con le relazioni di potere universalistiche dei diritti soggettivi ancorati alla sovranità dello stato, di modo che disciplina e legalità costituiscono il binomio fondamentale che struttura l'esercizio del potere nella modernità...Nelle società disciplinari⁹² il soggetto si è costituito ricominciando ogni volta un nuovo training modulato dagli addestramenti, dagli esami e dalle prestazioni che gli venivano di volta in volta richiesti”⁹³. Il Diritto moderno, nell'ottica di Foucault, subisce, dal settecento in poi, l'esigenza di legittimare la sovranità. Ad esempio il diritto penale si sgancia dalla monarchia. Esso diventa un potere regolare distribuito su tutta la società in grado di punire in modo meno cruento ma in profondità i delitti ai fini di mantenere un controllo capillare su una società differenziata e stratificata. L'illuminismo

⁹² La borghesia secondo Foucault ha trasformato l'idea di nazione in un universale storico politico, che realizza un disegno metafisico. In tal modo il pensiero moderno può dialettizzare la guerra e normalizzare la violenza.

⁹³ A. Pandolfi, cit. pag.87

proclama il nesso tra reato e pena ed individua nella codificazione lo strumento utile per qualificare, classificare e riunire le infrazioni in un sistema di rigorose corrispondenze con le pene. Nel Contratto, forma giuridica fondante lo Stato Moderno, i cittadini accettano che sia lo stato sovrano a punire in difesa della società. La punizione non avrà la funzione di risarcimento ma sarà utile a prevenire i delitti, potendo lo stato intervenire sugli individui integralmente attraverso gli atti disciplinari. Questi metodi rendono il corpo *docile ed utile*. Le leggi e le norme si separano. Le norme hanno funzione produttiva e costitutiva ma sono estranee all'esercizio del potere. Anch'esse, al pari della legge, producono omogeneità e generalità ed agiscono su unità globali. Le leggi frantumano tali unità ed attraverso meccanismi intrusivi del potere agiscono sugli individui. Le leggi fanno parte dell'organizzazione disciplinare. Il diritto astrae e generalizza, la disciplina individualizza. Il diritto promuove l'uguaglianza, la disciplina subordina, il costituzionalismo fissa i limiti del potere, la disciplina stende una rete di micropoteri di cui non si vedono i margini. Il Terzo polo, che interseca il diritto con la disciplina, diventa il carcere. Il liberalesimo non solo pratica il governo ma si pone come obiettivo quello di compiere una riflessione critica sulla ragione governamentale (verifica dei suoi poteri-legittimità, competenza, efficienza). Pone il rapporto con il suo popolo sotto la luce della regolazione mediante forma giuridica, che garantisce la Sicurezza dello svolgersi di ciò che viene considerato "naturale" dal liberalesimo. La società non è una realtà originaria, bensì una sorta di realtà transazionale che interfaccia con la governamentalità liberale e non esiste al di fuori di questa relazione. Tuttavia un aumento della complessità determina il fatto

che le questioni legate alle condizioni di vita delle popolazioni non possono essere gestite dalla microfisica disciplinare, né si possono risolvere attraverso la legalità formale dello stato di diritto.

Cosa accade nel passaggio tra il moderno ed il post-moderno?

“Il potere è divenuto post umanista, è integralmente produttivo nel senso della proliferazione dei bisogni, “norme di vita”, simulacri e significanti della realtà che i soggetti fanno propri, è “totalizzante”, in quanto i desideri e le identità rivendicate dai singoli e dai gruppi non sono altro che variabili dipendenti dalle prestazioni del sistema”⁹⁴. Il postmodernismo va considerato come una nuova forma del sentire che comprende fenomeni culturali, modi di vita, stili di comportamento, una differente percezione dello spazio e del tempo e della politica, il senso della caducità che lo accompagna fin dal suo sorgere. Una grande trasformazione materiale si verifica in questo passaggio: da un modello di produzione fordista si passa ad un modello di accumulazione flessibile globalizzato. Si celebra la differenza, la caducità, lo spettacolo, la moda e la mercificazione delle forme culturali. Foucault rappresenta il potere in termini di relazioni, dispositivi e dispersioni, in cui il comando sul tempo libero, sul processo lavorativo e la produzione di soggettività che ad essi corrisponde, si esplica attraverso la comunicazione. La comprensione temporale imprime forme di consumo sempre più individualizzate di breve durata, in sintonia con il declino di valori e stili di vita. L’esistenza segue abitudini sempre più brevi e si esprime in modi di vita sempre più provvisori a cui occorre adattarsi con un governo ‘autoimprenditoriale delle relazioni e dell’identità’. Vi è una vera e propria <<estetizzazione dell’esistenza>>. Vengono da un lato

⁹⁴ Ivi, p.137

abbattute le barriere spaziali e contemporaneamente si sviluppano delle gerarchie miranti a delimitare le specificità locali (sociali, ambientali ed istituzionali). Si sviluppano i processi di Globalizzazione e neolocalizzazione.⁹⁵ Nel passaggio dalla società disciplinare a quella di controllo, un nuovo paradigma di potere si realizza, che viene definito dalle tecnologie che riconoscono la società come ambito del biopotere e della bio-politica⁹⁶. Nella società post-moderna i meccanismi di controllo "democratici" si fanno sempre più immanenti al campo sociale, diffusi nel cervello e nel corpo dei cittadini. I comportamenti d'integrazione e di esclusione sociale propri del potere sono anche sempre più interiorizzati dai soggetti stessi. Il potere si esercita a questo punto tramite macchine che organizzano direttamente i cervelli verso uno stato di alienazione autonoma, partendo dal senso della vita e dal desiderio di creatività. La società di controllo potrebbe anche essere caratterizzata da una intensificazione ed una generalizzazione di sistemi della disciplinarietà che animano dall'interno le nostre pratiche comuni e quotidiane; ma al contrario della

⁹⁵ cfr. A.Negri M.Hardt, *Impero*, Milano, 2003.

⁹⁶ "La biopolitica dice F. incorpora i dispositivi disciplinari, integra la salute delle popolazioni nelle relazioni di potere e innalza la protezione dell'esistenza biologica della nazione a supremo valore politico. Dal XVIII secolo in poi si consolida il sistema delle sicurezze e delle previdenze che copre un insieme di fenomeni universali che provocano la neutralizzazione, l'invalidità e l'esclusione degli individui. Nel XIX secolo si afferma il criterio universale di Normalità. La medicina diventa organo di controllo sociale collegata all'igienismo e influenzante le scienze umane legate al funzionamento della normalizzazione come la psichiatria, l'antropologia, la criminologia. Nel XIX secolo dalla salute e l'igiene si passa, facendo riferimento ai corpi collettivi, alla dimensione dell'ereditarietà e della discendenza biologica. Le discipline, le terapie mediche e le pratiche biopolitiche riferiscono devianze, scarti e ritardi ad uno stato di degenerazione su cui non è più utile intervenire (ingerenza sul destino degli individui, ereditarietà come marchio). Le società di controllo sorgono sulle ceneri delle società prettamente disciplinari. La responsabilizzazione dei singoli e l'autorealizzazione di mansioni e prestazioni lavorative risultano più efficaci del disciplinamento, dal momento che esiste un continuo coinvolgimento delle competenze linguistiche, delle capacità cognitive e delle virtù relazionali dell'individuo. Si stabilisce una retorica della cura di sé degli individui, infinita, che induce ad una continua trasformazione dovuta alla necessità di non essere esclusi. In questo agire tutto sembra non finire ma tutto può improvvisamente cessare.

disciplina, questo controllo si estende ben al di là dei luoghi strutturati delle istituzioni, tramite reti flessibili, modulabili e fluttuanti. Il biopotere⁹⁷ è una forma di potere che regge e regola la vita sociale dall'interno, seguendola, interpretandola, assimilandola e riformulandola. Esso si riferisce ad una situazione nella quale ciò che è direttamente in gioco nella pratica del potere è la produzione e la riproduzione della vita stessa. Nella società disciplinare, gli effetti delle tecnologie biopolitiche erano ancora parziali nel senso che la messa a norma si faceva secondo una logica relativamente rigida, geometrica e quantitativa. Quando il potere diventa interamente biopolitico, l'insieme del corpo sociale viene abbracciato dalla macchina del potere e sviluppato nella sua virtualità. Questa relazione è aperta, qualitativa e affettiva. La società, sussunta ad un potere che scende fino ai centri vitali della struttura sociale e dei suoi processi di sviluppo, reagisce come un corpo unico. Il potere si esprime anche come un controllo che invade le profondità delle coscienze e dei corpi della popolazione- e che si estende, allo stesso tempo, attraverso la totalità delle relazioni sociali. Tutti gli elementi intermedi del processo, tra l'emanazione del diritto e la formazione dello Stato\Impero, scompaiono, sebbene la legittimità dell'ordine internazionale non può più costruirsi tramite mediazioni, ma deve piuttosto essere compreso subito e immediatamente in tutta la sua diversità. Il potere della legge continua a giocare un ruolo centrale nel contesto dell'evoluzione contemporanea: il diritto resta in vigore e precisamente, grazie allo stratagemma dello stato di emergenza e delle tecniche di polizia, diventa procedura. Lo sviluppo delle reti di comunicazione possiede un legame organico con la comparsa del nuovo

⁹⁷ Cfr., M.Foucault, *Nascita della biopolitica*, Milano, 2005.

ordine mondiale. Essa non solo esprime ma anche organizza il movimento di mondializzazione. Lo organizza moltiplicando e strutturando le interconnessioni tramite reti; lo esprime e controlla il senso e la direzione dell'immaginario che percorre queste connessioni comunicanti. In altri termini, l'immaginario è guidato e canalizzato nel quadro della macchina comunicatrice. La mediazione esercitata dai diversi linguaggi (verbale, orale e scritto, tecnologico- elettrico, elettronico-,ect.) è assorbita nella macchina di produzione. La sintesi politica dello spazio sociale è fissata nello spazio della comunicazione. Le nostre società non sono più società giuridiche regolate dalla legge. Secondo Foucault siamo entrati in un nuovo sistema sociale dominato da nuovi tipi di norme e da una sorveglianza generalizzata che non ha pressoché più nulla a che fare con la sorveglianza disciplinare. Le procedure del controllo si estendono e si miniaturizzano. Si raccolgono le tracce degli uomini che transitano da un'organizzazione all'altra. L'individuo viene sorvegliato integralmente nella sua vita quotidiana. I controlli diventano delle maglie che si allargano e si stringono da un momento all'altro. Vi è una produzione permanente di insicurezza alimentata da fenomeni perturbatori che non possono diminuire per non mettere in discussione gli strumenti della rappresentazione mediatica che motivano gli apparati del controllo e l'identificazione della giustizia con la sicurezza, operazione necessaria in una società del "rischio" quale quella post-moderna. Il ruolo dello Stato diventa quello di proteggere lo stato nei confronti dei pericoli che lo minacciano. Il diritto in tale società subisce una forte modificazione. Vi è un aumento dei conflitti e delle controversie. Nella società moderne il diritto costituiva "l'asse di riferimento per la coesistenza tra volontà e interessi divergenti resi uguali dal contratto che

strutturava l'integrazione sociale. Nell'epoca postmoderna, la funzione del diritto è quella di mantenere in precario equilibrio una società che ha in sé enormi conflitti di interessi. Le tecnologia della perforazione comunicativa domina la rappresentanza politica selezionando interessi e bisogni, mentre gli altri vengono taciuti e neutralizzati. Il diritto non si pone più al di sopra delle parti ma diviene esso stesso una *posta* al centro di un intrico di ogni genere".⁹⁸

Quale risposta dare a tale trasformazione?

Foucault ricostruisce il passaggio ad una nuova struttura sociale ed economica in cui si delineano controlli molteplici, poteri in rete, conformismo mondiale e razzismo locale.⁹⁹ Secondo Habermas il limite di Foucault consiste nel non aver giustificato le pretese di verità dei contropoteri nei confronti degli ordini significanti e normativi vigenti. Il rifiuto a farsi intrappolare nei dispositivi di potere passa attraverso la sottrazione del corpo alle relazioni di potere ed alle configurazioni che esse impongono e su cui fanno presa e da cui si aspettano una resistenza. Secondo Foucault bisogna respingere le sintesi simboliche e somatiche e trovare ulteriori spazi di virtualità sensibili. Ci si può muovere all'interno delle relazioni di potere e servirsene per costruire delle soggettivazioni irriducibili. Instaurando una relazione con se stesso il soggetto scava una

⁹⁸ A.Pandolfi, cit. p.229. La logica galileiana della disciplina correlava classi di fenomeni ripetibili, formalizzava lunghe sequenze di elementi resi spesso forzatamente omogenei ed era per lo più allergica alle differenze. "La disciplina si applicava su di uno spazio euclideo, quadrettato o striato dalle segmentazioni istituzionali. Controllare significa invece codificare brevi sequenze di ciò che f. chiama relazioni di prossimità (serie di alberi e reticoli). Il controllo correla uno spazio connotato da spazi eterogenei, maculato da differenti zone di densità di elementi e innervato da flussi di genere. Il controllo comprende lo stoccaggio di informazioni disparate, il computo dei risultati provvisori di un calcolo, la verifica delle frequenze aleatorie di movimenti circolatori composti da unità discrete....Il controllo non inquadra delle molteplicità in spazi determinati e in temporalità ricorrenti, bensì domina l'intensità delle dislocazioni.

⁹⁹ Dal Lago A., cit. p.11.

piega nelle relazioni di potere. E' necessario rompere le regole nell'atto stesso della loro esecuzione. Nel passaggio dalla resistenza all'etica l'individuo crea una nuova dimensione che deriva dal potere e dal sapere ma non ne dipende. L'etica diventa una sorta di creazione costante di noi stessi nella nostra autonomia, intesa come distacco dagli eventi che perimetrano la nostra esperienza storica e dai quali deriva il nostro divenire. Foucault progetta teorizza un'estetica dell'esistenza consistente in tecniche di controllo alternative alle tecniche disciplinari. Le prime valorizzano le individualità e premiano le azioni creative (folla di singoli sciolti dai vincoli disciplinari). Quale etica può svilupparsi in una società informatizzata, con soggetti socializzati attraverso la mass-comunicazione, la pubblicità, che vivono nel declino delle aree urbane, nella frammentazione delle forme di vita e nella dispersione del lavoro sociale? E' di fatto molto probabile che si verifichi una crisi generale della morale. Secondo Foucault è necessario sperimentare lo spostamento di singole parti, singoli frammenti, modificandoli a contatto con le problematizzazioni del presente per determinare delle trasformazioni possibili nell'*attualità*. L'*attualità* consiste in una sorta di sintesi permanente tra passato e presente. E' necessario, sostiene Foucault, ricomporre l'esperienza al di degli schemi amministrativi o giuridici e superando le differenze di età, di condizione sociale, di cultura. Ricollegandoci agli antichi è possibile rinnovare le "arti esistenziali" e le tecniche del sé, recuperandole dalla loro integrazione nel potere pastorale.

Habermas afferma che "Foucault parla di soggetti che rappresentano o manipolano oggetti, o "che si alienano in oggetti o possono riferirsi o possono riferirsi a se stessi come oggetto". In tal modo egli autoesclude la

prospettiva di pensare alla costituzione dell'identità attraverso il dialogo e la pratica dell'intendersi, la sola in grado di rendere conto di un processo di individuazione non mediato dal potere, ma dalla socializzazione che scaturisce dall'interazione¹⁰⁰ linguistica.¹⁰¹ Foucault sostiene che l'etica e le possibilità di azione politica che ne derivano si iscrivono nella differenza che tagliano il presente. Il futuro è il modo in cui si trasforma in verità un movimento, un dubbio. L'attualità è il tempo di azione dell'essere etico che agendo può rompere con il presente. *L'attuale* consiste per Foucault in qualcosa che fa parte del presente ma se distacca, non è ciò che noi siamo ma ciò che diveniamo, ciò che stiamo diventando, ossia l'Altro, il nostro divenire Altro. Il presente è ciò che siamo e proprio per questo è ciò che non siamo più.¹⁰² Presente e passato confluiscono nell'elaborazione dell'attuale. Nell'attuale vengono interpretati sia il presente che il passato. E' nell'*attuale* che l'uomo può ritrovare una propria dimensione etica, attraverso un continuo interrogarsi su se stesso e su ciò che gli accade, e nell'organizzare delle forme di resistenza culturale al potere invadente e penetrante. Foucault ci invita a "provocare la violenza in maniera non violenta, oppure irritare le epidermidi e acutizzare le sensibilità, acuire le intolleranze verso fenomeni di potere ed abitudini che li attutiscono, mostrali nella loro meschinità e fragilità (per cui sono molto accessibili di fatto)". La forma di recupero di una morale, di un'etica sta, per il filosofo francese, nel ritrovare rapporto del soggetto con se stesso. Foucault definisce l'etica come il processo di soggettivazione della morale. Un'azione per essere definita morale non deve essere solo conforme ad una

¹⁰⁰ Habermas J., *Il discorso filosofico della modernità*, Roma-Bari, 1997, pp 297 e sgg.

¹⁰¹ A. Pandolfi, cit. p.111

¹⁰² Cfr, G.Deleuze, F.Guattari, *Che cosa è la filosofia*, Torino, 2002, p. 106.

regola, ad una legge ad un valore. “Se è vero che ogni morale implica un rapporto con il reale in cui si compie e un rapporto con il codice e un rapporto con il codice cui si riferisce, è vero altresì che essa implica un certo rapporto con se stessi, e questo rapporto non è semplicemente <<coscienza di sé>>, bensì costituzione di sé come <<oggetto morale>> in cui l’individuo circoscrive la parte di sé che costituisce l’oggetto di questa pratica morale, definisce la propria posizione in relazione al precetto che ottempera, si prefigge un certo modo di essere ciò che verrà come compimento morale di sé e, di conseguenza agisce su se stesso, comincia a conoscersi, si controlla, si mette alla prova, si perfeziona, si trasforma.¹⁰³ Pensare è passare in rassegna, interrogare e problematizzare un determinato ordine, chiedendosi ciò che lo ha reso possibile e quali altre potenzialità avrebbe potuto avere. Foucault ci avverte che l’attenzione a sé non si svolge in chiave autoreferente (F. minaccia il pericolo della vecchia rappresentazione della dimensione collettiva dell’essere), bensì il soggetto è un soggetto esplorante, che sperimenta nuove forme di relazionalità e nuovi “insiemi pratici”, “con cui gli individui possono deterritorializzarsi dalle istituzioni, dalle identificazioni codificate dagli schemi giuridico-amministrativi della normalità per dare vita a nuove forme di vita”.¹⁰⁴ Nell’ottica di Foucault la libertà dell’uomo è confiscata dal dominio, pur tuttavia esistono delle forme di resistenza, che si costituiscono come qualcosa di anteriore al potere, una sorta di “distribuzione capillare ed irriducibile alle gerarchie che stabiliscono la maturità storico politico, l’efficacia tattico strategica o la potenza organizzativa di una formazione

¹⁰³ M.Foucault , *L’uso dei piaceri*, Milano 1991, p.33

¹⁰⁴ M.De Certeau, *Il riso di Foucault*, in *Effetto Foucault*, Milano, 1986.

politica”¹⁰⁵. Le resistenze non dipendono da un principio di contraddizione né si può prevedere la loro capacità di ricongiungersi e riassemblearsi per sortire effetti di impatto massiccio. Inoltre esse non coincidono con l’idea di soggetto ma hanno per lo più una configurazione molecolare. “Le resistenze agiscono trasversalmente, passano negli individui “smembrandoli e rimodellandoli, tracciando nel loro corpo e nella loro anima delle regioni irriducibili” e attraversano le compagini rompendone l’unità e ricostituendo, con nuove separazioni, altri raggruppamenti”.¹⁰⁶ La resistenza è comunque un processo di soggettivizzazione totalmente immanente ai dispositivi di potere. Agli investimenti di potere vi sono delle reazioni inaspettate. Resistere significa sapersi spostare, sottrarsi al potere, sottrarre al potere una presa o rovesciargliela contro, indossare altre maschere per sfuggire le identità e sperimentare, a partire dalla sottomissione ai codici, qualcosa che se ne defila. Resistere non vuol dire sposare un’appartenenza. Non vi è una parte giusta, Bisogna passare dall’altra parte ma per rompere l’illusione dell’unità del tutto o della veridicità della parte di cui si è presi la difesa. Prendere per buona una parte significa di fatto confermare la positività del potere e rimanere impigliati nelle sue trame strategiche. Bisogna essere più mobili del potere. Bisogna sfuggire alla trappola del naturalismo avendo la consapevolezza delle nostre soggettivizzazioni. Quelle a cui siamo assegnati sono la nostra <<vera natura>>. Bisogna rilanciare al potere le sue stesse sfide di artificio e simulacro. La resistenza consiste in ciò che si sottrae dai meccanismi disciplinanti ed individualizzanti. Non logica dialettica o di “superamento”, ma ambiente instabile “in cui ogni evento è aleatorio e provvisorio tanto

¹⁰⁵ A.Pandolfi *ivi*, p.78

¹⁰⁶ Cfr. M.Foucault, *La volontà di sapere*, Milano 2001.

che, così come le istituzioni, le organizzazioni e le strategie sono erose dalla resistenza, logorate da tensioni molecolari e attraversate da linee di fuga, tanto queste ultime vengono a loro volte attratte, catturate e riterritorilizzate in nuove relazioni di potere”¹⁰⁷. Il filosofo ipotizza la nascita di una sorta di un “*diritto relazionale*”, un nuovo diritto trasversale tramite il quale nuove relazioni tra gli individui possono essere riconosciute senza che debbano dipendere dall’esistenza di un gruppo o da un sistema di identificazioni sanzionate dallo stato. La soggettività assume forme mobili e plastiche e le istituzioni hanno difficoltà ad integrarle. Il diritto dovrà coniugarsi con la molteplicità dei modi di vita nella misura in cui verrà liberato dal riferirsi ad identità precostituite e *dissociato* dalla sovranità dello stato.

2.2 *Luhmann*

Passeremo ora alla descrizione di alcuni passaggi fondamentali del pensiero del sociologo Niklas Luhmann che nella costruzione della sua “Teoria Sociale” tanto si sofferma sulla funzione del *medium diritto*. N. Luhmann elabora una concezione “sistemica” per spiegare l’organizzazione ed il *funzionamento* sia del singolo che della società: entrambi vengono visti come sistemi, cioè come entità dotate di *senso* (capacità di compiere una selezione tra le opzioni possibili) e funzionanti secondo criteri orientati a mantenere l’equilibrio dei vari elementi che lo compongono, anche nei processi di scambio con l’ambiente. L’elevata differenziazione dei sistemi comporta una progressiva autonomizzazione, all’interno dei sistemi sociali, di sotto-sistemi dotati di specifiche competenze rispetto al sistema da cui si

¹⁰⁷ A Pandolfi.,ivi, cit. pag.83

sono differenziati, con un conseguente aumento della complessità interna che controbilancia la crescente complessità esterna del loro ambiente. In questa maniera Luhmann arriva a definire un sotto-sistema per la pubblica amministrazione (che comprende le tre funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria), uno dei partiti politici, che opera ad un livello di complessità superiore. Il sociologo tedesco esplora dunque i rapporti tra i vari sotto-sistemi e non da ultimo il funzionamento del sotto-sistema del diritto. La positivizzazione del diritto è una conseguenza della necessità del sistema politico di ancorare la produzione di leggi, che viene meno ai vincoli del diritto naturale e/o della tradizione o della consuetudine, ad una forma di certezza che non può più riguardare il *contenuto* (possibile di infinite variazioni) ma bensì il *modo di produzione di tali leggi*. Il sociologo indaga il rapporto tra i temi possibili della discussione e l'insieme delle possibili opinioni. Anche i sistemi politici risultano oggetto di lettura e vengono reinterpretati da Luhmann alla luce della "Teoria sociale": il sociologo ad esempio, rispetto alla "democrazia", afferma che non è una "forma di stato" ma semplicemente un modo per organizzare le operazioni decisionali all'interno del sistema politico tale che, data la complessità, rimangono sempre disponibili alle possibili alternative di decisione per forme di organizzazione differenti (viene escluso dunque un principio di irreversibilità delle decisioni politiche). Luhmann affronta, attraverso la teoria sociologica, il tema della definizione del diritto, inteso come sistema sociale autopoietico.

Egli si propone di approfondire la questione dell'infondatezza della fondazione della realtà sociale in generale e del diritto positivo in particolare.

Due in particolar modo i temi che ci interessa enucleare dalle sue riflessioni:

1. la *differenziazione funzionale* dei sistemi sociali
2. la descrizione degli accadimenti del proprio tempo come *concetti*, appartenenti in quanto tali ad un preciso svolgersi di una Teoria generale.

In qualità di sociologo Luhmann elabora una Teoria della società da cui consegue il senso del “dover essere” dell’agire sociale.

La società diventa la premessa essenziale di ogni teoria politica, del diritto, della giustizia,ect.. Ogni riflessione può avvenire solo all’interno della società e si manifesta come comunicazione. In una società complessa qual è quella moderna regna la contingenza, ovvero quasi nulla avviene per come dovrebbe e quasi tutto è soggetto a mutamento.¹⁰⁸ In presenza di complessità e contingenza è necessario concepire la sussistenza delle società indipendentemente dai riferimenti di valore. In tale contesto i sistemi¹⁰⁹ che garantiscono la sussistenza sono i sistemi sociali funzionalmente differenziati, le cui operazioni interne sono indifferenti agli stimoli provenienti dall’ambiente sociale e sono quindi in grado di neutralizzare le aspettative troppo legate a valori oggettivi.

In cosa consistono il concetto di: “*Senso, consenso e contingenza*”?

Il *Senso* è la forma in cui i sistemi psichici e sociali elaborano la complessità producendo informazione. I sistemi esistono e mantengono la loro esistenza solo attraverso il continuo ripetersi delle proprie operazioni. Il *Contingente* (il reale, l’agire dell’uomo, l’operare dei sistemi) non è

¹⁰⁸ Zanetti G., *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano,1999, pag.223 e sgg.

¹⁰⁹Luhmann elabora la “Teoria dei sistemi sociali auto poietici”:abolendo qualsiasi a-priorismo (teologia,metafisica, trascendenza,ect.). l’unità del mondo non può essere pensata da un soggetto privilegiato, ma può essere solo osservata e descritta nella sua natura tautologia (l’unità e unità della differenza).

arbitrario, è solo relativo e condizionato poiché si autolimita, ed è costitutivo poiché gli eventi che costituiscono la realtà sociale accadono solo in modo contingente. Nulla avviene necessariamente. Diventa Razionale ciò che può mantenere il suo significato nonostante l'incertezza nella complessità. La nostra può essere dunque concepita come una realtà complessa funzionalmente differenziata, in cui sono presenti più possibilità di azione di quante l'uomo possa effettivamente esperire. L'Ordine sociale diventa la necessità che venga prospettata la selezione di un ventaglio limitato di possibilità di azione. I riduttori della complessità sono i sistemi parziali, o sottosistemi (del diritto, dell'economia, dell'educazione, della morale, della politica, della religione,ect.) di cui si compone la società in quanto "sistema sociale complessivo".¹¹⁰ In questa ottica gli elementi costitutivi della società non sono gli uomini ma le operazioni che intercorrono tra i sottosistemi e nei singoli sistemi. Le operazioni di un singolo sistema sono di tipo comunicativo e consistono nel tradurre determinati eventi esterni, che accadono nella società, in eventi rilevanti per un sistema parziale. Ciò avviene "attraverso la loro selezione e distinzione secondo determinati programmi che stabiliscono le condizioni in cui applicare i valori espressi dal codice binario specifico del sottosistema interessato. Gli elementi costitutivi della società sono, quindi, comunicazioni che risultano dotate di senso in quanto esito di prestazioni selettive".¹¹¹ Anche il diritto è un sottosistema la cui funzione è quella di usare le possibilità di conflitto per generalizzare aspettative normative sul piano sociale e materiale¹¹². Il diritto dunque stabilizza le Aspettative

¹¹⁰ Zanetti G, cit. pag.227

¹¹¹ *Idem*

¹¹² Cfr., N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano 1995.

normative riguardanti ambiti specifici per i quali viene presupposta l'esistenza di un ampio consenso sociale. Il diritto ha rilevanza sociale nel senso che attraverso il linguaggio giuridico stabilisce un distinguo tra ciò che è lecito e ciò che è illecito creando nel tempo delle aspettative normative che sono convalidate dalla loro ripetuta utilizzazione. Tale sottosistema si giustifica in quanto in una società complessa crea una base di certezza rispetto al comportamento individuale. Il problema consiste nel ricostruire l'improbabile fondamento del diritto contemporaneo. La soluzione di Luhmann nega la legittimità della domanda sul fondamento del diritto positivo. Egli, nella sua configurazione dell'organizzazione sociale in quanto sistema autopoietico, arriva ad affermare che il diritto riceve da sé medesimo il proprio fondamento (dunque la domanda sulla sua validità è infondata): le decisioni sono giuridicamente valide solo sulla base di normative, e le normative sono valide solo se implementate da decisioni. Si attua così una sorta di circolarità in base alla quale "la fonte della validità del diritto è il sistema del diritto stesso"¹¹³. I sistemi parziali funzionano in base ad un codice binario (diritto\non diritto). Da questa impostazione ne deriva che diritto e morale sono due sottosistemi separati e non comunicanti. Nessun sottosistema funzionale può essere vincolato all'altro ed ogni sottosistema opera secondo un codice specifico. Il diritto distingue in azioni illecite e lecite senza stabilire se queste siano immediatamente buone o cattive. La società complessa dunque si muove in base a sistemi ad elevata amoralità. Al codice giuridico non si può chiedere né se classificare le azioni come lecite o illecite sia bene o male, né se ciò che è lecito e ciò che non lo è sia conforme o meno rispetto al

¹¹³ N. Luhmann., *Il diritto della società*, 1993 .p .165

diritto. Non si può dunque compiere una valutazione sui valori che contraddistinguono le operazioni del sistema. Ciò porterebbe di fatto al blocco delle operazioni del sistema stesso. D'altra parte le azioni che si producono all'interno di un particolare tipo di sottosistema rimangono valide all'interno del sistema stesso, non si trasformano le une nelle altre. Luhmann si distanzia dalla posizione in base alla quale le *norme* acquisiscono un particolare valore esistenziale, che si esprime nel concetto di validità e che si differenzia dal mondo fattuale.¹¹⁴

Le norme acquisiscono una dimensione fattuale, o meglio sono “formule per aspettative controfattuali”, in quanto esse non vengono smentite nel caso in cui si verificano fatti contrari ma si mantengono e si confermano nel caso in cui siano state deluse. La *validità* in Luhmann diventa l'unità del sistema stesso, che si mantiene attraverso le sue operazioni. Essa svolge una funzione operativa che permette di passare da un'operazione alle operazioni successive, dunque rende possibile i riferimenti ricorsivi che “mantengono” in vita il sistema. La *validità* è definita come simbolo in quanto, nonostante la variabilità delle operazioni, essa conserva e riproduce l'unità del sistema diritto¹¹⁵. L'operazione formale che conferisce validità ad un determinato atto giuridico prescinde dalla bontà o giustizia delle operazioni effettuate. Il *discorso giuridico* dunque riguarda la buona applicazione delle leggi e delle procedure e non la qualità di quanto si produce. Tuttavia Luhmann afferma che la *validità* del sistema ha anche un suo valore qualitativo in quanto si può introdurre il concetto di giustizia che afferma che il “sistema si vuole giusto”.¹¹⁶ In questo senso la giustizia non

¹¹⁴ Zanetti G., cit. pag.231 e sgg.

¹¹⁵ Cfr. N.Luhmann, *Teoria della Società*, Milano, 1992.

¹¹⁶ Cfr., N.Luhmann, *Sistemi Sociali, fondamenti di una teoria generale*, Bologna 2001.

deriva da un sistema esterno al diritto quale la morale o la politica, ma può essere concepita come *norma* (sorta di istanza di autocontrollo). La giustizia diventa una sorta di forma auto-controllo del sistema per cui possono esistere sistemi giuridici più o meno giusti. La *norma "giustizia"* rientra nel campo della contingenza: essa è indeterminata ma quando applicata serve a determinare la scelta giusta, tuttavia nella scelta orientata alla giustizia rimane la possibilità che vi sarebbe potuto essere una decisione diversa. Sorge un problema: la norma in quanto universalmente valida non può escludere a priori che qualsiasi operazione del diritto pretenda di essere giusta. Tuttavia essa fornisce nella realizzazione pratica della giustizia un orientamento per il caso concreto per cui esso non può essere il solo frutto delle operazioni del sistema ma deve essere anche compresa come soluzione giusta. Il modo che Luhmann escogita per fronteggiare l'indeterminatezza della norma è quello per cui una norma specifica si deve abbinare a dei principi, il primo dei quali può essere considerato il principio di uguaglianza. In ultima analisi dunque i sistemi dei valori della giustizia acquisiscono validità giuridica solo se recepiti dal diritto e positivizzati dalle leggi di grado più elevato come ad esempio le costituzioni.¹¹⁷ Cosa è un *Valore*? Viene definito valore ciò che è inizialmente una preferenza che viene poi generalizzata "sulla base della supposizione che ciò che è plausibile e vale per uno diviene il valore di tutti. Un valore vale perché è difficile immaginare che qualcuno sia contrario, e normalmente nella comunicazione esso non viene neppure menzionato, ma semplicemente dato per presupposto. In cosa consiste allora l'applicazione pratica dei valori? Ogni decisione concreta è una decisione su un conflitto

¹¹⁷ G.Zanetti, cit. pag.233-235

di valori. L'applicazione dei valori, sebbene essi si collochino su un piano universale, deve essere presa nei singoli sottosistemi e non rispetto alla società nel suo complesso. Vi è la possibilità che nei singoli sottosistemi vi sia un richiamo a valori esterni (ex della politica che ricorre ai valori giuridici di libertà, uguaglianza, ect.).¹¹⁸ L'avanzare veloce della complessità sociale determina una concreta inadeguatezza delle risposte del diritto. Per Luhmann la struttura normativa deve essere conforme alla differenziazione funzionale della società¹¹⁹, in modo tale da non bloccare la chiusura operativa e l'autonomia dei sottosistemi¹²⁰, ma anche in modo che sia possibile ai sottosistemi restare legati alla società e condurre il necessario

¹¹⁸ Ne fornisce un esempio l'insieme dei diritti dell'uomo: risulta problematica di fatto la loro applicazione. Essi non sono contestati ma solo violati; mantengono una loro validità controfattuale come le norme e con esse condividono le stesse formule di generalizzazione, anche se vengono messi spesso in secondo piano nel conflitto con altri valori. Il vero nodo consiste allora nel mettere insieme l'esercizio dei diritti con la loro realizzazione nei sottosistemi in modo tale che essi siano compatibili con le esigenze operative dei sistemi sociali. I diritti umani si distinguono dai valori poiché essi sono riferiti immediatamente al soggetto.

I diritti vengono considerati a prescindere dalla politica e come pretese giuridiche pure. Essi sono considerati irrinunciabili e quindi indisponibili al volere del singolo.

¹¹⁹ Luhmann introduce il Concetto di complessità riferito a due tipi di ragioni, uno strutturale ed uno epistemologico. La Teoria strutturale cerca di descrivere la realtà sociale individuando di volta in volta la funzione caratteristica non solo dei singoli sottosistemi ma anche di determinate istituzioni interne al sistema (ad esempio la costituzione, la dogmatica, la teoria del diritto, ect.) che forniscono supporto alle operazioni sistemiche principali.

A tale analisi si affianca quella storico-evolutiva che si svolge sul piano della modellizzazione in senso evolutivo delle strutture sociali e sia in base al cambiamento semantico, cioè il cambiamento di significato dei concetti in connessione con i cambiamenti strutturali della società.

Vi è poi la teoria autopoietica che secondo Luhmann ben descrive l'evolversi della società differenziata, essa è una Teoria complessa poiché il sistema sociale è complesso. L'approccio funzionalista e del metalinguaggio viene integrato in quest'ultima. Non vi è linguaggio comune per descrivere una teoria, il pericolo di errata comprensione è dovuto ad errate pre-comprensioni. L'analisi scientifica raggiunge delle conclusioni in base alla ricerca ed utilizzando un linguaggio *specifico e tecnico*.

¹²⁰ Il Sistema autopoietico rappresenta quel tipo di sistema che è in grado di produrre da solo gli elementi di cui è costituito (autoproduzione). Questi elementi sono operazioni di natura comunicativa. Al pari delle cellule biologiche tali sottosistemi non hanno alcuna relazione diretta tra di loro, né con l'ambiente che li circonda, ma filtrano e traducono nel proprio linguaggio gli stimoli che provengono dall'esterno.

riferimento ad essa.¹²¹ Facendo riferimento ad una distinzione principale quale quella “sistema\ambiente”¹²² Luhmann sostiene che la società si distingue dal suo *ambiente esterno* che è costituito dal *mondo*. Mentre la complessità sociale produce senso tramite la riduzione della complessità sociale, il mondo è il luogo dove tale riduzione non avviene e quindi resta inaccessibile all’esperienza umana ed all’operatività dei sottosistemi. I singoli sottosistemi rimangono ambienti per gli altri e quindi inaccessibili all’operatività degli uni con gli altri. Ciò vale anche per i sistemi organici e quelli psichici, che ricevono impulsi dalla società che traducono nei rispettivi e specifici linguaggi che li caratterizzano e con cui operano al proprio interno. Che cosa accade allora tra gli individui quando comunicano tra loro? Sul piano logico tale comunicazione sarebbe

¹²¹ Luhmann N., *Teoria della Società*, Milano, 1992., cit. p. 26

¹²² Zanetti G., cit. pag. 241, Tale operazione viene descritta come una <<operazione cognitiva>>, per la quale tra sistema ed ambiente vi è uno scambio di stimoli e <<irritazioni>>. Le informazioni ricevute vengono poi tradotte nel proprio linguaggio, fornite di senso e comprese dal sistema. In questo modo il sistema costruisce la proprio interno una realtà dell’ambiente esterno: “una realtà che a prescindere da pretese di verità, è l’unica a cui il sistema può accedere e rispetto alla quale può operare”. Tale realtà è l’ambito in cui si realizza una sorta di autonomia del sistema, nel senso che il sistema può operare solo all’interno di questa realtà. Anche il cervello umano rappresenta un sottosistema in tal senso. Vi sono diversi livelli di osservazione/descrizione che si possono riferire al sottosistema. L’osservazione di primo grado viene definita come “autosservazione” in quanto è compiuta dal sistema stesso sopra il proprio operare. Il risultato si concretizza nelle operazioni che vengono compiute dalla dogmatica e dalla giurisprudenza, nonché nell’attività di interpretazione e di applicazione del diritto ed in quelle di conflitto. Vi è poi un’osservazione di secondo grado che è quella che studia il sistema del diritto non essendo direttamente coinvolta nelle sue operazioni (ad esempio attività del sociologo). A maggiore distanza si pone l’osservatore tanto più è in grado di elaborare un linguaggio raffinato per poter descrivere le operazioni del sistema. E così via. Lo strumento concettuale utilizzato per le descrizioni consiste nel tracciare distinzioni binarie: sistema\ambiente, diritto\non diritto, senso\mondo. “Tali schemi binari implicano immediatamente l’oggetto e la sua negazione”, ciò che viene affermato e ciò che viene escluso, costituiscono quindi l’identità dell’oggetto nella differenza rispetto alla sua negazione. La distinzione fondamentale che ci riporta Luhmann è quella tra sistema ed ambiente. E’ chiara la Necessità per il teorico di andare oltre la spiegazione tautologia; distinzioni oppostive che portano ad un paradosso: unità delle distinzioni, delle differenze. La teoria autopoietica non si ritrae di fronte alle apparenti contraddizioni della società, cercando di rendere invisibili tali paradossi, ma anzi cerca di farli evolvere verso forme creative.

impossibile, ma ciò di fatto non avviene. Quando gli uomini entrano a contatto tra di loro i processi di comunicazione si mettono in atto. Allora si potrebbe ipotizzare che tra i vari sottosistemi avvengono delle comunicazioni che anche se non si vogliono identificare come “vere”, producono degli <<scambi produttivi di fraintendimenti>>, che vengono trasformati in informazioni. “Questo scambio è reso possibile da istituzioni che attuano <<accoppiamenti strutturali>>: il linguaggio tra sistemi psichici e sociali, il contratto tra economia e diritto, la costituzione tra politica e diritto”.¹²³ A fronte dell’analisi del sistema diritto in base alla Teoria Sociale da parte di Luhmann ci si domanda allora: come si fa ad affermare la giustezza del diritto, l’effettiva forza vincolante dell’atto decisionale? Come si fa a costruire il consenso? Nessun potere politico può agire solo esclusivamente basandosi sulla forza fisica, tuttavia neanche un consenso fondato su una congruenza casuale degli interessi è sufficiente a garantire il consenso. Non si può fare a meno della simultanea presenza di entrambi. Consenso e costrizione sono tuttavia risorse scarse per garantire la legittimità e spiegarne la istituzionalizzazione. Si potrebbe intendere la legittimità come “ disponibilità generalizzata ad accettare, entro certi limiti di tolleranza, delle decisioni ancora indecise per quanto riguarda il loro contenuto”¹²⁴. Rimane il dubbio se esista una tendenza interna all’individuo ad accettare qualcosa. Facendo ricorso alla *razionalità legale* di Weber ci si

¹²³ Le riflessioni di Luhmann circa l’impossibilità comunicativa dei singoli sottosistemi aprono una serie di domande sulla validità del suo pensiero in generale rispetto ad ogni tipo di assetto socio-culturale. Ovvero ciò vale anche in una società globale multiculturale, che non è cresciuta in un’ottica di complessità simile alla società occidentale? Zanetti sottolinea il pericolo di una visione eurocentrica, di una grande narrazione non in grado di descrivere i fenomeni giuridici globali. Probabilmente la teoria di Luhmann ha una sua validità per una società altamente differenziata, ma cade di fronte ad una varietà culturale, poiché questa produce altri tipi di valori oltreché un sistema di comunicazione generale che impronta di sé i diversi sottosistemi.

¹²⁴ S. Costantino, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, Torino, 1994, pagg. 48-50.

sente comunque insoddisfatti sul piano sociologico. Vi è la necessità dell'intervento di concettualizzazioni il cui limite consiste nel fatto che ogni decisione deve essere in ultima analisi concretamente motivata. Luhmann insiste su un aspetto: che vengano cioè accettate *decisioni vincolanti* come premesse di comportamento senza che sia specificato prima quali decisioni concrete vengono prese. L'analisi va posta, forse, sul procedimento. Tuttavia anche il procedimento richiede delle garanzie molto complesse e delle istituzioni complementari. La crescita della complessità sociale complica i meccanismi di accertamento del giusto e del vero. La legittimazione per procedimento, che si stabilisce sulla possibilità concreta di ottenere delle decisioni soddisfacenti, si sostituisce alla base motivazionale (diritto di natura e formazione del consenso). I *procedimenti richiedono un consenso generale che prescinde dalla singola decisione*. E' proprio questo riconoscimento ad avere un valore per ciò che riguarda l'accettazione e l'osservanza delle decisioni vincolanti. L'Accettazione delle premesse decisionali e l'accettazione delle decisioni sono due cose distinte e separate. Nelle società moderne si attua un processo di *positivizzazione del diritto*: ogni diritto è determinato attraverso una decisione, tentativo che corrisponde al tentativo di fissare come vincolante il concetto di legittimità sulla base del riconoscimento delle decisioni. A tali decisioni corrispondono dei valori inseriti nelle premesse decisionali e rispetto alle quali ci si aspetta un atteggiamento di accettazione e riconoscimento. Valgono non tanto le convinzioni motivate quanto piuttosto la libera accettazione di motivi non dipendenti dalle caratteristiche individuali, e tipicamente prevedibili senza un'eccessiva informazione concreta. *Per le società complesse vale un processo di astrazione che porta*

alla generalizzazione del riconoscimento delle decisioni. I procedimenti sono sistemi che hanno la specifica funzione di elaborare un'unica decisione vincolante. Essi riducono la complessità e generalizzano le aspettative di comportamento. Definendo la struttura si limitano le possibilità di variazione. La struttura diventa essa stessa una selezione rispetto alla complessità dell'ambiente e consente un aumento di prestazioni.¹²⁵ La struttura di un sistema procedurale è inizialmente tracciata da norme giuridiche che valgono per molti procedimenti; queste norme non costituiscono di per sé i procedimenti e dunque non li legittimano. Esse hanno la funzione di ridurre l'infinita quantità di tutti i comportamenti possibili. Rendono possibile avviare i singoli procedimenti come sistemi, definire i loro limiti e rendere consapevoli gli interessati. I procedimenti inoltre presuppongono un ordinamento che costituisca una sorta di quadro strutturale. Essi sono possibili solo come sistemi parziali di un sistema più ampio. I procedimenti non fissano un comportamento ma lo portano ad una certa prospettiva funzionale. Il procedimento individuale diventa una matrice di possibili avvenimenti che possono verificarsi soltanto in questo procedimento con i loro specifici contenuti e significati. La giustizia di una determinata decisione non dipende dal modo in cui si arriva ad essa ma dal procedimento che si è seguito per poterla prendere. La relazione tra l'argomentazione dei procedimenti e le strutture sociali extraprocedurali si fonda sulla prova. Per Luhmann esistono tre tipi di prove: la prova che si basa sulla divinità, quella che dipende dal ruolo e la prova libera. Per la prima non occorrono tribunali. La prova in questo caso elimina l'incertezza in base al giudizio divino. "La legittimità della prova

¹²⁵ Ivi, p 63.

dipende da una sicurezza di fede che non consente alternative”.¹²⁶ La legittimità rispetto al ruolo avviene in maniera differente: in una società differenziata che si articola in ruoli non si possono prendere decisioni giuridiche indipendentemente dai ruoli. In base a questo non valgono prove al di fuori del processo e le prove possono essere liberamente valutate da chi ha il ruolo di decidere. Le deposizioni raccolte dall’ambito sociale sono valutate non in assoluto ma in relazione al procedimento giudiziario. L’influsso sociale viene canalizzato nel procedimento giudiziario e nel diritto positivo. Il giudice decide cosa è rilevante in funzione del processo e non in connessione di criteri quali la Verità e la Giustizia. Il giudice rappresenta l’elemento estraneo rispetto ad altri suoi specifici ruoli in altri sottosistemi. “Ogni procedimento parte dal presupposto che tutto potrebbe essere diverso nell’ampio quadro dei fatti noti alla corte¹²⁷”. L’esito del procedimento lascia incertezza rispetto alla verità dei fatti. Come mai il cittadino accetta dunque il procedere e l’esito di un procedimento giudiziario? Luhmann utilizza il concetto di “ruolo”, affermando che il sistema burocratico-amministrativo pubblico consiste in un *sistema articolato in ruoli*, role-taking nella descrizione di G.H.Mead. L’uomo in definitiva vive gli altri uomini non come oggetti ma come portatori di proprie prospettive che si basano su un *io* e nelle quali egli può immedesimarsi. Secondo Mead l’uomo può immedesimarsi nel ruolo espresso da un altro individuo e poi tornare su se stesso. “Tramite l’assunzione di un ruolo esterno può attribuire a se stesso un ruolo, può diventare oggetto di se stesso, passare dall’*io* al *me* e nello stesso tempo

¹²⁶ Ivi, p. 66.

¹²⁷ Ivi, p. 67.

individuare quegli aspetti del mondo che per entrambe le prospettive producono lo stesso senso”¹²⁸.

Dove finisce in questa prospettiva la dimensione intersoggettiva? Dove finisce il senso della oggettività sociale?

I ruoli esistono in quanto complementari ad altri ruoli compresenti. Ogni ruolo dipende dall'interazione con gli altri e la sua assunzione è direttamente collegata a tale interazione. Nel procedimento le diverse parti interessate devono pretendere l'una dall'altra dei comportamenti conformi ai ruoli interpretati. In questo caso si spiega l'accettazione da parte dei singoli delle decisioni, anche di quelle non desiderate. Vi sono dei meccanismi latenti in cui la personalità viene intrappolata e che spiegano perché una persona è motivata ad accettare delle decisioni. L'ipotesi di Luhmann è che anche certi processi decisionali collettivi servano in realtà ad assorbire risentimenti e critiche. I Procedimenti giudiziari possono essere intesi come l'istituzionalizzazione dei conflitti. Il farsi giustizia da soli è tipico delle società poco complesse. Maggiore complessità implica la centralizzazione dell'uso della violenza. E' necessario dunque cambiare la struttura dei conflitti e trasformarli in “conflitti su decisioni che devono essere ancora prese”. In questo caso i conflitti che non permettono di prendere decisioni possono essere trasformati in conflitti che consentono di prenderle. Dalla generalizzazione amico/nemico si passa ad una specializzazione del conflitto. Ciò è possibile orientando i conflitti alla decisione. Il desiderio di comprensione e risoluzione può essere soddisfatto tramite una forma del conflitto ordinata attraverso i ruoli. I procedimenti diventano specifici luoghi di interazione la cui funzione è orientata alla

¹²⁸ Ivi, p.68

selezione di decisioni giuridiche, nonché “luoghi” in cui è naturale aspettarsi che vengano prese delle decisioni (*potenziale di decisione*). Essi sono ambiti nettamente differenziati dai ruoli sociali. Coloro che interpretano tali ruoli hanno un certo margine di libertà ma devono comportarsi secondo le regole del procedimento (ruoli specifici strettamente connessi al tema o ai contenuti in questione). Il contributo comunicativo dei partecipanti alla ricerca della decisione viene definito come comportamento liberamente scelto. Ciò che le persone comunicano è direzionato a prendere una decisione, per raggiungere un risultato. <<Le questioni private acquistano quindi la forma di opinioni e interessi nei confronti delle aspettative altrui e perdono ogni riferimento alle questioni relative alla verità o alla morale>>. Una volta specificata e dibattute le opinioni non rimane altro spazio per la definizione della decisione, non può più essere mobilitata una determinata aspettativa. Secondo Luhmann è impossibile che le norme del diritto vigente possano essere sempre accettate da tutti. Ci si basa dunque per la legittimazione sulla *presupposizione di consenso*¹²⁹. La partecipazione ai procedimenti (giudiziari, elettorali, ecc.) rende in qualche misura possibile il consenso: si determinano aspettative di comportamento che legittimano il procedimento. Se il procedimento ha successo (assorbendo anche la protesta attraverso articolazioni specifiche) legittima se stesso e ciò che esso stesso produce. Siamo in questo senso distanti da una produzione di legittimità in relazione ai valori. Luhmann sottolinea che in società altamente differenziata, in cui la struttura psichica è di fatto separata dalla struttura sociale (accentuazione

¹²⁹ Il problema della legittimità del diritto rimane tale: se essa si richiama alle idee collegate ai valori ed alla tradizione nell'ambito del diritto, di fatto viene a schiacciarsi nella trasposizione fattuale di valori o principi che fondano il diritto in una logica circolare.

dei processi di individualizzazione e forte variazione delle premesse normative di decisione del diritto), la legittimità non può dipendere dalla singola motivazione. Qualora una certa struttura psichica dovesse rimanere scontenta dall'attuazione del diritto avrà il tempo attraverso una rielaborazione individuale di crearsi un nuovo sistema di aspettative normative. Sarà lasciata alla sua elasticità psichica ed alle interazione che egli stabilisce crearsi nuove decisioni vincolanti come premesse cognitive per i propri comportamenti. Tali decisioni non sono più generalizzabili in una società globale.(apprendimento e riapprendimento delle aspettative normative). Le conoscenze *vere*, in base all'approccio della teoria scientifica, sono tali se sono dimostrabili ed intersoggettivamente trasmissibili e vincolanti. La *verità* diventa quindi un "mezzo di trasmissione" che si distingue da altri mezzi di comunicazione quali il denaro, il potere, l'amore,ect. "La verità acquista la sua forma specifica per il fatto che ha come criterio di selettività un tipo particolare di sanzione. Nessuno può negare la verità senza mostrare di essere una persona irragionevole e insensata, senza escludersi così dalla comunità degli uomini che costituiscono il mondo e fondano il senso"¹³⁰. Non è dunque più il "*mondo vitale*" ad operare un'attribuzione di "verità" e di senso a ciò che accade nell'azione sociale, bensì è la *teoria scientifica*, alla base dell'organizzazione dei diversi sistemi, che stabilisce ciò che è *vero e ciò che è falso*, ciò che è *razionale e ragionevole* e ciò che non lo è. La comunicazione "vera" obbedisce alle regole della teoria scientifica; essa è vera in quanto è dimostrabile e trasmissibile altrimenti vera non è. Se qualcuno non acconsente a tale modalità rischia di perdere la qualità di

¹³⁰ N.Luhmann, *L'autoregolazione della Scienza*, in Id. *Illuminismo Sociologico*, Milano, 1983,cit. pag.271-295.

“soggetto”. Il concetto di Verità non tocca più la persona concreta, in quanto padre, sacerdote, ect., ma diventa una qualità astratta dalla quotidianità e dalle interazioni sociali, rispetto alla quale tutti gli uomini sono uguali. La verità della scienza e la società in un certo senso si separano. Ciò in realtà consente anche un forte avanzamento delle conoscenze. Il diritto e la verità si diversificano. Anche il diritto deve trovare una propria specializzazione in funzione del *medium verità*. Vi è dunque un processo di delimitazione, specificazione funzionale e positivizzazione del diritto, che si stacca dalla morale. In tal modo esso diventa più mobile ed elastico. “Il diritto pone fattispecie e conseguenza giuridica in una connessione prevedibile <<se...allora>> la cui attuazione presuppone un accertamento, una selezione e quindi un’attività decisionale.. [...] ..il diritto non riassume più in sé una legittima aspettativa di comportamento e neppure la predeterminazione etica di un fine buono <<attraverso la cui attualizzazione l’agire realizza la sua essenza e l’attore la sua virtù>>”.¹³¹ Nella concezione di un diritto funzionale ci si trova nella condizione per cui la *giustizia* si trova, quale principio etico, in definitiva al di fuori del diritto. Habermas ravvisa nell’impostazione di Luhmann il “tentativo di separare drasticamente il codice giuridico”¹³² dai programmi di legge. Affermando il funzionamento del sistema diritto in termini autopoietici Luhmann di fatto declassa le argomentazioni giuridiche ‘al livello di semplici autoillusioni’, e quindi viene meno la possibilità di fornire spiegazioni “razionali” alle proprietà formali del diritto. Viene meno la necessità di scoprire la genesi e l’applicabilità dei “fondamenti di

¹³¹ N.Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, cit. pag. 213 e

sgg.

¹³² J.Habermas, *Morale, Diritto e Politica*, Torino, 2001, pp. 51 e sgg.

validità” del diritto positivo, in quanto essi risultano validi per argomentazioni funzionali al diritto\ sistema a patto che non mettano ‘in moto una riflessione sui fondamenti. Il codice non deve essere analizzato simultaneamente dal di dentro e dal di fuori; esso deve sempre presentarsi come non problematico’¹³³. Ciò tuttavia, sostiene Habermas, è pressoché impossibile. Le riflessioni critiche sui sistemi giuridici provocano costanti problematizzazioni. Non è possibile applicare un diritto senza un riferimento specifico ad un contesto, che avrà i suoi obiettivi politici, che sarà caratterizzato dalla necessità di giustificazioni morali e che prevede al proprio interno un confronto costante tra principi diversi. “In Luhmann ogni singola costruzione della coesistenza non ha dei riferimenti fuori dal sistema dove viene costruita; perde ogni rilievo qualsiasi rinvio alla ricerca di un senso esistenziale che ecceda la prassi sistemico-finzionale”¹³⁴

2.3 Habermas

Affrontiamo infine le linee del pensiero filosofico e sociologico di Jürgen Habermas riguardanti la teoria del diritto e la sua diretta implicazione nella costruzione sociale e politica. In Habermas è stringente la spinta dell’analisi delle forme politiche e della loro legittimazione in quanto processi sociali e comunicativi.

In quali forme e modi si organizza la società? Quali sono i medium regolativi di questo processo e quali strumenti di legittimazione i processi di formazione ed organizzazione sociale trovano per poter giustificare il loro valore, la loro giustizia e la loro eticità? J. Habermas procede nella

¹³³ Ivi, p. 55 e sgg.

¹³⁴ B. Romano, *Il giurista è uno zoologo metropolitano? A partire da una tesi di Derrida*, Torino, 2007, p.25.

sua grande opera bibliografica attraverso la lettura critica dell'approccio al diritto dello Stato liberale e repubblicano, e rimette al centro la *persona* nella scelta di costruire una società civile adeguatamente rappresentata dallo stato Democratico che si configura come uno Stato di Diritto legittimato dalla collettività. La connotazione dello Stato come "democratico e di diritto" passa dunque attraverso un'azione sinergica dei processi che caratterizzano l' "agire democraticamente" e l'articolarsi di un Diritto che, perché condiviso da tutti, collettivamente prodotto e ispirato a valori etici universali, diventa fondativo dello Stato Democratico stesso. Centrale per il filosofo tedesco risulta essere allora l'esame del Diritto, inteso come *medium originario e regolativo* di un'organizzazione politica democratica, indagato nel suo "farsi", nella sua articolazione e strutturazione, nel suo essere Diritto legittimo in quanto discorsivo e collettivamente prodotto attraverso il *dialogo* e l'elaborazione inclusiva di tutte le parti sociali che cooperano allo sviluppo della società.

2.3.1 *Il diritto nel tempo: fondamenti del diritto discorsivo*

Per meglio definire il punto di vista teorico di Junger Habermas in relazione alla concezione del diritto ed alla sua funzione moderna è per noi utili ripercorrere alcune tappe della riflessione del filosofo tedesco circa l'evoluzione della società nel corso del tempo e quindi dei paradigmi fondativi e comunicativi del *mondo di vita*; la formazione della soggettività e della titolarità di libertà e diritti; la trasformazione del senso e della produzione normativa nel corso della storia degli uomini; la nascita dei fenomeni comunicativi ed il loro snodarsi come processo fondamentale nella produzione di idee, punti di vista, regole di convivenza civile.

Habermas conduce un'analisi molto approfondita su come mutano i processi di <<costruzione del mondo di vita>> dalla società antica alle società moderne. Con l'obiettivo di studiare le modalità di evoluzione dei sistemi sociali, da sistemi sostanzialmente ascrittivi e semplici, a sistemi complessi, J. Habermas si propone di indagare, analizzando il pensiero di Georg Herbert Mead ed Emile Durkheim, un approccio ad un *mondo vitale* razionalizzato e differenziato nelle sue strutture simboliche che superi i limiti di un approccio tipicamente weberiano basato sull'attività finalizzata e sulla razionalità dello scopo¹³⁵. I due studiosi prendono in esame, uno in qualità di psicologo e l'altro in qualità di sociologo, il cambiamento paradigmatico dell'*agire comunicativo*. Mead analizza i fenomeni della coscienza come qualcosa dipendente dall'interazione sociale degli individui, mediata linguisticamente o simbolicamente: "le interazioni sociali plasmano a partire dalle proposizioni e dalle azioni, una struttura simbolica alla quale l'analisi può fare riferimento come qualcosa di oggettivo"¹³⁶. Il behaviorismo sociale di Mead ha come obiettivo quello di indagare il comportamento dei singoli in un ambiente dove si trovano altri individui, non solo osservando le reazioni ma anche il comportamento orientato simbolicamente. In ogni individuo si costruiscono nel tempo delle strutture di interazione di carattere universale mediate dal linguaggio. G.H. Mead vuole analizzare il processo sociale dinamico ed i suoi atti. L'azione sociale non è qualcosa di esterno al comportamento, essa è comunque collegata ai fenomeni della coscienza ma non è prettamente interna, ed è espressa simbolicamente attraverso il linguaggio. "Mead si interessa ai simboli

¹³⁵ J.Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II. *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 1984 pag.548

¹³⁶Ivi, .p.550.

linguistici solo in quanto essi mediano le interazioni, i modi di comportamento e le azioni di più individui. Nell'agire comunicativo il linguaggio, al di là della funzione dell'intesa, assume il ruolo di coordinamento delle attività in vista di un fine di diversi soggetti di azione, come pure il ruolo di *medium di socializzazione* di questi stessi soggetti.”¹³⁷ Mead considera il linguaggio non come strumento orientato all'intesa né con un valore proprio relativo alla sua struttura, ma come strumento utile all'integrazione sociale di individui in vista di un fine e della 'socializzazione di soggetti capaci di azione'. L'internalizzazione del linguaggio gestuale avviene attraverso due stadi: il linguaggio dei segnali (che traspone i significati oggettivi dei comportamenti in significati simbolici) consente il passaggio dall'iterazione mediata da gesti a quella mediata simbolicamente, aumentando la possibilità di comprensione per i partecipanti all'azione; al secondo stadio i ruoli sociali trasformano i comportamenti naturali in comportamenti specificati in senso funzionale e dunque normativamente vincolanti.¹³⁸ Si ha un mutamento nelle relazioni per cui i partecipanti “imparano a distinguere fra atti di comprensione e azioni orientate in vista del successo¹³⁹” e si compie così il passaggio da azioni mediate dai gesti all'interazione mediata simbolicamente. Mead spiega la base dell'interazione attraverso il processo di role-taking. L'internalizzazione diventa una sorta di interiorizzazione di “strutture oggettive di senso” che vengono recepite in quanto provenienti da un “altro

¹³⁷ Ivi, p.551.

¹³⁸ “I gesti si trasformano in simboli grazie al fatto che i significati di volta in volta validi per il singolo organismo vengono sostituiti da significati che sono identici per tutti i partecipanti”. Inoltre si ha un mutamento relazionale tra due organismi che passano da una relazione tipo stimolo-reazione-stimolo, ad una relazione “interpersonale fra parlante e destinatario” per cui entrambi entrano in un rapporto reciproco con “intenzione comunicativa”. cit.p.557.

¹³⁹ *Idem.*

significativo”. Il singolo si appropria di quanto gli giunge dall’esterno ponendosi nei suoi confronti come se fosse un oggetto. Habermas sottolinea l’importanza dell’intenzione comunicativa tra i parlanti affinché l’interazione abbia luogo. *Ego* comunica con *Alter* solo se entrambi *concordano* sulle interpretazioni oggettive del gesto e attribuiscono ad un medesimo oggetto un *significato identico*. Assumendo su di sé una posizione critica relativa alla capacità di *Alter* di comprendere o interpretare o meno un atto linguistico, *Ego* ed *Alter* creano le *regole* dell’uso simbolico e sviluppano le *convenzioni semantiche* e i simboli utilizzabili con significato identico.

Come se realizza l’organizzazione dei comportamenti naturali in relazione all’interazione mediata dal linguaggio? “Finché i fondamenti motivazionali e il repertorio dei modi di comportamento non sono completamente strutturati mediante simboli, il coordinamento simbolico delle azioni resta collocato in una regolazione comportamentale che funziona in modo pre-linguistico, fondato in definitiva su residui istintuali”¹⁴⁰. Con la comparsa del linguaggio entra in gioco l’importanza del ruolo comunicativo esercitato da parlanti ed ascoltatori. E’ necessario fare una distinzione tra il linguaggio finalizzato alla comprensione ed il linguaggio in quanto *medium di coordinamento delle azioni e di socializzazione degli individui*. Gli individui si incontrano in quanto oggetti sociali di ruoli comunicativi, ed in base a questi ruoli imparano a distinguere la comprensione dalle azioni orientate in vista delle conseguenze. Mead non attribuisce al linguaggio una funzione evolutiva: esso è il *medium* che coordina le azioni e norma il processo di

¹⁴⁰ Ivi, p.576.

socializzazione tra gli individui. Attraverso il linguaggio un singolo acquista una propria personalità ed attraverso una progressiva assunzione di diverse funzioni esso giunge ad acquistare l'atteggiamento dei membri della comunità. *Ego* non assume più da *Alter* solo la relazione comportamentale bensì anche le sue attese di comportamento già normate. La formazione delle identità ed il sorgere delle istituzioni viene strutturato mediante simboli nel senso che il mondo <<extra-linguistico delle disposizioni comportamentali e degli schemi comportamentali viene compenetrato dal linguaggio>>, ed in quanto linguaggio si fissa nella coscienza del singolo. Oltre la comprensione il simbolismo compenetra le azioni globali degli individui, i comportamenti e le motivazioni, e dunque i vari segnali vengono fissati in un *agire retto da norme*: "esso - il simbolismo del linguaggio cioè - crea al tempo stesso orientamenti soggettivi e sistemi di orientamento sovrasoggettivi, individui sociali ed istituzioni sociali¹⁴¹". Il linguaggio media dunque l'organizzazione sociale degli individui e si sedimenta nelle 'strutture simboliche del sé e della società, nelle competenze e nei modelli di relazione'. Habermas introduce tuttavia nel ragionamento di Mead un livello di analisi ulteriore per ciò che riguarda l'accettazione o meno da parte di *Alter* di quanto emesso da *Ego*. Le offerte di atti linguistici devono la propria forza vincolante alla relazione interna fra le pretese di validità e ragioni, cioè nel momento in cui si investe di significato l'atto linguistico in quanto volto alla comprensione, le pretese di validità possono essere respinte o accettate in base a delle ragioni. Coloro che comunicano possono pretendere un'attribuzione di validità alle loro asserzioni solo se possono conseguire un consenso

¹⁴¹ Ivi, p.578.

motivato alle loro ragioni, senza dover influire sui motivi empirici dell'altro con la coazione o con la prospettiva di una ricompensa. Esiste dunque una responsabilità esplicita nelle azioni comunicative che non è attribuibile né agli imperativi categorici né alla minaccia di conseguenze. “Con il concetto di ruolo sociale Mead collega il senso di una norma che autorizza i componenti di un gruppo ad attendersi reciprocamente determinate azioni in determinate situazioni e nel contempo li *obbliga* a soddisfare essi stessi le fondate aspettative degli altri¹⁴²”. Il singolo individuo risponde, nel momento in cui appartiene ad un gruppo, ad un’altro generalizzato”. L’autorità di cui si è dotata l’istanza dell’altro generalizzato è quella di una generale volontà di gruppo. Il gruppo nel caso vi siano violazioni degli interessi generali può minacciare o mettere in atto delle sanzioni specifiche: l’autorità imperativa si trasforma in autorità normativa. D’altra parte tale autorità a differenza di quella che si basa solo sul potere di sanzione, si poggia sul consenso: l’individuo “non appena considera le sanzioni del gruppo come le proprie sanzioni rivolte da se stesso contro se stesso, deve presupporre il suo consenso alla norma di cui in quel modo punisce la violazione...[...].le istituzioni posseggono una validità che è riconducibile al riconoscimento intersoggettivo, al consenso degli interessati”.¹⁴³ Ad una norma viene riconosciuta validità in quanto espressione di una volontà generale di un gruppo e purché rispetti gli interessi di tutti i partecipanti; essa viene comunque anche interiorizzata in relazione al suo potere sanzionatorio, riaffermando una visione tradizionalista della norma.

¹⁴² Ivi, p.596.

¹⁴³ Ivi, p.598.

Come si è strutturato a sua volta l'organismo sociale attraverso le diverse forme di interazione simbolica? Habermas ricorre a Durkheim per comprendere la struttura delle identità di gruppo. Il sociologo indaga la religiosità ed il patriottismo come forma di espressione della coscienza collettiva che è costitutiva dell'identità di gruppo. Il *simbolismo religioso* che è precedente al parlare grammaticale può essere considerato la base della coscienza normativa. Durkheim presuppone una differenza tra le regole statuite dal diritto positivo e la regola morale. Questa ultima trae la sua validità da una forza vincolante facente capo all' "autorità morale" che fonda le sanzioni nel caso delle violazioni delle regole e non presuppone dal canto suo sanzioni. Colui che obbedisce alla regola morale lo fa in virtù in relazione ad "un'autorità che impone un timore reverenziale", <<che oltrepassa le coscienze individuali e nello stesso tempo è loro immanente¹⁴⁴>>. D'altra parte il bene morale è ciò che è auspicabile, e non potrebbe godere di tale senso se non rispondesse al soddisfacimento dei bisogni reali (esso è dunque *desiderato e desiderabile* secondo il sociologo). Durkheim compie un parallelismo tra il morale ed il sacro. Il sacro è difatti *a parte e separato dal resto*, non può mescolarsi al profano poiché ne risulterebbe profanato. "L'atteggiamento nei confronti del sacro, in modo analogo a quello nei confronti dell'autorità morale, è caratterizzato da abnegazione e auto-alienazione. Nella venerazione del sacro.. [...]...il credente si aliena dai propri orientamenti di azione profani, egoistici ed utilitaristici.. [...] ..egli stabilisce con tutti gli altri credenti una comunione; egli si fonde con il potere impersonale del sacro che travalica tutto ciò che

¹⁴⁴ Cfr. E.Durkheim, *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e Filosofia*, Torino,2008.

è meramente individuale”.¹⁴⁵ Si stabilisce dunque un’analogia tra il sacro e la morale, da cui D. deduce un fondamento sacrale della morale. Le regole morali ricevono la loro forza vincolante dalla sfera del sacro e ciò spiega il perché gli imperativi morali vengono ottemperati indipendentemente dalla sanzione esterna (l’orrore per il reato è simile al sentimento che il sacrilegio ispira ai credenti). Il sacro rappresenta il necessario sovraindividuale per un gruppo sociale, ciò che travalica i singoli ma che è anche immanente nella collettività. E’ una sorta di trasfigurazione simbolica della società stessa, la cui forza deriva dalla capacità di imprimere un timore reverenziale e vincolante per i singoli, che salvaguardi l’agire sociale collettivo. Se esiste una morale cioè un sistema di doveri ed obbligazioni, la società deve costituire una persona qualitativamente distinta dalle persone individuali che essa comprende, e dalla cui sintesi risulta”¹⁴⁶ (Dio nel caso della religione, lo Stato nel caso dell’organizzazione laica della società).¹⁴⁷ L’elemento interessante dei simboli religiosi è che rivestono un valore simile per tutti gli appartenenti ad un gruppo e dunque consentono una forma di intersoggettività in questo caso basata sul rito. E’ proprio questo ultimo ad esprimere il consenso della collettività. Esso è di natura pre-linguistica ma è mediato simbolicamente, ed è alla base della religione stessa. La religione che è già espressa sul piano linguistico è essa stessa il frutto di una prassi rituale che viene man

¹⁴⁵ J.Habermas, cit. p. 612.

¹⁴⁶ É.Durkheim, M. Rosati tradotto da C. Cividali, *Le forme elementari della vita religiosa: il sistema totemico in Australia*, Roma, 2005.

¹⁴⁷ E.Durkheim spiegherà poi che è nelle cose che si riversano i segni del sacro, poiché è solo nella trasposizione sulle cose, figure, oggetti materiali, movimenti, suoni, parole, che si possono formare le rappresentazioni collettive. “Infatti solo quando esprimono i loro sentimenti, li traducono tramite segni e simbolizzano esternamente, le coscienze individuali possono avere il sentimento di comunicare ed essere in sintonia. Le cose che giocano questo ruolo...vengono rispettate, temute e ricercate come forze di aiuto”, ivi cit. pag.11.

mano interpretata, passando da espressioni della mentalità di un gruppo all'espressione della coscienza collettiva.¹⁴⁸ Il sacro, poiché celebrato dal rituale, va, ad intervalli regolari, rinsaldato e rafforzato. Le società sentono il bisogno di rinvigorire con una certa frequenza “i sentimenti e le idee collettive che costituiscono la sua unità e la sua personalità”¹⁴⁹. Tale rinnovamento avviene attraverso le forme di aggregazione di varia natura di individui che, uniti fra loro, rafforzano i loro sentimenti e la loro appartenenza. In queste cerimonie viene riconfermato e rinnovato un consenso sostanziale ai contenuti propri dell'organizzazione del gruppo sociale, esse diventano il momento “in cui il collettivo riceve <<la propria unità e personalità>>”. La comprensione delle norme di fondo è la base di aggregazione ed identità del gruppo, il consenso riuscito a tali norme rappresenta l'elemento di garanzia della sussistenza del gruppo ed il contenuto essenziale delle norme. L'identità degli appartenenti al gruppo si costituisce contemporaneamente all'identità del gruppo in base ad un consenso effettivo alle norme di fondo del gruppo stesso¹⁵⁰. Habermas, nell'ampio raffronto critico che compie tra E. Durkheim e G.H.Mead, chiarisce quanto entrambi abbiano contribuito a definire il senso della costruzione identitaria del Sé e dei gruppi sociali: “nella filogenesi-secondo l'analisi di Durkheim- il sorgere delle istituzioni e la formazione delle identità costituiscono i corrispettivi della costruzione del mondo sociale”

¹⁴⁸ Scrive Durkheim “Le rappresentazioni religiose costituiscono rappresentazioni collettive che esprimono realtà collettive; i riti costituiscono modi di agire che sorgono in mezzo a gruppi costituiti e sono destinati a mantenere o a riprodurre certi stati mentali di questi gruppi”, *ivi.*, cit. pag.11.

¹⁴⁹ J.Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, II. Critica della ragione funzionalistica, Bologna, 1984 p.617.

¹⁵⁰ In questa forma di organizzazione sociale primigenia l'identità del singolo è lo specchio dell'identità del gruppo “L'identità della persona è anzitutto soltanto l'immagine speculare dell'identità collettiva; quest'ultima garantisce la solidarietà sociale una forma per così dire <<meccanica>>”, J.Habermas, *cit.* p.618.

rispetto all'evoluzione dell'identità soggettiva "analizzata da Mead in chiave ontogenetica". Per entrambi comunque il *linguaggio* assume una *funzione di mediazione*. L'agire retto da norme presuppone l'utilizzo del <<parlare grammaticale>> in quanto strumento di comunicazione. Il rapporto tra coscienza collettiva e imputabilità del singolo non si comprende se non attraverso la comprensione del funzionamento dell'Intendersi linguistico. In definitiva pur essendoci forme pre-linguistiche essenziali per la formazione di un gruppo sociale, se esse non si diramano, si diversificano, si trasmettono sotto forma di valori espressi alle istituzioni ed ai singoli, proprio attraverso il linguaggio, non vi può essere lo strutturarsi del legame di solidarietà sociale che rende un gruppo capace di vivere insieme.¹⁵¹ Le forme comunicative mediate dal linguaggio costituiscono la base delle principali *istituzioni* tra cui anche il *diritto*. E. Durkheim affronta l'evoluzione sociale del diritto in una sua monumentale opera "La divisione sociale del Lavoro".¹⁵² Secondo E. Durkheim il diritto arcaico è essenzialmente diritto penale, mentre il diritto civile è il diritto moderno e nasce con l'istituzione della proprietà privata e del contratto come forme centrali. Il diritto penale è essenzialmente alla sua origine l'espressione simbolica di una reazione alla violazione dei tabù e non si pone il problema del fondamento della sua validità. Il crimine originario è rappresentato dal sacrilegio. La pena (rituale) in questo caso restituisce l'ordine al perturbato ed è percepita come espiazione (la repressione del delitto viene intesa non come una vendetta personale ma come un

¹⁵¹ "Ciò che sconcerta di questa radice pre-linguistica (il sacro cioè) è che essa è per conto suo di natura simbolica" sostiene Habermas. Inoltre essa si carnifica in oggetti materiali palpabili, mentre "la coscienza normativa non ha un referente extra-linguistico altrettanto ovvio". J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, II. *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 1984 cit. pag. 629.

¹⁵² Cfr. Emile Durkheim, "La divisione del lavoro sociale", Milano, 1999.

“vendicare” qualcosa di sacro). Nel diritto civile il risarcimento subentra all’espiazione. Tuttavia l’autorità del sacro deve essere rimpiazzata. Il contratto fra persone autonome, utile per definire una forma giuridica che regoli le relazioni, è lo strumento del diritto privato borghese. Tuttavia al contratto si deve presupporre un comune terreno sociale in cui si possa stipulare un contratto ed allora la domanda è. Su cosa si fonda tale terreno? Come si stabilisce la forza di un diritto moderno a cui è venuta meno l’“aurea” sacra? “Da Hobbes fino a Max Weber è stato dato a questo interrogativo la risposta standard che il diritto moderno è appunto diritto coattivo¹⁵³” dice Habermas. Il diritto diventa progressivamente esterno mentre la morale si interiorizza. Esso acquista validità in quanto <<autorizzato statualmente e fondato sull’apparato statale di sanzione>>. La legalità consiste nel fatto che possono essere avanzate pretese di diritto, mentre la coercibilità garantisce l’ottemperanza. E. Durkheim a sua volta sostiene la necessità di un contratto giusto. La forza del sacro deve essere sostituita con un consenso morale <<che esprime in forma razionale ciò che da sempre era inteso nel simbolismo del sacro: la generalità dell’interesse che ne sta alla base>>. Tale interesse generale non è la somma dei singoli interessi ma trae la sua forza morale da un carattere impersonale ed imparziale. “Nelle società differenziate la coscienza collettiva è incarnata nello Stato.. [...] lo Stato è un organo speciale, incaricato di elaborare certe rappresentazioni che valgono per la collettività¹⁵⁴” possiede dunque un maggior grado di coscienza e di riflessione. L’evoluzione degli Stati moderni consiste nel passare da una legittimazione sacra ad una legittimazione basata sulla volontà comune “formata in modo comunicativo

¹⁵³ J.Habermas, cit.p.652.

¹⁵⁴Ivi, p.654.

e chiarita in modo discorsivo nella sfera pubblica politica¹⁵⁵”. Uno Stato è tanto più democratico quanto più si fonda su un’aumentata coscienza collettiva dei suoi fondamenti e di se stesso e dunque un popolo è realmente democratico se è molto sviluppato il suo senso critico e la sua capacità di incidere criticamente sullo svolgimento degli affari pubblici¹⁵⁶. E. Durkheim ravvisa nel fondamento morale di uno Stato democratico la capacità discorsiva dei suoi cittadini: devono esistere comunicazioni costanti con lo Stato per cui esso non costituisce una forza esterna che imprime decisioni ma la sua vita si collega alla vita dei cittadini e viceversa. “L’unità del collettivo si può stabilire e mantenere come unità di una comunità di comunicazione¹⁵⁷”. Il passaggio alla forma del contratto esprime una sorta di “fluidificazione linguistica” del precedente consenso religioso¹⁵⁸. E. Durkheim¹⁵⁹ spiega il mutamento del diritto in relazione al passaggio da una società fondata su una solidarietà meccanica, in cui l’individuale si riversa nel collettivo, ad una in cui accade una differenziazione delle strutture sociali, in cui le singole personalità si liberano dal collettivo e si allontanano dal senso religioso attraverso cui prima si fondevano gli uni con gli altri. Nel passaggio ad una società improntata sulla solidarietà organica “la razionalizzazione delle immagini del mondo procede di pari passo con una generalizzazione delle norme morali e giuridiche e con la progressiva individuazione dei singoli”¹⁶⁰. Una volta che la tradizione è svincolata dal credo religioso deve essere costantemente

¹⁵⁵ J.Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Bari, 2006. p.521

¹⁵⁶ E. Durkheim, *Rappresentazioni individuali e rappresentazioni collettive*, Bologna, 1978.

¹⁵⁷ J.Habermas, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, cit. p.12

¹⁵⁸ Nelle società arcaiche le parole hanno un valore quasi materiale a cui si può fornire una virtù religiosa. Se esse vengono pronunciate con determinate formule hanno automaticamente la capacità di vincolare il consenso e determinare l’obbedienza a coloro che le pronunciano.

¹⁵⁹ Cfr. E. Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, Roma, 2005.

¹⁶⁰ J.Habermas, cit. pag.656.

sottoposta ad una critica permanente ed orientata al futuro. Il processo di riflessione porta ad una generalizzazione di valori a cui consegue un “*universalizzazione del diritto e della morale*”. Le norme prima applicate in sede locale si estendono e si diversificano, riducendo il loro aspetto formale ed aprendosi alle interpretazioni ed alla loro giustificazione razionale. La formazione dell’identità avviene quindi su due piani: da un lato il dialogo ininterrotto tra me e gli altri; dall’altro, nell’ambito della sfera pubblica, è la politica del riconoscimento che afferma l’uguaglianza e diritti delle persone. Il processo di soggettivizzazione della persona conduce alla valorizzazione, quasi intermini culturali, della persona singola. La libertà personale coincide quasi con il libero arbitrio, E. Durkheim tuttavia sottolinea che questo arbitrio non consiste nella possibilità di poter scegliere in un sistema ampio di alternative, ma in un “rapporto riflesso”. In definitiva la crescita della società e dei singoli non è più garantita da valori preliminari ma da una sorta di *solidarietà organica* che consegue da un agire cooperativo dei singoli individui attraverso sforzi individuali. Quale meccanismo produca tuttavia questo agire cooperativo E. Durkheim non lo spiega fino in fondo, pur alludendo ad una “*tendenza verso il razionale*”. La nuova forma di solidarietà tra gli individui che si fonda non più sulla credenza ma sulla cooperazione mette in primo piano l’agire del singolo individuo. L’agire secondo ragione, tipico delle società organiche, prevede l’utilizzo di un *medium* appropriato quale il linguaggio. In questo processo si attua una sorta di razionalizzazione del mondo vitale, governato ed interpretato attraverso il linguaggio. La riproduzione simbolica del mondo vitale è collegato all’agire comunicativo. Se il gruppo è governato dall’Istituzione religiosa in quanto istituzione totale, le immagine che essa

produce impregnano di sé tutto l'agire del gruppo, costituendo l'aggregante normativo e valoriale del gruppo stesso. Se progressivamente è l'interazione tra soggetti che caratterizza l'identità del gruppo allora notiamo che il linguaggio si diversifica e riempie di sé l'interazione sociale, attraverso cui si formano le singole individualità (e non come riflesso o riproduzione dell'identità del gruppo nel singolo individuo). Nel processo di secolarizzazione si libera un potenziale d'azione razionale del singolo che è volto all'intendersi. La frase oltre che composta di strutture grammaticali e preposizionali risulta qualitativamente caratterizzate da funzioni allocutive, per cui il *sapere di sfondo* entra nelle definizioni situazionali di attori che agiscono in vista di un fine e che regolano consensualmente la loro collaborazione: e l'immagine del mondo accumula gli esiti di tali *prestazioni interpretative*. Il saper culturale diventa l'insieme dei contenuti logico cognitivi, dei contenuti pratico-morali ed espressivi fondendosi attraverso il medium del linguaggio. La validità viene stabilita non più attraverso un consenso dovuto bensì attraverso un processo di convincimento ottenuto mediante la comunicazione. “Allora l'integrazione sociale non si compirà più direttamente attraverso i valori istituzionalizzati (ex. Religione), bensì attraverso il riconoscimento intersoggettivo delle pretese di validità avanzate con le azioni linguistiche”¹⁶¹. Uno degli aspetti interessanti di questa rivoluzione consiste nella capacità di linguaggio, nel suo processo evolutivo, di acquisire un'autonomia sostanziale indipendente dai contesti normativi esistenti. Per affermare la validità oramai ogni contesto rinvia alle ragioni che lo sostengono.

¹⁶¹ Ivi, p. 665.

Il sapere culturale, poiché entra nelle diverse interpretazioni del mondo da parte dei partecipanti, diventa molto importante nel coordinamento delle azioni. Nel momento in cui gli agenti comunicativi assumono loro stessi l'applicazione delle norme queste si diversificano e diventano più astratte. Se le norme di azione diventano il prodotto delle azioni comunicative ciò implica che i partecipanti giungano attraverso il linguaggio ad avere definizioni comuni delle situazioni e "che facciano contemporaneamente riferimento agli aspetti oggettivi, normativi e soggettivi delle situazioni di azioni".¹⁶² I partecipanti alle interazioni devono applicare le norme al contesto specifico e dunque operare un'interpretazione delle norme stesse. Le applicazioni delle norme diventano indipendenti dalle norme stesse. Ciò consente alle norme di specificarsi e ramificarsi. Il processo di universalizzazione del diritto implica che le norme applicate producano interpretazioni specifiche che devono essere giustificate attraverso una formazione linguistica del consenso. E' necessario che il diritto universale abbia un procedimento formale che ne garantisca una validità universale al pari della morale. Nella formazione dell'individualità vi è un doppio processo: *Ego* in quanto parlante esprime delle opinioni in base ad esperienze vissute; contemporaneamente egli agisce in quanto membro di un gruppo sociale formato da altri individui con egli stabilisce delle interazioni. "Chi nel ruolo comunicativo della prima persona prende parte alle interazioni sociali deve comparire come attore che delimita, rispetto ai fatti ed alle norme, un mondo interno a lui accessibile in modo privilegiato e al tempo stesso, nei confronti di altri partecipanti, prende delle iniziative che gli sono imputate come azioni proprie <<di cui deve rispondere>>".¹⁶³

¹⁶² Ivi, p. 666.

¹⁶³ Ivi, p. 667.

“Durkheim in ultima analisi affronta i problemi dei processi dell’integrazione sociale: analizzando il passaggio dalle comunità fondate sul sacro alla società moderna egli mette in evidenza il passaggio da un agire orientato all’intesa dettato da strutture antropologiche profonde ad un agire mediato dal linguaggio e regolato da norme. Da una comunità di fede si passa ad una comunità in cui è necessario fondare vincoli di cooperazione. E’ però Mead, attraverso il suo approccio improntato agli aspetti psicologici dell’interazione sociale, ad indicare nel processo di razionalizzazione (che trasforma i fenomeni dell’integrazione sociale) la fluidificazione comunicativa delle istituzioni consolidate dalle tradizioni e fondate sull’autorità del sacro. E’ l’agire comunicativo secondo Mead ad indirizzare verso una <<società razionale>>.

2.3.2 *Quali sono i motivi culturali che giustificano l'utilizzo del linguaggio come fondamento dei processi di interazione sociale?*

Il linguaggio è, abbiamo visto, un medium di comunicazione che consente l’interazione mediata simbolicamente mentre l’agire dei ruoli sociali consente la normazione delle aspettative comportamentali. Nel primo stadio i gesti si trasformano in simboli utilizzati poi nella comunicazione; nel secondo stadio, in cui si passa “ad un agire retto da norme”, avviene la trasformazione, su base simbolica, del controllo del comportamento, ovvero schemi di comportamento e disposizioni comportamentali vengono strutturati sul piano simbolico. G.H. Mead situa la strutturazione del sé in una posizione mai antecedente all’organizzazione sociale. A tal proposito ci sembra interessante riportare alla luce il confronto che avviene tra C.

Taylor e J. Habermas¹⁶⁴. La società moderna imposta le relazioni interne sui concetti di *identità e riconoscimento*. A partire dal Settecento in poi si può parlare di identità individualizzata: io sono un individuo perché sto all'interno di un ordine sociale e perché di giorno in giorno scopro me stesso. L'identità è anche in relazione con l'idea di fedeltà a se stessi, di autenticità. Taylor sostiene che tale concetto nasce in rapporto all'idea che gli esseri umani siano dotati di una sorta di voce interiore in base alla quale riescono ad intuire cosa sia giusto e cosa ingiusto, e che questa sensazione non sia solo legata ad un mero calcolo delle conseguenze. “La nozione di autenticità nasce da uno spostamento dell'accento morale entro questa idea di voce interiore¹⁶⁵”. La voce interiore è connessa con i sentimenti: lo spostamento dell'accento morale ha luogo quando il contatto con i propri sentimenti assume un significato indipendente e cruciale, fino a diventare un qualcosa che dobbiamo realizzare se vogliamo diventare umani veri e completi. Le dimensioni dell'*interiorità* e dell'*autocoscienza*, a partire da S. Agostino, diventano progressivamente l'elemento caratterizzante l'individuo moderno (il soggetto). J. J. Rousseau parla di una *voce naturale* che attraversa l'uomo, spesso sommersa da 'passioni indotte -ad esempio l'orgoglio- e dalla nostra dipendenza dagli altri'. Herder invece sostiene che ogni persona ha una sua “misura”, definizione di grande importanza poiché mette bene a fuoco la specificità di ogni persona nelle scelte e nel modo di sentire, che rende ogni persona differente da un'altra: << se non sono fedele a me stesso la mia stessa vita perde di significato >>. Da queste riflessioni dei filosofi dell'ottocento arriviamo all'idea attuale di uomo la cui coscienza interiore è quanto mai coperta dalle influenze esterne

¹⁶⁴ Cfr., J. Habermas-C. Taylor, *Multiculturalismo Lotte per il riconoscimento*, Milano, 1998.

¹⁶⁵ Ivi, pagg. 13-15

secondo C. Taylor, e tende a conformarsi a tali influenze con il rischio costante di smarrirsi. Anche l'assunzione di un atteggiamento strumentale verso me stesso mi può allontanare dal senso intimo di me, mi può far perdere "quella originalità" che rende unica la voce con cui io posso parlare. A differenza dunque della società precedente in cui l'identità era stabilita in ampia misura dalla posizione sociale, la società moderna vuole che ogni persona interiormente sviluppi una propria identità. Tuttavia, sostiene C. Taylor, lo sviluppo identitario non ha carattere *monologico* bensì *dialogico*. <<Noi diventiamo degli agenti umani pienamente sviluppati, capaci di comprendere noi stessi e quindi di definire la nostra identità attraverso l'acquisizione di un ricco linguaggio espressivo umano>>. Il linguaggio viene appreso attraverso lo scambio con altre persone: l'introduzione ai linguaggi avviene attraverso l'interazione con persone significative (G.H. Mead). "La genesi della mente umana non è monologica, non è qualcosa che ciascuno realizza per conto suo, ma è dialogica"¹⁶⁶. Il dialogare, l'imparare un linguaggio non riguarda solo la genesi della nostra conoscenza, ma diventa la base essenziale per definire la nostra identità, nonostante processi interiori come il pensare ed il riflettere possano essere anche solo interni all'individuo solo. <<Noi definiamo sempre la nostra identità dialogando, e qualche volta lottando, con le cose che gli altri significativi vogliono vedere in noi>>. Si instaura una sorta di con-crescita di definizioni di noi che vengono dall'esterno e dal nostro interno, che trovano soluzioni di vario genere nella definizione di noi stessi. Il fatto che sia io a scoprire la mia identità non vuole dire che sia stato io da solo a costruirla: "significa che la negozio attraverso un dialogo, in parte esterno in

¹⁶⁶ Ivi, p. 17.

parte interno, con altre persone ..[...]...La mia identità dipende in modo cruciale dalle mie relazioni dialogiche con gli altri”¹⁶⁷, da quanto e di come gli altri mi riconoscono nelle relazioni. La nostra identità si può dunque formare e deformare nei contatti con “altri significativi”, le relazioni ‘sono viste come i luoghi decisivi della scoperta e dell’affermazione di sé’. Sul piano sociale l’uguale riconoscimento per tutti diventa il principio di affermazione della democrazia. Sul piano personale la conferma o la disconferma della propria identità e dell’uguaglianza del proprio valore rispetto ad un altro, attraverso meccanismi di proiezione di un’immagine inferiore di A verso B, diventano determinanti per il senso di chi sia o valga la persona stessa. Il linguaggio risulta pertanto essenziale nel processo di costruzione sociale e nella definizione della qualità e modalità di comunicazione ed inter-relazione che si definiscono tra gli individui.

2.3.3 *Il linguaggio come medium regolativo di società improntare all’agire comunicativo: tensione tra fattualità e validità*

Abbiamo visto che la trasformazione del diritto nel corso del tempo attraversa i passaggi di cambiamento strutturale dell’organizzazione sociale: da una società orale ad una società caratterizzata dalla mediazione della stampa ad una società organizzata attraverso i neo media elettrici (elettronici). Nell’epoca moderna (dal XVIII al XX secolo), con l’affermazione della soggettività la *ragione pratica* smette di incardinarsi nei valori culturali collettivi di vita per essere riferita all’autonomia ed alla libertà del singolo individuo. Tale “soggetto privato” può diventare membro di una collettività (società borghese), cittadino dello Stato e del

¹⁶⁷ Ivi., p. 19.

mondo. Se lo Stato rappresenta la figura primaria che organizza l'agire collettivo, nella teoria dei sistemi la formula dell'autonomizzazione dei sottosistemi e dell'autopoiesi spezza il collegamento tra *ragione pratica* e Stato: lo Stato diventa uno dei sottosistemi possibili a cui l'individuo appartiene e di cui condivide un codice altamente differenziato riferito essenzialmente all'aspetto autoreferente di tale sotto sistema. Tale situazione costituisce lo sfondo su cui si stagliano le teorie nichiliste di stampo nicciano o del funzionalismo comportamentale. La ragione pratica non è più riconducibile ad un sistema di valori culturali condivisi, che rendono l'appartenenza obbligatoria e densa di significato. J. Habermas sottolinea che in questa epoca storica si assiste alla trasformazione della *ragione pratica* in *agire comunicativo*. Se prima la ragione pratica sul piano individuale ed il diritto naturale dovevano costituire lo sfondo per connotare l'ordinamento giusto sul piano politico-sociale, ora è il *medium linguistico* che costituisce il patrimonio di competenze utili per la formazione della coscienza che può organizzarsi per l'agire orientato all'intesa collettiva. "La ragione comunicativa si distingue dalla ragione pratica perché non è più riferita a singoli attori, o a macrosoggetti di natura statale e sociale. E' piuttosto il *medium linguistico*, attraverso cui si intrecciano interazioni e si strutturano forme di vita, a rendere possibile la ragione comunicativa."¹⁶⁸ La ragione comunicativa si caratterizza per alcuni aspetti peculiari: presuppone che gli interessati perseguano senza remore la proposizione di ciò che ritengono valido; subordinino il loro intendersi al riconoscimento intersoggettivo di "pretese di validità criticabili"; siano disposti a sottomettersi ad obbligazioni scaturite dal consenso da cui poi

¹⁶⁸ J.Habermas, *Fatti e Norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1997 cit. pag. 11.

consegue un ulteriore sviluppo delle interazioni sociali. La razionalità comunicativa non produce dunque direttamente norme su ciò che gli interessati devono fare, non è immediatamente azione né informazione. Costituisce l'incontro tra una dimensione ideale che si confronta nel processo linguistico con altre dimensioni ideali concretizzandosi in orientamenti per la costruzione della realtà sostenute dalle pretese di validità criticabili che ogni partecipante all'interazione porta con sé. La ragione comunicativa porta dentro di sé un numero infinito di pretese di validità e di cognizioni che diventano enunciati criticabili attraverso una prassi argomentativa¹⁶⁹. Posto che la parola esce dalla proiezione della coscienza individuale o dal rituale delle forme verbali collettive, potremo affermare che essa acquisisce una razionalità comunicativa nel senso che è in grado, attraverso il processo argomentativo, di localizzarsi ed estendersi nello spazio e nel tempo divenendo "discorso universale" accessibile e portato avanti "da un'illimitata comunità dell'interpretazione"¹⁷⁰. Ciò determina uno spostamento della tensione fattualità\validità all'interno dell'agire comunicativo: i presupposti della comunicazione hanno un contenuto *ideale* che deve *di fatto* essere accertato da tutti gli interessati perché sia considerato valido, attraverso le regole dell'argomentazione, che possono affermare o negare in generale la verità di un enunciato. J. Habermas sottolinea il suo interesse ad esaminare *l'agire orientato all'intesa* (e non al *successo*). Ciò presuppone che i parlanti siano

¹⁶⁹ J.Habermas, *ivi*, cit. pag. 13: "Essa non ci conduce più immediatamente ad un teoria normativa del diritto. Piuttosto ci fornisce il filo conduttore per ricostruire quell'intreccio di discorsi –formativi dell'opinione e preliminari delle decisioni–da cui nasce il potere democratico quando è esercitato in maniera giuridica. Nella prospettiva dello Stato di diritto, le forme comunicative della formazione politica della volontà, della legislazione e della prassi decisionale rientrano in un più complessivo processo di razionalizzazione dei mondi di vita sotto la spinta degli imperativi sistemici.

¹⁷⁰ Habermas J, *cit.* pag.24.

interessati a trovare un coordinamento delle azioni reciproche che li porti ad un'evoluzione sociale. "Bisogna che le azioni di una parte si colleghino senza strappi alle azioni dell'altra. Stabilizzandosi, questo collegamento riduce progressivamente il ventaglio di decisioni che si scontro in regime di doppia contingenza".¹⁷¹ L'obiettivo è appunto che le intenzioni e le azioni si intreccino, seppure in maniera conflittuale, dando origine "ai modelli di comportamento e all'ordine sociale". Un utilizzo del linguaggio solo in termini contenutistici o di ridondanza verbale darebbe origine a comportamenti di natura strumentale: il coordinamento delle azioni sarebbe basato sull'influenza reciproca di attori la cui attività non è finalizzata all'intesa. E' necessario che il linguaggio sia pieno di forze allocutive degli attori per assumere una funzione di coordinamento tra le azione e di integrazione sociale. Nel ruolo di parlanti gli attori cercano di fornire interpretazioni convincenti rispetto alle loro idee avendo ben chiaro che l'obiettivo finale è quello del coordinamento delle azioni e del trovare un accordo con la seconda persona parlante. Il parlante offre nell' <<agire comunicativo>> la possibilità di un *riscatto discorsivo* rispetto a quanto enunciato e/o sostenuto, adducendo le "giuste" ragioni a suo modo di vedere.¹⁷² E' importante sottolineare che nell'agire comunicativo si riscontra un livello di idealità che è racchiusa nell'universalità del linguaggio. I parlanti non possono mettersi d'accordo se non "presupponendo in base ad un linguaggio comune (o traducibile) di

¹⁷¹ Ivi., p. 26.

¹⁷² Gli atti linguistici rimandano comunque ad insieme potenziale di ragioni trascendenti, nel senso che esse sono contenute nei processi di idealizzazione dei parlanti. Non per questo esse non devono essere sottoposte ad un processo di veridificazione attraverso il confronto con l'intera comunità interpretativa.

attribuire significati identici alle locuzioni impiegate¹⁷³”. La tensione tra fattualità e validità è evidente, ed altrettanto evidente è la difficoltà, nei processi formativi dell’ordine sociale, dello snocciolarsi dell’agire comunicativo, con <<rischi di dissenso>> sempre presenti ed intrinseci nei meccanismi dell’intesa. <<Il mondo di vita funge simultaneamente da orizzonte delle situazioni linguistiche e da fonte delle interpretazioni, mentre, d’altro canto, esso si riproduce soltanto attraverso incessanti azioni comunicative>>. Il mondo di vita costituisce lo sfondo che abbraccia l’agire comunicativo. Tale <<sfondo>> è carente tuttavia di *sapere e potere*. Il sapere del mondo di vita è spesso da noi utilizzato senza che ci interroghiamo ulteriormente se esso è vero o falso. Gli manca di fatto la possibilità di diventare problematico. Esso si disgrega nel momento in cui cade nel vortice delle possibile problematizzazioni. Ciò che dà un senso di reale concretezza al sapere è il principio in base al quale vi è un azzeramento della tensione fattualità-validità. Tale tensione, se risolta, ha la facoltà di stabilizzare le aspettative comportamentali.

2.3.4 *L’etica del discorso*

Secondo J. Habermas è necessario porre l’attenzione all’evoluzione culturale: nella società moderna, mentre la scienza e la morale seguono la strada di un’oggettività “e di un’imparzialità garantite da una discussione illimitata”, l’arte è caratterizzata dal soggettivismo e dal rapporto con se stessi. La morale che diventa “*etica del discorso*”, articolata secondo l’agire comunicativo, può sostituire l’autorità del sacro. La morale ha uno

¹⁷³ Ivi, p.28. E’ tuttavia irrealistico pensare che ad ogni locuzione linguistica sia automaticamente attribuito un significato identico. Ne sono un esempio concreto i fraintendimenti.

status multiplo: ci sono concezioni morali, componenti della tradizioni culturale; regole morali, componenti del sistema normativo; coscienza morale, componente della personalità. Tuttavia la morale non appartiene integralmente alle scienze oggettive né tantomeno alle componenti soggettive. *Essa si articola nel processo discorsivo ma conserva una forza originaria in relazione alle potenze sacre originarie.* “A mano a mano che il linguaggio si afferma come principio di socializzazione” gli assetti della società vengono caratterizzati dall’intersoggettività mediata dal linguaggio. L’autorità del sacro “viene trasferita nella forza vincolante delle pretese di validità normativa che possono essere soddisfatte solo in modo discorsivo”¹⁷⁴. Il problema relativo alla norma non riguarda più se essa è giusta o ingiusta, quanto piuttosto se essa può essere accettata da tutti attraverso la sua forza vincolante. Il singolo dotato di giudizio morale può solo nel dibattito con gli altri mostrare se una norma può essere o meno valida nell’interesse generale. J. Habermas sottolinea come ogni uomo, nonostante possa decidere di vivere da solo, non può in realtà non vivere con gli altri. Può racchiudersi nelle proprie idee, può essere il revisore dei propri bisogni, ma le sue interpretazioni agiscono in un mondo vitale formato da gruppi sociali a cui lui stesso appartiene. Chiari devono essere per il singolo il legame con la propria tradizione ed i suoi valori affinché egli stesso sia chiaro nei processi comunicativi. Accanto al linguaggio tuttavia emergono come regolatori dell’azione e dello sviluppo sociale anche altri media. La condizione per la formazione dei media risulta dal processo di differenziazione sociale e “delle fonti di influenza”(esempio potere e denaro si formano da vincoli motivati empiricamente). La

¹⁷⁴ J.Habermas, cit. p. 671.

crescente pressione di razionalità aumenta l'esigenza di interpretazione ed i dissensi amplificando l'esigenza del linguaggio. La nascita dei media di regolazione e controllo è anche funzionale a disinnescare gli eventuali dissensi: essi allontanano l'esigenza di un continuo utilizzo del linguaggio nelle interazioni del mondo vitale. Media quali *potere e denaro* introducono delle forme di codificazione tali che consentono un'influenza strategica generalizzata sulle decisioni di altri partecipanti all'interazione, evitando processi di formazione del consenso tramite il linguaggio¹⁷⁵. Ciò produce una svalutazione del mondo vitale nei processi di interazione che vengono mediate per lo più simbolicamente attraverso generalizzazioni (danni\risarcimenti\valore,ect.). Sembra che non vi sia più bisogno del mondo vitale per il coordinamento delle azioni. Vi è una sorta di *tecnicizzazione del mondo vitale* che fa diminuire i rischi ed i dispendio di comunicazione del mondo vitale ma che altresì prevede dei condizionamenti impliciti nei processi di interazione. J. Habermas ribadisce che laddove è in gioco l'autorità morale è necessario che i media di regolazione per il coordinamento delle azioni facciano riferimento alle risorse della formazione linguistica del consenso. *A differenza di media quali il denaro ed il potere il linguaggio esige la responsabilità di coloro che lo utilizzano. Esso presuppone un consenso comunicativo che, a differenza dei due media precedentemente individuati, viene agito attraverso un orientare al proprio agire secondo pretese di validità criticabili.*¹⁷⁶ In tale riflessione si apre uno spaccato critico su come il

¹⁷⁵ Cfr. J.Habermas, *Etica del discorso*,Bari, 2004 e *Il discorso filosofico della modernità*, Bari,2003.

¹⁷⁶ J.Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II. *Critica della ragione funzionalistica*,Bologna, 1984,cit.pag.1022 e sgg.
Habermas, chiarisce che la <<colonizzazione del mondo vitale>> deve e si può verificare

medium diritto, frutto dell'articolazione del linguaggio indirizzato all'agire comunicativo, diventi un *medium regolativo* delle organizzazioni sociali. Esso deriva da un processo di giuridificazione, prodotto da una determinata organizzazione socio culturale, e può essere collocato in relazione con ambiti di vita 'che dipendono in modo funzionalmente necessario da un'integrazione sociale attraverso valori, norme e processi d'intesa' che non possono cadere in balia degli imperativi sistemici dei sottosistemi dell'economia ed amministrazione che crescono sviluppando una dinamica autonoma.

2.3.5 *Le norme giuridiche e la loro legittimazione*

Una acuta riflessione di J. Habermas si svolge attorno alla necessità di chiarire la suddivisione tra *norme giuridiche e la loro legittimazione*. Tale

soltanto:

- quando le forme di vita tradizionali sono smantellate a tal punto che le componenti strutturali del mondo vitale (cultura, società e personalità) si sono ampiamente differenziate;
- quando le relazioni di scambio fra sottosistemi e mondo vitale sono regolate attraverso ruoli differenziati;
- quando le astrazioni reali, attraverso le quali diventa disponibile la forza-lavoro degli occupati e diventa mobilizzabile il voto dei cittadini elettori, sono accettate dagli interessati in cambio di risarcimenti compatibili con il sistema;
- dove questi indennizzi, secondo il modello dello Stato Sociale, sono finalizzati da incrementi della crescita capitalistica e sono canalizzati in quei ruoli in cui sono collocate le speranze privatizzate all'autorealizzazione ed all'autodeterminazione provenienti dal mondo del lavoro e dalla sfera pubblica.

Caratterizzazione del mondo vitale post moderno: esso si configura come il frutto di un processo del sapere globale condiviso intersoggettivamente dai partecipanti.

Se il sapere globale resta disarticolato non si arriva alla formulazione di idee del mondo se non nei termini della *frammentazione* e di una *coscienza quotidiana* privata del suo *potere sintetizzante*.

Tale frammentazione corre il rischio costante di reificazione che sostituisce il meccanismo di rischiaramento: si verifica una colonizzazione del mondo vitale da parte di forze imperative provenienti dai sistemi autonomizzati (esempio denaro e potere) che "non appena spogliati del loro velo ideologico, penetrano dall'esterno nel mondo vitale- come colonialisti in una società primitiva ed impongono l'assimilazione". Il processo di reificazione è spiegabile con il fatto che in una società capitalista i sottosistemi economia e Stato (denaro e burocrazia) intervengono nella riproduzione simbolica del mondo vitale.

giustificazione può avvenire mediante procedimenti (sulla base del positivismo) o sulla base di giustificazioni di tipo materiale. Il positivismo tuttavia, sostiene J. Habermas, accetta la legittimazione per procedimento (ad un procedimento giusto e corretto sul piano razionale e formale corrisponde una giusta norma), senza valutare che tale legittimazione deve rinviare ai poteri dello Stato per essere davvero legittima. J. Habermas richiama la necessità che la giustificazione del diritto derivi direttamente dai *mondi vitali*. Il diritto diventa *medium referente di se stesso* solo in sottosistemi regolati dai *media* che si sono autonomizzati rispetto ai contesti normativi dell'agire legato all'intesa.¹⁷⁷ Tuttavia il diritto non ha solo la funzione-guida in alcuni sottosistemi della complessità sociale, esso va anche inteso quale Istituzione. “Per istituzioni giuridiche Habermas intende quelle norme giuridiche che non possono in alcun modo aver un deficit di legittimazione attraverso il richiamo positivista ai procedimenti. Alla *sfera istituzionale del diritto* appartengono i fondamenti del diritto costituzionale, i principi del diritto penale e della procedura...Non è possibile legittimare queste norme con il semplice rinvio alla loro legalità in quanto la loro validità necessita di una giustificazione materiale in rapporto alla loro appartenenza alla sfera degli *ordinamenti legittimi del mondo vitale* e alle norme informali d'azione che costituiscono lo sfondo dell'agire comunicativo”¹⁷⁸. Il diritto è quindi al contempo un medium con funzioni regolative, indipendente dalla problematica della fondazione, e legittimato da un procedimento formalmente corretto; ma è anche, in quanto istituzione giuridica, *moralizzato* in relazione ad un motivo preciso. La funzione di mediazione del diritto ha dunque a che fare con il mondo

¹⁷⁷ S. Costantino, *Sfere di legittimità e processi di legittimazione*, cit. pag. 176

¹⁷⁸ Ivi, p. 176

vitale, oltre che con le corrette procedure formali; il diritto fa parte integrante dei processi di intesa sociale, esso ne riflette le dinamiche ed interviene per trovare sintesi adeguate che consentano ai cittadini di vivere in piena libertà e con garanzie individuali e collettive, “..i processi del diritto sociale determinano effetti di reificazione dal momento che le istituzioni giuridiche, che garantiscono il risarcimento sociale, devono avvalersi di un *diritto utilizzato come medium*”.¹⁷⁹ E’ necessario che senza la copertura di una concezione teleologica o di una filosofia dialettica della storia, la democrazia si ancori istituzionalmente ad un “*mondo di vita*” che di per sé appare estremamente fluido e complesso. Il processo di *giuridificazione* coinvolge il potere politico che dà obbligatorietà effettiva alla produzione e all’imposizione giuridica, un potere che in realtà il *medium giuridico* presuppone. J. Habermas nel problematizzare la funzione del diritto ed i processi di mediazione non svolge argomentazioni a favore di un semplice movimento di degiuridificazione, sostiene G. Teubner, bensì esprime la sua tensione verso una chiarificazione del valore del diritto “per il suo potenziale emancipatorio come meccanismo di universalizzazione¹⁸⁰”. Vi è in Habermas la necessità che la comunicazione diventi l’agente attraverso cui le persone arrivano a visioni condivise, che l’atto linguistico si traduca in operatività. Il diritto diventa dunque la concreta traduzione dell’impegno morale della coscienza privata, che proietta i singoli all’interno dei meccanismi sociali del potere amministrativo, economico e tecnologico (strumenti della trasformazione sociale). Il diritto conferisce alla democrazia politica operatività e fonte di stabilizzazione sociale. *La*

¹⁷⁹ Ivi, p.178

¹⁸⁰ G. Teubner, *Il trilemma regolativi. A proposito della Polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in “Politica e diritto”, n.1. Marzo 1987.

teoria discorsiva si presenta come istituzionalizzazione giuridica della ragione comunicativa, che viene resa procedura ed azione pragmatica nella produzione e nell'esercizio del diritto, cosicché i media di controllo, denaro e potere amministrativo, vengono istituzionalizzati attraverso i mercati e le organizzazioni burocratiche. Un processo che avviene sia nelle forme canoniche di rappresentanza sia attraverso le libere informali associazioni dei cittadini che si esprimono nelle forme comunicative di una “sfera pubblica” politica prodotta tramite massa media (formazione dell'opinione pubblica).

2.3.6 Principio di legalità e moralità del diritto come elementi bivalenti del medium giuridico

Con la complessificazione della società le forme di vita si pluralizzano e si riducono le zone di contatto delle convinzioni di fondo costituenti il mondo di vita. La differenziazione sociale moltiplica e specializza i ruoli sociali e le “situazioni d'interesse”. L'agire individuale si svincola dai legami istituzionali e spinge il singolo ad un agire orientato all'egoismo ed al successo individuale. Dal momento che le azioni sono chiaramente differenziate da un agire di tipo strategico ci si chiede quale allora possa essere la forza vincolante ai legami istituzionali. Nelle società organizzate l'infrastruttura normativa viene ristrutturata entro norme giuridiche. Secondo Habermas, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, i nessi di interazione non si lasciano stabilizzare solo attraverso un agire orientato all'intesa; è difatti necessario che per questo fine intervenga *l'agire comunicativo*. Per meglio precisare l'importanza attribuita dal filosofo tedesco alla prassi comunicativa quotidiana ricordiamo che essa è

considerata quale il terreno “di intreccio e compenetrazione di interpretazioni cognitive, aspettative morali, espressioni e valutazioni”.¹⁸¹ Tale processo comunicativo è minacciato dai processi di *reificazione indotta dai sistemi* e dall’*impoverimento culturale*.¹⁸²

Quale differenza intercorre tra attori orientati al successo ed attori orientati all’intesa? Per i primi gli elementi di una situazione “diventano valutabili alla luce delle loro individuali preferenze”¹⁸³, mentre per i secondi la “comprensione della situazione” deve essere collettivamente negoziata e loro stessi “interpretano i fatti solo alla luce delle pretese di validità intersoggettivamente riconosciute”¹⁸⁴. Tale differenziazione degli attori sociali si giustifica in relazione al fatto che nelle democrazie moderne, secondo Habermas, è in atto un processo di reificazione scaturito dalla tendenza di media quali denaro e potere a guidare economia e Stato e ad intervenire nella riproduzione simbolica del mondo vitale.¹⁸⁵ D’altra parte in uno Stato Liberale gli ordinamenti “possono fare affidamento solo sulla solidarietà dei loro cittadini”¹⁸⁶; se tale spinta alla solidarietà si inaridisce, come potrebbe accadere in una società destabilizzata, ne consegue una delegittimazione dei fondamenti dello Stato stesso. Le norme

¹⁸¹ Costantino S., cit. p. 162.

¹⁸² Notevoli sono alcune riflessioni di Habermas circa i rischi della degenerazione dei sottosistemi ai fini dell’interazione sociale: “Un momento, quello della razionalizzazione unilaterale della comunicazione quotidiana, risale all’autonomizzazione di sottosistemi regolati dai media che non soltanto si oggettivano in una realtà prova di norme al di là dell’orizzonte del mondo vitale, ma penetrano con i loro imperativi nel nucleo del mondo vitale”, L’altra problematica del venire meno dei mondi vitali consiste in una estrema specializzazione dei campi del sapere che si scindono dai nessi dell’agire quotidiano: l’invasione dei media denaro e potere del mondo vitale ne impregna i processi di coordinamento dell’azione determinando una sorta di colonizzazione del mondo vitale da parte di forme di razionalità economica e amministrativa. J. Habermas, *Teoria dell’Agire Comunicativo*, II, *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 1984 cit. pag. 1000.

¹⁸³ J. Habermas, *Fatti e Norme*, 1997 cit. pag. 37.

¹⁸⁴ J. Habermas J., *ivi*, cit. p. 37.

¹⁸⁵ S. Costantino, *ivi*, cit. p. 160.

¹⁸⁶ J. Habermas – J. Ratzinger, *Etica, Religione e Stato Liberale*, Brescia, cit., p. 22.

valide per promuovere in processo socio-integrativo dovranno da un lato imporre costrizioni tali da costringere l'attore strategico "a conformare il proprio comportamento a quanto oggettivamente richiesto"; dall'altro dovranno mostrare che la loro obbligatorietà è funzionale all'integrazione sociale, per cui le loro pretese di validità dovranno essere intersoggettivamente riconosciute.

La tensione tra fattualità e validità si può risolvere solo all'interno di un sistema di diritti che dia "forza di legge alle libertà individuali"¹⁸⁷.

Cosa garantisce validità giuridica alle leggi? Come si legano tra loro diritto e morale per far sì che l'obbedienza alle leggi diventi un'esperienza ed un'espressione di civiltà? In *Morale, Diritto, Politica* J. Habermas afferma che è la *procedura giuridicamente istituzionalizzata* a costituire la caratteristica centrale dei diritti moderni, ponendosi in maniera determinata rispetto ai contenuti del diritto stesso. La produzione di *ragioni argomentative valide* costituisce l'elemento di legittimazione del diritto. Le procedure, fondate su ragioni argomentative valide, sono la base dei discorsi giuridici, permeabili ad argomentazioni anche di natura morale. L'ipotesi di J. Habermas è che "la legittimità della legalità è dovuta all'intrecciarsi di procedimenti giuridici con un'argomentazione morale ubbidiente alla propria specifica razionalità procedurale"¹⁸⁸. La razionalità di una procedura che tenga conto delle argomentazioni morali per definire una norma sarà tanto più valida quanto più riesce ad essere adeguata al <<moral point of view>>. La legittimità d'un procedimento di produzione giuridica è razionale in quanto garantisce la libertà degli individui che sono

¹⁸⁷ J. Habermas, *Fatti e Norme*, Milano, 1997, cit. pag. 37.

¹⁸⁸ J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2001, cit. pag. 18.

in esso coinvolti. Nel discorso di Habermas¹⁸⁹ si ripropone il nesso kantiano tra coercibilità e libertà : ognuno di noi è libero ma la propria libertà deve altresì garantire la libertà degli altri ed in questo senso si giustifica l'eventuale coercizione: "L'arbitrio di ognuno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro secondo una legge universale di libertà"¹⁹⁰. Tuttavia le regole della coercizione sono percepite come un motivo occasionale per agire conformemente alle regole. Risulta infatti chiaro che l'agire normativo qualora abbia una validità morale non deve essere percepito come imposto dalla forza. *Il diritto diventa tutto ciò che è lecito in forza della correttezza delle procedure di statuizione*. Esso non si fonda su regole ed abitudini largamente condivise, bensì sulla 'attualità che è artificialmente prodotta dalla minaccia di sanzioni giuridiche definite ed azionabili in tribunale'. Né il modello contrattualistico¹⁹¹ né quello definito da Kohlberg¹⁹² ed ispirato da G.H.Mead, che teorizza "la reciprocità universale delle prospettive scambievoli", è sufficiente a definire "la natura cognitiva dei giudizi morali"¹⁹³. J. Habermas, con l'aiuto di Karl-Otto Apel, suggerisce di "identificare" nell'argomentazione morale "la procedura più adeguata ad una razionale formazione della volontà"¹⁹⁴. I due studiosi presuppongono che coloro che partecipano alla prassi argomentativa siano animati da un desiderio di ricercare in maniera cooperativa e da uomini liberi ed uguali la verità "in cui conti soltanto la costrizione dell'argomento migliore".

¹⁸⁹ Cfr. J.Habermas, *Etica del discorso*, Bari, 2004.

¹⁹⁰ Ivi, p. 39.

¹⁹¹ Cfr. J.Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008.

¹⁹² Cfr. R.Viganò, *Psicologia ed educazione in L.Kohlberg. Un'etica per la società complessa*, Vita e pensiero, 1998.

¹⁹³ J. Habermas , *Morale, Diritto, Politica*, Torino 2001, cit. pag. 32.

¹⁹⁴ Ivi, p. 32.

In questo senso la procedura giuridica e la giustificazione morale dei principi sono strettamente intrecciati e si implicano a vicenda. Solo coloro che sono coinvolti nelle procedure argomentative possono decidere se una cosa sia stata regolata o giudicata in conformità della morale, non vi sono criteri esterni o pre-giudiziali. Le norme giuridiche avvalorate da ragioni morali diventano fortemente pretendibili nel momento in cui coloro che vi obbediscono osservano che tutti si comportano alla stessa maniera. Le cognizioni morali da sole non producono osservanza di per sé, ma acquistano una pratica di obbligatorietà effettiva nel momento in cui diventano norme giuridiche pretendibili e caratterizzate da un'obbligatorietà. La legittimità delle leggi si commisura in ultima istanza sulla *riscattabilità discorsiva* della loro pretesa di *norma valida* e con il loro valore intersoggettivo confermato dall'agire comunicativo. La legittimità delle leggi dipende quindi dalla correttezza delle procedure attraverso cui si formula la norma (procedimento razionale) e dal fatto che essa è giustificabile sul piano *pragmatico, etico e morale*. Il codice nel suo insieme ha un valore superiore rispetto alla singola norma: esso è nel suo complesso capace di controllo sociale e giustificato sul piano etico, mentre le singole norme giuridiche sono giustificate nel contesto in cui vengono applicate in cui devono testimoniare, nel quadro della costituzione, efficacia sul piano del controllo sociale e un minimo di giustificazione sul piano etico. Mentre le norme morali si presuppone siano universalmente condivise a priori, le norme del diritto positivo sono il frutto dell'attività legislativa. Perché esse siano legittime è necessario tutti i partecipanti al processo legislativo (*gli autori e gli attori*) oltre ad essere soggetti giuridici privati siano anche cittadini dello Stato ed in quanto tali partecipanti

all'intesa intersoggettivamente condivisa che regolano lo Stato. E' la volontà concorde di tutti i cittadini che sancisce il processo di interazione sociale. I diritti individuali avranno senso se non intesi come diritti soggettivi individualisticamente isolati tra loro, bensì come una "prassi d'intesa intersoggettiva"¹⁹⁵. L'idea democratica porta con sé che "la pretesa di legittimità di un ordinamento giuridico costruito a partire dai diritti individuali" può essere avvalorata solo attraverso una 'volontà concorde ed unificata di tutti i cittadini liberi ed uguali'. In sostanza la differenza tra le norme morali e quelle giuridiche consiste nel fatto che un diritto positivo, convalidato dal procedimento democratico che porta all'elaborazione del corpus giuridico, presume che le regole statuite siano razionalmente accettabili. E dunque il diritto positivo deve essere il frutto di un processo di *autolegislazione* dei cittadini che esercitano il loro volere politico. La legittimità di un diritto che non gode più di una legittimazione metafisica sarà garantito solo dall'attitudine dei cittadini di pensarsi come coautori delle norme stesse, originatesi nell'agire comunicativo e nelle decisioni. Habermas più volte sottolinea che il processo democratico produce norme legittime nella misura in cui "tale processo soddisfa le condizioni che permettono la formazione *inclusiva e comunicativa* dell'opinione pubblica e della volontà" ed in questo modo "esso lascia presumere in maniera fondata, di ottenere risultati accettabili razionalmente"¹⁹⁶. La tensione di fattualità\validità si riversa nel procedimento del linguaggio, considerato il medium dell'agire comunicativo: la dimensione di verità ideale contenuta nel pensiero deve essere poi sottoposta al processo discorsivo razionale che ne verifichi le pretese di validità attraverso la discussione e

¹⁹⁵Ivi, p. 43.

¹⁹⁶J.Habermas -J.Ratzinger, ivi, cit. pag. 24.

l'argomentazione razionale¹⁹⁷ degli attori che si spiegano l'uno con l'altro.
¹⁹⁸ Le ragioni possono essere messe in discussione costantemente ed essere o screditate o scalzate da ragioni migliori. Ciò implica che vi siano <<fallibili presupposizioni di validità>> che animano l'intero tessuto sociale. Solo in un contesto in cui norme e valori diventano fluidi essi si trovano esposti a pretese di criticabilità¹⁹⁹, "esse si trovano esposte al libero gioco delle ragioni mobilitanti" e l'integrazione sociale si compie attraverso la condivisione e discussione della norma, intesa come reciproca ed "interazionale". La garanzia statale offre la possibilità al diritto moderno di stabilizzare le aspettative di comportamento, alla credenza si sostituisce la sanzione. I destinatari non possono *non osservare* la norma se però prima l'hanno *liberamente* condivisa. Fattualità e validità si dissociano: "l'accettazione attualmente imposta dall'ordinamento giuridico si distingue dall'accettabilità delle ragioni sottese alla sua pretesa di legittimità²⁰⁰". I valori e le norme nel diritto moderno devono essere posti a verifica e accompagnati da una libera formazione dell'opinione e della volontà. Il rischio di eventuali contraddizioni viene stabilizzato dall'esercizio della discorsività. A questo proposito, riprendendo quanto affermato in "Teoria

¹⁹⁷ Ivi, p. 26. Alla base di uno Stato costituzionale si "pone una condizione proceduralistica, ispirata da Kant : in essa viene sostenuta la fondazione dei principi costituzionali che sia autonoma e abbia la pretesa di risultare accettabile razionalmente da tutti i cittadini".

¹⁹⁸ Dice Habermas che "le ragioni devono la loro forza razionale di motivazione ad una relazione interna che le ricollega al significato ed alla verità delle espressioni linguistiche. In ciò le ragioni sono sempre un'arma a doppio taglio: esse possono essere sempre sia rafforzare sia mettere in crisi delle convinzioni". Habermas J., cit. pag. 47.

¹⁹⁹ Abbiamo visto che in due casi le pretese di validità sono circoscritte e sempre certe: o quando le certezze sono intuitive e si comprendono senza l'utilizzo del linguaggio e sono fondative dei comportamenti sociali; o quando la fusione tra attualità e validità è collegata e garantita da immagini sacrali che stabilizzano orientamenti di comportamento e valori con un'autorevolezza assolutistica. In entrambi i casi non è possibile tematizzare i contenuti delle norme.

²⁰⁰ Ivi., P. 49.

dell'agire comunicativo” sui processi di evoluzione sociale (*dalla società meccanica alla società organica*), esaminiamo in quali termini J. Habermas arriva ad individuare nel <<riscatto discorsivo>> la fondazione della morale. Superata una concezione ontoteologica della morale si verificano due effetti immediati: la separazione dal concetto di *vita buona e giusta* da quello di una *vita regolata da norme*, determina una non più presente intersezione tra vita giusta e prassi morale. Inoltre il sapere morale si stacca dalla motivazione morale. Alle questioni etiche e morali l'etica del discorso “attribuisce forme diverse di argomentazione: discorsi di autochiarimento, da un lato, discorsi di fondazione (applicazione) normativa dall'altro”.²⁰¹ D'altra parte la riflessione sulla morale riguarda non solo l'aspetto formale della giustizia ma anche quello della solidarietà tra le persone. Alla domanda se è giusto o sbagliato un determinato comportamento non può essere risposto solo nei termini sì/no, a carico di ogni individuo, ma la risposta deve rifarsi al valore della norma per la coesistenza sociale per cui la sua pratica argomentativa si deve fondare sul reciproco convincimento. Lo sganciamento cognitivo della morale dall'idea di vita buona determina senz'altro un venir meno della motivazione, d'altra parte colloca in un ambito ancora più astratto la norma dal momento che pone i discorsi morali in un ambito di discorso razionale.²⁰² Si trasforma il senso dell'obbligatorietà normativa. Il “dovere” diventa un “valore”. Si sente la necessità di fondare una *validità* normativa in un ambito razionale.

²⁰¹ Habermas J., “*L'inclusione dell'altro*”, Milano, 1998, pag. 48.

²⁰² Un esito di questa divisione della morale dal concetto salvifico di vita giusta lo si vede sul piano delle scelte individuali: “il problema della <<debolezza della volontà>> ci dimostra che l'intuizione morale “pur poggiando su un processo di conoscenza non è mai completamente razionale” Quando sappiamo che cosa è moralmente giusto fare, sappiamo anche che non c'è nessun'altra buona ragione (epistemica) per agire diversamente. Ma ciò non impedisce che altri motivi non siano alla fine più forti”. Ciò determina l'aspetto coercitivo e positivo del diritto.

La validità presuppone che le norme morali debbano trovare l'approvazione di tutti gli interessati "ammesso che con discorsi pratici essi verificano insieme se la prassi relativa corrisponda all'interesse di tutti"²⁰³. Ciò apre davanti a sé due tipi di considerazioni. La *fallibilità* delle persone che dibattono; la libertà di *autolegislazione* che caratterizza il nuovo agire sociale. J. Habermas riflette sulla trasformazione successiva alla differenziazione del mondo sociale: la morale non è più organica con una concezione metafisica del mondo e quindi enunciabile sul piano descrittivo (come se fosse oggettiva di per sé). Essa non può più essere il frutto di <<enunciati veritativi descrittivi>> la cui risposta è vero\falso. Attualmente non esisterebbe più un "fatto morale", concepito in quanto oggetto appunto. *Ed allora come fanno ad acquisire validità le norme morali?*

Le norme morali acquisiscono "validità incondizionata o categorica soltanto nel caso in cui derivino da leggi che emancipano la volontà (la quale a esse si confermino) da ogni determinazione accidentale, facendone una cosa sola con la ragione pratica"²⁰⁴. Utilizzando il sistema logico razionale per cercare il fondamento di validità delle norme potremmo dire che le "pretese di validità" criticabili delle norme morali vengono riscattate dalle "buone ragioni".

Come si decide quali sono le "buone" ragioni?

Sono le "qualità procedurali dell'argomentazione" ad avere il ruolo di giustificare, attraverso la correttezza procedurale dell'argomentazione, la presunta validità. E' il *livello discorsivo*, la sua identità, la sua forza validante, a rendere un argomento più o meno utile per sostenere una norma morale valida.

²⁰³Ivi, p. 50.

²⁰⁴Ivi, p. 46.

Il mondo sociale è storico ed è “intessuto in maniera inestricabile delle intenzioni, concezioni, pratiche e linguaggi dei suoi appartenenti. Ciò vale anche per il mondo oggettivo (laddove vale il ruolo dell’osservatore) dove tuttavia la discorsività è utile per affermare e confermare i requisiti di verità “interpretati come requisiti di affermabilità”²⁰⁵. Nel caso delle norme morali il consenso discorsivo contribuisce esso stesso a costruire e a giustificare il senso di validità della norma. E’ il processo discorsivo stesso ad essere valorizzato come percorso di validazione. Dunque si può imporre un modo di considerare la norma anziché un altro, ma non per questo si deve credere che esista, indipendentemente dalle nostre descrizioni, un ordinamento precostituito. J. Habermas sottolinea dunque l’importanza costante e continua del processo di autolegislazione che non si deve mai interrompere poiché è quello che porta da una parte a scoprire norme giuste utili per la convivenza civile; dall’altro implica che gli interessati alla costruzione di forme di convivenza civile, vogliano risolvere i loro conflitti attraverso l’intesa reciproca e non attraverso violenza o compromesso. E’ necessario riflettere sul fatto che ciò che si concepisce come “bene” non è che uno dei tanti modo alternativi di concepire il “bene”. Nell’agire sociale vi sono contenuti normativi riferiti alle presupposizioni reciproche ed ai rapporti di riconoscimento reciproci. L’individuazione dei singoli avviene attraverso il loro processo di socializzazione: il rispetto della morale riguarda sia l’individuo come singolo che il suo essere membro di una comunità. Si può parlare di un *universalismo morale* in relazione ad un’idea di *giustizia e di solidarietà*. Tutti gli appartenenti alla comunità devono essere trattati in modo uguale e contemporaneamente bisogna

²⁰⁵ Ivi, p. 52.

rispettare la specificità di ciascun individuo. “L’uguale rispetto per chiunque, richiesto da un universalismo sensibile alla differenze, prende allora la forma di <<*inclusione dell’altro*>> che ne salvaguardi la diversità senza né livellare astrattamente né confiscare totalitariamente. Una norma si definisce valida solo “quando le prevedibili conseguenze, ed effetti collaterali, che la sua generale osservanza verosimilmente produrrebbe sulle situazioni d’interesse e sugli orientamenti di valore di ciascuno singolo individuo, potrebbero essere *liberamente e collettivamente* accettate da tutti gli interessati”²⁰⁶. Ciò implica che è importante che ci sia un ampio ventaglio di contributi ermeneutica, e che via sia un atteggiamento universalmente diffuso di accettazione della prospettiva dell’altro (non solo empatia ma impegno interpretativo nella comprensione di sé e del mondo dei partecipanti alla comunicazione). La libera e collettiva accettazione sposta il senso delle motivazioni del singolo attore su un piano più ampio della conoscenza e della simmetria.

I tre autori colgono la dimensione del diritto sul piano politico: il diritto non è un insieme di norme ma il frutto di un pensiero collettivo relativo all’organizzazione sociale. La sua funzione\struttura varia però nei tre autori. In Foucault il diritto e la legge rappresentano per un verso il sistema pratico di coercizione delle persone: l’esercizio di pene e punizioni e la produzione esasperata di leggi di controllo e previsione, rispondono ad un progressivo e crescente tentativo di controllo totale e globale delle identità dei singoli, fin negli aspetti organici dell’esistente, da parte del potere. D’altro canto Foucault ipotizza la nascita di una sorta di “diritto relazionale” (che si manifesta in uno spazio sociale mobile e cangiante)

²⁰⁶ Ivi, p. 57.

trasversale, che può riconoscere le relazioni tra gli individui e le singolarità esistenziali, senza che queste debbano dipendere dall'esistenza di un gruppo o da un sistema di identificazioni sanzionate dallo stato. In Luhmann il diritto è un sistema autopoietico che stabilisce al proprio interno il suo stesso senso. In questo autore la dimensione dell'organizzazione sociale è includente nel senso che gli stimoli che provengono dall'ambiente esterno ai sottosistemi, ed in particolar modo del sottosistema diritto, vengono inglobati e trasformati in prodotti\norme secondo il codice interno del sistema stesso. Il sottosistema diritto è parte dell'organizzazione sociale complessa ed utile al suo funzionamento (visione funzionalistica). In tal senso perde la propria forza vitale, emancipatrice e di mediazione relazionale. In Habermas la dimensione del diritto si interseca con quella politica ed assume un connotato inclusivo, nel senso che il diritto si dà nel momento in cui è espressione di un'azione democratica di condivisione e crescita collettiva attraverso il logos. La produzione normativa diventa dunque il frutto di un processo dialettico corale che prevede la partecipazioni di tutti i cittadini in relazione reciproca, che agiscono attraverso regole democratiche e condivise. Solo in questi termini essa si legittima.

Capitolo Terzo

Significato del diritto: dall'approccio procedurale filosofico all'umanità del diritto.

3. Premessa

In questa parte della ricerca si vuole specificare il processo per cui il diritto in qualità di prodotto culturale e parte integrante dei processi vitali, assume una funzione creativa delle relazioni e diventa veicolo di principi quali legalità e moralità. In qualità di *terzo* esso produce mediazioni. Tale mediazione non consiste in un'attività di *compromesso* tra le parti, ma diventa un'attività di *comprensione* dell'altro diverso da sé, di *affermazione ed autocomprensione* di sé in funzione della presenza dell'altro, di *creazione di uno nuovo stato rappresentativo* delle parti successivamente al processo di mediazione. E' per noi necessario a questo proposito indagare il livello etico-giuridico dei differenti approcci interpretativi della funzione del diritto nel suo esplicitarsi come medium, nella società contemporanea, e quale funzione esso possa avere per contribuire allo sviluppo sociale ed ai suoi atti creativi. La comunicazione come elemento di trasformazione e di mediazione sociale si concretizza nella struttura, nella forma, nella funzione del diritto, a patto che esso sia il frutto di un incessante produzione linguistica ed interpretativa da parte della persona (il legislatore\l'interprete) che nel processo triadico rilegge il passato in funzione del presente innovandolo costantemente attraverso la propria creatività. Ma non basta rilevare nel giuridico l'esteriorità dell'operare del diritto. L'umanità del diritto trova il suo farsi nell'incessante

coscientizzazione della legge come valorizzazione del medium che da un lato assicura l'equilibrio tra sistemi dall'altro ne consolida il piano assiologico.

3.1 *La Mediazione del Diritto: diritto come medium dei processi vitali.*

Il legame tra mediazione e diritto sussiste intrinsecamente nel momento in cui attribuiamo al diritto la funzione di *medium produttore di nuove funzioni vitali*: è nell'Essere stesso del diritto che si racchiude la funzione di Mediare i processi relazionali tra le parti, laddove la mediazione diventa un percorso di superamento del conflitto sia attraverso una diversa conoscenza degli eventi e di sé, sia attraverso una comprensione delle regole, dei diritti e dei doveri, non in qualità di "io- soggetto autocentrato" ma in qualità di "io-soggetto" appartenente ad una realtà esistenziale complessa ed intersoggettiva. Il filosofo del diritto Bruno Romano elabora, in chiave fenomenologica, la funzione del diritto liberandolo da una logica meramente funzionale o funzional-sistemica e collocando la produzione del diritto direttamente nei processi vitali. Bruno Romano focalizza la sua attenzione nella "Filosofia del Diritto"²⁰⁷, sul *sensu* del diritto, non inteso come **fatto** ma come **fenomeno giuridico**. La filosofia, che a differenza delle scienze si occupa della qualità e del senso del relazionarsi dei "soggetto parlanti", ha il compito di studiare proprio gli eventi fenomeni nel loro manifestarsi che non è mai il loro essere completo bensì il loro "parere" o "apparire", che lascia lo spazio alla ricerca di senso di coloro impegnati a analizzare l'esistente e l'esistere. "Nella sua presentazione immediata il diritto è incontrato come quel certo diritto vigente, istituito in

²⁰⁷ Cfr., B.Romano, *Filosofia del Diritto*, Roma-Bari,2002.

un luogo ed in un tempo storico; la chiarificazione filosofica mostra che istituire il diritto non è attività scientifica, ma sorge sull'interpretarsi del singolo, in relazione con gli altri, nella struttura polisensa del *sensu existito*"²⁰⁸. Il fenomeno giuridico non è riconducibile ad una teoria sistemica basata su un'organizzazione funzionale dell'esistente né ad un linguaggio numerico che ne delinea il funzionamento. Esso sorge in un processo di *ricoscimento* continuo da parte del soggetto dall'altro da sé; non appartiene all'equazione vivere=conoscere²⁰⁹, tipica della vita biologica dei viventi non umani, bensì all'operazione dell' *istituire il sensu*. Vi è un pensare inteso come *ipotizzare e scegliere le ipotesi* che trascende il pensiero scientifico in quanto lascia aperte delle possibilità di sensu per interpretare e progettare l'esistente: "*la scelta tra le ipotesi permane tale se permane un ipotesi di sensu e il sensu ha la qualificazione temporale del futuro, non anticipabile nella conoscenza scientifica*"²¹⁰. D'altra parte lo "*spazio esistenziale dell'ipotizzare, non trattabile scientificamente, è anche quello costitutivo dell'istituire: le leggi del diritto sono leggi istituite, e non leggi trovate o conosciute....istituire il diritto non è dunque un'attività scientifica, ma si alimenta ad una formazione a una formazione di ipotesi di norme per ipotesi di condotte*"²¹¹. Bruno Romano colloca la filosofia del diritto nell'ambito della ricerca di sensu, del domandare interpretando. Tuttavia la "*struttura del domandare è la struttura relazionale del linguaggio-discorso*"²¹². Secondo l'autore le regole che presiedono alla formazione del linguaggio-discorso sono le stesse che governano la

²⁰⁸ Ivi, pag. 3.

²⁰⁹ *Idem*

²¹⁰ Ivi, p. 11

²¹¹ *Idem*

²¹² Ivi, p.12.

formazione del diritto: come suggerisce Buber <<all'inizio vi è la relazione²¹³>>, il che significa che in ogni modalità dell'essere uomo vi è una qualificazione del relazionarsi con gli altri uomini. Il relazionarsi tra i parlanti avviene sotto forma del linguaggio-discorso, "che dà vita alla formazione di un Testo,intendendo con questo termine il consolidarsi ed il durare di elementi selettivi della relazione che si svolge in un tempo²¹⁴," e che si presenta come una scelta costante e continua da parte dei parlanti. In base a questa visione l'uomo non è il prodotto di operazioni sistemiche animate da linguaggi numerici, bensì un essere esistente che si qualifica ed evolve in base alle relazioni che stabilisce con l'Altro veicolate dalla capacità comunicativa linguistica. Il Testo che ne deriva è il frutto delle relazioni comunicative tra i parlanti che una volta scritte permangono oltre il momento in cui sono state enunciate,diventando una materia scritta in una certa dimensione storica. B.Romano richiama a tal proposito la tesi di Lacan per cui <<la legge del testo è il testo della legge>>, ovvero le *regole relazionali che governano il linguaggio-discorso che diventa testo sono quelle che "strutturano il testo delle regole della relazione(diritto); pertanto linguaggio e diritto sono radicati nella medesima struttura²¹⁵*". Nell'origine del relazionarsi hanno dunque co-fondazione e coalescenza sia il linguaggio come forma comunicativa, sia il diritto: entrambi incidono in maniera circolare e reciproca sul relazionarsi. Il Testo nasce nel farsi della Relazione in base alla terzietà delle Regole (*nomos*).

Il passaggio dall'assenza di un testo alla sua presenza "consiste nell'opera del relazionarsi comunicativo che crea il testo", in quanto l'opera di

²¹³ Cfr., M.Buber, *Il principio dialogico ed altri saggi*, Milano 1993, pag.72.

²¹⁴ B. Romano, cit. p.166.

²¹⁵ Ivi, p.168.

creazione si svolge nella triadicità-logos garantita dalla terzietà-nomos (regole); il testo è il frutto della coesistenza tra i parlanti dove la terzietà del nomos e la triadicità del logos “sono tessute in un nesso di reciproca costitutività essenziale²¹⁶”. La controfattualità in un processo dinamico poiché inserito nella relazionalità qualificante l’essere vivente uomo, acquisisce un’importanza straordinaria. Essa non è un effetto della determinazione simbolica o sistemica, bensì ha la sua importanza nel non consentire alla fattualità di divenire assoluta in ogni sua configurazione del presente secondo la mutevolezza del sentire dei singoli o delle combinatore fattuali²¹⁷. La controfattualità consiste nel far durare nel presente un passato, che è stato l’origine dell’ipotesi di forme di condotta del relazionarsi poi progettate e trasformate in forma e sostanza del diritto. Questo processo consente ai parlanti oltre che di essere liberati dall’angoscia dell’improvvisa mutevolezza anche di poter non-coincidere con il presente ed aprirsi ad un futuro attraverso un viraggio di senso di quanto istituito fattualmente. Cerchiamo ora di individuare le caratteristiche della relazione giuridica ed il suo nesso con il linguaggio-discorso nell’approccio di Romano. Bisogna a tal proposito richiamare ciò che Heidegger sostiene a proposito della verità ossia che forse è dimostrabile solo ciò che è essenzialmente senza importanza²¹⁸, ovvero la verità che viene dimostrata come “verità certa” non è quella che davvero interessa per comprendere il senso dell’esistere, ovvero la *qualificazione* del relazionarsi dei parlanti tra di loro. Incontrare l’esistente significa dunque incontrare il rapportarsi tra più elementi diversi, il cui rapporto non è verificato sempre in maniera

²¹⁶ B. Romano, p.169.

²¹⁷ B. Romano, *Scienza giuridica senza giurista. Sul Diritto alla filosofia del diritto*, Torino, 2005, pp.45-47.

²¹⁸ Cfr. M.Heidegger, *Concetti fondamentali della metafisica*, Genova 1992, cit. pag. 22.

certa e statica, bensì si dà continuamente in una serie di scelte secondo degli argomenti che non conducono con una determinazione necessaria, in una unica prospettiva, ma chiamano ad assumere una direzione di esistere tra le molte direzioni possibili. Nel domandare-ipotizzando si realizza quell'atto di costante apertura evolutiva tra i parlanti, esso rappresenta il modo per andare alla ricerca del senso. Ogni parlante avverte il suo essere esposto al compito della differenziazione esistenziale. Tale processo lo distingue dagli altri esseri viventi in quanto è formativo della sua identità, mai fungibile con quella di un altro parlante, "è il risultato unico del continuo incidere su se stesso da parlante del se stesso, nel suo relazionarsi con gli altri, rapportandosi a ciò che lo circonda, la natura e la materia lavorata-scritta²¹⁹". Un individuo così fatto ha la libertà di poter spaziare nelle sue scelte attraverso la poliderizionalità di senso. La sua vita si distanzia da quella tipica dei sistemi biologici che si costituiscono in maniera unidirezionale. Questo tipo di sistemi viventi e/o sociali, modellati secondo i modelli biologici, non contengono alcun elemento di obbligazione, "l'obbligazione, morale e/o giuridica, si apre quando diviene possibile l'appropriarsi consaputo e scelto di un'interpretazione della libertà, esercitata dalla libertà, ovvero nella condizione polisensa del senso"²²⁰. E' solo dunque questa libertà nella scelta di appropriarsi del senso (attraverso il linguaggio discorso) che qualifica il vivente in quanto soggetto di obbligazione e quindi *soggetto giuridico*.

Nell'esistere=riconoscere si qualifica la terzietà del processo riguardante il soggetto vivente. L'io riconosce l'altro secondo la regola del Terzo-Altro.

²¹⁹ B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo, giuridico. Postumanesimo, noia, globalizzazione*, Torino 2004, pag. 17.

²²⁰ Ivi, p. 18.

Il *riconoscimento* è un elemento essenziale affinché “l’io non si risolva in un semplice centro di riferimento della attualità”²²¹. Esso rappresenta un processo esistenziale che, se riconosciuto nel suo valore, dimostra che l’io non consiste in una entità “non strutturata dell’essere-soggetto”²²², bensì esprime il ‘*chi*’ della propria esistenza. Si apre uno spazio di mediazione tra l’Io e l’Altro per cui l’uno non si identifica completamente con l’immagine dell’altro ma si ri-conosce nell’altro in un luogo terzo dove le ipotesi dell’uno e dell’altro si incontrano senza che l’ipotesi originale dell’uno escluda l’ipotesi originale dell’altro. Il momento della scelta riguarda l’interezza dell’io e non i suoi aspetti frammentati (io economico,io affettivo,io politico ect.). Solo in questo caso l’io compie una scelta del tutto *imputabile* a se stesso. Se il diritto da *fenomeno* diventa *fatto* allora alla ragione giuridica si può sostituire la *ragione procedurale*, ovvero un tipo di legittimazione del diritto basato sulla concezione di un io osservatore e non creatore che può solo assistere alle connessioni funzionali che avvengono tra le diverse trasformazioni dell’esistente organizzati come puri fatti. Nella contemporaneità, caratterizzata da un io frammentato, “*il nuovo sapere consiste nella formazione di un conoscere da consumare nell’adeguarsi alla attualità che vince*”²²³. Le conoscenze diventano funzionali ed i saperi si consumano e si dimenticano. In questo panorama si estingue quasi la coppia concettuale giusto\ingiusto. La *ragione procedurale* viene intesa come “ragione giuridica indifferente alle questioni sulla verità-qualità delle relazioni tra i parlanti,perché attenta a conformare le procedure del diritto al procedere della fatalità delle

²²¹ B.Romano, *Il Riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, cit. pag. 158.

²²² Ivi, p.151.

²²³ B. Romano, *Filosofia del Diritto*, cit. pag. 29.

operazioni sistemiche vincenti”²²⁴. L’uomo non si esprime come soggetto parlante in processi intersoggettivi attraverso cui costruisce la propria identità lungo il mutamento; viene per lo più considerato come spettatore o prodotto di mutamenti fattuali e/o funzionali che sono “biologicamente” vincenti. Per ripristinare un senso filosofico del diritto e dell’esistere è necessario che l’uomo possa liberamente scegliere il proprio mutamento in “una qualificazione relazionale che lo orienta”. E’ necessario dunque che il soggetto istituisca il proprio mondo, opera che si compie in maniera primaria attraverso l’esercizio del linguaggio-discorso. Ci interessa introdurre un ulteriore elemento critico a questo punto: i rapporti tra gli uomini non sono dissociabili dalle loro modalità tecnologiche, ovvero le modalità di comunicazione non sono neutre ma significative di per sé²²⁵. Le parole ad esempio hanno la facoltà di nominare cose che non ci sono e renderle presenti. Il dialogo linguistico, “seppure soddisfi la legalità del sistema e rispetti i significati delle parole”, non è né calcolabile né misurabile. Ciò consente al dialogo di avere una forza creatrice ed innovatrice rispetto all’esistente. Laddove le parole diventano solo testo grafico o accompagnamento di immagini pre determinate e non sono dunque più l’espressione di un dialogo, esse vengono ad assumere una funzione designativa ed informativa (la *lingua telematica* non apre al gioco di domande e risposte inattese, non affronta il rischio della spontaneità e individualità espressiva, ma serve soltanto per chiedere e fornire informazioni²²⁶). L’elemento dello scambio tra le persone allora non

²²⁴ B. Romano, *Il giurista è uno zoologo metropolitano*, cit. pag. 30.

²²⁵ N. Irti, *Norme e Luoghi*, Bari, 2002, p. 112.

²²⁶ Ivi, p. 119.

diventa più l'idea che si ha di una certa cosa (di cui la parola²²⁷ offre un'immagine ed un significato personale) bensì la cosa in sé, nella sua fisicità, che può essere anzitutto percepita attraverso la *percezione visiva*. Ciò implica che se le persone crescono all'interno di un medium che privilegia l'immagine come sistema di trasmissione di informazione e di modalità comunicativa (dove l'immagine è per sua stessa natura la cosa in sé, scollegata da un particolare universo simbolico e/o culturale), si abitueranno ad una relazione con il mondo esterno in cui non c'è dialogo ma in cui le visioni del mondo si concretizzano in immagini-cose che devono solo essere scelte (non discusse, elaborate, ect.). L'interagire telematico diventa dunque un'agire tra due ma non di un <<pensare>>. Esso è reciprocità di <<fare>> ma non di logos. E' il logos, la relazione comunicativa mediata simbolicamente dalle parole, che costituisce il vero presupposto dell'*Istituire*. Istituire non significa eseguire un atto secondo la contingenza o ripetere quanto si considera già dato (*soggettività naturalistica*), bensì rappresenta la condizione creativa dei parlanti, il loro essere in una relazione triale in cui la domanda sul senso viene posta nella relazione in uno spazio Terzo. *Istituire il diritto* vuol significare considerare il diritto nella sua condizione esistenziale, in base alla quale le ipotesi di norme per ipotesi di condotte si formano nella relazione tra i parlanti, regolata "dalla coalescenza non disponibile di 'logos' e 'nomos', sottratta alla ragione procedurale, funzionante come strumento dell'usurabilità del saper per qualcosa, non per se stessi"²²⁸. Il diritto diventa un'interrezza disfunzionale che si occupa delle questioni di senso dell'esistere propria del *soggetto giuridico ipotizzante*.

²²⁷ Ivi, p. 113. "La parola è *realità* di due atti: l'esposizione e la preferenza".

²²⁸ B. Romano, *Filosofia del Diritto*, cit. p. 31.

3.2 Il Terzo Altro e l'imputabilità

Di singolare interesse la ricostruzione che B.Romano compie del processo *disfunzionale* che conduce l'io soggetto ad aprirsi agli altri parlanti. L'analisi parte dall'osservazione della formazione dell'identità del singolo compiuta attraverso l'opera di differenziazione esistenziale, disciplinata giuridicamente, del se stesso rispetto ai parlanti che ambientano l'io al mondo. Da un iniziale bisogno di essere amati tipica di un rapporto duale quale quello che si sviluppa tra la madre ed il neonato, si passa ad un necessario riconoscimento in un'intersoggettività che si fonda su un'attesa-aspettativa. Tale riconoscimento deve avvenire dunque in un processo triale in cui il Terzo-Altro costituisce lo spazio, imparziale, disinteressato e disciplinato, in cui si realizza la creazione di senso. Questo spazio Terzo è quello proprio dell'istituzione del diritto, opera creativa e formativa delle norme istituite, distinte dalle leggi trovate, che regolano la continuazione dei processi vitali ²²⁹. "Il 'Terzo' svolge il compito essenziale di presentificazione della differenza come medio del volgersi a se stesso, all'altro e al mondo. Il 'Terzo' è il luogo differenziale che custodisce la relazione in quanto tale, impedendo lo scivolamento nell'unità-univoca e captativi dello immaginario", dice ancora Romano ²³⁰. L'ansia di legittimazione e di riconoscimento tiene in vita il desiderio della relazione con l'altro diverso da sé. Il pensiero-desiderio, tuttavia, se non si trasforma in pensiero-pretesa diventa il riflesso del pensare del singolo, non esposto al rapporto con il mondo. Perché il singolo possa relazionarsi con il mondo il proprio desiderio di legittimazione deve essere regolato da una pretesa-giuridica che gli consente di non essere *abbandonato al volere-arbitrio*

²²⁹ Cfr. B. Romano, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008

²³⁰ B. Romano, *Il Riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, cit. p.178.

degli altri²³¹. L'esercizio della pretesa giuridica (*essa appartiene al medio di una misura terza non disponibile*) si situa in quello spazio Terzo a cui accennavamo prima. La struttura della pretesa giuridica è di per sé controfattuale, ovvero non-determinata da fatti ma istituita dall'ipotizzare. Il Terzo Altro diventa il medio che dà garanzia al processo relazionale tra due e regola il pretendere. Questo modo di stabilire la relazione consente al singolo l'ingresso nella giuridicità. La relazionalità si svolge attraverso il comunicare, che consiste nell'esprimere un messaggio emesso per ricevere una risposta, riconoscendo all'altro una soggettività espressa dal rispondere; le parole si incontrano in uno spazio terzo che non è né dell'uno né dell'altro, ma è il luogo dove ognuno può esercitare il diritto primo: prendere la parola originale per avviare una creazione di senso da inscrivere nel mondo, partecipando originalmente alla formazione del Testo, la materia lavorata-scritta dove, in una forma storica, si manifesta la coesistenza dei soggetti parlanti. Ogni soggetto parlante è tale nel coesistere discorsivo *con e per* gli altri soggetti parlanti. Se un soggetto parlante non potesse fare delle ipotesi e confrontarle con altri, assistendo anche al sorgere di eventuali controversie, non ci sarebbe scambio tra le persone né crescita identitaria, né avrebbe senso l'opera della terzietà giuridica. La terzietà giuridica è costitutiva della formazione identitaria qualificata relazionalmente dei singoli ed in questo senso esso ha una *struttura ortonoma*. "Il diritto è radicato nella 'oronomia' del parlante poiché manifesta il se stesso e non il divenire altro che se stesso secondo le modalità della 'eteronomia' e della 'autonomia', che negano il principio strutturante (non eteronomo) e sottratto alla disponibilità (non

²³¹ B. Romano, *Filosofia del Diritto*, cit. pag.36.

autonomo)²³²”. La condizione del *desiderare*, da non confondere con l'*appetire*, qualifica l'essere umano, mette l'individuo nelle condizioni di ricercare sempre nell'altro il proprio compimento che però non si realizza mai appieno lasciando lo spazio per un'ulteriore spinta alla ricerca di senso. La terzietà è il luogo della differenziazione esistenziale, della formazione dell'identità attraverso l'alterità, in una condizione in cui il parlante vive perennemente una *manca*, intesa come non-essere-sempre, come un *manca* permanente dell'altro desiderato nel linguaggio-discorso. La contemporaneità è, secondo il filosofo, dominata dalla coazione ad un "produrre totale", che elimina o ignora la *manca* e produce risposte solo al *bisogno*. Il 'produrre totale'²³³ soddisfa gli appetiti ed i desideri istantanei ma non dà risposta alla *manca esistenziale* che consiste nel non-essere sempre della persona²³⁴. Bruno Romano afferma che "il diritto è condizione del desiderio di desiderare", in quanto esso consente la ripresa costante del desiderio, *che qualifica l'esistere del se stesso oltre l'appetire*. La ripresa del desiderare, questo atto di costante rilancio della relazione tra a parlanti, può avvenire quando il desiderato si è stabilizzato, ha assunto una sua forma materiale. Si può dunque percepire una differenza tra quanto si è desiderato e quanto si può ancora desiderare. Il desiderato tuttavia si può consolidare solo se ha ricevuto la garanzia del diritto. Il diritto incide infatti sulle condotte che possono mettere in pericolo quanto già desiderato

²³² Cfr., B. Romano, *Ortonomia della relazione giuridica . Una filosofia del diritto*, Roma, 1997.

²³³ B. Romano, *Il Riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, cit. pag 208: "per produzione totale si intende quella produzione ove si ha il dominio della causa efficiente sulle altre forme causali".

²³⁴ Ivi, p. 196 e sgg. "L'assolutezza della produzione che esprime la 'volontà della disponibilità, esige la riduzione della 'differenza esistenziale nell'univocità della funzione produttiva: ciascuno non è il se stesso che incontra l'altro nella sua alterità reale, nella differenza".

e trasformato in materia dal singolo, garantendo a quest'ultimo la possibilità di far durare nel tempo quanto elaborato nella relazione di riconoscimento e non di esclusione. Romano sostiene che il diritto è condizione del desiderare, esistito come ripresa relazionale del desiderio, compiuta muovendo da un 'desiderato', consolidatosi nella garanzia della durata, in quanto oggetto della pretesa giuridica, custodita nel coesistere con gli altri nel medio del Terzo-Altro.²³⁵ La specificità del diritto, rispetto ad altri fenomeni relazionali, consiste dunque nell'elaborare una pretesa giuridica colta come "attesa-aspettativa di una intersoggettività universale e incondizionata che si svolge nella relazione discorsiva di riconoscimento e non in un rapporto di esclusione" tipicamente duale. Il giudizio giuridico può operare solo con il presupposto di "un ambito ec-sistito", ovvero di uno spazio in cui i parlanti possono nel *dirsi scegliersi* gli uni con gli altri. In questa condizione sorge l'imputabilità²³⁶ esito dell'esercizio tra i viventi della parola iniziante la qualificazione della relazionalità che alimenta il formarsi dell'identità del se stesso, senza perdersi nei fatti che alimentano la nullità del diritto nella deriva normativa. Il giudizio giuridico, costituente essenziale del diritto, si struttura con riferimento all'imputabilità che consiste nella capacità del parlante di esprimere un sì o un no rispetto all'altro con cui entra in relazione. Questa scelta può essere riferita al soggetto parlante perché gli appartiene l'esistere nel poter essere imputabile (possibilità) e dunque non è confinato nel vivere il nesso di

²³⁵ B. Romano, *Filosofia del Diritto*, cit. pag.38.

²³⁶ Cfr., B. Romano, *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Torino 2008, *Fil*

imputazione (necessità\contingenza), descrivibile nel non-umano, che in tale nesso si esaurisce²³⁷.

3.3 *Il diritto come fenomeno*

Il Diritto viene individuato come fenomeno e se stante, diverso dalla morale, dalla politica, dall'economia ect. Tuttavia esso non è descrivibile in quanto fatto. Nei fatti il diritto accade ma la manifestazione della sua essenza sfugge, si nasconde, anche se è compartecipe di quanto accade. Ciò che non si manifesta rappresenta il senso ed il fondamento del diritto. E' chiaro dunque che il fenomeno non è la funzionalità del puro fatto, vi è una dimensione extra-fattuale, al di là del fatto giuridico che si incontra quotidianamente, che dischiude il senso "mediante l'istituire delle leggi giuridiche. Il fenomeno del diritto- dice Bruno Romano- fa il suo ingresso solo nell'ambito della relazionalità degli esistenti²³⁸ che, a differenza delle altre forme di vita, sviluppano la loro relazionalità nel reciproco riconoscimento. Il diritto, in quanto relazione riconoscente, non è un rapporto diretto tra quanti vi appartengono, ma è un rapporto 'mediato' da un Terzo non-disponibile. Esso si traduce nella esistenza dei parlanti nella necessità di *istituire*, che emerge da una mancanza, che è necessaria e costitutiva nell'uomo, ed è motore della relazione triale, "della parola ipotizzante"²³⁹. Non vi è determinazione a priori nelle leggi ma un incessante ipotizzare da cui sorgono leggi per ipotesi di condotte²⁴⁰, difatti

²³⁷ B. Romano, *Il giurista è uno zoologo metropolitano*, cit. p.149.

²³⁸ B. Romano, *Il Riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, cit. p.165.

²³⁹ B. Romano, *Filosofia del Diritto*, Roma-Bari,2002, cit. pag.40

²⁴⁰ Rispetto alla purezza del Diritto sostenuta da Kelsen ne "La dottrina pura del diritto", l'approccio fenomenologico, pur sostenendo a sua volta una 'purezza del diritto', si differenzia in quanto la visione keleseniana privilegia un io che coglie se stesso in maniera frammentata ed assoluta al tempo stesso; la visione fenomenologica coglie l'io nella sua

il determinare non è l'istituire ed in una sua assenza si incontrano solo "leggi trovate (fisiche o biologiche) che si lasciano conoscere e riprodurre"²⁴¹. L'*istituire* comporta la formazione di un ordine nuovo e creativo; è determinato dalla parola ipotizzante in un rapporto discorsivo con altri ipotizzanti ed è in grado di modificare il senso dell'esistere. La determinazione non avvia ad un mondo nuovo, secondo un confronto tra ipotesi diverse, bensì diventa rappresentativa di un insieme già dato i cui elementi vengono sottoposti ad una logica combinatoria, senza promuovere una reale forma di vita. Nella prospettiva fenomenologica il diritto si attua sul piano dell'ortonomia dei parlanti, ovvero quella dimensione ove il fenomeno del diritto ha 'senso e fondamento' nel dispiegarsi dell'interezza dell'io- il se stesso-e non in alcuni dei suoi frammenti funzionali. Il linguaggio-discorso che produce il diritto non è dunque il *dire evocativo* o il *dire numerico*, ma è un dialogare integrale e triale in cui si situa la terzietà del nomos, garantita dal terzo Altro 'giuridico' in "una condizione di coalescenza che connette soggettività giuridica e soggettività discorsiva"²⁴². La *condizione esistenziale* di un soggetto giuridico vivente che può discorrere e che è quindi 'imputabile' delle proprie ipotesi di condotta, delle proprie domande di senso, dei propri punti di vista rispetto all'accadere del mondo, è lontana dalla *determinazione* e non è in quanto tale anticipabile. Essa si dispiega in *domande e risposte* mai prevedibili. Il parlante ha a sua disposizione una capacità simbolica che si espleta nell'esercizio del linguaggio. Tuttavia il processo simbolico non comporta

interezza e nei suoi aspetti disfunzionali che si trasformano in una costante creazione e ricerca di senso ulteriore attraverso la relazione e l'istituzione del diritto. B. Romano, *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, cit. pag. 40 e sgg.

²⁴¹ B. Romano, *Scienza giuridica senza giurista*, cit. p.55.

²⁴² *Idem.*

il trovarsi determinati da tale processo. Il parlante esercita attraverso la parola e memoria-iniziazione un viraggio dell'esistere, riferibile al singolo nella sua "non-fungibilità", e quindi alla sua "imputabilità" per ciò che riguarda la sfera del diritto. Nell'elaborazione simbolica il parlante diventa portatore\creatore di immagini, anche di immagini linguistiche, che non si strutturano in un universo chiuso (immaginario), ma che si danno nel tempo e nello spazio articolandosi nella relazionalità. Nella triadicità della relazione avvengono dei cambiamenti di prospettiva originati dalla *discontinuità creativa* che dà il via a nuove *ipotesi di condotta*. "L'altro-riconosciuto\riconoscente mi libera dalla coincidenza con immagini definite, sia linguistiche, sia sistemiche; con il suo dirsi mi avvia al poter essere altrimenti, ovvero alla possibilità, alimentata dalla differenza di senso esistita nel relazionarsi degli ipotizzanti".²⁴³

3.4 *L'esistere del diritto*

Abbiamo detto che secondo B. Romano l'esistere dei viventi si realizza allorquando essi si relazionano nel logos, ovvero il medio terzo del *domandare e del rispondere*²⁴⁴. In questo continuo relazionarsi si esercita la soggettività come intesoggettività. Essa si concretizza nel riconoscimento "alimentato e disciplinato dal terzo-Altro, unità di 'logos' (*trialità*) e di nomos (*terzietà*)". Il diritto è in definitiva l'espressione dell' soggettività dell'ipotizzare, "in modo più specifico dove si ha quel transitare degli

²⁴³ Ivi, p. .

²⁴⁴ Il *domandare-rispondere* si differenzia profondamente dallo *stimolo-reazione*: il "domandare consiste nelle condotte che presentano un'attesa-ipotesi verso la creazione di senso" ed è per questo ben lontano da un linguaggio numerico e prevedibile in cui la successione di stimolo-reazione risulta in qualche modo pre-stabilita.

*effetti della soggettività ipotizzante che incide su altri soggetti*²⁴⁵”. Nel esistere ad altri soggetti il parlante ipotizza forme di condotta che mette in discussione nel processo relazionale. Tali ipotesi si configurano come *risposte originali* (non *reazioni generiche*) che però sono “significative giuridicamente solo quando implicano un transitare dei loro effetti nell’esistenza degli altri²⁴⁶”. La relazione giuridica si esplica nel domandare-rispondere che fa capo ad un reciproco ed ‘universale’ riconoscersi regolato dal terzo-Altro. Il soggetto parlante che esprime un’aspettativa desiderante ha la possibilità di esprimere tale aspettativa nel dialogo con gli altri parlanti, garantito dal diritto che lo salvaguarda dall’essere lasciato solo nella sua condizione di aspettativa. Il diritto istituisce per questo la *pretesa giuridica*, “che ha come contenuto primo quello di situare e custodire la relazione con l’altro oltre il *pensiero-desiderio*” trasformandolo in un pensiero-pretesa radicato nella relazione di riconoscimento come relazione giuridica fondamentale (relazione triale in quanto disciplinata da un terzo). La società globale di stampo neo capitalista determina uno svuotamento progettuale del desiderio: l’autonomia dell’individuo, garantita dall’autonomia del sistema economico, diventa portatore di bisogni e di desideri illimitati che si trasformano in beni di consumo da poter acquisire attraverso le leggi del mercato. Il desiderio diventa infatti “sempre calcolabile secondo criteri utilitaristico-quantitativi”. L’individuo è, contemporaneamente, organizzato per tutti i suoi bisogni all’interno dell’ istituzione (“la progressiva istituzionalizzazione di tutti gli ambiti di vita, bisogni e desideri, che sono inclusi nelle infinite strategie di azioni che il sistema mette a disposizione

²⁴⁵ B. Romano, *Filosofia del diritto*, cit. , p. 119

²⁴⁶ *Idem*

del singolo, esaurisce il campo del possibile: [...] l'uomo è interamente abitato dalle Istituzioni²⁴⁷”) e identificato con la sfera del ‘*narcisismo dell’illimitato desiderio*’. Il senso esistenziale del diritto consiste nel liberare i parlanti, che si relazionano giuridicamente, dall’incidere della temporalità dell’improvviso. Il diritto sottrae, almeno temporaneamente, le relazioni alla mutevolezza di una relazione tra parlanti, non disponibili a riconoscersi ma solo ad esprimere se stessi o parti di sé in forma autoreferente, ed i cui orientamenti mutano costantemente in ragione del mutare delle decisioni dei singoli. Il diritto libera da questa dipendenza i parlanti poiché configura la pretesa come pretesa giuridica, specificata temporalmente, che ha “come suo contenuto il pretendere la durata delle relazioni giuridiche oltre la mutevolezza delle scelte, che abbandona il relazionarsi al semplice improvviso momento per momento”²⁴⁸. L’improvviso e la mutevolezza condannano gli individui alla costante instabilità delle relazioni nonché ad una non comprensione reciproca, determinando stati di angoscia dovuti alla continua esposizione ad un futuro incerto ed all’appartenenza ad un mondo dalla cui produzione si è sostanzialmente esclusi. “Il diritto garantendo la durata del concretizzarsi di contenuti della relazione, trasforma una *aspettativa cognitiva* in una *aspettativa normativa*²⁴⁹” mediante la pretesa giuridica che confina, delimitando tutto il ‘passibile, e specifica, definendola normativamente, la *possibilità*. Il diritto in ultima analisi interviene nella forma prima della relazione poiché consente ai singoli parlanti di esprimersi riconoscendosi: esso dunque garantisce la formazione delle

²⁴⁷ P.Barcellona, *Diritto senza società*, Bari , 2003,cit. pag.148.

²⁴⁸ B. Romano, *Filosofia del Diritto*, cit. pag.121.

²⁴⁹ *Idem*

identità nella relazione triale, che si struttura nei processi differenziali in cui ognuno non è riconducibile all'immagine dell'altro; interviene, in secondo luogo, nella formazione del *futuro* dei parlanti in quanto stabilizzatore delle aspettative-desiderio ed espressione memoriale dei contenuti del passato (raccolto nel *testo giuridico*) in cui i parlanti si riconoscono avendo partecipato al processo di elaborazione\formazione dello stesso oltreché garante del processo di differenziazione da esso per la formazione del futuro. “Il diritto ha quale struttura temporale la *durata*, fondata sull'unità-contemporaneità delle tre dimensioni temporali”, è una sorta di ‘*principio unitivo*’ che ha la funzione come abbiamo precedentemente sottolineato di “*garantire la relazione dalla temporalità dell'improvviso, conferendo durata al rapporto*”.²⁵⁰ Il diritto istituisce leggi non trova e leggi. Le leggi trovate presumono una temporalità lineare, dove il prima costituisce la *causa* e il dopo l'*effetto*. In questa logica gli elementi successivi non incidono su quelli precedenti. Invece nella temporalità del diritto costruito attraverso il logos (Nel Nome di) vi è lo spazio di riflessione per comprendere come il dopo incide sul prima, difatti il linguaggio non si svolge solo attraverso una temporalità lineare ma anche e non secondariamente nell'ordine del retroagire. Nella retroazione si apre un vuoto di senso che pone ai parlanti la necessità di motivare e legittimare lo scegliere relazionale che dà il via all'opera istitutiva delle leggi giuridiche, ambientate dunque non nella *linearità ma nella circolarità retroagente*. Il diritto non è dunque una legge né deriva da una somma di leggi. Come il mondo esso si costituisce nella differenza di senso. Esso opera secondo la struttura del linguaggio, quindi nell'esistere del parlante che si compie

²⁵⁰ B. Romano, *Il Riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, cit. pag. 213.

come il trascendimento delle forme storiche degli enunciati istituiti, esigendo la ripresa continua del ‘che si istituisca’, differenziato dall’istituito. Il diritto ha dunque una funzione essenziale nei processi vitali, è esso stesso co-origine, frutto e regolatore di tali processi. Esso dunque è vivo nella misura in cui la società che lo produce è viva e fondata sulla reciprocità dello scambio, sulla crescita condivisa delle individualità, sul rifiuto dell’assolutismo individuale di un io che pensa se stesso come referente come unità a sé stante, non manchevole dell’altro da sé per definirsi. In tale prospettiva gli aspetti formali del diritto risultano la manifestazione esterna di un atto esistenziale mai completamente definibile e descrivibile. Le riflessioni del filosofo aprono la strada ad un “diritto esistito” che lo rende parte assoluta della crescita identitaria del singolo e della collettività. Laddove alcuni valori di riferimento dell’organizzazione sociale occidentale, ancora improntata ‘costituzionalmente’ alla collettività, alla solidarietà, alla reciprocità delle libertà individuali, alla fratellanza, all’uguaglianza, dovessero modificarsi (come probabilmente sta accadendo nella società contemporanea globalizzata) allora la definizione dei processi relazionali di base potrebbe mutare la sua struttura e costituirsi, sul piano comunicativo e di seguito relazionale, con modalità differenti. In questo caso è necessario porsi interrogativi seri su cosa accadrebbe al diritto in qualità di *fenomeno* e di *fatto*.

Capitolo quarto

Nuovi stati di configurazione delle Identità, individuali e collettive, delle società globali: funzioni del medium Diritto nella sua funzione di terzietà.

4. Premessa

Al fine di individuare quale funzione può avere il diritto in qualità di prodotto culturale nella configurazione di una società complessa e globalizzata è necessario esplorare alcuni temi che caratterizzano il dibattito moderno sulle autorappresentazioni individuali e collettive che generano o sono generate, esse stesse, dalla funzione dei *diversi media* che regolano le relazioni tra le persone e tra le comunità. In questa parte saranno brevemente delineati alcuni aspetti peculiari della società contemporanea, quali la riconfigurazione della dimensione spazio-temporale per l'uomo in una società neo-globale e le interrelazioni tra l'uomo ed i media nell'esercizio delle libertà e dei diritti. Tuttavia ciò che ci preme sottolineare è che allorquando il diritto in qualche misura smette di essere pensato come prodotto vitale e culturale, concepito quindi all'interno di un determinato paradigma socio-culturale e necessitante di una costante metariflessione sulla sua funzione e la sua essenza, e diventa prevalentemente un sistema normativo o regolativo, si corrono grossi rischi.

Esamineremo in questa parte alcune posizioni filosofiche e sociologiche sulle possibili connessioni tra sviluppo sociale contemporaneo e diritto, valutando se è possibile ancora pensare come essenziale la funzione della *terzietà del diritto* nei processi comunicativi e sociali in una società globale.

4.1 *La società globale*

La globalizzazione fa riferimento non ad uno specifico quadro politico quanto ad una sorta di messa all'esterno del politico dal quadro categoriale dello Stato-Nazione e perfino fuori a quanto finora inteso come appartenente al politico o al non-politico. Per 'globalizzazione' si intende, secondo quanto espresso da U.Beck "l'evidente perdita di confini dell'agire quotidiano nelle diverse dimensioni dell'economia, dell'informazione, dell'ecologia, della tecnica, dei conflitti transculturali e della società civile, cioè in fondo, qualcosa di familiare e allo stesso tempo inconcepibile, difficile da afferrare, ma che trasforma radicalmente la vita quotidiana, con una forza ben concepibile, costringendo tutti a trovare risposte²⁵¹". Tale condizione costringe le persone a vivere ed ad agire al di sopra delle distanze, conformandosi a stili di vita transnazionali, spesso non voluti e non compresi, in un mondo in cui il denaro, le tecnologie, le informazioni, le persone, le idee oltrepassano i confini.²⁵² Nel mondo globale le imprese prendono il sopravvento su qualsiasi forma politica e all'occorrenza se ne servono per agire in funzione della crescita dei loro interessi economici. "Esse detengono un ruolo chiave non solo nell'organizzazione dell'economia, ma anche in quella della società nel suo complesso; sia pure 'solo' in ragione del fatto che possono sottrarre alla società risorse materiali (capitale, tasse, posti di lavoro)²⁵³". L'economia si muove su scala planetaria e mina i fondamenti dell'economia nazionale. Gli antichi avversari 'capitalisti' lavoratori si ritrovano ad agire su terreni non più

²⁵¹ U. Beck, *Che cosa è la globalizzazione*, Roma, 2004, cit. pag. 39.

²⁵² Ivi, p. 39.

²⁵³ Ivi, p. 14.

identificabili con l'appartenenza ad una determinata 'economia di Stato'. Il lavoro diventa flessibile e de-localizzato, le risorse finanziari si spostano in sistemi funambolici di investimento in investimento spesso identificandosi in entità non immediatamente materializzabili ma potenziali e volatili. La produzione di leggi risponde spesso a tali mutamenti economici: l'economia deve tutelarsi ed autogarantirsi per cui indirizza i processi vitali a tal fine. Una economia ed una politica che non coincide più con un territorio specifico (nomoi di riferimento) determina la produzione di un diritto necessariamente artificiale e non legato ad alcun contesto specifico²⁵⁴. In seguito alla frammentazione di antiche realtà territoriale, sociali e politiche, vi è un proliferare di sub-politiche che costituiscono ulteriori potenziali di azioni di potere, al di là della politica ufficiale, per le imprese che si muovono in un contesto mondiale²⁵⁵. La società mondiale si sviluppa in molteplici direzioni che oltrepassano lo Stato-nazione poiché sono "una pluralità, non legata ad un luogo, di sfere sociali, reti di comunicazione, rapporti di mercato, modi di vita"²⁵⁶.

"La globalità-afferma Natalino Irti- riguarda tutti i luoghi, ma non è unità di luogo. Essa è appunto un orizzonte che non risolve in unità *l'atomismo dei singoli soggetti* economici (di produzione, consumo o scambio)".²⁵⁷ Vi è una evidente perdita dei confini dell' "agire quotidiano" nelle diverse dimensioni "dell'economia, dell'informazione, dell'ecologia, della tecnica, dei conflitti transculturali e della società civile"²⁵⁸; ogni cosa oltrepassa i confini temporo-spaziali finora conosciuti. "Alla sconfinata libertà di

²⁵⁴ N. Irti, *Norme e Luoghi*, cit. p.123.

²⁵⁵ U. Beck., cit. p. 16.

²⁵⁶ *Idem*

²⁵⁷ N.Irti, *Norme e Luoghi*, cit. p. 64.

²⁵⁸ U. Beck, cit. p.39.

movimento del capitale, che è mobile ed extraterritoriale e che è ormai in grado di svincolarsi da ogni limite, grazie alla “compressione spazio-temporale”²⁵⁹ prodotta dalla tecnologia (comunicativa, informatica ecc.), corrisponde una perdita di potere della politica; che non vuol dire, come alcuni vorrebbero, la “fine della politica”, ma certo il suo indebolimento, la perdita delle funzioni tradizionali dello Stato di salvaguardia della vita degli individui e di garanzia di un ordine, scaturito da un consenso, attraverso la capacità di limitare, controllare, decidere”²⁶⁰. La globalizzazione si trasforma in un’ ‘uccisione’ della distanza, il potere economico fluisce nella dimensione corporea del cyberspazio e detta legge sulle priorità e le decisioni, “indifferente alle sorti degli individui concreti e “territoriali” che ne subiscono le leggi, - o meglio l’anomia – senza poter contare sulla protezione dello Stato”. Lo Stato dimostra la propria impotenza di fronte ad una situazione che sfugge ad ogni controllo, ad un’economia che crea incertezza, alla liberalizzazione del mercato, alla flessibilità del lavoro, determinando negli individui ansia, ritrazione, autodifesa. Anthony Giddens ne “Il mondo che cambia”, sostiene che il termine globalizzazione fa anzitutto riferimento ad un concetto economico qual è il ‘mercato globale’ improntato a flussi di denaro enormi che si spostano in una immensa ‘economia elettronica’ globale²⁶¹. Tuttavia sarebbe un errore considerare il fenomeno soltanto nei suoi aspetti economici: “la globalizzazione è infatti politica, culturale e tecnologica, oltre che economica e si è diffusa soprattutto con lo sviluppo dei sistemi di

²⁵⁹ D. Harvey, *La guerra perpetua*, Milano, 1993.

²⁶⁰ E. Pulcini, *L’io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, tratto da D. D’Andrea, E. Pulcini (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, ETS, Pisa 2001 (ristampa 2003).

²⁶¹ A. Giddens, *Il mondo che cambia*, Bologna, 2000, cit. pag. 22.

comunicazione, dalla fine degli anni sessanta in poi”²⁶². La comunicazione elettronica non è infatti solo uno strumento per la velocizzazione della trasmissione dei dati, essa altera il sistema di vita di tutti coloro che la utilizzano o che ne sono in qualche misura coinvolti, porta con sé delle modifiche sui grandi sistemi e sugli aspetti più personali della vita di ogni singola. Essa sviluppa un senso di contemporaneità virtuale di eventi non contemporanei così che un evento non contemporaneo, magari solo regionale o locale diventa parte della storia del mondo; ma anche perché la contemporaneità sincronica si trasforma in non contemporaneità diacronica e in questa maniera possono essere prodotte catene artificiali di cause ed effetti. Nasce il ‘globo del tempo compatto’, dal punto di vista economico il globo non è più esteso e con paesi distanti, ma compatto, piccolo e vicino alle piazze di mercato (del denaro). Se da una parte si rompe il confine dello Stato-nazione dall’altro si amplifica l’importanza del ‘locale’ che spinge per conquistare una propria autonomia rispetto ad un’organizzazione collettiva nazionale (nazionalismo locale). L’organizzazione economica attuale è comunque il frutto di scelte politiche e tendenze culturali e cambiamenti tecnologici ben precisi. I prodotti della globalizzazione sono vastissimi e soprattutto si ripercuotono su scala mondiale nonostante vi siano alcuni paesi o alcune tradizioni culturali che non partecipano attivamente alla gestione di capitali finanziari o ai ‘valori’ veicolati dall’economia capitalista (basti pensare a quanto abbia diffuso tali valori la televisione anche in paesi la cui organizzazione economica, sociale e culturale era bene distante dagli standard occidentali). La globalizzazione produce infiniti fenomeni sul piano economico, politico,

²⁶² Ivi, p. 23.

sociale e culturale, i cui pro e contro è assai complesso esaminare²⁶³. La Pulcini sostiene tuttavia che in tale fenomeno non è giusto ravvisare, come fanno alcuni, un'uscita dalla modernità: se è vero infatti che lo scenario post-moderno mette in crisi il progetto della modernità (razionalità, ordine, progresso, conciliazione tra bene pubblico e privato), esso tuttavia non ne annulla e non ne smentisce i presupposti originari (libertà e sovranità dell'individuo, autoaffermazione, legittimità dei desideri e delle pretese soggettive); dei quali l'idea di illimitatezza e di insicurezza fanno intrinsecamente parte. Più che di un congedo dalla modernità si può parlare del manifestarsi delle sue "conseguenze radicali", e ciò permette di riconoscere le differenze e le trasformazioni senza negare la continuità. La "globalizzazione" si può considerare come fase ultima della modernità nella quale l'ambivalente coesistenza di illimitatezza e insicurezza sembra aver raggiunto proporzioni tali da sfuggire non solo ai modelli tradizionalmente moderni di progettualità, ma alla possibilità stessa del progetto, della direzione e del controllo. La globalizzazione, acuisce le

²⁶³ Uno degli aspetti ancora poco illuminati nel ricco e crescente dibattito sulla globalizzazione è quello relativo agli effetti che essa produce sulla costituzione dell'identità individuale e sulle forme del legame sociale, sulle trasformazioni dell'io e sui vincoli di solidarietà. Si stenta cioè a trasferire in una prospettiva globale una problematica che di per sé occupa invece, da tempo, parte dell'attenzione della riflessione contemporanea sulla modernità e sulle sue "conseguenze", più o meno radicali. Da quando, alcuni decenni fa, Richard Sennett e Christopher Lasch denunciavano il "declino dell'uomo pubblico" e il trionfo dell'homo psychologicus sull'homo politicus della prima modernità (Sennett 1982, Lasch 1981), prospettive interpretative anche molto diverse tra loro hanno trovato di fatto un punto di convergenza nella critica della società postmoderna, caratterizzata appunto da una deriva soggettivistica responsabile della crisi del legame sociale e della disaffezione alla vita pubblica. Dai communitarians americani agli eredi del Collège de sociologie, da esponenti del "republicanism" come Robert Bellah ai teorici del dono, da Charles Taylor alle preoccupazioni comunicative di Habermas e Apel, uno dei temi di fondo è indubbiamente la denuncia di un deficit di solidarietà e di una perdita di comunità che impone un ripensamento dell'intero progetto della modernità e l'individuazione di adeguate strategie normative tese a correggerne gli effetti patologici. Elena Pulcini, *L'io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, Tratto da D. D'Andrea, E. Pulcini (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, ETS, Pisa 2001 (ristampa 2003).

patologie del'Io e alimenta la crisi del legame sociale, in quanto moltiplica sia le ragioni dell'illimitatezza sia i fattori di insicurezza. Noi tratteremo brevemente alcuni di questi temi con l'obiettivo di mettere a fuoco come il cambiamento di una società complessa possa rendere critica la posizione di un medium essenziale nell'organizzazione sociale quale è il diritto.

4.2 *Le Istituzioni-guscio*

Abbiamo visto come Beck mette in evidenza la crisi dello Stato-nazione in un contesto dove le grandi compagnie internazionali producono fluttuanti accorpamenti sopranazionali finalizzati alla produzione ed all'accumulo di capitali enormi. Al fine di garantire la sopravvivenza di tale processo le major economiche si assicurano costantemente l'accordo con sistemi politici trasversali dei diversi paesi del mondo determinando la presenza di un crescente mercato globale che possa consentire alla merci di essere prodotte in quantità dalla massa dei lavoratori mondiali, per poter essere consumate ad oltranza dalla massa di consumatori globali. Secondo U.Beck "L'intervento sulla struttura essenziale delle moderne società nazionali, avvenuto nel *business as usual*, senza rivoluzioni, senza mutamenti legislativi o costituzionali, ha fatto sì che le imprese possano, in primo luogo esportare posti di lavoro là dove i costi e le condizioni per l'impiego delle forze-lavoro sono più convenienti..[...]..In secondo luogo esse possono..[...]...dividere prodotti e servizi e *produrre distribuendo il lavoro* in posti diversi del mondo,così da rendere puri inganni le etichette dei prodotti che continuano ad indicare un'unica ditta e un'unica provenienza nazionale. In terzo luogo esse possono servirsi di Stati nazionali o di singoli luoghi di produzione anziché di altri, così da gestire

un “governo globale di vacche” per le condizioni fiscali più convenienti e le prestazioni infrastrutturali più favorevoli; allo stesso tempo possono “punire” gli Stati nazionali, se ritenuti “cari” o “stili” agli investimenti”²⁶⁴. L’influenza delle oligarchie economiche²⁶⁵ prena dunque di sé le organizzazioni politiche e gli orientamenti valoriali che esse abbracciano o assumono per ‘condurre’, rappresentare ed indirizzare la popolazione globale. A tal fine i sistemi politici costruiscono spesso ideologie politiche ad hoc e promuovono forme culturali ispirate alle logiche neo-capitaliste. I valori culturali su cui si costruisce la società contemporanea occidentale sono in larga misura influenzati dai principi della globalizzazione. Essi diventano vincolanti ed estremamente significativi per i fruitori anche grazie alla potenzialità di trasmissione che hanno le nuove tecnologie da cui vengono ‘spacciati’ in ogni momento dell’organizzazione vitale dei singoli. Le sotto-culture presenti nel ‘mondo globale’ per lo più corrono parallele alla cultura ufficiale, quando non ne siano un semplice alter-ego, e riguardano comunque nicchie di persone che, sebbene esprimano comportamenti diversificati dal sentire comune, permangono in condizioni di isolamento sostanziale in una evidente inefficacia politica. Le istituzioni in questo complesso quadro diventano <<guscio>>, ossia di fatto inadeguate a svolgere i compiti che vengono loro richiesti.²⁶⁶ Lo Stato-nazione è uno Stato territoriale il cui potere è collegato al luogo che rappresenta di cui difende l’integrità e che governa in base a leggi e principi. La società mondiale globalizzata invece “relativizza lo Stato-nazione” poiché essa si sviluppa e si manifesta in pluralità eteronome di

²⁶⁴ U. Beck, *Che cosa è la globalizzazione*, cit. p.16.

²⁶⁵ Esse promuovono la logica “capitalismo *senza lavoro* più capitalismo *senza tasse*”

²⁶⁶ A. Giddens, *Il mondo che cambia*, cit. pag. 31.

“sfere sociali, reti di comunicazione, rapporti di mercato, modi di vita²⁶⁷,” tali che i confini dello Stato-nazione vengono del tutto oltrepassati ed ignorati (un esempio per tutti lo costituisce la crisi della sovranità fiscale dello Stato: le imprese del mercato globale possono infatti “produrre in un paese, pagare le tasse in un altro ed in un terzo chiedere contributi statali in forma di interventi infrastrutturali”). In una economia sì fatta il numero dei poveri cresce enormemente e le forme di sperequazione sociale si acuiscono. Si determinano sacche di povertà in sfere sociali imprevedibili (basti pensare all’attuale pericolo di crack finanziario di compagnie assicurative e/o di banche di investimento che porta con sé il collasso finanziario di milioni di persone stipendiate le cui potenzialità d’acquisto e di investimento economico possono andare in fumo in pochi giorni determinando per loro un vero tracollo economico); lo stato sociale si indebolisce dal momento che le risorse economiche complessive diminuiscono mentre le spese di assistenza aumentano in maniera esplosiva (grazie alla produzione costante di nuovi poveri e di disagi di ogni genere- malattie, devianze sociali e psichiche, ect.). Di fatto manca la cornice di premesse condivise per regolare il conflitto tra i vincitori della globalizzazione e gli sconfitti: la logica del conflitto del gioco capitalistico a somma zero si ritrova rinnovata e rafforzata, mentre vengono meno i mezzi statali di pacificazione che facciano lievitare la torta da dividere con uno sviluppo economico programmato. In ultima analisi sul piano politico globalità significa “la frantumazione di unità tra Stato-nazione e società nazionale; la formazione di nuovi rapporti di potere e di concorrenza,

²⁶⁷ U. Beck, *Che cosa è la globalizzazione*, cit. pag.16.

conflitti e incroci tra unità e attori nazional-statali da un lato, e attori, identità, spazi sociali, condizioni e processi transnazionali dall'altro"²⁶⁸.

4.3 *La community globale*

“Le spinte contrastanti della globalizzazione creano due ordini di problemi, quello che riguarda il rapporto individuo-altri e quelli che riguarda i problemi dell'individuo con se stesso; il primo ordine di problemi sfocia in pluralismo che può diventare relativizzazione delle norme morali, il secondo in una pluralizzazione delle scelte che rischia la frammentazione dell'identità²⁶⁹”. Una delle prospettive di lettura ne sottolinea l'intrinseca ambivalenza: se da un lato si assiste a processi di unificazione, omogeneizzazione, omologazione, dall'altro si verificano processi di frammentazione, eterogeneizzazione, differenziazione²⁷⁰. Si assiste inoltre ad un fenomeno di grande interesse: si determina cioè una polarizzazione che vede da un lato “l'emergere di un individualismo narcisistico (omologazione, indifferenza, perdita di comunità), dall'altro il configurarsi di un comunitarismo tribale²⁷¹ (ritorno della comunità in forme distruttive ed esclusive)”²⁷², che in molti casi può essere il sintomo di forme di

²⁶⁸ Ivi, p.40.

²⁶⁹ D. Bramanti, *Sociologia della mediazione*, Milano, 2005, pag. 56.

²⁷⁰ L'idea, difesa soprattutto dai “cultural studies”, di una inscindibile coesistenza di “globale” e “locale” –sintetizzata da Robertson nel termine “glocalizzazione”- ben riflette questa costitutiva ambivalenza, suggerendo la necessità di rinunciare a prospettive dicotomiche, pur riconoscendo l'oggettiva complessità e pluralità del mondo contemporaneo (Robertson 1999; Featherstone 1996).

²⁷¹ J.Habermas, C.Taylor, *Multiculturalismo*, cit. “Il ritorno della comunità in forme violente ed esclusive, l'emergere cioè di quello che vorrei definire il comunitarismo tribale, è, appunto, un fenomeno globale che investe sì il fuori, ma anche il dentro dell'Occidente; dove il “noi” tende a configurarsi, come ben sottolinea Sennett, come un “pronome pericoloso” (Sennett 1999, pp.137sgg.); ad assumere forme autodifensive e protezionistiche di aggregazione, spesso sostenute e rafforzate dall'esclusione dell'“altro” (lo straniero, l'estraneo, colui che minaccia non solo gli interessi, ma l'identità dell'Io)”.

²⁷² Elena Pulcini, *L'io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, Tratto da

chiusura e difesa estrema da parte di singoli che si chiudono in ‘comunità protettive’. Le “lealtà primordiali” diventano veicolo di pulsioni arcaiche, che si coagulano nella difesa delle appartenenze etniche, nazionali, religiose. Si sviluppano oltre che processi unificanti anche processi di “rivitalizzazione della dimensione “locale” che avvengono almeno per due ragioni: anzitutto “il capitalismo globale, mobile e “senza frontiere”, ha comunque bisogno di radicarsi nei singoli spazi territoriali filtrando simboli e messaggi attraverso le culture locali”.²⁷³ Il proliferare della frammentazione politica, la valorizzazione della specificità culturale o della “differenza” nazionale e etnica, sono di fatto funzionali alla logica del mercato mondiale e alla creazione di una mentalità consumistica omologante. In secondo luogo nel ‘locale’ avvengono differenziazione culturali determinati dalla ridefinizione dell’identità in quello che Clifford Geertz ha definito un “mondo in frammenti”²⁷⁴. Tale processo tende a sviluppare forti forme di conflitti (etnici e religiosi) che attraversano il mondo e trae origine anche da una risposta “all’assimilazione livellante della globalizzazione”. Nei processi di globalizzazione si manifesta dunque anche il bisogno identitario di individui che non sono disposti a sottomettersi alle logiche di atomismo e omologazione imposte dalla società moderna e che non vogliono contribuire alla distruzione dei legami sociali significativi²⁷⁵. La cultura della globalizzazione crea un nuovo modo

D. D'Andrea, E. Pulcini (a cura di), *Filosofie della globalizzazione*, ETS, Pisa 2001 (ristampa 2003).

²⁷³ R. Robertson, *Globalization, Social Theory and Global Culture*, trad.it Globalizzazione. *Teoria sociale e cultura globale*, Trieste 1999

²⁷⁴ C. Geertz., *Mondo globale, mondi locali*, Bologna, 1999.

²⁷⁵ S. Latouche, *La Megamachine. Raison technoscientifique, raison économique et mythe du progrès, La Découverte*, Paris 1995; trad.it. *La megamacchina*, Torino ; J. Baudrillard, 1976, *La société de consommation: ses mythes, ses structures*, Denoël, Paris 1970; trad.it. *La società dei consumi*, Bologna 1976.

di dare senso alle cose e di percepire tempo e spazio. I sostenitori della globalizzazione sostengono invece che tale fenomeno alimenta una cultura 'globale' che si fonda su una *community* intesa come collettività che condivide contemporaneamente i benefici di azioni globali ed ha al contempo la possibilità di sviluppare culture locali. Ciò implica che la globalizzazione non riduce tutto ad una singola cultura ma apre a scenari glocali che si manifestano in "immaginazione di vite possibili" derivanti da una molteplicità di combinazioni. Baumann tuttavia rintraccia in questa tendenza una manifestazione non di estrema libertà, bensì di "inevitabile conseguenza" dell'economia globale. Di fatto con la globalizzazione "vengono tolti dal loro isolamento i simboli culturali (derivanti da identità di natura differente) e tali simboli vengono assorbiti dall'economia globale che li trasforma in prodotti di mercato e di consumo, sebbene scelti a livello locale, che diventano 'contrassegni simbolici' per "identità estinte e risvegliate, riscoperte o finora solo postulate". Le culture translocali che ne derivano presentano una polarizzazione interna molto più marcata rispetto alle precedenti organizzazioni socio culturali tra ricchi globalizzati e poveri localizzati. La glocalizzazione si può, secondo Bauman, definire come un processo di *neo-stratificazione mondiale*, con una concentrazione della libertà di azione tra coloro che gestiscono *l'economia globale*. I ricchi non necessitano più dei poveri e non confliggono più con loro; ricchi e poveri ('strutturalmente superflui') non dipendono più l'uno dall'altro ma abitano spazi e mondi diversi ed estremamente differenziati tra cui non si cercano compromessi per la convivenza. Gli uomini del primo mondo vivono in un tempo che è eternamente presente, in cui gli episodi sono 'asetticamente isolati tra di loro', che non hanno passato futuro ma che vivono un tempo

sempre *'saturo fino all'orlo'* (questi uomini *non hanno mai tempo*). Gli uomini del secondo tempo vivono un tempo sempre uguale a se stesso, *'sovrabbondante e superfluo'*, che non possono riempire; "essi possono solo ammazzare il tempo,così come sono lentamente ammazzati da esso". Gli uomini del primo mondo vivono nel tempo, mentre lo spazio non significa nulla dal momento che possono colmare le distanze attraverso le nuove tecnologie. Jean Baudrillard²⁷⁶ parla di una sorta di *'iperrealtà'*, "nella quale il virtuale ed il reale non sono più separabili, perché entrambi fanno venire a mancare nella stessa misura l'oggettività', l'eternità, il potere coercitivo, che Emile Durkheim definì come contrassegno della <<realtà>>". Gli uomini del secondo mondo vivono un tempo vuoto, in cui per lo più lavorano senza futuro, non lasciano alcuna traccia di sé ed hanno come spiraglio spesso solo lo spazio ed il tempo *'virtuale'* scandito dalla televisione. Di fatto cessa la dialettica servo-padrone di stampo moderno e conseguentemente si spezza il vincolo di solidarietà collettiva e di reciprocità su cui si fondava la costruzione sociale dall'epoca della rivoluzione industriale in poi. Si frantuma il rapporto di interdipendenza e si cade in un non-luogo, tipico della società globalizzata.²⁷⁷

4.4 *L'uomo liquido*

Cosa può accadere nei singoli individui che vivono la propria vita in un mondo globale e che strutturano legami sociali? Quali sono i riflessi identitari in una cultura globale? Vi sono ancora Terzi che mediano la relazione tra individui e se si quali caratteristiche presentano e di che cosa si improntano in una società globale?

²⁷⁶ Cfr. J.Baudrillard, *Violenza del virtuale e realtà integrale*, Firenze, 2005.

²⁷⁷ U. Beck, *Che cosa è la globalizzazione*, cit. pag.78.

Per quanto riguarda la condizione dei singoli nell'età globale emerge con evidenza secondo la Bramanti:

- una debolezza delle strutture di personalità
- la conseguente diffusione di comportamenti conflittuali e violenti

Sul versante comunitario invece si riscontrano:

- un aumento della differenziazione sociale che in qualche modo oscura il valore dell'appartenenza comunitaria
- una conseguente diminuita credibilità o credenza a norme e valori di riferimento comuni e condivisi.²⁷⁸

Zygmunt Bauman sostiene, come abbiamo visto, che la popolazione è inglobata in gruppi che si collocano su poli opposti. Nell'età moderna, all'interno di una società divisa in classi molteplici, ognuno tendeva a crearsi una propria nicchia di appartenenza; nell'età globale, dove trionfa l'idea della "libertà dell'uomo contemporaneo" si verificano dei cambiamenti di fondo. "Stiamo attualmente passando dall'epoca dei <<gruppi di riferimento>> preassegnati a quella del raffronto universale in cui la destinazione dei singoli sforzi di autocostruzione è endemicamente e incurabilmente sottodeterminata, non è data in anticipo e tende a subire numerosi cambiamenti prima che tali sforzi raggiungano il loro fine reale: la fine della vita dell'individuo".²⁷⁹ Nel mondo convivono modelli concomitanti e spesso in contraddizione tra di loro, nessuno dei quali ha fino in fondo un proprio valore di coercizione (la coercibilità dell'*esterno* che caratterizza la 'realtà' di cui parlava E. Durkheim). Siamo nella società dell'*individuo*, in cui le responsabilità e le scelte ricadono sul singolo, in cui dipendenza ed interazione sono liquefatti. Il tempo e lo spazio vengono

²⁷⁸ D. Bramanti, *Sociologia della mediazione*, cit. pag. 58.

²⁷⁹ Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, 2004, cit. pag. XIII.

disgiunti, diventano quasi categorie indipendenti l'una dall'altra. Gli spazi si allungano smisuratamente. Il tempo acquista una storia propria legata alla capacità di ingegno delle risorse umane, esso viene a dipendere dalla tecnologia meccanica e poi elettronica. “Lo spazio è spazio virtuale, reticolare. Muta il luogo. Nel nostro mondo si impone il non-luogo dello spazio telematico”²⁸⁰. “Lo spazio telematico si distende intorno alla terra come un sopra-mondo, un'epidermide, popolata di essere intangibili, percepiti soltanto dal nostro occhio e dal nostro orecchio”²⁸¹.

Tuttavia di fronte a spazi infiniti si aprono barriere comunicative invalicabili. “L'Io postmoderno, insistono sia pure con linguaggi diversi, alcuni autori, è caratterizzato da una vocazione autoaffermativa illimitata nella quale sembra affievolirsi quella tensione etica e societaria che ancora guidava l'agire dell'individuo della prima modernità, prometeicamente responsabile del futuro e razionalmente disponibile al patto e all'intesa. Mosso da impulsi ambivalenti, nei quali il sentimento della propria onnipotenza si coniuga con la percezione del proprio vuoto e della propria debolezza, esso si ritrae in una sorta di solitudine atomistica che lo separa dall'altro pur senza isolarlo dal mondo, che egli tende al contrario ad usare come pura arena di una narcisistica autorealizzazione. Indifferente verso tutto ciò che non rientri immediatamente nella dimensione autoreferenziale dell'Io, l'individuo postmoderno appare in prima istanza “estraneo” più che ostile all'altro (Lipovetski, 1995); vale a dire non più impegnato in una hobbesiana dinamica conflittuale che prelude ad una finale, reciproca negoziazione, ma chiuso in un circuito “immunitario” che lo preserva da

²⁸⁰ L. Di Santo, *Spazio, tempo, memoria, come dimensioni costitutive dei diritti umani*, in *Utopia y Praxis Latinoamericana*, Anno 10, N°30, pag. 57-71. cit. pag. 59. Si veda anche H. Blumenberg, *Tempo della vita e tempo del mondo*, Bologna, 1996, pag. 327 e sgg.

²⁸¹ N. Irti, *Norme e Luoghi*, Bari, 2006, cit. pag. 66-67

ogni attivo coinvolgimento nella sfera sociale e politica”²⁸². Attraverso l’esercizio del potere economico neo capitalista si diffondono valori legati alle merci, quali *la leggerezza e la trasferibilità*, anche nei dispositivi identitari. Il risultato è la disintegrazione sociale. Presupposto essenziale dei nuovi poteri è che essi insegnano agli individui la fuga ed il disimpegno. “E’ la caducità, la friabilità, l’inconsistenza e la provvisorietà dei legami e delle reti di interazione umana che consente a tali poteri di assolvere il loro intento”²⁸³. Ci si sente più liberi, tuttavia tale sentimento conserva un’ambivalenza di fondo: il sentirsi liberi espone a rischi e responsabilità. Il dover contare solo sulle proprie forze spinge ad elaborare ansie e dolori interni, paura di rischi e fallimenti. E. Durkheim²⁸⁴ sostiene che ‘la norma ha come sua finalità quella di liberare gli uomini’. Essa è basata sul livello medio o più comune e corroborata da severe punizioni, e libera l’uomo dalla sua natura pre-sociale ed a-sociale. Essa costituisce la vera forza emancipatrice della società. La società globalizzata diffonde un’idea globale di non riconoscimento della norma infondendo un’idea di libertà intesa come ‘liberazione’ da regole e vincoli. La ribellione alle norme tuttavia mette l’individuo in un costante stato di indecisione sulle intenzioni ed i movimenti che lo circondano. In generale “modelli e standard imposti da forti pressioni sociali risparmiano” all’individuo una sorta di agonia: “grazie alla monotonia e alla regolarità di modelli di condotta raccomandati, imposti ed inculcati, gli esseri umani fanno quasi sempre come procedere e ben di rado vengono a trovarsi privi di adeguate direttive o finiscono in situazioni in cui occorre prendere decisioni e assumersene le responsabilità

²⁸² Elena Pulcini, *L'io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, cit., p.32

²⁸³ Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit. pag. XXII.

²⁸⁴ Cfr. E. Durkheim, *La scienza sociale e l'azione*, Milano, 1992.

senza conoscerne le conseguenze... [...] ..L' assenza di regole o la scarsa chiarezza di quelle esistenti-l'anomia- è la peggiore sorte che possa capitare a un uomo impegnato a espletare i compiti che la vita gli riserva.. [...] ...Nel momento in cui l'individuo si trova costretto a << bere o affogare>>, parte la compulsiva ricerca di certezze, inizia la disperata ricerca di soluzioni in grado di <<eliminare la consapevolezza del dubbio>>²⁸⁵, e qualsiasi elemento porti certezza è ben accetto. La capacità di esercizio di un giudizio critico tende a trasformarsi da strumento di valutazione finalizzato alla scelta, in una sorta di condizione permanente dello spirito, volta a non incidere in maniera significativa sulle reali capacità di scelta. Pur riconoscendo poco le norme sociali, in base all'idea di "uomo libero", l'individuo del mondo globale è alla ricerca di certezze che si concretizzano in *idola* da abbracciare più che in atti riflessivi che conducono alla scelta consapevole di regole condivise che possano orientare nella costruzione del 'sociale'. L'individualizzazione è un dato di fatto. Essa porta "un numero sempre crescente di uomini e donne ad una libertà di sperimentazione senza precedenti, ma pure l'onere -anch'esso senza precedenti- di sopportarne le conseguenze da soli. Il crescente divario tra il diritto di autoaffermazione e le capacità di controllo degli ordinamenti sociali che rendono tale autoaffermazione fattibile o irrealistica sembra essere la principale contraddizione della modernità fluida"²⁸⁶. L'Io globale è allo stesso tempo onnipotente e parassitario, unicamente occupato ad assorbire dal mondo tutto ciò che promette di soddisfare le sue pretese²⁸⁷.

²⁸⁵ Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit. pag. 9.

²⁸⁶ Ivi, p. 31.

²⁸⁷ Elena Pulcini, *L'io globale: crisi del legame sociale e nuove forme di solidarietà*, cit. : "Il parassitismo dell'Io viene inoltre alimentato da quella coazione alla mimesi che, in un mondo sempre più omologato, sempre più uniformato attraverso processi di "macdonaldizzazione"

L'ampliamento, sia pure illusorio e virtuale, della sfera del possibile e la vorticosità della soddisfazione di ogni esigenza fanno sì che l'illimitatezza del desiderio trovi nell'età globale una sua peculiare consacrazione. D'altra parte nella società globalizzata non vi è mai appagamento nel percorso individuale. Non vi è mai il senso di aver raggiunto una meta. L'individuo si auto-critica e vive con il rischio continuo dell'autocondanna. L'individualizzazione è inferiore rispetto alle capacità reali e concrete di autocostruzione, difatti vi è un netto rifiuto da parte della massa di un reale autonomia e autoaffermazione. U.Beck afferma che "il modo in cui si vive diventa una soluzione biografica delle contraddizioni sistemiche²⁸⁸", ovvero le contraddizioni di continenti, culture, religioni ect. si riflettono ed esplodono nella vita del singolo che sviluppa reazioni di paura, angoscia, senso di inadeguatezza intrapsichiche senza cercare risposte e risoluzioni collettive a tali stati. Si tengono gli occhi puntati prevalentemente sulla propria performance; di fatto si distoglie l'attenzione dallo spazio sociale in "cui le contraddizioni dell'esistenza individuale vengono collettivamente prodotte"; uomini e donne sono naturalmente tentati di ridurre la complessità della loro condizione al fine di rendere le cause della proprie miserie intelleggibili e dunque affrontabili e suscettibili di rimedio.²⁸⁹ La presenza di problemi comuni non crea la 'collettivizzazione dei problemi'. I problemi sono simili ma non si possono risolvere tutti insieme. L'*individuo* si sviluppa in netto contrasto con il *cittadino*.

(Ritzer 1997), diventa il meccanismo pervasivo di formazione di identità simili e indifferenziate; di individui in serie, uguali e animati da una vocazione conformistica che tuttavia, ben lungi dall'unirli, li confina ad un monadico isolamento".

²⁸⁸ U. Beck, ,cit. p.96 e sgg.

²⁸⁹ Z.Bauman, *Modernità liquida*, cit. pag. 31.

Tuttavia dal momento che non esistono risoluzioni individuali a conflitti sistemici (se non quelli della patologizzazione del singolo), vengono ricercate delle soluzioni immaginarie attraverso uno spostamento verso l'esterno delle cause, non però sul piano sistemico ma sul piano individuale: emergono dunque capri espiatori identificabili nei politici singoli, negli stranieri, ect. Si ha il rinforzo di sistemi di controllo e vigilanza, di fili spinati ed allarmi antifurto, ma ciò non basta a garantire l' "immunità" al cittadino globale. Cresce difatti nel cittadino globale la consapevolezza che non c'è la possibilità di fermare danni e pericoli oltre il proprio confine nella società globale, e quindi la sua incertezza cresce, rendendo ancora più marcata "la ritrazione narcisistica dell'Io, il bisogno di strategie autoconservative, la tendenza ad una mentalità della sopravvivenza. Lo spazio pubblico si svuota della presenza sia del cittadino che dei poteri, che diventano extra-atmosferici. Le decisioni cruciali non vengono più prese nella condivisione collettiva, in uno spazio organizzato politicamente. Il vero potere rimane lontano dalla politica che perde la sua funzione di promuovere forme di "sodalizio umano", fondate "sulla libertà di pensiero e di azione"²⁹⁰. La sfera del << pubblico >> viene colonizzata dal privato (si veda ad esempio come il *cittadino politico* viene ridotto ad interesse per le vicende personali all'interno dei talk show). Il proscenio pubblico non è più il luogo dove negoziare, trovare le risoluzioni per le comuni problematiche, ma diventa il luogo in cui interrelare le rispettive intimità. Tale modalità secondo Richard Sennet²⁹¹ diventa quasi l'unico modo per costruire un *senso di comunità*. "Per l'individuo lo spazio pubblico non è molto più che un maxi schermo sui cui le preoccupazioni vengono

²⁹⁰ Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2008, pag. 14.

²⁹¹ R. Sennet, *Il declino dell'uomo pubblico*, Milano, 2006.

proiettate ed ingrandite senza per questo cessare di essere private” (confessioni private vengono rivolte ed aperte a tutti)²⁹². Avviene un inversione di tendenza rispetto alle condizioni dell’età moderna: non è il privato a pervadere il pubblico, ma è il pubblico ad essere invaso dal privato (vedi talk show). Il ritorno di consapevolezza dal contatto con lo spazio pubblico consiste nella certezza che tutti sono soli e che tutte le vite hanno sconfitte e cadute quotidiane. Le condizioni attuali e economiche e politiche producono: precarietà delle alleanze umane, difficoltà della conquista della responsabilità, fragilità di qualsiasi azione comune, difficoltà a generalizzare l’esperienza²⁹³. Le persone vivono in senso costante di sfiducia di sé, di insicurezza, di paura, che potremmo definire ‘tormentosa sfiducia esistenziale’²⁹⁴. Il potere pubblico è vero che testimonia l’incompletezza della libertà individuale ma la sua ritirata o scomparsa di fatto profetizza l’impotenza pratica della libertà legalmente vittoriosa. Il diritto si rifocalizza dalla società giusta a quella degli individui che scelgono ed adottano a proprio piacimento modelli di vita e stili di felicità per loro consoni. L’individuo ha conquistato un’apparente autonomia che nella realtà è solo *de iure*; vive *de facto* una vita compulsiva e in una costante obbligatorietà di autodeterminazione. La trasformazione da *de iure* a *de facto* può avvenire solo nel momento in cui l’individuo diventa cittadino. Non può non passare attraverso una conquista congiunta

²⁹² Z.Bauman, *Modernità liquida*, cit. pag. 33.

²⁹³ Z.Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, cit., matura nell’individuo un’ansia diffusa e generica, per cui “la paura che deriva può essere facilmente attribuite alle cause sbagliate e può determinare azioni palesemente irrilevanti rispetto alla causa vera; poiché non è facile individuare le vere ragioni della vera inquietudine ed ancor meno tenerle sotto controllo quand’anche le si scopra, è difficile resistere alla tentazione di costruire e dare un nome ai presunti colpevoli, purché credibili, contro i quali sia possibile intraprendere un’azione difensiva (o meglio ancora offensiva) di grande effetto”. p. 26.

²⁹⁴ *Idem.*

di tutti i membri di una società. (reale processo di autocostruzione). Vi è dunque la necessità di risanare la distanza tra potere e politica, in un processo di risignificazione dell'agorà²⁹⁵.

4.5 Le libertà individuali e la libertà collettiva

Per quanto l'età contemporanea segni l'affermazione a pieno titolo delle libertà individuali ciò non vuol dire che la vita collettiva ci guadagni: "è possibile che l'aumento delle libertà individuali coincida con l'aumento dell'impotenza collettiva in quanto i ponti tra vita pubblica e vita privata sono stati abbattuti o non sono mai stati costruiti"²⁹⁶, ovvero non esiste un modo semplice per tradurre le problematiche private in questioni pubbliche e viceversa. Ciò fa in modo che le angosce private non si traducono in rivendicazioni pubbliche, rivolte alle istituzioni attraverso una mediazione politica. Esse diventano solo forme da esibire pubblicamente, e si trasformano o in esternazioni pietistiche o aggressive che vanno ad alimentare la socialità. Quando queste esternazioni si consumano, quando svaniscono le reazioni di fratellanza o solidarietà sociali, la persona torna in solitudine poiché non riesce a convertire i contenuti delle sue difficoltà in azioni politiche. J.Habermas intravede nello spazio democratico il luogo dove le persone possono evolvere collettivamente attraverso l'esercizio del dialogo volto all'intesa, mentre Z. Bauman sostiene che i processi di autolimitazione individuale e collettiva, che convivono con l'affermazione delle libertà individuali, tipici della politica democratica, sono quasi

²⁹⁵ Ivi. L'agorà dovrebbe consistere in uno spazio "in cui i problemi privati si connettono in modo significativo: vale a dire, non per trarre piaceri narcisistici o per sfruttare a fini terapeutici la scena pubblica, ma per cercare strumenti gestiti collettivamente abbastanza efficaci da sollevare gli individui dalla miseria subita passivamente; lo spazio in cui possono nascere e prendere forma idee quali 'bene pubblico', 'società giusta' o valori condivisi".cit. pag.11.

²⁹⁶ Ivi, p.10.

completamente disattesi nell'età contemporanea. Vi è una spiccata tendenza al rifiuto delle autolimitazioni da parte dei singoli fomentata da pensieri politici che vedono nel consumo illimitato l'unico obiettivo da perseguire: "l'unico grande scenario prevedibile è quello della continua accumulazione di spazzatura"²⁹⁷. Vivere in una condizione di insicurezza permanente, ricercare maggiori certezze, sentirsi pienamente liberi individualmente, crea negli individui una sorta di condizione mentale ambivalente: da un lato la maggior parte delle persone si sente nelle condizioni di poter realizzare qualsiasi desiderio abbia in mente; dall'altro qualsiasi elemento esterno destabilizzi l'ordine delle cose presente viene individuato come potenziale causa di disturbo e quindi di pericolo. Scompare di fatto l'idea che una società in cammino e mutevole non è di per sé pericolosa se è il frutto di un'agire collettivo che trasforma l'esistente in un'ottica di ridefinizione critica e costruttiva di sé costante; ovvero viene meno la premessa di una società democratica che pone le istituzioni che "vantano una validità de facto alla prova della validità de jure", ed il cui l'esercizio di riflessione critica ne costituisce proprio l'identità distintiva.²⁹⁸ Il proliferare di scelte possibili (spesso legato ad uno sviluppo di desideri infiniti che trovano nel consumo costante e puntuale la propria forma di appagamento), non coincide con lo sviluppo di una

²⁹⁷ Ivi, p.12.

²⁹⁸ Z.Bauman, ivi, cit. pag. 89. Bauman riporta le parole di Castoriadis a proposito della definizione del sistema politico democratico: "attività limpida ed esplicita volta alla fondazione di istituzioni desiderabili e della democrazia come regime di autoistituzione il più possibile limpida ed esplicita, come regime delle istituzioni sociali che dipendono da un'attività collettiva esplicita. Non è necessario aggiungere che questa autoistituzione è un movimento che non ha mai fine, che non aspira ad una "società perfetta" (un'espressione perfettamente insensata), bensì ad una società che sia il più possibile libera e giusta. E' il movimento che io chiamo progetto di una società autonoma, e che, se dovesse avere successo, avrà il compito di istituire una società democratica", in C. Castoriadis, *Democracy as a Procedure and Democracy as a Regime*. pag. 4-5.

capacità critica di scelta. Le forme eteronome o di 'autonomia individuale' di conduzione esistenziale diventano dominanti rispetto a forme collettive libere, critiche ed eventualmente autolimitanti. La libertà si focalizza sulla possibilità di soddisfare i propri piaceri (principale agente di motivazione dell'agire). La collettività viene 'usata' per la realizzazione dei desideri\piacere individuale (esso si costituisce e rimane tale). Adorno ed Horkheimer sostengono che "Gli individui si riducono alla pura successione di pensieri puntuali, che non lasciano traccia, o le cui tracce sono per loro oggetto di odio, come irrazionali, superflue, superate nel senso più letterale"²⁹⁹. Gli attimi ed i pensieri diventano un continuum temporale fatto di momenti intercambiabili, per cui "ogni singolo momento deve autolegittimarsi ed offrire la massima soddisfazione possibile"³⁰⁰. Di fatto il passaggio dell'età moderna all'età post-moderna non ha portato ad reale maggiore libertà individuale, almeno non nei termini di una maggiore voce in capitolo nella definizione dell'agenda delle opzioni o di una maggiore capacità di negoziare il codice di scelta. Ha solo trasformato il cittadino politico in cittadino consumatore. La libertà *de jure* esige una capacità di riflessione critica e di conversione in scelte individuali e collettive che non siano situazionali o puntiformi ma che tengano conto della complessità sociale e che possano costantemente fondare la validità di quanto accade sul piano normativo, sociale ed economico.

4.6 Riflessioni sulla natura del diritto nell'età postmoderna

Quale funzione riesce a conquistare il diritto nell'età postmoderna? La domanda apre scenari di riflessione notevoli in base alle considerazioni fin

²⁹⁹ W. Adorno M. Horkheimer, *Dialettica dell'Illuminismo*, Torino, 1980, pag. 129-130.

³⁰⁰ Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, cit. pag. 83.

qui svolte rispetto alle caratteristiche evolutive della società globalizzata. Nell'esperienza quotidiana emergono notevoli problemi di ordine teorico e pragmatico circa le modalità attraverso cui si origina il diritto e circa il rapporto tra norme e società. Cosa diventa la norma? Quale potere coercitivo e vincolante essa conserva? In quale misura le persone partecipano alla formazione del diritto? Quale coerenza tale formazione conserva nei riguardi di una 'società liquida'? quali poteri influiscono nell'opera dei legislatori? Quali approcci teorici intervengono nella idea della funzione del diritto? Il diritto può avere una funzione di Mediazione e di Terzo, nella costruzione dell'esistente e nella costituzione dei processi identitari degli individui in una società globale e multiculturale? Questi ed altri quesiti tenteremo di porre in chiave critica. Partiamo dal presupposto che il problema "del rapporto tra diritto e società è decisivo per comprendere i caratteri di una formazione sociale, il rapporto fra la tradizione, la storia e il <<progetto>> implicati nelle sue Istituzioni"³⁰¹. L'uomo nasce con diritti e doveri e si trova nella sua vita avvolto in una rete di relazioni normate da regole giuridiche. Tuttavia stabilire il fondamento di una norma non equivale a definire la struttura generale del diritto.³⁰² All'interno della filosofia del diritto si contrappongono posizioni che individuano nella contingenza storica della socialità la produzione materiale un certo tipo di diritto (giustpositivismo)³⁰³, a posizioni che guardano al diritto in senso assoluto "idealisticamente fondato su un principio di giustizia intrinseco alla struttura del fenomeno giuridico

³⁰¹ P.Barcellona, *Diritto senza Società, dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003.

³⁰² cfr. L.Kolakowski, *Orrore metafisico*, Bologna, 1992.

³⁰³ In questo caso il diritto, inteso come <<diritto positivo>>, è considerato come "prodotto di quella autorità politica che nella collettività ha il compito di produrre regole di convivenza"

(giusnaturalismo)”³⁰⁴. Si pone in questa alternanza il problema sulle strategie discorsive che costituiscono il presupposto della validità delle definizioni e che collocano il piano di indagine del significato dei concetti giuridici in un’ottica meta-storica e meta-sociale. L’uomo è all’interno di una certa prospettiva storica, in base alla quale formula giudizi e rappresenta se stesso; egli non può “essere malsicuro di cogliere l’essenza degli oggetti, ma può rappresentarli secondo ciò che dell’oggetto è << presente >> nella *situazione percettiva*”³⁰⁵.

La considerazione di cosa sia il diritto fa parte di una riflessione più ampia su quale sia la natura dell’uomo, quale sia la sua condizione e quale siano le sue strategie per concepire e vivere la realtà. L’uomo è di fatto costretto tra la coscienza della sua *finitezza*, e la presenza di una *essenza* dell’uomo stesso che lo spinge verso un cammino di perfezione. Gli individui vivono costantemente in una dinamica di fuga dal passato e costruzione di un futuro e pongono se stessi come una sorta di mediatore, tra ciò che c’era e ciò che ci sarà, dotato di memoria e di capacità anticipatoria. “Nei limiti dell’uso legittimo che ci è consentito fare del potere del nostro intelletto, non siamo in grado di eliminare *le inspiegabili causalità dei fatti offerti dall’esperienza...* [...] ..siamo quindi incapaci di imporre l’unità definitiva tanto al mondo quanto a noi stessi....Di solito, l’insieme della nostra esperienza organizzata presuppone l’esistenza di una sfera impenetrabile del realtà; essa stimola i sensi, ma si manifesta soltanto nell’aspetto ordinato attraverso le nostre forme *apriori* e non giunge fino a noi nella sua esistenza autonoma. La presenza del mondo in se stesso non costituisce il risultato di una deduzione da dati empirici, essa ci è direttamente

³⁰⁴ P.Barcellona, cit. pag. 19.

³⁰⁵ Ivi, p.20.

nota, mentre la coscienza del mio proprio esserci equivale alla coscienza diretta delle cose. Nonostante ciò non vi è conoscenza al di fuori di questa informazione: che in generale le realtà autonome ci sono”³⁰⁶. Il tentativo dell’uomo nel corso del tempo è consistito nel privilegiare lo sviluppo della tecnica per “dominare” il mondo, tentativo vano poiché le cose, apparentemente asservite dalla tecnica, sono, secondo questa logica, sempre le nostre prede e mai il frutto di <<un’amichevole incontro>>.³⁰⁷ Ci sembra di grande interesse allora riportare le riflessioni di Cornelius Castoriadis³⁰⁸ circa l’individuazione di un livello d’essere storico-sociale che delinea la differenza tra un vivente e un non-vivente.

L’uomo oscilla tra l’essere ed il nulla ed elabora rappresentazioni di sé e di ciò che lo circonda che “permettono di ordinare l’esistenza attribuendole un senso. E’ questo il modo in cui l’uomo <<manifesta>> il suo modo di essere come creazione di rappresentazioni e di cultura”³⁰⁹. L’uomo vive nella natura ma da essa si differenzia poiché produce creativamente il proprio spazio sociale e le proprie istituzioni. L’uomo ha dunque necessità di produrre costruzioni di <<senso>> rispetto a se stesso ed al mondo che lo circonda, nonché stabilire dei valori in base ai quali organizza la propria esistenza (i modi e le forme d’essere) che non coincidono per forza con il bisogno primario della sopravvivenza della specie (ciò si verifica in natura). “L’uomo crea immagini dell’essere senza un progetto, prima di un progetto”-la creazione di significati non coincide con la *ragione strumentale* che produce pensieri utili alla realizzazione di uno scopo- “Questa sua capacità è chiamata da Castoriadis livello storico-sociale

³⁰⁶Kolakowski, *Orrore metafisico*, cit. p.78

³⁰⁷*Idem.*

³⁰⁸P.Barcellona, *Diritto senza Società, dal disincanto all’indifferenza*, cit.p.27.

³⁰⁹Ivi, p.27.

dell'essere... [....] ..gli è peculiare questo livello d'essere che è predisposizione alla creazione di rappresentazioni e che si dà nella dimensione plurale, anonima e relazionale in cui l'individuo esplica, ed intreccia con gli altri, il proprio immaginario psichico".³¹⁰ Le comunità umane costruiscono un proprio codice di senso, attraverso cui rappresentano se stessi ed il mondo; i singoli individui per rispondere al vuoto di senso di una vita <<naturale>>, condotta all'interno di un gruppo, si dà dei significati normativi producendo valori ed istituzioni. Produrre senso significa altresì dare un valore alle cose, che non hanno valore in sé ma in base a bisogni e condotte socialmente istituite: la socializzazione è essenziale per l'auto-rappresentazione e per la formazione dell'identità dell'individuo, inclusa anche la determinazione di ciò di cui sente il bisogno. I gruppi umani producono dunque significati per organizzare la propria esistenza che si traducono in fatti: i valori divengono <<veri>> in quanto sono condivisi e realizzati nella pratica. L'origine delle norme giuridiche è così collegata a questa prassi creativa di significati che produce sempre istituzioni, forme, in cui alcuni significati vengono irrigiditi per organizzare la società, ma che (la prassi creativa) può in ogni momento mettere in discussione. In questa prospettiva non può esistere una <<giustizia>> assoluta delle norme vigenti, bensì esiste una giuridicità esistente che può porre in discussione la coerenza o la giustizia delle proprie norme in qualsiasi momento producendo nuove forme di giustizia³¹¹.

D'altra parte se viene messa in discussione l'ipotesi di un <<Significato Assoluto>> o Trascendente nella concezione dell'esistente, bisogna anche

³¹⁰Ivi, p. 28 e sgg.

³¹¹Cfr. C. Castoriadis, *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, Bari, 1998.

rinunciare alla pretesa della *reductio ad Unum* del soggetto e dell'oggetto, dell'individuo e della comunità, della contingenza e della necessità. Esistono molteplici linee di pensiero, teorie diversificate, che fanno intravedere una forte discontinuità nel pensiero umano. Abbiamo visto come ogni comunità pensa se stessa istituendo simboli, significati sociali immaginari che si traducono in istituzioni reali ed in forme di razionalità che diventano condizioni di 'effettività' dei rapporti sociali. L'essere storico-sociale diventa uno specifico livello che rende, attraverso l'istituzione sociale, un mondo storico una <<creazione originaria>>. Essa acquisisce una propria ontologia, che non è arbitraria, poiché parte da certe premesse per organizzare la realtà per cui non ricalca la natura, e non è incoerente, dal momento essa si manifesta in forma discorsiva e mancando un'idea di razionalità assoluta sarà la coerenza del discorso a rendere efficace la comunicazione tra le persone. La psiche del singolo animata da immaginazione si incontra, a livello storico-sociale, con l'istituzione sociale che ne attua la socializzazione attraverso la costituzione del reale e l'accesso al linguaggio. Il linguaggio può a sua volta opera nell'immaginario e diventa atto creativo (che si tramuta poi in concrete istituzioni) avendo contemporaneamente la funzione di essere presente e di trascendere l'insieme di quanto è prodotto. Il logos, come già espresso da J.Habermas³¹², oltre ché mediatore dello sviluppo identitario, diventa il 'luogo' di comprensione, intesa, di evoluzione, di fondazione del reale e di costruzione sociale. Esso si produce ed articola il livello storico-sociale³¹³.

³¹² J.Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*. vol.II. *Critica della ragione funzionalistica*, cit., pp.124-142

³¹³ Secondo P.Barcellona J.Habermas non riesce a sfuggire all'approccio teoretico per cui pone il soggetto come *prius* conoscitivo. Anche Habermas sostiene Barcellona, nel tentativo di ipotizzare una forma pura, non determinata dal "contesto della fattività", con il pericolo di

“Lo storico sociale è..il luogo della creazione delle forme d’essere, l’irruzione dell’alterità radicale che non si lascia dedurre da nessun presupposto o fondamento”. Solo tale alterità istituisce la differenza come creazione di nuove figure d’essere, non incluse nell’essere determinato (o determinabile) della logica identitaria. La società diventa in questa prospettiva (che potremmo definire antropologica filosofica) ‘una forma d’essere che si dà ogni volta le sue leggi’. Ovvero il diritto fa parte di un insieme <<umano,storico e sociale>> che in un determinato momento produce un ‘dover essere’. Il diritto ha dunque sia la funzione di mettere in pratica quanto stabilito nel ‘dover essere’, producendo norme, sia di interrogarsi su ‘quale legge’ produce e perché; in base a quale ‘verità’agisce argomentando risposte secondo una ragionevolezza che è propria della *razionalità comunicativa*.³¹⁴ E’ pur vero che l’individuo è il frutto di una molteplicità di livelli di autorappresentazione di sé, che a volte si rimandano come specchi,e non raggiunge mai fino in fondo *la presenza di se stesso*. Ciò costringe l’individuo, afferma Frank³¹⁵, ad aprirsi all’altro ed al mondo “mediante l’interpretazione, l’attribuzione di senso ai segni, per chiedere ed offrire verifica al proprio sapere che non è disponibile monologicamente. Il rapporto dialogico fra il sé e l’altro è la sola via di accesso all’identità ed alla differenza, giacchè nessuno dei parlanti ha la piena ed esclusiva disponibilità della <<regola>> e tuttavia entrambi si riconoscono in una sfera\segno che li unisce e li separa.

scivolare in ‘idealismo trascendentale’, ivi, cit. pag. 39.

³¹⁴ P.Barcellona,ivi,cit.pag.33, In questo senso si chiarisce anche perché la società democratica ponga il problema del rapporto tra diritto e giustizia: “esso coincide con l’istituzione sociale della filosofia della democrazia,con la posizione del problema della verità e dell’interrogazione radicale su cosa sia giusto e cosa non sia giusto fare. E anche la consapevolezza che tale domanda implica che la <<giustizia>> (la legge giusta) sia <<opera degli uomini>> e della società e che non ci sia,per contro,né legge extra-sociale(divina),né Ragione Immutabile”.

³¹⁵ Frank M.,*Individualità. Difesa della soggettività dai suoi detrattori*,Udine 1998.

4.6.1 *Il diritto ed il Metodo nella Modernità*

Pietro Barcellona afferma che il metodo rappresenta il vero e proprio mito della Modernità: esso è una sorta di procedura “attraverso la quale una comunità stabilisce il significato privilegiato in termini di verità di proposizione linguistica³¹⁶”, il che si traduce, in una società che ha perduto i propri riferimenti esterni, in una autorità assoluta conferita alle proposizioni linguistiche ed al modo in cui esse vengono enunciate. Il metodo non è una tecnica ma una *procedura veritativa* che permette di accedere alla conoscenza e alla realtà attribuendo ad alcune preposizioni il *privilegio di prevalere* di più del senso comune. Ciò implica che una ‘verità’ prodotta dal metodo giustifica se stessa attraverso il linguaggio, in maniera tautologica. La Modernità utilizza dunque il metodo per dire << cose oggettivizzabili >>; essa non si può dare come ‘sapere storico’ poiché altrimenti finirebbe per essere contingente.³¹⁷ In questa ottica il metodo stabilisce delle procedure che valicano il sapere, il quale si autolegittima attraverso le procedure³¹⁸. Pietro Barcellona sostiene che anche il diritto moderno viene considerato alla stregua di una << procedura per produrre norme >>. Esso prescinde dai contenuti, non si interroga più sul senso di ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, e diventa un

³¹⁶ P.Barcellona, cit. p .47.

³¹⁷ Cfr. Thomas Kuhn in *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1982.

³¹⁸ La modernità, sostiene Mario Barcellona, tematizza la disponibilità del codice e cioè la possibilità di darsi una legge e di produrre i dispositivi idonei a produrla. E, contestualmente, l’artificialità, secondo cui essa concepisce il suo codice, implica l’esplicitazione del carattere essenzialmente immunitario della logica, cui esso infine obbedisce. Questa disponibilità del codice si dà nella scissione tra forma giuridica e contenuto della legge, che perciò costituisce il codice fondamentale della Modernità. M.Barcellona, *Diritto, sistema e senso*, Torino, 1998.

Ed ancora su questo tema Pietro Barcellona chiarisce che l’identità della Modernità “è la disponibilità dell’Ente, l’essere un codice che produce codici; tale disponibilità non sopporta limiti, valori, tradizioni, religioni, e quindi funziona da codice immunitario considerandoli come reazionari o antimoderni”, P.Barcellona, *Diritto senza Società, dal disincanto all’indifferenza*, , cit. pag. 52.

“procedimento formale attraverso il quale” è possibile “qualificare rispetto al diritto stesso dei fatti di per sé contingenti³¹⁹”. Il diritto ha la esclusiva funzione di produrre norme vincolanti. La strutturazione di una società avviene attraverso *pratiche*, che sono prese di posizione di fronte al mondo e perciò sono eventi trasformativi che strutturano desideri, intenzioni, calcoli, decisioni, coazioni a sopravvivere. Esse strutturano una particolare visione del mondo all’interno del quale la società si organizza e si autorappresenta (auto-riferimenti). Il modo di rappresentarsi della società moderna si sviluppa a partire da un’economia mercantile dei beni. In questa società nascono i diritti soggettivi che sono il presupposto per il fondamento di ogni vincolo. In una società così fatta i rapporti sociali si trasformano in rapporti giuridici “fondati sul consenso di chi si obbliga a effettuare una prestazione a favore di un altro individuo”. In altre parole le pratiche di una società basata su un’economia di scambio di merci hanno la funzione di astrarre da ogni <<valore concreto>> le cose e di trasformarle in modalità di percezione e di autorappresentazione dei singoli individui: il valore di scambio diventa un valore di costruzione individuale e collettivo ed implica da una parte l’estrema contingenza del mondo e la fattività occasionale di ogni ordine sociale, e dall’altra, contemporaneamente, l’affermazione della <<libertà individuale>> come connotazione precipua della soggettività, a scapito di ogni vincolo di comunità. Al fine di sostenere il proprio massimo grado di disponibilità dei codici è necessario che la Modernità svuoti di qualsiasi senso di <<giustizia>> il diritto e ne faccia uno strumento vincolante solo per fatti contingenti, non collegati a principi e valori trascendenti o derivanti da *principia moralia* stabiliti dalla

³¹⁹ Ivi, p. 49.

comunità. Natalino Irti ³²⁰, nel qualificare il diritto della società globalizzata, afferma che “l’artificialità del diritto subentra ai vecchi nomi che per loro natura (territoriale appunto) non sono in grado di abbracciare gli illimitati spazi della tecno-economia. La perdita dei luoghi non consente di poter far riferimento ad un diritto immediatamente applicabile. “Il puro normativismo è l’unico strumento a disposizione della volontà regolatrice” ³²¹. Nella Modernità i valori della tradizione o della trascendenza sono sostituiti dai valori quali *il razionalismo*, *l’individualismo* e *l’utilitarismo*.³²² Si stabilizza un rifiuto nel decidere materialmente su cosa sia lecito e illecito (dal punto di vista morale o etico). Il diritto, secondo Mario Barcellona, si istituisce come *‘forma anonima e come funzione ateleologica’*³²³. Il diritto diventa dunque una tecnica sociale e viene reso autonomo da un fondamento di carattere etico e/o morale e subordinato alla forma per cui diventa legale “non ciò che ‘è buono’ o ‘non è buono’, ma solo ciò che è conforme alla legge”³²⁴ (seguendo il ‘metodo’ della modernità vi è convalida di quanto espresso attraverso la procedura linguistica).

In sostanza dal momento che il diritto è deprivato di un fondamento diventa una sorta di ‘strumento per’; non ha più la funzione di indirizzare o prescrivere fini alla società, ma ‘offre a ciascuno dei suoi membri i mezzi per perseguire i fini che crede’. Dal momento che il diritto è puramente

³²⁰ N.Irti, *Fenomenologia del diritto debole*, in A.A.V.V., *Nuove frontiere del diritto*, Bari, 2001.

³²¹ N.Irti, *Norme e Luoghi*, cit. pag. 66-67.

³²² “I valori razionalistici e individualistici della cultura della modernizzazione esprimono lo sforzo costante sia di controllare la natura per soddisfare i bisogni umani, sia di accrescere le libertà di scelta e il benessere per il maggior numero di individui”, A.Martinelli, *La modernizzazione*, Roma-Bari, 1998.

³²³ M.Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino 1996.

³²⁴ La legge si configura per la *forma generale* ed astratta delle sue prescrizioni e per la *legittimazione formale* di chi la pone.

formale ed ha un valore fondamentale nell'organizzazione sociale è chiaro che imposterà i rapporti sociali su un livello prettamente formale, rispondendo ad una concezione di mondo in cui le differenze vengono degradate ed in cui prevale un modello di autoaffermazione individuale, a scapito della crescita comunitaria, in una società di mercato. Il diritto garantisce appunto l'autodeterminazione. La società moderna si rappresenta come l'esito di un accordo tra individui <<liberi>> che le preesistono (la società *moderna* si pensa istituita attraverso *il contratto*).³²⁵ L'uomo si pensa in generale, astratto dalle sue condizioni particolari, e ciò permette di affermare l'uguaglianza tra tutti gli individui. Gli individui liberi si rapportano agli altri individui secondo il calcolo delle proprie utilità e la relazione avviene per via giuridica nei termini di una <<negoziante>>. Il diritto in tale società è anzitutto lo strumento che non permette a nessun individuo di interferire nella sfera degli interessi altrui. Tutti i rapporti sono <<giuridici>> e la società è giuridica, nel senso che non esiste 'naturalmente ma è il frutto di un accordo negoziale. L'individuo libero pensa se stesso come non più legato ad una tradizione o a dei principi comuni. Si attua nella Modernità una sorta di cortocircuito tra il *sensu e l'utile*: "ha senso ciò che è utile, ed è utile ciò che permette al singolo di ottenere ciò che desidera"³²⁶. Il diritto moderno stabilisce che tutti in astratto sono uguali, pur prescindendo dalle differenze che caratterizzano le condizioni particolari di ciascun individuo, pervenendo ad

³²⁵ Nelle società pre-moderne l'individuo esisteva come membro di una comunità a cui apparteneva non per sua <<libera scelta>>; nella Modernità l'individuo si presenta come 'figlio di se stesso': "il soggetto moderno si auto-pone e si garantisce così la sua indipendenza da ogni appartenenza comunitaria e la libertà d'azione" si pone "senza alcun vincolo che egli stesso non abbia voluto. Ciò che permette di pensare l'uomo come individuo slegato da ogni vincolo è l'astutezza delle sue particolari condizioni". P.Barcellona, *Diritto senza società*, cit. pag. 58.

³²⁶ Ivi, p 60.

un diritto 'dell'uguaglianza formale'. Il diritto degli uomini 'liberati' prevede una norma svincolata dal proprio fondamento (e per questo essa si legittima solo in quanto proceduralmente valida) che ha come precipua funzione non quella di creare un 'ordine giusto' ma di garantire che tutti gli individui realizzino un proprio 'ordine'. In cosa consiste la libertà degli individui in una società mercantile? Tale società rende davvero gli uomini <<liberi>>? In termini astratti la società mercantile garantisce le libertà individuali che si traducono concretamente nella 'libertà di contrarre', ovvero la 'libertà' può avvenire solo se rispetta i dettami dell'organizzazione capitalista, per cui non è una *libertà reale*. Una società così fatta promuove come *fine* ultimo la produzione senza fine, ed il mezzo attraverso cui raggiungere questo scopo diventa *la tecnica* (la ragione strumentale). Viene rimossa la dimensione sociale dell'uomo, viene 'occultata' la possibilità di interrogarsi sul senso di ciò che accade. Se le libertà individuali preesistono alla società, lo Stato diventa un Istituzione garante delle libertà individuali attraverso la forma del contratto e della sanzione giuridica e le differenziazioni individuali si dischiudono solo nell'ambito privato, tutelato dalle possibili invasioni. La politica apparentemente perde una funzione espressiva dell'organizzazione sociale e si auto-confina in determinate funzioni quali la sicurezza, l'ordine pubblico,ect.; essa diventa amministrazione degli interessi e garanzia che il mercato e la sfera dell'economia mantengano la propria autonomia". La società moderna non prende posizione sui valori, ma prevede un codice per produrre programmi attraverso il libero consenso degli individui. Il <<valore>> della società moderna (l'individuo con la sua libertà) si risolve nella razionalità procedurale e nella previsione di una procedura (l'accordo,

il consenso) con la quale si può prendere qualsiasi decisione, non avendo vincoli di contenuto (*massimo della indeterminazione nella determinazione*). L'interesse che accomuna le persone è per lo più quello di natura strumentale, escogitare cioè i mezzi migliori per ottenere ciascuno il proprio utile. Il diritto in questo contesto diventa una 'tecnica sociale', estranea a qualsiasi riflessione sulla giustizia, a cui viene affidato il compito di compiere una mediazione tutta razionale che affida alla tecnica procedurale la salvezza dal conflitto distruttivo. L'opera di mediazione viene del tutto a coincidere con la procedura. Ciò può essere spiegabile anche a partire dalla considerazione di quanto accade nella società Moderna che sostituisce a qualsiasi scopo di carattere etico o trascendentale, il predominio della tecnica che ha come unico scopo quello di accrescere la propria Potenza all'infinito. L'aspetto tecnicizzante della Modernità stravolge il senso strumentale della 'tecnica': essa non è più semplicemente "la coordinazione dei mezzi più idonei per raggiungere uno scopo che sia esterno alla tecnica. La tecnica è anzitutto un <<giudizio di valore>>³²⁷", ed ha un proprio scopo ben definito escludente gli altri, ovvero l'aumento infinito della propria potenza. Dal momento che nella Modernità non esiste più un limite incontrovertibile, un'Episteme che svela l'Assoluto che non può essere messo in discussione, la tecnica rende efficacemente possibile il dominio su tutto il Mondo, senza dover tener conto di Limiti Inviolabili. I diversi ambiti d'azione vengono investiti dalla tecnicizzazione moderna: il diritto, diventato una 'tecnica sociale' che agisce in base a procedure formalmente corrette, è un "modello aperto a qualsiasi contenuto"³²⁸, privo

³²⁷ S. Emanuele, *Technè-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in A.A.V.V., *Nuove frontiere del Diritto*, Bari 2001, cit. pag. 18 e sgg.

³²⁸ Ivi, p. 19.

cioè di un qualsiasi Limite che non può essere violato nell'ambito della sua applicazione. E. Severino afferma che i valori etici e quelli giuridici del passato non esistono più. Attualmente l'etica non pone più se stessa come scopo ma tende a diventare un mezzo. Il diritto, de-sostanzializzato, diventa subordinato alla tecnica e si adegua al "riconoscimento pubblico della Potenza"³²⁹, divenendo il suo scopo e principio ordinatore, al pari della politica³³⁰.

4.6.2 *Il Governo degli uomini* sostituisce il *governo delle leggi*³³¹

La Modernità per sopravvivere ad una possibile violabilità delle leggi che la perpetuano all'infinito, pone se stessa come fondativa del mondo <<reale>> e stacca i contenuti e la sostanza della costruzione sociale dalla produzione di dispositivi atti a generare norme, valori, punti di vista, decisioni sull'organizzazione sociale, ect. affidati ad un giudizio tecnico, ovvero riconosciuti nella correttezza delle loro procedure. Nella Modernità si produce la distinzione tra diritto e morale, diritto e giustizia, dal momento che il <<bene>> si può raggiungere solo a livello privato e si configura in relazione ai desideri ed ai bisogni della individualità che lo

³²⁹ Ivi, p. 20 : "La tecnica è il mezzo di cui si servono e si sono servite le grandi forze planetarie per realizzare i loro scopi escludenti, cioè tra di loro conflittuali. Una situazione di conflittualità tra le forze e scopi si è verificata nel conflitto tra capitalismo e socialismo. Non era solo una conflittualità di ordine concettuale, non era soltanto uno scontro di teorie. Era una conflittualità dove gli avversari si servivano anche di strumenti pratici e dei più potenti. Quali sono attualmente gli strumenti più potenti a disposizione? Quelli forniti dalla tecnica guidati dalla scienza moderna. Il loro insieme è lo strumento supremo oggi a disposizione; la Potenza Suprema che tende a sostituire la Potenza di Dio".

³³⁰ S. Emanuele, ivi cit. pag. 23: Le norme a loro volta, che prima avevano degli scopi, diventano mezzi abilitati a prescrivere qualcosa, ispirandosi ad una sorta di norma suprema, ed agiscono (la forma dell'agire) con la volontà di accrescere all'infinito la Potenza della tecnica, che non è semplicemente <<potenza tecnologica>> nel senso scientifico, ma è la "potenza nella totalità possibile delle sue espressioni, in grado quindi di promuovere anche tutte le potenze dell' <<anima>> e dello <<spirito>>".

³³¹ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino 1984.

ricerca. Il diritto sembra compiere un *evento miracoloso*: unificare le individualità atomizzate mantenendo le unità separate all'interno di un codice unificato e legittimato da procedure valide. In realtà, sostiene Pietro Barcellona, proprio questo processo è quello che “segna l'inizio di un processo di de-sostanzializzazione e di de-valorizzazione dell'individualità e della società”.³³² Si apre uno scenario improntato ad una 'antropologia individualistica', in cui il soggetto è 'titolare' della produzione dell'ordine e pone se stesso come produttore della realtà. Egli può disporre e manipolare l'oggetto e pensa di poter completamente trasformare la natura e renderla un proprio prodotto. Il soggetto per acquisire una vera forza coercitiva ha necessità di essere pensato in maniera astratta, in una sorta di *a priori* distante dall'individualità empirica³³³. L'idea astratta di *uomo razionale* (categoria funzionale al processo astrattivo) media tra l'ordine sociale e l'individualità empirica³³⁴. L'istituzione del mercato e del denaro come organizzatore astratto della società moderna costituiscono due nodi fondamentali su cui riflettere: il denaro e il mercato realizzano la *cooperazione inconsapevole*³³⁵, che si traduce sul piano dell'auto rappresentazione sociale nella coscienza di un'integrazione tra i singoli che avviene privatamente, ovvero senza il riconoscimento dell'interazione reciproca complessiva. Si determina tuttavia una contraddizione profonda: da un lato l'individuo persegue i propri desideri e si muove per soddisfare i

³³² P.Barcellona, *Diritto senza società*, cit. pag.76.

³³³ “I concetti di progetto, storia ect. sono legali all'originalità del singolo agente...ma l'individualità singolare deve essere mediata con l'istanza della generalità universale, che sola può produrre un ordine generale; altrimenti non c'è scampo per l'atomismo e alla guerra di tutto contro tutti”, P.Barcellona, cit. pag.77.

³³⁴ D'altra parte l'astrazione manifesta la sua forza nell'organizzare il mondo nel momento in cui istituisce il mercato. Tale processo consente di “affidare la mediazione ad un regolatore astratto, di sostituire la socializzazione immediata con la socializzazione indiretta che si realizza nel gioco della domanda e dell'offerta”. cit. pag.80.

³³⁵ M. Friedman, *Liberi di scegliere*, Milano 1981.

propri bisogni nella realtà concreta (individualismo empirico), dall'altro è limitato in questo moto perpetuo da una sorta di ordine apriori che si pone come 'ordine generale' ed esprime la qualificazione giuridica astratta (la *soggettività giuridica*) che di fatto sottomette le individualità empiriche (si è liberi ma liberi nelle regole stabilite a monte)³³⁶. La soggettività <<libera>> risulta utile solo per entrare nel mercato delle merci. Scrive A. Punzi: "qui sta il paradosso del soggetto moderno, che si afferma come metro della realtà per poi essere ridotto ad oggetto di una rappresentazione astratta che recide ogni vincolo con l'alterità per poi finire nelle braccia di uno Stato inteso come unica istanza capace, grazie alla forza ed al condizionamento, di governar gli egoismi. E così l'individualismo sembra raggiungere il suo apice nel momento in cui conferisce a ciascuno la facoltà di rendere se stesso oggetto di scambio³³⁷". Sta proprio qui la grandezza del pensiero politico borghese che riesce a liberare l'individuo dai vincoli sociali e giuridici, dalla stratificazione per ceti e classi, per poi consegnarlo ai condizionamenti e alle determinazioni imposti dalla nuova organizzazione economica, senza che ciò di vita ad un nuovo statuto giuridico della differenza di classe e di ceto. La soggettività giuridica di fatto individualizza³³⁸ ed isola gli uomini lasciandoli perennemente isolati.³³⁹ Si determina, secondo Pietro Barcellona, un contesto globale di <<singolari>> che danno vita a 'mutevoli moltitudini, sempre più vocate al nomadismo ed allo sradicamento', che nega di fatto la società come

³³⁶ Cfr. N.Postman, *Technopoly :la resa della cultura alla tecnologia*, Torino,1993.

³³⁷ A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino 2003, cit. pag.159.

³³⁸ Cfr. E.Ferri, *La città degli unici. Individualismo,nichilismo,anomia*. Torino, 2001.

³³⁹ P.Barcellona, cit. pag. 83 : "La libera soggettività dell'individuo è il progetto della Modernità,ma la <<vuotezza>> dell'astrazione giuridica a cui è affidato,lo consegna al condizionamento totale dei rapporti economici e lo condanna all'assorbimento progressivo nel <<meccanismo>> di circolazione delle merci.

Istituzione e la progressiva socializzazione di tutti attraverso la mediazione sociale di medium quali ad esempio il diritto.

4.7 Il multiculturalismo: le nuove frontiere del diritto

Le considerazioni sin qui fatte prendono in esame il contesto della società globale e le sue evoluzioni retroagenti sul piano della percezione e dell'organizzazione individuale e sociale. La costruzione dell'identità frantumata e poliedrica (oltre che circolare e retroagente) dell'individuo 'globale', non lascia molte speranze all'ipotesi di una <<realtà>> sociale in cui rinasca un senso di collettività e di appartenenza individuato come scopo e non come mezzo. In una siffatta realtà la costruzione sociale ed individuale avviene attraverso medium che favoriscono l'espressione delle singolarità appieno con l'obiettivo di favorire l'intesa con l'Altro. E' necessario distinguere tra multietnicismo e multiculturalismo: la società multietnica si configura come "un aggregato sociale costituito da componenti etniche che interagiscono tra e che organizzano il loro comportamento sulla base di una supposta diversità etnico-culturale, rivendicata all'interno del gruppo o imposta all'esterno"³⁴⁰; il multiculturalismo a sua volta "si fonda sulla rivendicazione e sulla richiesta di riconoscimento delle differenze culturali: esso rimanda dunque all'affermazione della pari dignità di singole identità culturali, cioè dell'uguale valore di culture diverse"³⁴¹. Ci domandiamo allora se tale interrelazione tra gli individui sia davvero ancora pensabile o se tutto sia destinato ad essere assorbito progressivamente dalle logiche inglobanti

³⁴⁰ P. Shellenbaum, Voce <<Multietnico>>, in AA.VV., *Dizionario della diversità. Le parole dell'immigrazione, del razzismo e della xenofobia*, Firenze, 1998, cit. pag. 187.

³⁴¹ V. Cesareo, *Società multietniche e multiculturalismi*, Milano 2000.

dell' "Impero"³⁴². A tal proposito possiamo introdurre alcune importanti riflessioni. Laddove esistano visioni diverse dell'agire collettivo e dell'organizzazione sociale e sia possibile creare forme di contatto, conoscenza e riconoscimento di tali visioni forse è possibile ricercare un nuovo senso dell'esistenza del diritto come motore di uno sviluppo sociale che sottragga all'ineluttabilità del pensiero dominante della società globale l'azione e l'autopercezione degli uomini. Tale possibilità può essere data forse in una società multiculturale in cui si confrontano modi di pensare essenzialmente diversificati accompagnati dalla necessità di proteggere tali saperi e conoscenze.

4.7.1 *Il dibattito sul 'multiculturalismo' ed il diritto multiculturale*

Il multiculturalismo prima che corrente di pensiero è stato un movimento sociale sviluppatosi soprattutto negli Stati Uniti ed in Canada, nato dalle rivendicazioni di alcuni gruppi sociali (indiani, donne, afro-americani, omosessuali,ect.) che si sentivano in qualche misura discriminati dalle istituzioni politiche e culturali. La loro richiesta si è formalizzata in un riconoscimento della loro specificità ed in una richiesta di tutela e riequilibrio delle condizioni di discriminazione.³⁴³ Le rivendicazioni di singoli gruppi sociali si sono sviluppata unitamente al <<pensiero della differenza>> in base al quale diversi gruppi hanno successivamente avanzato richieste di tutele e valorizzazione della propria identità. Secondo Ulrich Beck "la società multiculturale (che non coincide con il multiculturalismo) non è una costruzione mentale ma una realtà globale.

³⁴² A.Negri-M. Hardt, *Impero*,cit., p.45

³⁴³ A.Facchi, cit. pag.3. *I diritti nell'Europa Multiculturale*, Bari 2006,cit. pag.4.

Essa non si può né scegliere né rifiutare; non porta automaticamente alla tolleranza, anzi può sfociare in chiusure ed atteggiamenti xenofobi. Se le contraddizioni della società mondiale esplodono conflittualmente sul posto, questo non è il segno del fallimento dell' 'esperimento sociale multiculturale', ma forse dell'inizio di una nuova epoca sociale, nella quale forme di vita transnazionali, transculturali divengono la normalità³⁴⁴». Ad una politica delle differenze, animata appunto da movimenti sociali e dalle rivendicazioni di identità sociali specifiche, si unisce la corrente del pensiero politico comunitario. I filosofi comunitari hanno rimproverato al pensiero liberale di essersi basato su "un'esasperazione della razionalità del soggetto"³⁴⁵, che si manifesta attraverso una volontà individuale assoluta, non tenendo conto che il benessere delle persone si realizza attraverso una fondamentale appartenenza ad un gruppo ed al loro legame comunitario. Il pensiero liberale ha di fatto contrapposto l'autonomia dell'individuo al valore dell'autorealizzazione della collettività di appartenenza. Il benessere dell'individuo si definisce "in relazione a quello della comunità a cui appartiene" sostengono i filosofi comunitari³⁴⁶. Cosa accade se a mettersi in relazione sono però comunità che intendono la realizzazione del loro bene in maniera diversa? Di fatto nella società contemporanea caratterizzata da un pluralismo delle società la visione del bene tipica della cultura occidentale si è imposta come comune al prezzo dell'esclusione delle altre da parte del gruppo dominante. Un elemento di riflessione critica che il pensiero comunitario esprime e che ci riporta a quanto affrontato nei paragrafi precedenti del presente capitolo, consiste nell'assoluta e voluta

³⁴⁴ U.Beck, *Che cosa è la globalizzazione*, cit. pag. 113.

³⁴⁵ A.Facchi, cit, pag.4.

³⁴⁶ Si veda a tal proposito A.MacIntyre, *Dopo la virtù*, Milano 1998; M.Sandel, *Il liberalismo ed i limiti della giustizia*, Milano 1994; C.Taylor, *Il disagio della modernità*, Bari, 1994.

vaghezza, da parte della cultura liberale, della definizione di generico soggetto, universalmente riconosciuto come uguali agli altri e decontestualizzato, che conduce poi ad una certa produzione di diritti fondamentali di norme. “Poiché un tale soggetto non esiste, presupporlo ha la funzione occultare che le sue caratteristiche non sono affatto universali, ma corrispondono a quelle del gruppo dominante”. L’affermazione linguistica dell’uguaglianza universale si traduce in una cecità e non riconoscimento voluto delle differenze ed è in fondo funzionale, come abbiamo visto precedentemente, ad una visione economica neo capitalista del mondo che nel momento in cui astrae il concetto di <<individuo>>, di fatto singolarizza gli individui e li espropria del proprio senso di appartenenza alla comunità di origine. In una fase successiva di elaborazione teorica e di dialogo tra filosofi comunitaristi e filosofi liberali si è arrivati a definire che entrambi, pur partendo da premesse diverse, vogliono comunque giungere alla ricerca di modelli all’interno di uno Stato democratico che “permettano il riconoscimento delle identità collettive, la valorizzazione dell’autonomia dei gruppi sociali e la loro partecipazione alla vita politica nazionale”³⁴⁷. Sebbene con evidenti differenze di posizione è comunque stabilito che nel liberalismo, variamente riconosciuto ed interpretato, si riscontra l’unico approccio teorico, nelle società occidentali, in grado di accogliere e portare avanti politiche multiculturali e di riconoscimento delle differenze di

³⁴⁷A.Facchi,ivi, cit. pag.5.: Liberali come J. Rawls e R. Dworkin “propongono un ordinamento giuridico eticamente neutrale, che assicuri a ciascuno pari opportunità nel perseguimento della sua personale concezione del bene”, mentre “comunitaristi come C. Taylor e M. Walzer contestano la neutralità etica del diritto, e possono quindi permettersi di pretendere allo stato di diritto anche la promozione attiva di determinate concezioni di <<vita buona>>”³⁴⁷.

gruppo³⁴⁸. In definitiva allo Stato non spetta il compito di esprimersi su una determinata concezione del bene, di esprimere una morale universalmente condivisa, bensì di tutelare le differenti concezioni delle comunità presenti al proprio interno. Dworkin³⁴⁹ afferma che è liberale quella società che, in quanto società, non fa sua una determinata visione sostantiva dei fini della vita e che è, invece, unita intorno a un forte impegno procedurale a trattare tutti con uguale rispetto”³⁵⁰. Alla base di questo tipo di pensiero, che fonda la società liberale, vi è di fatto l’idea che non esiste una società buona e giusta per tutti ma che ognuno di noi ha l’autonomia di farsi un’idea propria di cosa sia una vita buona. Tuttavia se l’idea di qualcuno prevalessse su quella dell’altro vi sarebbero delle forme di prevaricazione costanti. In questo caso non sarebbero rispettate le soggettività individuali. “Una società liberale deve rimanere neutrale riguardo alla vita buona e limitarsi a garantire che i cittadini, quali che siano le loro opinioni, si trattino equamente l’uno con l’altro, e che lo stato li tratti tutti allo stesso modo”.³⁵¹ J. Habermas analizzando il rapporto tra diritti collettivi ed individuali ci invita a considerare lo stretto legame di cooriginarietà tra autonomia privata e autonomia pubblica. Bisogna esaminare il legame interno che c’è tra lo stato di diritto e la democrazia, ovvero è necessario mettere in evidenza l’intreccio che esiste tra i diritti individuali e “un’identità intersoggettivamente concepita”³⁵². Le persone acquistano la propria identità solo attraverso la socializzazione e se ciò è vero una adeguata teoria dei diritti dovrà tenere conto di una “politica del

³⁴⁸ Ivi, p. 6.

³⁴⁹ R.Dworkin, *Taking Right Seriously*, cit. e *Liberalism*, in *Public and Private Morality*, a cura di Sturat Hampshire; Cambridge University Press, Cambridge, 1978.

³⁵⁰ J.Habermas-C.Taylor, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, cit. pag.44.

³⁵¹ Ivi, p.45.

³⁵² Ivi, p.70. Cfr. J. Habermas, *La condizione intersoggettiva*, Bari 2007.

riconoscimento” che tuteli l’individuo nel suo farsi identitario. Esiste dunque un legame inscindibile tra l’esercizio dei diritti collettivi e quelli individuali, per cui i primi non si realizzano se non affermando i secondi. Affermare l’idea di uguaglianza tra individui dovrebbe equivalere a riconoscere che anche individui appartenenti a culture diverse hanno un potenziale espressivo ed una produzione in relazione a questo potenziale che è da rispettare e che può molto discostarsi da ciò che la cultura occidentale ritiene degno di nota o accettabile. L’idea di uguaglianza in una prospettiva di analisi multiculturale è sottoposta dunque a vaglio critico³⁵³.

Di fatto stabilire l’uguaglianza tra uomini astratti ed identificati con caratteristiche generiche ed universali, equivale a stabilire che per “essere uguali” bisogna adeguarsi ad un modello ideale con caratteri corrispondenti a quelli di gruppi dominanti della società occidentale. Ovvero per poter corrispondere al canone dell’ “uguale” bisogna in qualche modo spogliarsi della propria identità culturale. A. Facchi sostiene che “per poter realizzare l’uguaglianza diventa necessario basarsi sulla consapevolezza delle differenze e delle disparità originarie”³⁵⁴; dunque l’uguaglianza non è un presupposto universale ma una meta da aggiungere eventualmente, che ammette “trattamenti differenziati” per essere realizzata: “gli uomini nascono diversi e per trattarli <<da eguali>> bisogna ammettere trattamenti differenziati”³⁵⁵. J. Habermas ci parla di una “dialettica tra eguaglianza giuridica ed eguaglianza fattuale. L’affermazione giuridica

³⁵³ Le critiche all’originaria idea di uguaglianza vengono fuori dai primi movimenti femministi per poi consolidarsi in un’opposizione netta all’idea di un uguale trattamento per tutti ed alla rivendicazione delle differenze esistenti

³⁵⁴ A. Facchi, cit. pag. 55.

³⁵⁵ *Idem*

dell'uguaglianza deve avere un riscontro fattuale nella realizzazione dei singoli individui che devono "utilizzare, con pari opportunità, le competenze giuridiche loro assegnate"³⁵⁶. I diritti individuali dei privati sono strettamente interconnessi con l'autonomia pubblica dei cittadini partecipanti alla produzione giuridica. Si arriva così ad elaborare una "concezione giuridica proceduralista, secondo la quale il processo democratico deve assicurare nello stesso tempo l'autonomia privata e l'autonomia pubblica".³⁵⁷ Diventa importante ripensare e reinterpretare i concetti basilari posti dalla cultura liberale e riconsiderare i rapporti che intercorrono tra diritti individuali e diritti collettivi. La problematica si potrebbe spostare su un eventuale creazione di gerarchie di diritti (diritti dell'individuo\diritti del gruppo) e sulla loro articolazione (diritti collettivi\diritti culturali) in relazione anche giustificazioni, fondamenti e limiti che bisogna fornire a tali diritti. Ci interessa sottolineare l'idea per cui per essere definite universali le diverse concezioni di diritti devono confrontarsi con altre culture ed adattarsi ad altri uomini; l'universalismo dei diritti fondamentali è un valore, il relativismo è un fatto, così come l'eguaglianza è un valore, la diversità un fatto. Il contenuto dei diritti deve staccarsi dunque dal modo in cui è stato formulato (in un'ottica di assolutismo scientifico) ed andare verso una riformulazione di principi e norme che tengano conto delle relazioni sociali in cui l'individuo si colloca (ambito extra-occidentale). A. Facchi evidenzia come questo apra numerose contraddizioni e conflitti all'interno del << sistema diritto >> poiché norme e valori delle diverse popolazioni possono essere di fatto estremamente lontane. Ciò determina un possibile difficile rapporto tra

³⁵⁶ J.Habermas-C.Taylor, cit. pag.70.

³⁵⁷ Ivi, p.73.

diritti individuali e diritti collettivi, e più comunemente tra differenti interpretazioni dei diritti individuali date dalle differenti comunità. In ciò si può tuttavia cominciare a ravvisare un moto esistenziale del diritto, una spinta di critica ed analisi sui fenomeni di costruzione sociale e sul valore che in tali processi può avere il diritto. A.Facchi nell'ambito dell'analisi sulla natura del rapporto tra diritti individuali e diritti collettivi concorda con la posizione di coloro che muovendosi nell'ottica della cultura liberale non attribuiscono valore alla comunità in sé, ma solo come luogo di realizzazione dell'individuo. Tale visione riconosce il valore delle politiche volte a valorizzare le identità collettive ma si preoccupa anche che tali politiche non danneggino la libertà e l'autonomia delle persone³⁵⁸. Nell'individuare una definizione dei 'diritti collettivi' dovremo far riferimento alla formula in base alla quale essi sono riferiti si al "soggetto titolare del diritto", ovvero si tratta sì di diritti riconosciuti, attraverso i loro organi, da collettività (in questo senso sono distinti dai diritti individuali) ma partendo dall'idea che sono diritti esercitabili in quanto esiste un 'soggetto portatore di diritto' che fonda la collettività. Se si pensa al sociale come una continua forma di relazione tra i singoli che condividono una progettualità comune o tra singole identità collettive che si interrelano, il rapporto tra diritti individuali e collettivi risulta caratterizzato da un dinamismo costante: gli uomini riconosciuti come tali possono essere garantiti nel loro essere uomini sociali dalle tutele collettive. In J.Habermas la dialettica tra individuo e collettività viene osservata dal punto di vista

³⁵⁸ A.Facchi, cit. pag. 22 : "Su queste basi alcuni autori ritengono inutili,quando non dannosi,i diritti collettivi e i diritti culturali n quanto una politica del diritto basata sui diritti soggettivi,correttamente intesa,sarebbe sufficiente a rispondere alle richieste di riconoscimento delle identità minoritarie,dal momento che tutela l'individuo non in astratto ma nel complesso dei suoi caratteri identitari,dunque anche in quelli legati alle sue appartenenze culturali".

dell' individuo in un'intrecciarsi continuo del partecipare e dell'essere riconosciuto in quanto singolo. Un cittadino ha diritto ad essere riconosciuto e dotato di diritti individuali, la cui realizzazione non può essere garantita se non tutelando i contesti di vita "intersoggettivamente condivisi in cui la persona (socializzandosi) ha formato la sua identità"³⁵⁹. Le identità singole e collettive si definiscono all'interno di una rete culturale, in cui vige il diritto di "pari rispetto" tra le singole culture. La tutela delle tradizioni ha comunque senso a patto che chi vi si forma le riconosca: le tradizioni culturali si riproducono di norma per il fatto di *convincere* tutti coloro le cui strutture di personalità ne risultano influenzate, motivandoli ad assimilarle e a svilupparle in una maniera produttiva. Uno stato di diritto può soltanto *rendere possibile* questa riproduzione di mondi vitali. "Nelle società multiculturali, la convivenza giuridicamente equiparata delle forme di vita significa garantire a ogni cittadino tutto un ventaglio di possibilità³⁶⁰", le culture in una società complessa, differenziata e veloce nelle sue trasformazioni, restano in vita solo se riescono a rigenerarsi attraverso una critica costante ai loro modelli interni. Le garanzie di tipo giuridico servono a tutelare la possibilità che ad ognuno sia dato di scegliere di rigenerare lo sviluppo dei propri contesti culturali. Non è tuttavia il solo mantenimento delle proprie tradizioni, contro ogni forma di invasione, che consente la continuazione di una cultura, ma anche il rapporto con l'altro diverso da me. Le visioni fondamentalistiche determinano delle strutture sociali rigide che hanno difficoltà estreme a rapportarsi e a vivere nello scambio con altre realtà. Le immagini del mondo non fondamentalistiche possono, anche se in un

³⁵⁹ J.Habermas-C.Taylor, cit. pag.88.

³⁶⁰ Ivi, p.91.

rapporto dialettico anche acceso, dialogare appunto tra di loro ed applicare reciprocamente uno spirito di tolleranza. In questo caso infatti le forme di vita si articolano e sono equiparate sul piano giuridico per cui si presuppone si rispettino reciprocamente. Ogni persona va riconosciuta anche come membro di una comunità che si sviluppa attorno ad una certa idea del bene. L'integrazione tra i diversi cittadini produce un atteggiamento di lealtà e rispetto di una determinata forma di agire politico, tradotto poi nei principi costituzionali e nella loro interpretazione da parte di ogni popolo. Tale interpretazione è quella che "ogni popolo elabora a partire dalla "prospettiva specifica delle sue esperienze storiche e che quindi non sarà mai eticamente neutrale"³⁶¹. Molte delle dispute riguardano appunto le differenti interpretazioni degli stessi diritti e dei principi fondamentali. Tuttavia è importante rilevare che diritti e principi non devono solo appartenere ad un determinato sistema ma devono collegarsi stabilmente ai motivi ed alle intenzioni dei cittadini. "Senza questo <<ancoraggio motivazionale>>, diritti e principi non potrebbero diventare una forza trainante rispetto al progetto-dinamicamente inteso-di stabilire un'associazione di liberi ed uguali" (contenuto etico del patriottismo costituzionale).

4.8 Diritto e diritti: la Mediazione possibile

Il diritto diventa uno snodo essenziale per integrare le forme di partecipazione con la salvaguardia delle singole identità: esso diventa il luogo di confronto tra forme di rappresentazione diverse della realtà e di conseguenza può costituire nella sua funzione la Mediazione tra un io

³⁶¹ Ivi, p.94.

(individuo\collettività) ed un Alter (individuo\collettività) il luogo in cui le idee si aprono, dichiarano la propria origine, la propria natura storico-sociale, la propria identità epistemologica, e si ridefiniscono in un'ottica di comprensione in fieri dell'Alter, che riconoscendo l'io lo completa e lo trasforma. Se si ammette che esistono forme di vita differenziate che determinano l'effettiva presenza nel mondo di società multietniche (sociologia ed antropologia del diritto) allora si dovrà tener conto della presenza di diverse formulazioni del diritto (pluralismo giuridico³⁶²) nonché di norme extra-statali a cui fanno riferimento comunità che a differenza di quella occidentale non riconoscono per forza nello Stato il produttore esclusivo di diritto, ma fanno riferimento a norme presenti all'interno delle loro comunità. Sotto questo profilo appaiono notevoli le considerazioni di C. Taylor che si soffermano su un certo approccio che postula "presuntivamente" che tutte "quelle culture che hanno animato intere società per un lasso di tempo considerevole abbiano qualcosa di importante da dire ad ogni essere umano"³⁶³. La tesi presuntiva presuppone che ci sia uno studio che attesti la validità di una cultura attraverso l'esame concreta di quanto da essa prodotto, anche se bisogna sempre tenere conto che se una cultura è molto lontana da coloro che la esaminano apparirà comunque estranea e aliena. Secondo Taylor è necessario operare ciò che Gadamer ha definito "Fusione di Orizzonti",³⁶⁴ operare cioè una messa in discussione critica del proprio orizzonte di valori, che può apparire scontato

³⁶² A.Facchi, *I diritti nell'Europa Multiculturale*, cit. pag. 38, "Genericamente si intende un approccio che studia le situazioni in cui norme con origini e contenuti differenti, anche conflittuali, sono applicate in uno stesso territorio o ambito sociale. Il pluralismo giuridico assume che si debbano considerare <<giuridici>> anche ordinamenti differenti da quelli dello Stato, contrapponendosi così alla visione, tipicamente giustpositivistica, che limita il diritto all'ordinamento statale e si occupa solo di quest'ultimo".

³⁶³ J.Habermas-C.Taylor, cit. pag.55.

³⁶⁴ Gadamer H.G., *Verità e Metodo*, tr. It. Gianni Vattimo, Milano 1983, pag. 356-357.

e che invece deve essere riacquisito come *una del possibilità* esistenti, e che quindi deve essere riconsiderato insieme allo sfondo della cultura estranea. Ciò che ne deriva è lo sviluppo di un nuovo sfondo in cui vi sono ‘*nuovi vocabolari comparativi*’ grazie ai quali è possibile articolare questi contrasti ed arrivare a valutare gli eventi secondo un nuovo valore che prima era inimmaginabile rispetto alla condizione iniziale. Tuttavia C. Taylor sostiene che la tesi presuntiva non deve partire dal presupposto che è possibile mettere in discussione il principio per il rispetto per tutte le culture e che proprio tale principio può essere degno dell’affermazione di una sua ‘universalizzazione’ come estensione logica della politica della dignità. Ne consegue che un eventuale giudizio di valore si possa esprimere sul piano del gradimento o meno rispetto ad un certo tipo di cultura e non su se questa sia giusta o sbagliata nei suoi valori. In base al criterio della fusione degli orizzonti dovremmo giungere a formulare una valutazione che non è formulata in base ai nostri valori originari.³⁶⁵ Ci sembra utile ritornare sul concetto di <<pluralismo giuridico>>³⁶⁶: esso poggia su una nozione di diritto che va oltre il diritto statuito dallo Stato, e ne studia dei caratteri che sono riscontrabili, anche se in forme differenziate, anche in altri tipi di società. Tale approccio era necessario agli antropologi che si trovavano a studiare forme di diritto non scritte e non prodotte da uno Stato.

³⁶⁵ Risulta interessante l’osservazione in base alla quale le varie culture sono tutte portatrici di contributi validi e non identici che possono variamente completarsi.

³⁶⁶ Riportiamo qui di seguito una serie di riferimenti teorici italiani, rimandando alla bibliografia per una più estesa trattazione, che mostrano quanto sia stata dibattuta e riformulata nel tempo la nozione di “pluralismo giuridico”. M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1983, pag. 1003-1026; A.R. Favretto, *Pluralismo giuridico: quale definizione?*, in *Contributi in tema di pluralismo giuridico*, a cura di A. Cottino, Torino 1992; N. Rouland, *A la recherche du pluralism juridique: le cas français*, in <<Droit ed Cultures>>, 1998, 2, pag. 217-62; C. Faralli, *Vicende del Pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in *Concetti e Norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, a cura di A. Facchi e M.P. Mittica, Milano 2000, pag. 89-102.

In questi casi il diritto non aveva una struttura autonoma ma si ‘confondeva con le norme religiose e le norme sociali. In particolar modo tale approccio ha subito un forte impulso dai fenomeni che si sono verificati in seguito alla crisi dello Stato-Nazione ed al prevalere di una società globale che tende ad imporre modelli e rapporti economici che generano anche modelli giuridici che vanno oltre i confini nazionali. Nella costituzione di nuove forme sociali vi sono fenomeni evidenti di autoaffermazione di identità collettive, che si originano da condizioni storico sociali differenti dal mondo occidentale, che chiedono di essere riconosciute nei loro valori e nelle loro norme, che a volte si intrecciano e a volte confliggono con i diritti positivi. Si è rilevato, in una prospettiva socio-giuridica, che le norme, indipendentemente se siano riconosciute in un determinato sistema giuridico, sono il riflesso ed agiscono nell’organizzazione della vita delle persone e nel loro rapporto con le istituzioni. Il pluralismo giuridico potrebbe accompagnare il processo di definizione di una società multietnica e multiculturale³⁶⁷ anche se è necessario fare alcune precisazioni. Il multiculturalismo è fenomeno assai complesso e variegato e comporta non solo un’analisi di carattere sociologico ma anche di natura filosofica. Si tratta di mettere in comunicazione tradizioni etiche e giuridiche “caratterizzate da idiomi normativi altri”³⁶⁸, e di pensare ad un pluralismo giuridico che superi i particolarismi giuridici e che per altro costituisca una risposta alla crisi del diritto moderno ispirato a categorie pseudouniversali, che rispondono di fatto a modelli economici difficilmente inquadrabili in un contesto democratico. Le condizioni per un incontro tra particolare ed universale implicano che vi sia l’adozione di un metodo “comparatistico”

³⁶⁷ C.Taylor,*Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Milano 1993.

³⁶⁸ L.Di Santo, *Teoria e pratica dei diritti dell’uomo*, Napoli 2002.

che manifesti la consapevolezza e l'impegno di comprensione e di interpretazione delle diversità e delle particolarità, intese come 'modo d'essere' con il quale si organizzano le popolazioni nelle loro decisioni politiche e nelle proprie scelte giuridiche dei programmi di vita in comune. Pensare ad un diritto globale multiculturale non significa avere un unico ordinamento giuridico che rispecchi in maniera paritetica le diverse componenti sociali e culturali della società contemporanea (ciò afferma la Facchi sarebbe impossibile); significa invece aver avviato un processo di modificazione rappresentativa del diritto che può essere colto non solo nei termini del diritto positivo, ma di un diritto che accanto alle norme prodotte dallo Stato accolga norme extra-statali o norme e prassi diverse dall'ordinamento giuridico occidentale. Tale confluenza non prevede un'annessione tout-court ma, ancora una volta, desidera che il diritto torni ad essere fonte di un dibattito culturale e che la sua identità venga riformulata e sciolta da un ruolo meramente tecnico o esecutivo. Il diritto esprime la vita di popoli che si organizzano e che si relazionano con altre comunità, esso è uno dei medium attraverso cui avvengono i processi integrativi e si formulano nuove rappresentazioni di senso rispetto all'agire collettivo. Le sue modalità di cambiamento possono fornire un interessante chiave di lettura sul tipo di organizzazione sociale che produce il diritto e le norme. Si tratterà, nel caso di un diritto espressione di processi multiculturali³⁶⁹, di valutare di volta in volta le compatibilità e/o le

³⁶⁹ A.Facchi, cit. pag. 53, "Le differenti posizioni del multiculturalismo hanno in comune la consapevolezza che l'attitudine liberale classica, che rappresentava uno Stato neutrale ed astensionista, non è più sufficiente a rispondere alle esigenze del pluralismo sociale contemporaneo, alle richieste di riconoscimento e tutela di identità culturali minoritarie. Il tipo di misure necessarie e la loro giustificazione variano però in un arco di proposte all'interno del quale vi è chi ritiene si debba ricorrere a diritti culturali collettivi fondati sulla tutela e sulla valorizzazione delle identità di gruppo, e chi invece ritiene che i diritti ed i principi fondamentali

conflittualità tra i diversi tipi di norme e di diritti con l'obiettivo di un'integrazione costante di principi che venga costantemente posto al vaglio critico non solo dei legislatori ma, soprattutto, della volontà ultima degli uomini che sottendono ai processi di contatto ed integrazione. L'elemento che emerge costante da questa analisi è la necessità di guardare al diritto come espressione *sostanziale* di una società e traduttore concreto dei suoi movimenti intrinseci. Una Struttura che si manifesta anche in termini formali ma che è, al contempo, espressione vitale dei processi storico-sociali in corso e, come tale, non solo soggetto a mutamenti ma anche, e soprattutto, Attivatore e Mediatore delle modificazioni stesse. Affrontando il problema del multiculturalismo J. Habermas introduce il concetto di neutralità etica, dove per etica si intende ciò che riguarda le concezioni di una "vita buona" ovvero non sbagliata. Non si tratta dunque di stabilire una forma di vita buona per tutti, bensì di introdurre un'imparzialità di giudizio riferita all'*autocomprensione* e ai *progetti di vita di gruppi particolari* con l'obiettivo di comprendere quale forma viene vista da ogni cultura come "buona per noi". Le norme morali garantiscono in astratto le possibili interazioni di qualunque soggetto capace di linguaggio e di azione, mentre le norme giuridiche "si riferiscono sempre ai nessi d'interazione di società concrete"³⁷⁰. Per modificare le società complesse la politica ricorre al diritto positivo. Esso ha acquisito nel corso del tempo una natura artificiale che si basa su una serie di presupposti normativi. "Il diritto moderno è *formale* giacchè riposa sulla premessa che

della cultura politica liberale, come quelli di libertà e di uguaglianza-reinterpretati in modo compatibile con il riconoscimento delle differenze di gruppo-siano sufficienti per costruire il fondamento delle politiche che accolgano, almeno parzialmente, le richieste dei movimenti sociali".

³⁷⁰ J.Habermas-C.Taylor, cit. pag.82.

è permesso tutto ciò che non è esplicitamente vietato. E' *individualistico*, giacchè intende la singola persona come titolare di diritti soggettivi. E' diritto *coattivo*, giacchè sanzionato dallo stato e si applica solo al comportamento legale ed esternamente conforme alle regole.. [...]..E' *diritto positivo*, giacchè rinvia alle decisioni (modificabili) di un legislatore politico, e infine è diritto *proceduralmente statuito*, in quanto viene legittimato da un procedimento democratico".³⁷¹ Il diritto positivo è concepito come 'neutrale' poiché deve garantire e consentire l'espressione delle più diverse pluralità culturali. La neutralità del diritto rispetto alle differenziazioni etiche deriva dal fatto che in società complesse "l'insieme dei cittadini non può più essere integrato da un consenso sostanziale sui valori" (abbiamo già visto che non è pensabile un ordinamento giuridico unico per una società globale e multiculturale) ma solo attraverso un consenso sulle procedure, relative a una legittima produzione giuridica e a un potere legittimo. I principi universali si realizzano attraverso procedure condivise e un atteggiamento di legittimazione dei principi costituzionali, inseriti comunque all'interno di un contesto socio culturale storicamente determinato. J.Habermas chiarisce in maniera inequivocabile che il diritto positivo oltre a pretendere comportamenti legali deve avere anche possedere un valore legittimo. Il diritto deve consentire ai cittadini di potervi ottemperare, per cui esso è legittimo nel momento in cui garantisce in modo uguale l'autonomia dei cittadini, ed essi sono autonomi solo quando oltre che fruitori del diritto possono pensarsi come autori di esso. D'altra parte gli autori sono liberi nel momento in cui prendono parte ai processi legislativi "che sono regolati in modo tale, e si compiono in forme

³⁷¹ Ivi, p.79.

comunicative tali, da far ritenere a tutti che le regole stabilite siano meritevoli di approvazione generale e razionalmente motivata”.³⁷² Lo stato democratico è uno stato di diritto, il processo democratico deve essere istituzionalizzato in forme giuridiche che rispondono alla sovranità popolare senza la quale non può esserci un diritto legittimo. “Ogni ordinamento giuridico è anche l’espressione di una forma di vita particolare, e non soltanto il rispecchiamento del contenuto universale dei diritti. Nel declinarsi sul piano fattuale la norma giuridica, rendendosi più o meno accettabile alla comunità, rivela la capacità di *autocomprensione* di una comunità specifica e delle sue forme di vita. Tanto più si ragiona e si riflette sul senso della norma e sulla sua applicazione in maniera collegiale e partecipata, tanto più si manifesta la capacità di della collettività di formarsi un’opinione ed una volontà legislativa. E’ necessario scoprire nuove forme relazionali che diano senso al nostro agito, in un’ottica di definizione identitaria individuale che collettiva. La mediazione, in quanto atto creativo comunicazionale innovativo, ha in sé la potenzialità per favorire questo processo. Tuttavia la mediazione si compie attraverso un processo comunicativo che, stabilendo garanzie per l’ascolto e la comprensione reciproca, consente un avanzamento del processo relazionale. *Tale atto è insito nella natura stessa del diritto, in quanto medium di una relazione attraverso cui le soggettività emergono e si relazionano comprendendosi e mutandosi vicendevolmente, e trovando nuovi assetti vitali eventualmente regolati da “norme” significanti l’essenza stessa della natura relazionale. Le soggettività (individuali e collettive) si scontrano ed*

³⁷² Ivi, p.79.

il diritto apre spazi per le evoluzioni del conflitto in nuove forme di conoscenza e convivenza.

Conclusioni

La nostra ricerca ha voluto delineare un percorso che partendo dalla descrizione delle diverse “pratiche” di mediazione del diritto, implicita nelle forme di mediazione che vengono attualmente agite in campi marginali del diritto stesso, svolgesse il filo teorico di una qualificazione del diritto come Terzo della relazione, responsabile e garante della legittimità del procedere discorsivo nella costruzione sociale.

Abbiamo visto come prima che tecnica di gestione dei conflitti, la mediazione è un modo per ristabilire la comunicazione tra le persone, e per avviare, sia pure parzialmente, un importante processo di pacificazione sociale attraverso la costruzione di ‘spazi di parola’. La mediazione come pratica viene utilizzata in molte delle aree tradizionalmente affidate a norme, regole e procedimenti giudiziari, riuscendo a produrre soluzioni efficaci. Essa di fatto riprende una modalità essenziale del diritto che consiste nel ‘mediare’ la relazione tra due o più individui, tra due o più gruppi sociali. Tale intrinseca qualità del diritto lo qualifica come elemento Terzo della relazione, situandolo alla base dei processi di riconoscimento, autoconsapevolezza, comprensione del sé e dell’Altro da sé.

Volendo uscire da un’impronta di natura sistemico-funzionale nella considerazione del diritto moderno è necessario confrontare l’evoluzione del diritto con l’evoluzione dei sistemi sociali nel mondo globalizzato, oltre che considerare il diritto come frutto di un particolare tipo di organizzazione sociale, improntata ad un certo tipo di *discorso*, inteso come “un insieme interconnesso di conoscenze e pratiche corrispondenti, un modo particolare ed identificabile di dare un senso alla realtà per mezzo

delle parole e delle immagini”³⁷³. Il diritto, la legge, esistono in quanto forme di produzione culturali funzionali all’organizzazione del sapere e del potere degli individui storicamente determinati. Sono il prodotto di come gli individui si rappresentano, di come strutturano le loro forme di conoscenza, dei sistemi di controllo che necessitano loro per mantenere l’ordine sociale in relazione al mantenimento di costruzioni sociali determinate. Il diritto fa parte di un insieme <<umano, storico e sociale>> che in un determinato momento produce un ‘dover essere’; esso ha dunque la duplice funzione di mettere in pratica quanto stabilito nel ‘dover essere’, producendo norme, e di interrogarsi su ‘quale legge’ produce e perché, in base cioè a quale ‘verità’ agisce argomentando risposte secondo una ragionevolezza che è propria della *razionalità comunicativa*.

La società post moderna è il luogo dove avvengono per eccellenza le comunicazioni e dove l’esistenza è inondata da forme di tecnicizzazione che tendono a svuotarla di elementi valoriali alternativi alle pratiche di consumo e di accumulazione economica. L’uomo *postmoderno*, libero ed indipendente, è spesso preda di conflitti relazionali e difficoltà comunicazionali. Egli è di fatto mosso da impulsi ambivalenti, nei quali il sentimento della propria onnipotenza si coniuga con la percezione del proprio vuoto e della propria debolezza. Ci si sente più liberi, tuttavia tale sentimento conserva un’ ambivalenza di fondo: il sentirsi liberi espone a rischi e responsabilità. Il dover contare solo sulle proprie forze spinge ad elaborare ansie e dolori interni, paura di rischi e fallimenti. L’ individuo ha conquistato nella società globale un’apparente autonomia che nella realtà è solo *de iure*; vive *de facto* una vita compulsiva e in una costante

³⁷³ D. Lupton, *Il rischio. Percezioni, simboli e culture*, Bologna, 2003, cit. pag. 21

obbligatorietà di autodeterminazione. La trasformazione da *de iure* a *de facto* ed il superamento di uno stato di disagio permanente e di allontanamento del senso di appartenenza comunitario può avvenire solo nel momento in cui l'individuo diventa cittadino, adottando una visione critica e riflessiva della società complessa. Una riconfigurazione delle relazioni sociali necessita di un approccio critico alla diritto, con l'obiettivo di delinearne un "senso", inteso come processo di selezione di elementi di conoscenza dall'ambiente che orientano ad un significato, ed una *funzione* nella contemporaneità. La funzione del diritto come *mediazione* è indirizzata a sviluppare e a sostenere le relazioni e a svolgere una preziosa funzione per la qualità della convivenza, offrendo un'occasione di dialogo fra i membri della comunità, ricomponendo la frammentazione delle esperienze dei singoli. Il diritto, esercitando la propria funzione di mediazione, può ricomporre il conflitto laddove l'individuo diventa il portatore di istanze di libertà e di regolazione; può sostenere le persone di fronte al caos ed al crollo delle regole, con l'obiettivo di crearne delle nuove valide per l'intera comunità; può valorizzare le differenze culturali, etniche e linguistiche estremamente diversificate e frammentate e ricomprenderle in forme innovative del diritto stesso. Il terreno su cui prendono corpo l'incontro o lo scontro tra l'azione degli individui e la funzione di riconoscimento del diritto è quello della *realtà sociale (il mondo vitale)* dove si sviluppa una dinamica del rapporto tra mutamento storico e ordine giuridico. Il diritto legittima e sancisce il dialogo e le decisioni assunte in seguito ad esso, portandone memoria e traducendolo in pratiche in base alle quali strutturare la società. Le forme trovate sono ferme ma flessibili poiché la loro formulazione è sempre passibile di

ridiscussione in base a quanto elaborato nei processi discorsivi che avvengono tra le persone. In tal senso il diritto, sebbene strutturi norme, è esso stesso premessa e conseguenza dei processi vitali democratici, espressione del modo di rappresentare e concepire il mondo da parte degli uomini che lo vivono. Secondo J. Habermas il medium diritto, a differenza di *media* quali il denaro ed il potere ed il linguaggio, esige la responsabilità di coloro che lo utilizzano e presuppone un consenso comunicativo che viene agito attraverso un orientare al proprio agire secondo pretese di validità criticabili. La funzione di mediazione del diritto ha a che fare con il mondo vitale, oltre che con le corrette procedure formali; il diritto fa parte integrante dei processi di intesa sociale, esso ne riflette le dinamiche ed interviene per trovare sintesi adeguate che consentano ai cittadini di vivere in piena libertà e con garanzie individuali e collettive. Il comunicare, il discorrere, diventa il *mezzo* attraverso cui le persone arrivano a visioni condivise. Il diritto diventa dunque la concreta traduzione dell'impegno morale della coscienza individuale che proietta i singoli all'interno dei meccanismi sociali complessivi (potere amministrativo, economico e tecnologico). Il diritto conferisce alla democrazia politica operatività e fonte di stabilizzazione sociale attraverso un costante processo di *autolegislazione* che non si deve mai interrompere poiché è quello che porta da una parte a scoprire norme giuste utili per la convivenza civile. Il diritto allora non è un mero apparato riproduttore di norme, dotato di uno specifico linguaggio tecnico e ramificato nei vari campi dell'organizzazione sociale; non è un sottosistema autoreferente che garantisce il 'giusto' funzionamento degli altri sottosistemi; non è una teoria pura scollegata dai principi e valori che fanno da sfondo alla realtà

sociale. E' il *medium* che sancendo la possibilità di comunicare tra le parti, con la garanzia del rispetto e del riconoscimento reciproco, si erge ad *attivatore e garante* dei processi vitali e della 'giustizia', intesa come un obiettivo valoriale condiviso e condivisibile da realizzare tra persone, tra gruppi sociali, impegnati a costruire una *convivenza civile* che intersechi e valorizzi le diversità partendo dal riconoscimento di diritti comuni garantiti per tutti (diritto ad esistere, diritto ad esprimersi, diritto a pensare,ect.). Il diritto è dunque Terzo nella relazione esistenziale oltre che nella relazione giuridica. Affinché si verifichi una Relazione, l'Io e l'Altro necessitano di uno spazio di mediazione in cui l'uno non si identifica completamente con l'immagine dell'altro ma si ri-conosce nell'altro in un luogo terzo dove le ipotesi dell'uno e dell'altro si incontrano senza escludersi reciprocamente. Tale relazione deve avvenire dunque in un processo triale in cui il Terzo-Altro costituisce e garantisce lo spazio, imparziale, disinteressato e disciplinato, in cui si realizza la creazione di senso. Questo spazio Terzo è quello proprio dell'istituzione del diritto, opera creativa e formativa delle norme istituite, distinte dalle leggi trovate, che regolano la continuazione dei processi vitali. Il diritto è portatore di un valore *umano ed esistenziale* che ne qualifica il *sensu* e la forma: l'impianto normativo diventa esso stesso il frutto di processi comunicativi che trovano ad un certo punto una loro formulazione definitiva (e non definitiva) utile a sostenere la struttura sociale e ad alimentarne il funzionamento.

E' necessario dunque affermare la disponibilità di luoghi e spazi appositi (*l'agorà politico* ben diverso dalla vetrina espositiva di un qualsiasi programma televisivo) che siano premessa necessaria al '*fare discorsivo*', in cui l'*uno* incontra l'*altro*, porta le proprie ragioni, ascolta quelle

dell'altro, elabora idee e proposte per la crescita collettiva. In questo processo si affermano la libera individualità e l'agire collettivo come due elementi inscindibili della democrazia. La Mediazione giuridica e quella culturale, possono “rendere operativo il concetto di cittadinanza societaria, inteso come il complesso di norme di libertà e vincoli che non stanno né nei semplici individui, né nei sistemi, ma nella relazione sociale intesa come azione reciproca e piena fra soggetti diversi”³⁷⁴, e trovare nel Diritto quel Terzo Intersoggettivo che le consente di esercitare appieno la propria funzione. Il *diritto umano ed esistenziale* diventa, in una società complessa, un *Terzo* che si pone come tramite tra organismi pubblici e privati, soggetti singoli, istituzioni, ect., che mira a stabilire le regole per una convivenza civile, una coesione sociale apparentemente persa di fronte ai processi disgregativi della società globale. I partecipanti alla società possono tornare ad interagire, contribuendo in maniera dialogica a costruire ed applicare le norme al contesto specifico, operando una continua interpretazione delle norme stesse. Il processo di universalizzazione del diritto implica che le norme applicate producano interpretazioni specifiche che devono essere giustificate attraverso una formazione linguistica del consenso.

³⁷⁴ D. Bramanti, *Sociologia della mediazione* cit. pag. 53.

Bibliografia

AA.VV. *Abitare il nuovo paese. Accogliere i nuovi cittadini*, Relazioni al Convegno, Associazione Overseas- Comune di Modena- Ufficio Stranieri- Azienda USL- Regione Emilia Romagna, Modena, 14/11/98

AA.VV. *Antropologia e Nascita*, Relazioni al Convegno, Associazione Crinali- Provincia di Cremona, Cremona, 16/5/98

AA.VV., *Filosofi del diritto contemporanei* (a cura di G. Zanetti), Milano, 1999

AA.VV. *Intermedia. Mediatori interculturali*, Atti del Seminario Transnazionale, Risorse Umane Europa (R.U.E.), Udine, 18-19 /03/99

AA.VV. *La mediazione giudiziaria e sociale*, Dossier Narcomafie, III, 6/95, pp.15-26

AA.VV. *La figura del mediatore culturale: le prime esperienze ed i percorsi formativi a confronto*, Atti del Seminario, COSPE, Bologna, 13/10/93

AA.VV. *La mediazione culturale*, Associazioni Produrre&Riprodurre- Almaterra, Quaderno n.1, Torino, 02/95

AA.VV. *La mediazione interculturale in Italia: esperienze a confronto*, Atti del Convegno Nazionale, Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, Modena, 14/01/00

AA.VV. *La mediazione nei conflitti sociali e di comunità*, in Animazione Sociale, Gruppo Abele, Torino, 05/97, pp.33-56

AA.VV. *La professione di mediatrice/mediatore culturale*, Torino, 1999 F.C.

AA.VV., *La médiation familiale en Europe*, Edition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002

AA.VV. *Les médiations culturelles*, in *Hommes & Migrations*, Paris, n.1164, 04/93

AA.VV. *Mediation interculturelle*, Atti dei Seminari di Marsiglia e di Torino sulla Mediazione Culturale della rete Med Urbs (città di Bologna, Marsiglia, Barcellona, Rabat, Khourigba, Casablanca, Yacoub El Mansour), Marsiglia e Torino, 1995, F.C.

AA.VV. *Mediazione/riparazione*, Centro per la giustizia minorile del Piemonte e della Valle D'Aosta, Torino, 1997

AA.VV. , *Numero monografico sulla mediazione familiare*, *Famiglia Oggi*, n. 11 (1997)

AA.VV. , *Numero monotematico sui figli della separazione*, *Minori Giustizia*, n. 1, 1998.

AA.VV. *Nuove frontiere del diritto*, Bari, 2001

AA.VV. *Pluralità delle Culture ed universalità dei Diritti*, Torino, 1996

Albanese Ruffo V., **Bartolucci M.**, **La Rocca B.**, **Sgalla R.**, *Dizionario di Sicurezza Urbana*, Roma, 2000.

Aleo S. *Criminologia e sistema penale*, Padova, 2006

Andolfi M. (a cura di), *La crisi di coppia*, Milano, 1999

Apel Karl O., **Gadamer Hans G.**, **Habermas J.**, *Ermeneutica e critica dell'ideologia*, Brescia, 1992.

Archibugi D.- Beetham D., *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*, Milano, 1998

Ardone R., **Mazzoni S.** (a cura di), *La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, Milano, 1994

Arielli E., **Scotto G.**, *I conflitti*, Milano, 1998

Arielli E., Scotto G., *Conflitti e mediazione*, 2003

Ardone R., Lucardi M. (a cura di), *La mediazione familiare*, Roma, 2005

Baraldi C.-Corsi G.-Esposito E., *Teoria dei sistemi sociali*, in *Glossario dei termini della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhman*, Montefeltro, 1990

Barcellona M., *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1995

Barcellona P., *Diritto senza Società*, Bari, 2003

Baruch r.A, Folger J.P., *The promise of mediation. Responding to conflict through empowerment and recognition*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1994

Battaglini M. (a cura di), *Codice della mediazione familiare. Raccolta di norme con il commento della giurisprudenza*, Milano, 2001

Bauman Z., *La società individualizzata*, Bologna, 2002

Bauman Z., *Modernità Liquida*, Roma-Bari, 2002.

Bauman Z., *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2008

Beck U., *Che cosa è la globalizzazione*, Roma, 2004

Belpiede A. *Dal mediatore interculturale ai luoghi di mediazione nel sociale*, in *Animazione Sociale*, Torino, 03/96, pp.58-62

Belpiede A., *La mediazione culturale nei servizi sociali*, in *Animazione Sociale*, Torino, 03/98, pp.84-89

Belpiede A., *La professione del mediatore culturale in ambito sociale*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, n.2/99, pp.11-14

Bertolini P., Voci “Mediazione-mediare” e “Mediatore (culturale)”, in *Dizionario di Pedagogia e di Scienze dell’Educazione*, Bologna, 1996

Bernardini I. *Finché vita non ci separi. Quando il matrimonio finisce: genitori e figli alla ricerca di una serenità possibile*, Milano, 1995

- Bernardini I.**, *Genitori ancora*, Roma, 1994
- Bernardini I.**, *La mediazione familiare: una risorsa a sostegno alla genitorialità*, Roma, 1998
- Bertoluzzo M.**, *La mediazione sociale come soluzione dei conflitti*, in "ASPE", 1995, pp. 10 ss
- Besemer C.**, *Gestione dei conflitti e mediazione*, Torino, 1999
- Bobbio N.**, *Il futuro della democrazia*, Torino, 2005
- Bonafe'-Schmitt J.P.**, *La médiation: une justice douce*, Syros Alternatives, Paris, 1992
- Bouchard M., Mierolo G.** (a cura di), *Prospettive di mediazione*, Torino, 2000
- Bouchard M.** "La mediazione: una terza via per la giustizia penale?", in *Questione Giustizia*, n.3-4, pp. 757 ss., 1992.
- Bouchard M., Mierolo G.** *Offesa e riparazione*, Milano, 2005
- Bramanti D.**, *Sociologia della Mediazione*, Milano, 2005
- Bruner J.**, *La ricerca del significato*, Torino, 1992.
- Brutti C., Brutti R.**, *Mediazione, Conciliazione Riparazione*, Torino, 1999
- Buber M.**, *Il principio dialogico ed altri saggi*, Milano 1993
- Buzzi I., Pinna S.**, *Esperienze pratiche per mediare in conflitti*, Cagliari, 1999
- Calasso M.G.**, *La pedagogia degli scambi interculturali*- Roma, 1986
- Calfapietro T., Cornelli R.** "Mediazione e diritto di difesa", in *Mediaries. Semestrale sulla mediazione*, n. 3., 2004
- Cananzi R.**, "La mediazione familiare. Come e perché", in *Consultori familiari oggi*, n. 2, pp. 24 ss. 1997

Canevelli F., Lucardi M., *La mediazione familiare. Dalla rottura del legame al riconoscimento dell'altro*, Torino, 1999.

Canevelli F., Lucardi M., “Mediazione familiare e rischi della separazione. principi generali e criteri guida per l'intervento”, in *Consultori familiari oggi*, n. 2, pp. 29 ss., 1997

Capozzi G., *Saggi di etica giuridica e politica*, Napoli 1995

Capozzi G., *Le ek-stasi del fare. Vol II*;, Napoli, 2003

Capozzi G., *Forza ,leggi e Poteri.I Sistemi dei diritti dell'Uomo*, Napoli,2005.

Cappelletti M., Barth W. (a cura di) *Access to Justice*, Milano, 1978

Carbonnier J., *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura di De Vita A.,Milano, 1997

Carta S., *La vita familiare. Strutture, processi, conflitti*, Milano, 1996

Castelli S., *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996

Castiglioni M., *La mediazione linguistico-culturale. Principi, strategie, esperienze*, Milano, 1997

Castoriadis C., *L'istituzione immaginaria della società*, Torino , 1995

Castoriadis C., *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, Bari, 1998

Cesaria C. *Le nuove “corti” della giustizia*, in “Sicurezza e territorio”, n. 5, 1993

Choen-Emerique M., *La nature de la mediation assurée par les femmes-relais*, in Agiri, 11-12/93

Choen-Emerique M , *La négociation/médiation culturelle dans un processus d'intégration*, 5° Congresso Internazionale dell'Arac., Saarbruck, 1994

Cigoli V., Galimberti C., Mombelli M., *Il legame disperante*, Milano, 1998

Corsale M., *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1983

Corsale M., *Il diritto nell'età della globalizzazione*, Roma, 2000

Corsi M. Sirignano C., *La mediazione familiare*, Milano, 1999

Costantino S., *Sfere di Legittimità e processi di legittimazione*, Torino, 1994

Curi U., Escobar R., Garzonio M., Scaparro F., Tanzarella S., *I conflitti*, Milano, 2003

Dal Lago A., *Non-Persone*, Milano, 1999

Dal Porto M. G., Magazzino M. G., *La mediazione*, Roma, 2004

Dell'Antonio A., *Il bambino conteso. Il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati*, Milano, 1983

Demetrio D., Favaro G., *Bambini stranieri a scuola*, Firenze, 1997

De Sousa Santos B. (1990), *Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico*, in "Sociologia del Diritto", n. 3

Di Rosa R., *La mediazione*, Palermo, 2002

Di Santo L., *Spazio, tempo, memoria, come dimensioni costitutive dei diritti umani*, *Revista Internacional de Filosofía liberoamericana y Teoría Social-* Año 10 n.30 - 2005

Di Santo L., *Teoria e pratica dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2002

Dogliotti E., *La mediazione familiare: un dibattito ancora attuale*, in *Famiglia e diritto*, 1996, n.1, 76 ss.

Dosi G., *Sistema giudiziario, conflittualità familiare e mediazione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994, n.2, 763 ss.

Durkheim E., *Le forme elementari della vita religiosa*, Roma, 2005

Durkheim E., *Le regole del metodo sociologico. Sociologia e filosofia*, Torino, 2008

Eusebi L. (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.

Eusebi L., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.

Eusebi L., *Dibattiti su teorie della pena e mediazione*, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, 1997

Facchi A., *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001

Faedita B., *Stranieri in una società multiculturale : uno sguardo comparativo alla mediazione culturale tra antropologia e diritto*, in *Gli Stranieri*, n° 3/2000

Faralli C., *Vicende del pluralismo giuridico. Tra teoria del diritto, antropologia e sociologia*, in *Concetti e norme. Teorie e ricerche di antropologia giuridica*, a cura di A. Facchi e M.P. Mittica, Milano 2000

Faralli C., *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Bari, 2002

Favaro G., *Mediare le differenze. Un dispositivo per facilitare l'accesso ai servizi e promuovere le pari opportunità degli immigrati*, in **AA.VV.**, *Le parole delle pari opportunità*, *Adulità*, Quaderno n.2, Milano, 01/00, pp.65-71

Favaro G., Nigris E. (a cura di) *La mediazione e i mediatori*, Dossier di ricerca, Provincia di Milano-Regione Lombardia, Milano, 11/99

Favretto A. R., *Pluralismo giuridico: quale definizione? In Contributi in tema di pluralismo giuridico*, a cura di A. Cottino, Torino, 1992

Ferrari V., *Funzioni del diritto. Saggio critico-ricostruttivo*, Roma-Bari 1987

Ferri E., *La città degli unici. Individualismo, nichilismo, anomia*, Torino, 2001

Fiorucci M., *La mediazione culturale*, Roma, 2000

Foddai M.A. , *Mediazione: oltre l'antico e il moderno*, 2003, in www.dirittoestoria.it

Foddai M.A., *Mediazione: oltre l'antico e il moderno*, in www.dirittoestoria.it, 2003

Forti G. *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, 2002

Folberg J., Taylor A., *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigations*, San Francisco, Jossey-Bass , 1984

Foucault M., *Sorvegliare e Punire*, Torino, 1997.

Foucault M., *Le parole e le Cose*, Milano, 1998.

Foucault M., *Archivio Foucault. Interventi, colloqui, interviste. vol.2 1971-1977. Poteri, saperi, strategie*, a cura di A. Dal Lago, Milano,, 1998

Foucault M., *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 1998

Foucault M., *L'archeologia del sapere*, Milano, 1999

Foucault M., *Nascita della Biopolitica*, Milano, 2005

Foucault M., *La verità e le forme giuridiche*, Reggio Calabria, 2007

Foucault M., *Discipline, poteri, verità. Detti e scritti (1970-1984)*, Torino, 2008

- Gadamer H. G.**, *Verità e metodo*, a cura di G.Vattimo, Milano, 1983
- Gaggero M.P.**, *I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di common law*, in “Documenti Giustizia”, 1994.
- Galtung J.**, *Pace con mezzi pacifici*, Esperia, Milano, 2000
- Gatti U., Marugo M.** *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la giustizia riparativa al vaglio della ricerca empirica*, in “Rassegna italiana di criminologia” 1992
- Gatti U., Marugo M.** *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Marginalità e società*, numero monografico sul tema *Rivalutazione della vittima e giustizia riparativa*, n.27, 1994
- Giddens A.**, *Le conseguenze della modernità: fiducia, rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, 1994
- Giddens A.**, *Il mondo che cambia*, Bologna, 2000
- Habermas J.** *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996
- Habermas J.** *Teoria dell'agire comunicativo/Critica della ragione funzionalistica*, vol.2, Bologna, 1997
- Habermas J.** *L'inclusione dell'Altro*, Milano, 1998
- Habermas J.** *Morale, diritto, politica*, Torino, 2001
- Habermas J.**, *Il discorso filosofico della modernità*, 2003
- Habermas J. – Ratzinger J.**, *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia, 2004
- Habermas J.**, *Etica del discorso*, Bari, 2004.
- Habermas J.** *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari, 2005
- Habermas J.**, *La condizione intersoggettiva*, Bari, 2007
- Habermas J., Taylor C.**, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, 2005

Haynes J., Fong L., Haynes G., *La mediazione: strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, 2003

Haynes J.M., Buzzi I., *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996

Heidegger M., *Concetti fondamentali della metafisica*, Genova, 1992

Heidegger M., *Essere e tempo*, Milano, 1999

Husserl E., *L'idea di fenomenologia*, Milano, 1995

Irti N., *Norma e luoghi*, Roma-Bari, 2001

Irti N., *Fenomenologia del diritto debole*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto*, Bari, 2001

Jabbar A., *Siamo tutti "altri"*, in *école*, n. 51, 06/97, pp.24-25

Jabbar A., *La mediazione socio-culturale*, in *école*, n. 65, 01/99, pp.32-33

Jabbar A., *Mediazione socioculturale e percorsi di cittadinanza*, in *Animazione Sociale*, Ottobre 2000

Kelsen H., *La dottrina pura del diritto*, Tornio, 1952

Kolakowski L., *Orrore metafisico*, Bologna, 1990

Kolakowski L., *Presenza del mito*, Bologna, 1992

Kuhnt T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1982

Laurent-Boyer L. (a cura di), *La mediazione familiare*, Napoli, 2000

Legendre P., *Il giurista artista della Ragione*, Torino 2004

Liaci S., *Il mediatore sociale. Nuova figura professionale per la regolazione dei conflitti*, in *Sociologia e Professione*, n.33-34, 06/99, pp.33-40

Losi N. , *Vita altrove. Migrazione e disagio psichico*, Milano, 2000

- Luison L.** (a cura di) *La mediazione come strumento di intervento sociale. Problemi e prospettive internazionali*, Milano, 2006
- Luison L., Liaci S.**, *Mediazione Sociale e sociologia. Riferimenti teorici ed esperienze*, Milano, 2000
- Luhmann N.**, *Stato di diritto e Sistema Sociale*, Napoli, 1990.
- Luhmann N.**, *Teoria della società*, Milano, 1992
- Luhmann N.**, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995.
- Luhmann N.**, *I diritti fondamentale come costruzione*, Bari, 2002.
- Luhmann N.**, *Mercato e diritto*, a cura di L. Avitabile, con presentazione di R. De Giorgi, Torino, 2007
- Lupton D.**, *Il rischio. Percezioni, simboli e culture*, Bologna, 2003
- Maggioni G., Pocar V., Ronfani P.**, *La separazione senza giudice. Il conflitto coniugale e gli operatori del diritto*, Milano, 1990
- Mancini I.**, *Aspetti e problemi dell'ermeneutica*, Lecce, 1988
- Mancini I.**, *Diritto e società: studi e testi*, Urbino, 1993
- Mannozi G.** *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003
- Mannozi G.** (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004
- Marzotto C., Telleschi R.**, *Comporre il conflitto genitoriale*, Milano, 1999
- Marzotto C.**, *La formazione del mediatore familiare. Competenza o nuova professione?* in *Famiglia oggi*, 1997, n.11., 14 ss.
- Marzotto C., Telleschi R.** (a cura di), *Comporre il conflitto genitoriale. La mediazione familiare: metodo e strumenti*, Milano, 1999.
- Maturana F. e Varela H.**, *Autopoiesi e cognizione*, Venezia 1992.

Mazzei D., *La mediazione familiare. Il modello simbolico trigenerazionale*, Milano, 2002

Mazzucato C., *L'universale necessario della pacificazione. Le alternative al diritto e al processo*, in Lombardi Vallauri L. (a cura di), *in Logos dell'essere, Logos della norma*, Bari, 1999

Mc Luhan M., *La cultura come business. Il mezzo è il messaggio*, Roma, 1998

Meneghini R. W. Fornasa, *Abilità differenti*, Milano

Mestiz A., *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Roma, 2004

Molinari F., Amoroso A. (a cura di), *Teoria e pratica della mediazione*, Milano, 1999

Mongelli A., *Geografia delle risorse sociali*, Milano, 1999

Moore C.W., *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1986

Morineau J., *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000

Motroni A., *Consultori familiari e mediazione*, in Cosi G. – Foddai M.A, (a cura di) *Lo Spazio della Mediazione*, Milano, 2003

Negri A. e Hardt M., *La produzione Biopolitica*, Milano, 2000

Nigris E., Johnson P., *Le figure della mediazione culturale in contesti educativi*, in Nigris E. (a cura di), *Educazione interculturale*, Milano, 1996, pp. 369-414

Organizzazione delle Nazioni Unite, VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti, Milano 1985, pubblicazione delle Nazioni Unite, New York, 1986.

Pandolfi A., *Tre studi su Foucault*, Napoli 2000

Paquette D., *La médiation. Evolution historique d'un concept*, in Migration Société, II, 1990, 8, pp.29-54

- Parkinson L.**, *Separazione, divorzio e mediazione familiare*, Trento, 1995
- Peroni F., Gialuz M.**, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004
- Pisapia G.** (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, Padova, 2000.
- Pisapia G., Antonucci D.** (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, 1997
- Ponti G.**, *Rivalutazione della vittima e giustizia riparativa: una premessa*, in *Marginalità e Società*, numero monografico sul tema *Rivalutazione della vittima e giustizia riparativa*, 1994, 7ss.
- Ponti G.**, *Tutela della vittima e mediazione penale*, Milano, 1995
- Postman N.**, *Technopoly: la resa della cultura alla tecnologia*, Torino, 1993
- Pupolizio I.**, *I centri di mediazione sociale in Italia: un'indagine empirica*, in "Mediaries", n. 5, 2005
- Pulcini E.**, *L'Io globale: crisi del legame sociale e Nuove forme di Solidarietà*, in *Filosofie della globalizzazione*, Pisa, 2001
- Punzi A.**, *Il dominio della comunicazione e la comunità assente. Riflessioni filosofico-giuridiche su Adorno e Fichte*, Torino 1998.
- Punzi A.**, *L'Ordine giuridico delle macchine*, Torino 2004
- Reynaud J.** *Sociologia dei conflitti di lavoro*, Dedalo, Bari, 1984
- Riccobono F.**, *Soggetto Persona Diritti*, Napoli 1999
- Rogof Barbara**, *La cultura dello sviluppo*
- Romano B.**, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma 1986.
- Romano B.**, *Terzietà del diritto nella società complessa*, Roma, 1998
- Romano B.**, *Ragione giuridica e terzietà nella relazione*, Roma, 1997

Romano B., *Ragione giuridica e terzietà nella relazione. Un'introduzione alla filosofia del diritto*, Roma, 1998.

Romano B., *Soggettività, diritto e post-moderno*, Roma, 1988

Romano B., *Ortonomia della relazione giuridica. Una filosofia del diritto*, Roma 1997

Romano B., *Filosofia del diritto*, Bari, 2002

Romano B., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo, noia, globalizzazione*, Torino, 2004

Romano B., *Scienza giuridica senza giurista. Sul diritto alla filosofia del diritto*, Torino, 2006

Romano B., *Il giurista non è uno <<zoologo metropolitano>>? A partire da una tesi di Derrida. Lezioni 2006-2007*, Torino, 2007

Romano B., *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008

Romano B., *Nietzsche e Pirandello. Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Torino, 2008

Ruggiero G., *Il conflitto familiare: dalla valutazione al processo di mediazione*, in *Animazione Sociale*, n. 5. 1997

Sapio A. *Per una psicologia della pace. Nuove prospettive psicologiche per approcci integrati interdisciplinari*, Milano, 2004

Scabini E., Rossi G., (a cura di), *Rigenerare i legami: la mediazione familiare e comunitaria*, Studi interdisciplinari sulla famiglia, Vita e Pensiero, Milano, 2003

Scaglione D., Vergnani P., *Manuale di sopravvivenza al conflitto*, Bologna, 2000

Scaparro F. *Dizionario delle mediazioni. Mediazione*, in "Mediares", n. 5. (2005)

- Scaparro F.** (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001.
- Scatolero D.**, *Né terapia né giudizio: dare un posto al disordine*, in “Narcomafie” n. 6 (1995)
- Sclavi M.**, *Arte di ascoltare e mondi possibili. Come si esce dalle cornici di cui siamo parte*, Pescara-Milano, 2000
- Severino E.**, *Téchne-Nomos: l’inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto*, Bari, 2001
- Six J.F.**, *Le temps des médiateurs*, Seuil, Paris, 1990
- Schnitman D.F., Schnitman J.**, *Nuovi paradigmi, comunicazione e risoluzione dei conflitti. Pensiero e pratiche di mediazione*, in *Pluriverso*, Anno V, n.2, 04-06/00, pp.73-84
- Tarozzi A.**, *Ambiente, migrazioni, fiducia*, Torino, 1998
- Tarozzi M.**, *La mediazione educativa. “Mediatori culturali” tra uguaglianza e differenza*, Bologna, 1998
- Telfener U.**, *La psicologia clinica come pratica culturale*, in *Pluriverso*, anno IV, n.4 e V n.1, 10/99-03/00, pp.219-229
- Ury W., Fischer R., Patton B.**, *L’arte del negoziato. Come difendere i propri interessi in ogni sorta di trattative*, Milano, 1995
- Valsecchi P.** (a cura di), *Cambiamenti sociali e nuove forme della violenza*, Milano, 2006
- Villata L.**, *Novelle legislative in tema di mediazione*, in “Mediaries”, n. 3, 2004
- Viola F., Zaccaria G.**, *Diritto ed Interpretazione*, Bari, 2004
- Wichert S.**, *Mi fai ancora amico?*, Torino, 2001
- Wiesnet E.**, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*, Milano., 1987

Wieviorka M. *Il razzismo*, Roma 2000

Wieviorka M. *Lo spazio del razzismo*, Roma 2000

Zagrebelky G., *Il diritto mite*, Torino, 1992