

Simon Roberts

Un tribunale civile inglese secondo una prospettiva antropologica

Le relazioni storiche con lo Stato e il ruolo chiave nel produrre processi e pronunce giudiziarie sono stati centrali per la nostra comprensione di che cos'è un "tribunale" in Occidente. Secondo l'ideologia della *rule of law*¹, la "giustizia" è sempre stata concettualizzata nei termini di un ordine realizzato per mezzo di una sentenza motivata; tanto che si è giunti a considerare i giudici quasi esclusivamente in relazione a questo assunto. Questa immagine neoclassica dominante del tribunale persiste nella cosmologia del mondo del *common law* – persino in presenza di trasformazioni ampiamente riconosciute – come una caratteristica apparentemente essenziale e duratura dell'ideologia del legalismo.

Durante gli ultimi trent'anni, è divenuto sempre più evidente che gli avvocati usano di norma la procedura giudiziaria per raggiungere la transazione delle liti e che il numero di processi civili è gradualmente diminuito². Ultimamente, inoltre, le complesse priorità statali, e degli stessi tribunali, sono cambiate radicalmente. Promuovere accordi è ora chiaramente individuato come il compito principale dei tribunali, mentre dispensare processi decisionali e provvedimenti giudiziari è divenuta un'ipotesi del tutto residuale. Così, le Corti di *common law* sono oggi luoghi dove le logiche, profondamente differenti, della decisione giudiziaria da un canto e degli accordi negoziati dall'altro coesistono e interagiscono.

In Inghilterra, questa "cultura dell'accordo" è stata patrocinata dalle più alte cariche della magistratura³, adottata ufficialmente come politica di governo, inserita copiosamente all'interno di un nuovo sistema di procedura civile e progressivamente messa in pratica nei tribunali. In termini schematici, il sistema procedurale introdotto con le *civil procedure rules* del 1998 ha comportato due cambiamenti radicali⁴. Innanzitutto, grazie alle procedure pre-contenziose (*pre-action protocols*), è sorta una nuova fase pre-conflitto, in cui lo scambio di informazioni

e la negoziazione sono obbligatori prima dell'instaurazione della causa vera e propria, se si vogliono evitare successive sanzioni al momento dell'allocazione delle spese legali e processuali. Il sistema procedurale è oggi strutturato in modo tale da imporre e monitorare le trattative nella fase pre-contenziosa, con un intervento statale che si estende a quello che era prima terreno esclusivamente privato e stragiudiziale. In secondo luogo, una volta instaurata la lite, la disputa si incammina verso una fase di "gestione attiva del caso" (*case management*) da parte del giudice, che dà priorità alla definizione della controversia in via conciliativa, lasciando la via del dibattimento come ultima alternativa.

In presenza di queste profonde trasformazioni, è opportuno approfondire che cosa succede oggi dal punto di vista empirico nei tribunali civili di *common law* e – come ha sostenuto Martin Shapiro in *Courts* (2005, p. VII) – giungere alla comprensione "più generale di una teoria sulla natura delle istituzioni giudiziarie". Nel tentativo di rivedere il modello neoclassico del processo e del giudizio, Shapiro ci ricorda come "i tribunali siano molto meno indipendenti e conflittuali di quanto il modello suggerisca" e "come cerchino di ottenere il consenso delle parti ai loro giudizi introducendo elementi importanti di mediazione e compromesso" (p. VIII).

Il punto è che si avverte la necessità di andare ben al di là dell'appello di Shapiro di ampliare il modello neoclassico, in modo da tenere conto del fattore mediazione. Il modello popolare del tribunale, inteso come produttore del processo e del giudizio, non è più un punto di partenza analitico plausibile; e non si deve nemmeno prolungare il periodo di lutto che già da tempo presenza alla "scomparsa del processo". Piuttosto, se si riconosce che i tribunali non corrispondono più al modello neoclassico, si dovrebbe iniziare a esaminare empiricamente come questi luoghi siano usati dalla clientela laica e dai professionisti che la rappresentano, e come costoro abbiano risposto a tale utilizzo.

Questo saggio cerca di fornire un possibile punto di partenza a questo processo di riesame, dando conto di uno studio etnografico su una Corte civile inglese, situata in una zona commerciale e urbana: la *Mayor's and City of London Court*. Prima di ciò, è però necessario riflettere brevemente sugli obiettivi di una descrizione antropologica competente.

Al cuore della ricerca antropologica vi è un metodo particolare: l'osservazione partecipante prolungata, indirizzata alla produzione di etnografia – "vivere nel villaggio con nessun'altra occupazione se non quella di seguirne la vita locale" (Malinowski 1922, p. 18). Questo metodo è inteso a produrre descrizioni delle realtà locali che possano rappresentare il più attentamente possibile il modo in cui gli attori di questi mondi ne

fanno esperienza. Al materiale così raccolto, ma prendendone la necessaria distanza, l'antropologo ha il compito di conferire "scientificità", dandone un'interpretazione analiticamente e teoreticamente fondata.

Il compito e lo scopo di uno studio antropologico appropriato su un tribunale nell'Occidente contemporaneo deve differenziarsi per importanti aspetti da un'etnografia classica, che si sforza di registrare un mondo, quello della tradizione esclusivamente orale, che andrebbe altrimenti perso. Il "diritto" ha a lungo parlato liberamente – addirittura estenuatamente – di se stesso. L'etnografo si trova di fronte a un'articolata cosmologia del legalismo incentrata sulla *rule of law* e a un florido discorso originario che consiste in norme codificate, espressioni giuridiche registrate, pratiche tecniche specialistiche e una lunga tradizione di esegesi professionale. Dietro tutto ciò, vi è anche un'elaborata "meta-analisi" accademica, che va dall'impegno ideologico alla critica emancipata.

Eppure, benché la voce nativa sia forte e chiara, senza alcun bisogno di essere soccorsa, c'è più da dire riguardo ai tribunali di quanto i professionisti del diritto e i loro commentatori accademici abbiano generalmente espresso: ci si riferisce in modo particolare a quegli aspetti dei tribunali che hanno luogo all'oscuro dello sguardo pubblico. L'*œuvre* dei commentatori si è fino a oggi concentrata sui tribunali come luoghi di processi e sentenze, dando particolare enfasi all'analisi delle decisioni delle Corti supreme. Il loro nuovo ruolo di promotori di accordi – che in larga misura resta parte di una cultura scritta, piuttosto che orale – merita però di essere ripreso e analizzato. Ci sono anche altri aspetti dei tribunali, visibili a un osservatore, che non sono presi in considerazione dalla narrativa nativa, e che attendono un'analisi dall'esterno. Uno di questi è la dimensione simbolica e rituale. Storicamente, per quanto siano stati presi in esame l'architettura e il rituale specialistico dei tribunali, questi sono stati interpretati principalmente nell'ottica di indagare le modalità con cui tali aspetti conferiscono legittimità alla decisione giudiziaria. I grandi tribunali vittoriani perdurano, così come il comportamento e il ruolo esotico della magistratura. Ma in che termini vanno considerati nel contesto del nuovo ruolo di promuovere accordi? Si è creato ora un significativo deficit interpretativo?

La Mayor's and City of London Court

La *Mayor's and City of London Court*, incorporata nel sistema del *County Court*⁵ nel 1971, può vantarsi di essere il più vecchio tribunale civile in Inghilterra e di occupare l'attuale sede, appena fuori

Guildhall Yard, dal XIII secolo. Quando venne ricostruita, nel 1888, la struttura venne pensata in modo che fosse immediatamente evidente che i processi pubblici nel contraddittorio delle parti erano la funzione primaria dell'edificio. Dall'atrio, una massiccia scala di pietra si stendeva fino a un'area aperta, che dominava su entrambi i lati le larghe aule giudiziarie del giudice (36 x 25 m) e del cancelliere (34 x 25 m). Aule spaziose per gli ufficiali erano disposte dietro le aule giudiziarie. Sullo sfondo, al pian terreno, vi erano gli uffici dei cancellieri e dei commessi della *Court*. La funzione principale della *Court*, in quanto ente statale ove si tenevano processi e giudizi, era sottolineata da questa disposizione interna degli spazi e ulteriormente messa in risalto, a livello simbolico, dall'architettura esterna dell'edificio. I suoi prospetti perpendicolari gotici, scelti dal *Law and City Courts Committee of Common Council* al posto del design italiano proposto come alternativa dall'architetto⁶, simboleggiano la continuità e la legittimità della nuova *Court* vittoriana attraverso il legame con la regalità medievale.

Oggi, per gran parte della settimana lavorativa, le due grandi aule giudiziarie all'interno dell'edificio rimangono deserte. Gli affari odierni della *Mayor's and City Court* sono per lo più sbrigati in altre, meno sfarzose, parti dell'edificio. Dal momento che l'azione si è spostata altrove, come vanno considerati questi spazi? Sono ridondanti, o continuano a fornire legittimità simbolica a questa nuova era dei tribunali, incentrata sulla ricerca dell'accordo?

Le cause e le loro traiettorie

Durante il 2006, 5.777 azioni civili furono intentate di fronte alla *Mayor's and City of London Court* (vedi tab. 1). Si trattava di casi relativi soprattutto a questioni di contratto, proprietà e responsabilità civile extra-contrattuale, che riflettono il vorticoso milieu commerciale della City. Tra le cause di responsabilità civile di cui si occupa la *Court*, molte riguardano azioni per danni alle persone. La *Court* non è competente a conoscere questioni di diritto della famiglia e le cause di modesto valore rappresentano solo il 18 per cento dei casi assegnati.

L'iter delle cause nella *Court* segue un modello molto simile a quello osservabile in altre *County Courts* in Inghilterra, nelle quali una larghissima percentuale delle azioni intentate vengono transatte, o giungono altrimenti a definizione man mano che l'iter procedurale va avanti, e sempre più raramente raggiungono la fase dibattimentale.

In un terzo circa dei casi il convenuto decide di resistere in giudizio; viceversa i casi vengono per la maggior parte decisi in contumacia, secondo una procedura semplificata condotta presso il *General Office* e senza l'intervento di un giudice. Delle cause in cui il convenuto si costituisce in giudizio, circa la metà sono abbandonate prima della decisione in ordine al rito da adottare. Fra le altre, il 30% circa si risolve con un accordo oppure si interrompe prima della fissazione dell'udienza dibattimentale. Nella maggioranza dei casi in cui si arriva a fissare l'udienza dibattimentale si raggiunge un accordo, e solo nel 22% circa delle ipotesi si giunge effettivamente a sentenza (vedi tab. 1).

Queste cifre rimandano ai quattro momenti fondamentali del processo attuale: l'instaurazione della lite, la costituzione in giudizio del convenuto, l'individuazione del rito da adottare e la fissazione dell'udienza dibattimentale.

L'instaurazione della lite

Oggi, sotto la spinta dei *pre-action protocols*, l'instaurazione di una causa è idealmente – e sempre di più in pratica – preceduta da una fase durante la quale le parti comunicano cooperativamente e tentano di risolvere la controversia stragiudizialmente. Di fatto si tratta di un processo di informazione e apprendimento, a conclusione del quale entrambe le parti, qualora fossero ancora in disaccordo, hanno se non altro un'idea precisa dei termini della controversia. Anche quando si raggiunge un accordo, instaurare la lite può essere opportuno al fine di ottenere l'esecuzione dell'accordo stesso. In altri casi, appare chiaro a entrambe le parti che il convenuto non ha realmente intenzione di resistere in giudizio; in tal caso l'instaurazione della lite e la conseguente sentenza in contumacia non costituiscono che mere formalità. Il risultato è che nella maggioranza dei casi l'instaurazione della lite non può che essere vista come la conclusione di un contenzioso, piuttosto che il suo inizio.

La costituzione in giudizio del convenuto

In quei casi in cui il convenuto si costituisce in giudizio, comincia una contrattazione (o in molti casi una contrattazione esistente viene formalizzata e portata avanti). Leggendo gli atti introduttivi, gli imputati e i loro rappresentanti legali sono costretti a riflettere attentamente sulla formulazione degli atti stessi, e quindi si ottiene di fatto già una prima seria riflessione da entrambe le parti. Il risultato è che, una volta depositati gli atti introduttivi, il terreno della controversia

viene sondato e le possibili alternative messe in luce. A questo punto più della metà delle cause si risolve velocemente, addirittura prima che un giudice distrettuale abbia l'opportunità di leggere la pratica.

L'individuazione del rito da adottare

Una volta che il convenuto si è costituito in giudizio, la *Court* richiede a entrambe le parti di completare e rimandare indietro un "questionario di attribuzione" (*allocation questionnaire*), al fine di agevolare la scelta del rito da adottare. L'esistenza di questo questionario (HMCS form 150, entrato in vigore nell'aprile 2008) conferma una volta ancora la priorità accordata alla conciliazione dalle norme di procedura civile.

La prima parte del questionario è intitolata "conciliazione"; segue una nota introduttiva in cui è esplicitamente richiesto che "le parti compiano tutti gli sforzi per accordarsi prima dell'udienza". Questi sforzi sono concettualizzati ai fini del questionario "attraverso confronti o negoziazioni (come tavole rotonde o riunioni per la conciliazione) o per mezzo di un processo più formale come la mediazione". La *Court*, poi, "vorrà sapere quali tentativi sono stati fatti". Nel completare il questionario, ai rappresentanti legali è richiesto di confermare di avere spiegato ai clienti "la necessità di provare ad accordarsi, le alternative possibili e l'eventualità di imbattersi in sanzioni in sede di ripartizione delle spese legali e processuali qualora si rifiutino di conciliare". Una prima domanda richiede alle parti di comunicare se hanno intenzione di accordarsi e una seconda se, nel caso, hanno bisogno di "un rinvio di un mese" per farlo. Viene poi loro chiesto se desiderano che la *Court* fissi un incontro ufficiale per accordarsi. Se a questo punto nessun tentativo di conciliazione viene fatto, sono richieste delle spiegazioni.

Fissazione dell'udienza dibattimentale

Il successivo spartiacque ufficiale con il quale le parti e i loro rappresentanti legali sono costretti a fare i conti emerge quando la causa è iscritta a ruolo per l'udienza dibattimentale. Obbligati a questo punto a compilare un ulteriore questionario, gli specialisti del dibattimento⁷ sono unanimi nell'affermare che "la fissazione dell'udienza permette una maggiore chiarezza": vi saranno le perizie degli esperti, le richieste saranno definite e precisate, le proposte ex *Part 36* saranno poste sul tavolo⁸. In questa fase deve essere fatta una seria riflessione sull'opportunità di andare a processo e sulle risorse che devono essere spese per la sua preparazione. Come risultato, la maggior par-

te delle cause giunte a questo punto si risolve – qualche volta anche grazie alla pressione delle misure provvisoriale emesse dai giudici distrettuali in via preliminare – a ridosso dell’udienza.

Bisogna essere chiari riguardo a cosa comporta una “conciliazione” in questi casi. L’immagine di due persone che cooperano per risolvere le loro diatribe attraverso un atto di comunicazione volontario è senza dubbio bellissima. Ma, a prescindere dalla bellezza di questa immagine, la sua concreta realizzazione è di fatto difficile. Mentre la retorica della conciliazione spontanea è preservata, dal punto di vista degli avvocati l’accordo può essere – e il più delle volte lo è – il culmine di un processo doloroso, caratterizzato da segreti e sospetti, durante il quale le richieste di una parte hanno ragione di quelle dell’altra solo quando quest’ultima decide che le sue risorse finanziarie non gli permettono un’ulteriore esposizione al rischio insito nell’affrontare un processo. E così si raggiunge – spesso in modo riluttante – un accordo.

Promozione dell’accordo da parte del tribunale

Il periodo tra la ricezione del questionario di attribuzione e la fissazione dell’udienza dibattimentale offre per la prima volta alla *Court* l’opportunità di influenzare direttamente la soluzione del caso. Una volta compilati da entrambe le parti, i questionari sono inseriti nel fascicolo, che già contiene gli atti introduttivi, prima che questo sia letto da un giudice distrettuale per l’assegnazione a uno dei riti.

La fase successiva vede il giudice nella possibilità di promuovere un accordo attraverso rinvii e la sapiente gestione delle *Case Management Conferences*. Si è visto come la prima domanda nel questionario di attribuzione riguardi l’eventualità di un accordo e indichi la possibilità di un rinvio temporale e dell’intervento di un terzo come mezzi per raggiungerlo. Se entrambe le parti spuntano la casella “sì”, è quasi certo che sarà disposto un rinvio; persino nel caso in cui nessuna delle parti lo faccia, il giudice potrebbe ritenerlo appropriato e ordinarlo d’ufficio.

Una possibilità per il giudice distrettuale, quando legge il questionario di attribuzione, è convocare una *Case Management Conference*. Queste occasioni possono essere impiegate tanto per promuovere una soluzione conciliativa della lite, quanto per indirizzarla verso il dibattimento. L’analisi di queste *Conferences* e dei dati delle pratiche fornisce una prova empirica importante che i giudici prendono con estrema serietà il compito di incoraggiare gli accordi, imposto loro

dalle norme di procedura civile. I giudici sondano personalmente la possibilità di un accordo (“Può la presente divergenza davvero giustificare la significativa spesa che l’andare a dibattimento comporta?”), così come incoraggiano le parti a usare i procedimenti ADR⁹ disponibili (“Questa causa richiede ovviamente una mediazione”).

In queste *Conferences*, le diverse logiche, sottostanti da un lato al processo vero e proprio e dall’altro alla transazione, stanno spesso esplicitamente alla base delle opposte strategie sviluppate dai due team di giuristi. Ciò emerge chiaramente, ad esempio, dalla causa tra Angoscini ed Evans, istituita alla *Major’s and City of London Court* nel 2007¹⁰.

Due conviventi decisero di fare soldi comprando e rivendendo proprietà immobiliari. Nel 2001 costituirono una s.r.l., registrata per “avviare progetti di sviluppo residenziale”. La società aveva un capitale azionario di £ 100,000, del quale un socio (la donna) deteneva il 51% e l’altro (l’uomo) il 49%. La donna ricopriva la carica di direttore generale e l’uomo di segretario della società. L’anziana madre dell’uomo prestò alla compagnia £ 60,000 per avviare l’impresa.

Nonostante la loro relazione personale si fosse deteriorata già intorno alla fine del 2003, i due continuarono i loro affari in apparente armonia fino al 2006. Sin dall’avviamento dell’attività, l’uomo utilizzava carta di credito e bancomat aziendali per pagare le proprie spese quotidiane. Durante il 2006 la relazione tra i due peggiorò sensibilmente. Una delle cause di questo tracollo fu l’uso non autorizzato da parte dell’uomo, per ripagare il prestito della madre alla società, di un assegno della società che la donna aveva fatto emettere per l’acquisto di una proprietà.

A questo punto, la donna intentò un’azione legale presso la *Major’s and City of London Court*, in qualità di direttore generale della società contro l’uomo, nella sua qualità di impiegato, citandolo per appropriazione indebita del capitale della società. Il ricorso principale aveva a oggetto l’uso non autorizzato di carta di credito e bancomat della società, e l’appropriazione di un assegno. A ciò si aggiungeva un’ulteriore domanda giudiziale con la quale si sosteneva che l’attrice aveva diritto a parte di una proprietà residenziale intestata al convenuto, e che il convenuto aveva sfruttato a fini personali un’opportunità che gli si era presentata in ragione del suo ruolo nella società. Con la comparsa di risposta, il convenuto rivendicava un diritto in qualità di beneficiario su un’altra proprietà, intestata all’attrice, dove quest’ultima e il convenuto avevano vissuto insieme.

Era assodato che ci fosse stata una relazione personale tra il direttore e l'impiegato (avevano vissuto insieme) in precedenza. Dopo la compilazione del questionario di attribuzione, su richiesta dei rappresentanti legali delle parti, fu ordinato dal giudice distrettuale un incontro per tentare la conciliazione.

Durante l'incontro, il giudice delineò una potenziale traiettoria. Iniziò dicendo: "questa è una questione personale piuttosto che aziendale". Poi attirò l'attenzione delle parti sulla disponibilità dello schema di mediazione della *Mayor's and City of London Court*, facendo notare che "questo caso richiede ovviamente una mediazione". Quando ebbe parlato, le opposte strategie (già intuibili dalle risposte date per scritto) si rifecero alle richieste preliminari avanzate da entrambe le parti. L'avvocato dell'attrice voleva considerare il caso come una chiara controversia aziendale, basata su violazioni del dovere fiduciario da parte di un dipendente. Questo avrebbe comportato l'applicazione di una procedura con *discovery* ad ampio raggio, repliche dettagliate e infine un rito *multi-track*. L'avvocato del convenuto suggerì invece che la strada più appropriata fosse un incontro tra le parti ("una chiacchierata dopo questa seduta") in cui potessero essere scambiate informazioni e fosse condotto un tentativo di risoluzione consensuale. Questa proposta fu fatta con l'obiettivo esplicito di ridurre i costi; l'avvocato (il *barrister*) dell'attrice la considerava una perdita di tempo. Dopo queste premesse, il giudice dichiarò che non era sua intenzione "vedere il caso transatto a ridosso del dibattimento dopo che fossero state spese molte migliaia di *pounds*". Tuttavia concluse che i tentativi di conciliazione avrebbero avuto luogo solo dopo le dichiarazioni dei testimoni e la comune redazione da parte dei litiganti di una lista delle questioni da trattare; prescrisse infine una rigida tabella di marcia con un periodo di sei mesi per esperire la procedura di mediazione¹¹.

L'esempio riportato rende l'idea di quanto la logica dell'"accordo" abbia ormai rimpiazzato quella del processo e della sentenza come tema dominante nella cosmologia giudiziaria. Tuttavia, residui della "vecchia" logica del processo e della decisione giudiziaria pervadono ancora le prassi delle Corti. Come rivela la controversia appena descritta, entrambe queste logiche divergenti restano validi strumenti su cui basare le strategie processuali. In questo caso, la "vecchia" logica permea le domande dell'attrice, fornendole una base legittima per insistere nella direzione di un dibattito, nonostante la disponibilità del convenuto a conciliare.

Perseguendo il suo obiettivo di facilitare le conciliazioni, la *Mayor's and City of London Court* ha elaborato uno "schema di mediazione" sin dal maggio 2006. Questo schema funziona come parte integrante del sistema di gestione attiva delle controversie della *Court*; secondo quanto dispone tale schema, possono effettuarsi rinvii alla mediazione in ogni momento, a partire dalla lettura preliminare della pratica da parte del giudice che deve operare l'individuazione del rito. Lo schema, che stabilisce che le mediazioni abbiano luogo non presso la *Court*, ma all'*International Dispute Resolution Centre* in Fleet Street, è apertamente pubblicizzato sia sul sito web della *Court*, sia sui poster nell'atrio, sia direttamente dai giudici durante la gestione delle controversie.

Il rinvio alla mediazione previsto dallo schema è un processo selettivo che avviene a discrezione del giudice distrettuale. Un rinvio può essere disposto sia su richiesta di una delle parti, sia d'ufficio dal giudice, e in quest'ultimo caso tanto dopo la lettura dei documenti, quanto durante la *Case Management Conference*; nella grande maggioranza dei casi, il rinvio avviene d'ufficio. Il giudice, comunque, considera il rinvio come dipendente dalla volontà dei contendenti, e l'ordine di sospensione del procedimento a scopi conciliativi può essere fatto solo con l'accordo di tutte le parti.

Finora la maggior parte dei rinvii a mediare è stata effettuata nelle fasi iniziali del procedimento. Diciannove dei ventiquattro casi cui è stato applicato lo schema durante il suo primo anno di funzionamento sono stati rinviati prima ancora dell'individuazione del rito o comunque nei due mesi successivi. Solo quattro sono stati rinviati dopo sei mesi dalla scelta del rito, a seguito di svariate sospensioni che non erano servite a raggiungere un accordo. In un solo caso si è giunti al rinvio dopo la fissazione dell'udienza dibattimentale. Questa analisi rivela il palese tentativo dei giudici di far retrocedere il momento della conciliazione a una fase anticipata del procedimento.

Lo schema funziona in modo selettivo. Un esame preliminare delle statistiche della Corte evidenzia che, a parte i casi di danni alle persone, nel giro di un mese raggiungono la fase dell'individuazione del rito circa trenta cause concernenti contratti, responsabilità civile e diritti reali¹²; i ventiquattro casi rinviati alla mediazione nei primi dodici mesi di funzionamento dello Schema rappresentano pertanto solo una piccola porzione del totale.

Le mediazioni finora condotte secondo lo schema della *Mayor's and City of London Court* sono state tenute in "stanze di mediazione"

appositamente costruite presso l'*International Dispute Resolution Centre* (IDRC) in Fleet Street. In questa sede si trovano sia stanze spaziose per le riunioni di gruppo, sia adiacenti spazi "privati" per le parti e i loro legali. La procedura della mediazione non è regolata dalla *Court*, ma è soggetta alle linee guida e alle regole dettate dal singolo ente cui appartiene il mediatore nominato.

Secondo lo schema, la metodologia dei mediatori varia a seconda che contattino o meno le parti prima del giorno fissato per la mediazione. Coloro che lo fanno, usano questo contatto preliminare per dare una prima spiegazione della procedura e acquisire un'idea delle rispettive posizioni delle parti; si riuniscono quindi direttamente con tutte le parti presso l'IDRC. Gli altri, invece, hanno brevi incontri introduttivi con ciascuna delle parti prima della sessione di incontro.

I mediatori osservati nella realizzazione pratica dello schema si differenziano anche a seconda del fatto che comunichino principalmente con le parti, piuttosto che con i loro rappresentanti legali (qualora siano presenti). Alcuni mediatori interagiscono direttamente con le parti facendole sedere al tavolo vicino a loro, così da mettere in rilievo l'importanza della loro partecipazione. Altri domandano all'inizio con chi debbano comunicare principalmente; altri ancora si rivolgono direttamente ai legali.

In tutti i casi studiati, il mediatore cerca di far capire che il proprio ruolo è quello di facilitare la negoziazione, aiutando la comunicazione e lo scambio di informazioni, piuttosto che consigliare o favorire il raggiungimento di un particolare risultato. Ciononostante, gli interventi dei mediatori vanno costantemente al di là del loro ruolo. Tutti i mediatori, sin dall'inizio, come nei momenti successivi alla mediazione, insistono sulle conseguenze economiche del perdurare della controversia. Questo avviene in vari modi.

Un mediatore, per esempio, ha semplicemente chiesto ai rispettivi team legali di fornire "una tabella dei costi maturati fino a quel momento e una stima di quelli che implicherebbe l'andare a giudizio". Un altro approccio usato è quello di condurre con ciascuna delle parti una "valutazione dei rischi", in cui costi e prospettive del perdurare della controversia vengono esplicitamente esaminati. Una delle strategie è quella di concentrare l'attenzione sulle cifre registrate nel questionario di attribuzione, che sembra spesso sottovalutare i costi reali dell'"andare a giudizio". In un caso, il mediatore ha addirittura letto ad alta voce alle parti un articolo di giornale che riportava come in un processo di Corte d'Appello il costo totale del giudizio avesse di

gran lunga superato la somma, relativamente contenuta, oggetto della domanda originaria.

Nonostante tutte le mediazioni osservate siano passate attraverso una sessione congiunta per discutere le incombenze preliminari, il mediatore separa poi invariabilmente le parti, conducendo la maggior parte del procedimento da solo con ciascuna delle parti e facendo avanti e indietro dalle rispettive stanze. Alcuni mediatori incoraggiano le parti a restare insieme in riunione e favoriscono lo sviluppo di un dialogo diretto, separando le parti quando le differenze di vedute cominciano a inasprirsi. Altri preferiscono invece optare subito per una procedura standard stile “navetta”, in cui spiegano la procedura e le regole di base e invitano poi ognuna delle parti singolarmente a fare delle richieste preliminari, finché non si raggiunge un accordo o la mediazione non si interrompe.

Quest’ultima strategia di mediazione è stata alla fine riscontrata in tutti i casi studiati: il mediatore a un certo punto sistema le parti in stanze diverse, facendo la spola con informazioni e proposte di conciliazione. Per quanto limitato sia il ruolo che il mediatore si impone all’inizio, è stato osservato che il sistema “navetta” porta gradualmente a un suo coinvolgimento sempre più attivo nel conseguimento dei singoli risultati.

Di solito, l’ultima fase comporta tentativi progressivamente più energici per colmare il gap tra la somma offerta da una parte e la cifra richiesta dall’altra. Alla fine, la mediazione si conclude sempre con le parti riunite per un ultimo incontro, in cui ogni intesa raggiunta viene confermata, formalizzata e verbalizzata per iscritto.

Riconcettualizzare la Corte come promotrice di accordi

Ricapitolando, emerge la nuova priorità ideologica dell’“accordo” nella cosmologia giudiziaria.

Considerando le fasi complessive del contenzioso, si è constatato che la gran parte delle controversie si conclude con l’instaurazione della lite e con le successive procedure semplificate che seguono. Più della metà della minoranza di casi che oltrepassano questo punto raggiunge una transazione rapidamente dopo la costituzione del convenuto. Della rimanente parte delle cause per cui è stato individuato il rito, più dei due terzi “sopravvive” fino alla fissazione dell’udienza per il dibattimento. Perciò è evidente che tra la scelta del rito e la fissazione dell’udienza, periodo durante il quale i giudici di fatto com-

piono gli sforzi maggiori perché si arrivi a un accordo, relativamente poche cause vengono abbandonate in confronto al periodo precedente la compilazione dell'*Allocation Questionnaire* e a quello successivo alla fissazione dell'udienza – più di tre quarti delle cause per cui è stata fissata udienza vengono conciliate prima della data dell'udienza.

A questo punto come si dovrebbero riconsiderare le Corti? Di certo non si può rimanere ancorati a una concezione ideologica del tribunale come luogo di processi e giudizi, quando questo non è più il modo in cui i magistrati guardano al proprio lavoro né rappresenta più la realtà di fatto esistente.

La situazione attuale, come prima analizzata, dà un'idea del tribunale come *spazio* in cui si raggiungono accordi. Ma, al tempo stesso, suggerisce che non dovremmo sovrastimare l'importanza del ruolo svolto dai giudici nelle conciliazioni o il successo dei giudici nel combattere la cultura della transazione all'ultimo momento, tuttora imperante fra gli avvocati che vanno in Corte. La conclusione principale, perciò, è che è ormai tempo di considerare il tribunale come un'arena per le negoziazioni bilaterali, un'arena nella quale tanto l'attiva promozione della transazione da parte del giudice quanto il dispiegarsi di dibattimenti e decisioni giudiziarie giocano un ruolo residuale.

La questione in generale potrebbe essere vista così. Per un lungo periodo, culminato nella seconda metà del xx secolo, lo Stato si è articolato in modo sempre più complesso, creando sfere “pubbliche” e “private”, ciascuna contraddistinta da procedure e logiche differenti. Le istituzioni più potenti nella sfera pubblica si sono evolute in istituzioni formali. Tra queste potenti istituzioni vi sono i tribunali. Con il consolidarsi del coinvolgimento statale nella gestione delle controversie, si è arrivati a una concezione “pubblica” della giustizia, presentata come decisione autoritativa di un terzo.

Successivamente, intorno alla fine degli anni '70, questo processo ha mostrato segni evidenti di inversione, rompendo la distinzione – fino ad allora netta – tra pubblico e privato. I tribunali hanno cominciato a promuovere accordi, secondo una modalità di risoluzione delle controversie fino a quel momento appannaggio della sfera “privata”.

Questa inversione di tendenza potrebbe essere spiegata nei termini di una “ritirata” dello Stato: un ritiro dalle sfere di attività storicamente conquistate. Tuttavia, Richard Abel, uno dei primi analisti di questo processo, ha sostenuto che si dovrebbe piuttosto considerare questo cambiamento come una *espansione* del potere statale: il sistema è passato da una coercizione visibile a una manipolazione celata,

dall'“imposizione” alla “persuasione” (Abel 1979, p. 7)¹³. Questo cambiamento si rifletterebbe conseguentemente negli strumenti di risoluzione delle controversie, che pongono una crescente enfasi sulla promozione statale degli “accordi”.

Aleggia un altro interrogativo, legato alle ormai deserte aule giudiziarie disposte nel fasto gotico dei tribunali vittoriani. Si dovrebbe forse considerare tutto questo come l'inutile residuo di un'epoca passata? Oppure, adesso, queste istituzioni possono essere considerate, per la funzione che ricoprono a livello simbolico, come capaci di conferire legittimazione alla negoziazione bilaterale, che ha preso il posto dei pubblici dibattimenti e provvedimenti giudiziari per i quali furono originariamente istituite?

Nel considerare le rappresentazioni simboliche associate ai processi di centralizzazione del potere in Occidente, si è sostenuto che queste possono rimanere costanti nonostante i profondi cambiamenti del modo di operare dello Stato. Parlando specificamente dell'evoluzione dello Stato nell'Europa dell'inizio dell'epoca moderna, Michel Foucault in *La volontà di sapere* richiamava l'attenzione su due caratteristiche connesse a quella che lui definiva una modalità “giuridico-discorsiva” di rappresentare il potere: innanzitutto, la sua straordinaria persistenza; in secondo luogo, il fatto che questo linguaggio possa sopravvivere a lungo anche dopo che abbia cessato di essere un modo accurato di rappresentare il mondo nel quale è impiegato. “A partire dal Medio Evo, nelle società occidentali, l'esercizio del potere è sempre stato formulato in termini giuridici” (Foucault 1976, p. 78). Continuava poi dicendo: “Abbiamo vissuto per secoli in un tipo di società in cui il giuridico è sempre più incapace di limitare il potere, giacché serve come suo strumento di rappresentazione” (p. 80).

Ovviamente, Foucault avrebbe potuto trattare in modo più ampio entrambi questi punti. Le autorità centrali cercano in ogni modo di legittimare giuridicamente le loro pretese di potere. Questo vale tanto per la Cina imperiale che per i regni tswana nel Kalahari, così come per l'Europa medievale e la prima Europa dell'epoca moderna. L'ideologia del legalismo è sempre concomitante alla centralizzazione.

La seconda osservazione di Foucault mette in luce una caratteristica estremamente importante delle produzioni ideologiche in generale: la loro durata non dipende dal loro contenuto propositivo. Questo è certamente il caso dell'ideologia giuridica, la quale non può essere considerata capace di fornire una descrizione di come le relazioni di potere operino in un dato momento nel sistema politico in cui agiscono. Forse Foucault è stato impreciso su questo punto, giacché

suggeriva che *c'era stato* un momento nell'Europa medievale in cui la rappresentazione "giuridico-discorsiva" del potere rendeva l'idea del mondo così come in effetti era.

Il punto centrale è che per un insieme di rappresentazioni ideologiche – quali quelle espresse con la *rule of law*, a lungo associate al processo e alla decisione giudiziaria – non è difficile persistere anche quando ormai il ruolo delle istituzioni cui sono legate è profondamente cambiato. Nel caso dei tribunali, queste rappresentazioni garantiscono ora legittimazione a qualcosa di decisamente differente: l'accordo. Lord Woolf lo ha sostenuto esplicitamente: la "giustizia" si raggiunge attraverso l'accordo.

La stessa cosa vale per le rappresentazioni rituali e simboliche dei principali latori dell'ideologia. Tempo fa, nel suo importante saggio *Symbols, Song and Dance* (1974), Maurice Bloch sottolineava il ruolo del rituale nel giustificare e dissimulare la gerarchia. Allo stesso tempo, affermava autorevolmente che il rituale opera attraverso un linguaggio simbolico, piuttosto che per mezzo di una logica proposizionale; perciò non ha senso cercare collegamenti "razionali" tra la produzione rituale e le forme politiche che questa giustifica¹⁴.

Questo suggerisce che si deve mettere in discussione la tesi avanzata da Martin Loughlin nel suo libro, *Sword and Scales* (2001). Qui, l'autore suggerisce che questi simboli, una volta potenti, "non sembrano più essere adeguate rappresentazioni del potere politico e della giustizia legale" (p. 234) e quindi devono essere rimpiazzati da altri più moderni. Non è così che l'ideologia funziona. Non ci si dovrebbe fare ingannare dalle potenti asserzioni che il diritto fa relativamente al suo forte contenuto razionale e pratico, al punto da arrivare a pensare in questi termini anche il rituale giuridico.

Già a lungo il tribunale ha rappresentato una "facciata" simbolica per qualcosa di più di un processo che sfocia nella decisione giudiziaria. Con la trasformazione ufficiale delle Corti in arene per la negoziazione bilaterale, la relazione tra forma e sostanza si fa ancora più complessa. I magistrati sembrano sempre più figure cerimoniali "esemplari", che presiedono – o piuttosto legittimano – istanze in cui sono altri a prendere le decisioni. Probabilmente, in conseguenza del declino dell'importanza del potere autoritativo e del venir meno di un ruolo operativo/pratico delle Corti, la dimensione cerimoniale e rituale aumenta d'importanza. Come nel caso "esemplare" del regno della Bali del XIX secolo, che Clifford Geertz descrive in *Negara* (1980), il simbolismo e il rituale *sono* tutto quello che c'è da sapere, non servono più a mascherare e giustificare il potere.

Tab. 1. *Mayor's and City of London Court*. Riassunto lavorativo di dodici mesi, fino alla fine del dicembre 2006¹⁵.

Cause intentate:	5.777
Cause nelle quali il convenuto si è costituito in giudizio:	2.021
Cause per le quali è stato individuato il rito:	914
Cause per le quali è stata fissata l'udienza:	637
Cause giunte a sentenza:	140

(Traduzione di Luigi Achilli*)

Note

* Un sentito ringraziamento va alla professoressa Elisabetta Grande per i preziosi suggerimenti e il fondamentale lavoro di revisione del presente articolo.

¹ Espressione comunemente tradotta con “principio di legalità”, oppure con “stato di diritto” o “governo della legalità” (N.d.T.).

² Per un'analisi determinante di quest'ultimo sviluppo negli Stati Uniti si veda Marc Galanter (2004, pp. 459-570).

³ In modo particolare nella relazione preparata per il Governo da lord Woolf (1995).

⁴ Relativamente alla descrizione delle nuove norme vedi Simon Roberts (2000, pp. 739-747); Simon Roberts e Michael Palmer (2005).

⁵ Le *County Court* possono essere tradotte in italiano come “tribunali di contea” (N.d.T.).

⁶ Vedi *New City of London Court*, rapporto per la *Court of Common Council*, da parte del *Law and City Courts Committee*, presentato il 23 giugno 1887.

⁷ Si tenga presente l'esistenza dei *barristers*. In Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord, il *barrister* è l'avvocato (*lawyer*) tradizionalmente abilitato al patrocinio davanti alle Corti superiori, dove aveva l'esclusività fino al 1990. I *barristers*, che hanno generalmente rapporti indiretti col cliente da rappresentare in giudizio, si differenziano dai *solicitors* (procuratori legali il cui equivalente non esiste nell'ordinamento di *civil law*), che svolgono un ruolo da intermediario tra il cliente e il *barrister* e preparano il caso da sottoporre all'attenzione di questi ultimi (N.d.T.).

⁸ *Part 36* è una sezione del *Civil Procedure Rules* che contiene normative relative alle offerte di conciliazione e alle possibili conseguenze nel momento in cui un'offerta è fatta secondo i termini della *Part* (N.d.T.).

⁹ *Alternative Dispute Resolution* (N.d.T.).

¹⁰ 7MY02895.

¹¹ Caso studio osservato dall'autore nel novembre 2007.

¹² Ho fin ora considerato in dettaglio la traiettoria dell'introduzione delle cause al *Mayor's and City Court* durante un solo mese. Di conseguenza le affermazioni fatte qui sono basate su prove limitate.

¹³ Documento destinato inizialmente alla *Second National Conference on Critical Legal Studies*, tenutasi a Madison (Wisconsin) nel 1978.

¹⁴ Bloch (1974, p. 79), comunque, sembra essere troppo critico rispetto alla posizione di Durkheim in *Le forme elementari della vita religiosa* (1912), quando suggerisce che il rituale è una strategia di autorità tradizionale esclusivamente rinvenibile in contesti gerarchici. Ci si dovrebbe forse trattenere dal pensare il rituale solo in termini di “dominazione” e riconoscergli un ruolo nel sostenere le cosmologie di un mondo acefalo? La posizione di Bloch è criticabile an-

che su questo punto: accettando la tipologia weberiana dell'autorità, egli confina il rituale nella sua "forma tradizionale". Quale ruolo possiamo derivarne nell'ambito delle forme "legali-razionali" della modernità?

¹³ Fonte: *Business Management System Trend Report*. Il numero di cause giunte a sentenza è stato fornito dal Ministro della Giustizia Chris de Souza. La cifra delle cause giunte a sentenza è approssimativa.

Bibliografia

- Abel, R., 1979, "Delegalization: A Critical Review of its Ideology, Manifestations and Social Consequences", in E. Blankenberg, a cura, *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Madison (Wis.), p. 7.
- Bloch, M., 1974, *Symbols, Song, Dance and Features of Articulation. Is Religion an Extreme Form of Traditional Authority?*, «Archives Européennes de Sociologie», vol. 15, n. 1, pp. 55-81.
- Durkheim, É., 1912, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Elkan; trad. it. 1971, *Le forme elementari della vita religiosa*, Milano, Comunità.
- Foucault, M., 1976, *La Volonté de Savoir. Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard; trad. it. 1978, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, Milano, Feltrinelli.
- Galanter, M., 2004, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in the Federal and State Courts*, «Journal of Empirical Legal Studies», vol. 1, n. 3, pp. 459-570.
- Geertz, C., 1980, *Negara: The Theater State in Nineteenth-Century Bali*, Princeton, Princeton University Press.
- Law and City Courts Committee, 1887, *Report to the Court of Common Council*, London, New City of London Court.
- Loughlin, M., 2001, *Sword and Scales*, Oxford, Hart.
- Malinowski, B., 1922, *Argonauts of the Western Pacific*, London, Routledge.
- Roberts, S., 2000, *Settlement as Civil Justice*, «The Modern Law Review», vol. 63, n. 5, pp. 739-747.
- Roberts, S., Palmer, M., 2005, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press.
- Shapiro, M., 2005, *Courts*, Chicago, University of Chicago Press.
- Wolf, H., 1995, *Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, HMSO.