

Elisabetta Grande, Ugo Mattei

Giustizia allo specchio

Introduzione

Non solo “giustizia” è un termine altamente polisemico, capace di mutare radicalmente connotazione secondo l’aggettivo che gli viene abbinato (giustizia distributiva, giustizia commutativa, giustizia contrattuale, giustizia civile ecc.), ma è pure nozione con cui si sono misurate da secoli un gran numero di discipline (filosofia, diritto, politica, antropologia ecc.), ognuna producendo un aggregato di significati settoriali, capaci ciascuno di fondare una tradizione e un’ideologia di ricerca.

In questo breve saggio, lungi dal cercare di affrontare in generale una questione che affonda le sue radici agli albori della civiltà, sceglieremo una prospettiva di indagine più ristretta, quella dell’antropologia giuridica, circoscrivendo così il tema a due fondamentali aspetti: quello culturale, tipico dell’antropologia, e quello istituzionale, tipico del diritto. Naturalmente, anche questa prima riduzione del campo di indagine non è per nulla sufficiente a produrre un oggetto facilmente descrivibile. Infatti, istituzioni e cultura costituiscono il fondamento stesso delle due tradizioni del diritto e dell’antropologia, sicché affrontare in uno stesso saggio la *giustizia come istituzione giuridica* (lo strumentario istituzionale volto a dare applicazione a regole sociali “giuste”; e.g. giustizia civile, giustizia penale...) e la *giustizia come artefatto culturale*, attraverso cui una determinata società cerca coesione e identità intorno a un fondamento valoriale condiviso (ciò che una determinata coscienza sociale reputa giusto o ingiusto), non sarebbe molto diverso dal tentativo di descrivere i tratti fondamentali di due tradizioni sapienziali di diversa antichità ma di analoga complessità.

Occorre dunque una nuova riduzione di campo, che è possibile ottenere grazie al fatto che l’*antropologia giuridica* è una disciplina relativamente giovane che ha saputo sviluppare, in un tempo decisamen-

te breve, se comparato con quello delle due discipline che tenta di coniugare, tratti e temi di ricerca propri, alcuni dei quali potranno essere isolati per provare a far luce su alcune importanti questioni, determinate dalla diversità profonda dei contesti istituzionali con cui si misura l'antropologo del diritto, o se si preferisce il giusantropologo. In particolare, affronteremo in questa sede la questione della circolazione globale del diritto, un ambito nel quale le diverse concezioni di giustizia riscontrabili in contesti istituzionali radicalmente diversi, quale quello occidentale a diritto *profondamente professionalizzato* e quello non occidentale che potremmo considerare a *professionalizzazione superficiale*, producono scontri e fraintendimenti sui quali merita cominciare a fare un po' di chiarezza.

L'ipotesi che si intende verificare è la seguente: la *mediazione del conflitto*, soluzione per così dire "salomonica" in cui si rinuncia alla soluzione "a somma zero" con un vincitore e uno sconfitto, una ragione e un torto, a favore di una soluzione fondata su reciproche concessioni e sulla ricerca di un compromesso fra interessi in conflitto, costituisce una forma di *giustizia* solamente in contesti a professionalizzazione superficiale. Essa si trasforma viceversa in una forma di *ingiustizia* laddove dominano la tecnica e il professionalismo.

Tradizioni giuridiche a confronto

La ricerca giuridica comparatistica ha da tempo distinto la tradizione giuridica occidentale dalle tradizioni "altre", in virtù di una serie di caratteristiche profonde e strutturali. Fra queste, principalmente: a) l'utilizzo diffuso di un ceto di giuristi professionisti, distinguibili dal punto di vista del ruolo sociale tanto dai sacerdoti quanto dagli uomini politici; b) una concezione della legalità fondata sull'attribuzione all'individuo di certi diritti, azionabili in Corte tanto nei confronti di altri privati quanto nei confronti dei pubblici poteri; c) la prevalenza di un processo pubblico di soluzione dei conflitti, in cui un giudice terzo rispetto alle parti risolve il conflitto in termini di ragione e di torto, a seconda della coerenza o meno del comportamento sociale delle parti coinvolte rispetto alle regole, generali e astratte, dettate dall'ordinamento giuridico; d) l'uguaglianza formale delle parti di fronte al giudice terzo e l'irrelevanza del loro status o delle loro condizioni personali (sesso, ricchezza, potere, blason) per la soluzione legittima della controversia; e) un processo decisionale rivolto al passato e mirante ad accertare l'evento storico che ha dato luogo al conflitto, per determinare

se e in che misura il comportamento del convenuto abbia violato i diritti dell'attore, ma senza riguardo ai futuri rapporti fra le parti; f) un meccanismo pubblico volto all'esecuzione di quanto deciso dalla corte (Schlesinger, et al. 1998, pp. 319-322; Stein 1984; Mattei 1997).

Per contro, la tipologia delle tradizioni "altre" presenta tratti caratteristici diversi, riassumibili in parte nei termini di una contrapposizione netta rispetto alla tradizione giuridica occidentale, in parte come specificità indipendenti. Fra questi: a) una concezione dell'organizzazione sociale fondata sul gruppo piuttosto che sull'individuo; b) una concezione dell'ordine giuridico per cui la dimensione del "dovere" prevale su quella del diritto; c) un tasso superficiale di professionalizzazione del diritto, cui corrisponde l'assenza di una marcata distinzione di ruoli fra le figure istituzionali che presiedono ai circuiti giuridico, politico e religioso-filosofico; d) un notevole tasso di pluralismo giuridico, in cui ordini giuridici dotati di tratti marcatamente alternativi, sovente legati a un principio di personalità del diritto, convivono in costante competizione su un medesimo territorio o spazio politico; e) un sistema di prevenzione e soluzione dei conflitti a carattere largamente conciliativo, spesso condotto in assenza di un giudice terzo, con attenzione rivolta soprattutto alla ricostruzione dell'armonia sociale e quindi rivolta al passato, al presente e al futuro; f) la rilevanza dello status o del ruolo sociale delle parti fra i fattori che vengono presi in considerazione nella soluzione del conflitto (Chrétien-Vernicos, Eberard, LeRoy 2006; Guadagni 1996; Sacco 2007; LeRoy 1999).

Naturalmente questa descrizione costituisce una stilizzazione, una tipologia, un modello in senso weberiano, che nella realtà storica e geografica delle tradizioni giuridiche si presenta realizzato in modi e tempi significativamente variabili. Non solo. I tratti di ibridazione fra i due modelli sono cospicui, a causa della volontà imperialistica che ha caratterizzato gran parte dell'esperienza umana su questo pianeta. Inoltre, all'interno di ciascuno dei due idealtipi che abbiamo tracciato, esistono tratti profondi che accomunano blocchi di ordinamenti giuridici: per esempio, la dicotomia *civil law/common law* all'interno della *Western Legal Tradition* o la contrapposizione, anche profonda, fra sistemi islamici piuttosto che dell'Estremo Oriente, dell'America Latina o dell'Africa sub-sahariana (Gambaro, Sacco 1996).

A causa dell'evidente eterogeneità fra i sistemi non-occidentali, che forse soltanto una percezione irresistibilmente orientalista ci conduce a considerare come un unico blocco contrapposto a quello occidentale, le riflessioni che seguono indagheranno il binomio giustizia-ingiustizia nel solo incontro-scontro fra le esperienze africane ed eu-

ro-americane (colonialiste o neocolonialiste), nel quadro quindi di un chiaro rapporto di egemonia-dominazione del secondo gruppo sul primo. Operata questa ennesima riduzione del campo di indagine, possiamo ora avvicinarci al terreno di prova della nostra ipotesi: il sistema di soluzione delle controversie.

Dalla giustizia degli altri all'“altra giustizia”

Analizzeremo il complesso rapporto che lega due alternative nette: quella propria della *Western Legal Tradition*, ossia la decisione giudiziaria “moderna” professionalizzata, e quella “altra”, di tipo conciliativo, indicativamente riassumibile nella locuzione “mediazione”.

Come noto, i sistemi “altri” di risoluzione delle controversie, spesso descritti come “tradizionali” o “informali”, sono stati portati alla ribalta internazionale degli studi giuridici accademici dal lavoro di Karl N. Llewellyn e E. Adamson Hoebel sulla società cheyenne, in un momento storico nel quale l'alto tasso di formalizzazione del sistema giuridico degli Stati Uniti era oggetto di attacco culturale da parte del movimento realista (Llewellyn, Hoebel 1941). Certo, Llewellyn e Hoebel potevano fare tesoro dei risultati delle prime ricerche su campo di chi, come Bronislaw Malinowski (1926), aveva già dimostrato l'esistenza di un diritto ben al di là della presenza di tribunali, leggi scritte o università. Nondimeno era la prima volta che un giurista accademico *mainstream* della statura e del prestigio di Llewellyn chiedeva l'aiuto di un antropologo per vedere il diritto “fuori dalle biblioteche”¹. Egli cercava così di portare alle sue conseguenze ultime la critica “realista” a una legittimazione del giurista fondata unicamente sulla sua tecnologia di decisore istituzionale formale e terzo, capace di scoprire e applicare al caso concreto la regola giuridica generale e astratta reperita nei materiali librari.

A questo studio, come peraltro all'intera produzione di Karl Llewellyn, arrise un successo straordinario (Grant Gilmore sarcasticamente osserva come la produzione del leader realista di Chicago sia stata molto più spesso citata che letta!) (Gilmore 1977). Dopo l'esperienza di Llewellyn e Hoebel con la società cheyenne, l'analisi delle controversie e della loro soluzione divenne la via maestra per scoprire le regole giuridiche delle società studiate e il *case-method* – nelle parole dei suoi ideatori – apparve come il metodo “più sicuro, ricco ed efficace per svelare il diritto” (Llewellyn, Hoebel 1941, p. 29).

I modi di risoluzione dei conflitti delle società non occidentali furono tuttavia troppo spesso osservati al di fuori del loro contesto storico,

religioso, di dipendenza economica e di relazioni di potere². Ciò finì per diffondere un'immagine idealizzata e idilliaca della "giustizia degli altri", che funzionò da specchio distorto, riflettendo modi romanticamente consensuali e armoniosi di superare i dissidi nella società del "buon selvaggio"³. Un'immagine che, a trentacinque anni di distanza dall'inaugurazione del *case-method* nell'analisi giusantropologica, Warren Burger, *Chief Justice* della Corte Suprema statunitense, fece sua, aprendo la trionfante epoca dell'industria dell'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) nel mondo occidentale. Invocando un ritorno a una società meno litigiosa e più "armoniosa", quale quella dei nostri avi, Burger dava così l'avvio alla stagione dell'"altra giustizia", che nelle intenzioni del suo promotore avrebbe in grande misura dovuto sostituirsi alla giustizia "moderna", simboleggiata dalla decisione giudiziaria⁴.

Il sistema "altro" descritto fuori contesto, in una sorta di isolamento scientifico rispetto alla realtà dei rapporti di potere, appare però, come Laura Nader (1990; 2002) ha in più di un'occasione dimostrato, una *tradizione armonica inventata*, una vera e propria ideologia o falsa coscienza, manipolata dagli occidentali per fini propri di politica del diritto. Importante, infatti, è notare come questo modello "armonico", "tradizionale" o "informale" (le virgolette sono giustificate dal fatto che la tradizione e l'armonia sono inventate e che l'osservatore occidentale considera informale tutto ciò che risponde a una forma che egli non è in grado di comprendere) sia del tutto inesistente nel contesto subalterno in cui lo si vuole vedere, per il semplice fatto che la condizione colonizzata e quella post-coloniale lo espongono ad attacchi poderosi, e non di rado vincenti, da parte dell'alternativa "moderna", legata a un'ideologia della *rule of law* fondata su un contraddittorio professionalizzato e conflittuale.

Ci pare dunque che la realtà contemporanea, a causa del successo straordinario arriso all'industria dell'ADR⁵, a circa un trentennio dal suo lancio da parte di Warren Burger mostri un'ibridazione spesso violenta fra i due modelli "alternativi" di soluzione delle controversie, sulla quale merita spendere qualche parola.

In Occidente, sulla base di una presunta "esplosione della litigiosità"⁶, ma più in generale a causa dell'incapacità del sistema pubblico delle Corti di far fronte alla mole di lavoro, in parte accresciuta dalle trasformazioni della società tecnologica complessa, l'ADR ha conquistato spazi impensabili pochi anni orsono (Mattei 2007). Non vi è oggi rapporto contrattuale standard che non contenga una clausola di soluzione alternativa dell'eventuale futura disputa fra i contraenti, e non vi è riforma o progetto di riforma della giustizia civile

(e talvolta finanche di quella penale) che non contenga il tentativo di spingere le parti “a mediare”, perché trovino una soluzione negoziata e conciliativa della loro controversia. Causa ed effetto di questo boom è l'emergere, per ora limitato fuori dagli Stati Uniti, ma sulle cui prospettive di successo anche da noi si può tranquillamente scommettere, di un nuovo ceto di professionisti della mediazione – a volte giuristi, a volte psicologi – capaci di “far emergere” il consenso attraverso una serie di tecniche persuasive in grado di scoraggiare le parti dall’“insistere” nel far valere i propri diritti e di farle rinunciare alla lite giudiziaria.

Ci soffermeremo maggiormente in seguito su questo punto, ma occorre osservare fin d'ora come nel nuovo assetto istituzionale prodotto dall'*industria dell'armonia* si produca una trasformazione non secondaria dell'ideale di giustizia. Laddove in un sistema conflittuale la giustizia è raggiunta con la protezione dei diritti violati, in un sistema fondato sulla mediazione la giustizia corrisponde al compromesso equo e ragionevole, che non insiste su diritti astratti, ma che pragmaticamente e ragionevolmente accetta l'inevitabile imperfezione del vivere in società.

Per contro, in Africa e negli altri contesti “in via di sviluppo”, oggetto oggi dell'attenzione delle istituzioni finanziarie internazionali (Banca Mondiale, Fondo Monetario Internazionale ecc.), la presenza di sistemi “tradizionali” di soluzione delle controversie (definiti come armonici e desiderabili se utilizzati in funzione trasformativa della legalità in Occidente) viene considerata come evidenza della “mancanza” di *rule of law*. Si tratta cioè della prova di un'arretratezza culturale che necessita l'intervento esterno, al fine di creare, anche in quei luoghi sottosviluppati, una società rispettosa dei diritti individuali, del principio di uguaglianza formale, di quello di uguaglianza fra i generi: tutti elementi portanti dell'idea occidentale di democrazia e di diritti umani (Mattei, Nader 2008). È infatti solo nei contesti subalterni che l'osservatore occidentale nota l'oppressione derivante dall'obbligo di conformarsi agli standard di giustizia del gruppo, la violenza insita nell'armonizzazione forzata dei comportamenti idiosincratici e nella prevalenza del dovere sociale conformativo sul diritto individuale. Egli osserva e condanna, ma ancora una volta soltanto in Africa, il fatto che lo squilibrio di potere determina necessariamente l'esito della mediazione e che, quindi, quella struttura di soluzione delle controversie non risponde all'ideale illuminista per cui un diritto individuale soggettivo merita protezione, indipendentemente dal potere delle parti coinvolte e dall'importanza degli interessi economici in conflitto.

Che la mente colonizzatrice (o neocoloniale) sia ben conscia di questa dinamica, e che quindi il doppio standard utilizzato nel tentativo di trasformare “la giustizia” a favore dei potenti sia tutt’altro che accidentale, risulta ben evidente dai dati storiografici. Il potenziale controegemonico di un sistema di Corti coloniali “moderne” e “formalizzate”, come luogo di ricerca dell’emancipazione di gruppi sociali o etnici subalterni in Africa, è stata ben documentata da Martin Chanock (1985, cap. 10). Non solo le donne, ma spesso anche minoranze di “sottocasta” oppresse, cercavano di adire le Corti coloniali moderne (proprio come oggi fanno certi contadini spossessati dalla vendita delle terre alle multinazionali) per far valere i propri diritti. Sovente tuttavia le porte di queste Corti venivano loro sprangate, perché il potere coloniale cercava alleanza con quello tradizionale nella necessaria opera di pacificazione sociale (a fine di saccheggio), e dunque riconosceva giurisdizione esclusiva sui nativi al sistema “tradizionale”, il solo capace di mantenere i devianti e i protestatari “al proprio posto” (Mattei, Nader 2008).

Da questa rapidissima carrellata emerge un’ipotesi di lettura delle principali trasformazioni contemporanee dei sistemi di giustizia in chiave ideologica e a fini egemonici. Potenzialmente il sistema di soluzione delle controversie all’occidentale dà voce ai soggetti deboli, agli sconfitti dei processi di trasformazione sociale. E, proprio per tale ragione, il suo uso viene limitato nell’interesse dei vincitori di tali processi. Una compagnia di assicurazione, una banca, un datore di lavoro che inseriscono una clausola di mediazione delle eventuali controversie, in questo assistiti dal coro giubilante dei professionisti dell’armonia, in realtà bloccano al consumatore l’accesso alla giustizia potenzialmente emancipatoria, proprio come faceva il potere coloniale in Africa con le donne e gli oppressi. A questo fine vengono evidenziati soltanto gli aspetti “positivi” della mediazione, valorizzando la speditezza e la fondamentale virtù insita nel compromesso (che ovviamente favorisce il più forte).

D’altra parte, nei sistemi subalterni e periferici, emerge un quadro più sfumato e all’apparenza contraddittorio. Gli stessi soggetti che partecipano attivamente all’industria dell’ADR spingono per il rafforzamento della *rule of law* all’occidentale, nel tentativo di sottrarre giurisdizione ai sistemi tradizionali e rafforzare così il potere formale che essi si scelgono come interlocutore privilegiato. Il fenomeno è evidentissimo, per esempio, in Afghanistan, dove lo sforzo per stabilire la *rule of law* altro non è che un tentativo di rafforzamento del governo centralizzato filo-occidentale di Kabul, in contrapposizione agli assai meno remissivi poteri locali tradizionali. Peraltro la “modernizzazione” della giurisdizione continua a fallire per mancanza di mezzi e

di legittimazione e viene promossa, anche in periferia, un'ADR. Non ci riferiamo ovviamente all'esplosione dell'arbitrato internazionale per le questioni di rilevanza economica significativa (apriremmo qui un capitolo che per ragioni di spazio dobbiamo tralasciare), ma all'uso della retorica dell'armonia e del rispetto delle specificità locali nel promuovere mediazioni professionalizzate, affidate sovente alle ONG e alle altre agenzie della globalizzazione "dal volto umano" (Mattei, Nader 2008, pp. 129 sgg.; Ahmed 2005; 2007).

Al soggetto post-coloniale debole non vengono aperte le porte del diritto all'occidentale; nondimeno gli vengono chiuse anche quelle della mediazione tradizionale. Lo si lascia con una mediazione moderna, che soltanto acusticamente si richiama alla presunta armonia tradizionale, ma che in verità presiede a logiche profondamente diverse (Grande 1999).

La giustizia, lo Stato, il gruppo, l'individuo

È giunto il momento di considerare la questione giustizia evidenziando quella che ci pare essere la più importante differenza di contesto che l'ideologia modernista, ad arte, trascura. Ci riferiamo al ruolo comparativo dello "Stato" e del "gruppo" nei contesti subalterni.

La risoluzione tradizionale delle controversie presenta infatti tratti intimamente legati all'assenza o alla debolezza di un potere pubblico centralizzato e alla presenza, invece, di gruppi sociali autonomi e sostanzialmente coesi, all'interno dei quali l'individuo sviluppa la propria personalità. Da molti anni, ormai praticamente ovunque nell'Occidente industrializzato, lo Stato ha ottenuto un livello soddisfacente di centralizzazione del potere e può così rivendicare il monopolio sulla forza e sul diritto, in modo incomparabilmente più credibile dello Stato post-coloniale. Certo, la sovranità territoriale dello Stato presenta aspetti di crisi pure in Occidente, erosa com'è dalla produzione normativa globale transnazionale. Altrettanto vero è che tratti di pluralismo giuridico sono tutt'altro che assenti anche da noi e che parte della letteratura giuridica considera il pluralismo una costante insita nella natura stessa dell'ordinamento giuridico, relegando le variazioni al livello quantitativo piuttosto che qualitativo (Romano 1951; Grossi 2005; 2006; Bussani 1999).

Nondimeno non c'è dubbio che, a duecento anni dalla crociata giacobina contro i gruppi intermedi fra l'individuo e lo Stato (con la sola eccezione della famiglia nucleare), l'individuo che abita l'Occidente in-

dustrializzato vive oggi in larga misura di rapporti sociali *face to faceless*, in cui si trova solo in rapporto allo Stato e agli altri centri di potere organizzato (in particolare le corporation). È lo Stato che gli conferisce diritti e gli impone doveri. È lo Stato che stabilisce gli standard sociali di giustizia attraverso una produzione normativa formalizzata, che si assume “rifletta” il sentimento sociale dominante per mezzo del processo politico. È lo Stato la sola fonte di protezione dell’individuo nei confronti degli attori economici e sociali che, potenzialmente, lo danneggiano.

All’opposto, in larga parte dei contesti che abbiamo definito a professionalizzazione giuridica superficiale, lo Stato si trova ancor oggi a fronteggiare strutture sociali coese, fondate sul gruppo. È all’interno di questi gruppi – tipicamente gruppi famigliari estesi, ma anche comunità di villaggio, gruppi d’età, arti e mestieri ecc. – che l’individuo sviluppa la sua lealtà e anche il suo senso di giustizia. La percezione della giustizia e dell’ingiustizia si modella inoltre nell’ambito della ritualizzazione del conflitto, quando le regole di un gruppo confliggono con quelle di un altro. È qui che il rapporto fra l’individuo e il gruppo di appartenenza emerge in tutta la sua importanza. Il gruppo tutela il proprio membro, che si è comportato correttamente secondo le regole interne, nei confronti del gruppo dell’altro individuo e, nel corso del negoziato/mediazione con l’altro gruppo, può eventualmente adattare e modificare le proprie regole interne per accompagnare nuove esigenze di convivenza sul territorio. Il gruppo potrebbe anche non tutelare il suo componente, qualora deviante. Ciò tuttavia avviene molto di rado e solo nei casi più gravi, perché ciascun gruppo è responsabile della socializzazione di tutti i suoi membri.

Gli studi antropologici ci mostrano come in queste società *face to face* le regole giuridiche che presiedono all’organizzazione del gruppo siano pienamente interiorizzate fin dalla tenera età, e come tutti gli individui conoscano i doveri legati al proprio ruolo sociale, alla propria età, al proprio status ecc. Doveri sui quali si basa la fondamentale divisione del lavoro che consente al gruppo di sopravvivere.

Nelle società *face to faceless* al contrario, la logica umanistica e illuministica mette al centro l’individuo, un individuo responsabile delle sue azioni nei confronti di altri. In questo quadro di giuridicità slegata dallo status (il principio di territorialità prevale sempre su quello di personalità), la conoscenza del diritto, e in particolare dei limiti di legge alla libertà individuale (che cosa è legale e che cosa illegale), è appaltata a un ceto professionale, quello dei giuristi appunto. L’individuo comune non conosce il diritto (oggettivo) che è chiamato a rispettare. È per questo che il diritto viene costruito come una sfera di

libertà soggettiva, che circoscrive l'ambito di azione dell'individuo monade. Tale diritto (soggettivo) è protetto dall'ordinamento indipendentemente dalle modalità del suo esercizio (che restano nella sfera decisionale del titolare), fino al punto in cui non viene invaso un diritto altrui. In questo quadro, il senso di giustizia si sviluppa in rapporto alla coerenza fra la promessa statale di tutelare certi diritti e il mantenimento della stessa. È per questo che sono cruciali regole di accesso alle Corti ed è per questo che è cruciale che l'attore civile, forza viva del diritto, possa trovare un luogo in cui la propria pretesa di giustizia o il proprio senso di ingiustizia vengano presi in considerazione nei confronti di chi, individuo o istituzione, abbia violato i diritti che danno fondamento al senso di giustizia stesso⁷.

Le caratteristiche fondamentali del processo di mediazione nelle società a potere diffuso ci paiono allora essere le seguenti: a) è la dialettica fra gruppi, e non il conflitto fra diritti soggettivi individuali stabiliti dallo Stato, a determinare le regole giuridiche; b) la mediazione è un processo politico in cui si cerca di ristabilire l'equilibrio turbato dal conflitto fra individui che godono della protezione del rispettivo gruppo; c) è lo stesso senso di giustizia (condiviso da tutti i membri del gruppo) a venire adattato, ed eventualmente modificato collettivamente, per adeguarsi alle nuove circostanze che consentono di evitare la guerra e la faida; d) non esiste un potere superiore capace di imporre una soluzione non accettata liberamente dalle parti, sicché la mediazione, lungi dall'essere un'alternativa, è la sola via percorribile.

La mediazione ritualizzata e professionalizzata fra individui risponde, invece, a logiche del tutto diverse, e introduce necessariamente un modello in cui l'ideale di giustizia corrispondente alla protezione dei diritti individuali è almeno in parte tradito⁸. Questo tipo di procedimento produce necessariamente un *second best*, perché nessuna delle due parti può vedersi riconoscere pienamente la ragione, né quindi veder giudicato ingiusto il comportamento lesivo della controparte. L'individuo che accetta la mediazione (o, peggio, cui la mediazione viene imposta) sa che non potrà vedere pienamente realizzato il suo diritto. Sa che dovrà sottostare a una limitazione del proprio diritto e che subirà una prevaricazione (ancorché parziale) a vantaggio della controparte, per ragioni diverse dalla giustizia e legate piuttosto alle necessità organizzative o di efficienza del sistema⁹.

In contesti in cui il potere è squilibrato (fra il marito forte e la moglie debole, fra il datore di lavoro e il dipendente, fra l'assicuratore e l'assicurato ecc.), il potere pubblico si rifiuta di proteggere la parte debole, per circostanze che non hanno nulla a che vedere né con il

merito dell'episodio storico che ha determinato la controversia né con la responsabilità delle parti coinvolte. L'industria dell'ADR si sforza di celare questa aporia di fondo e costruisce criteri di ragionevolezza, di docilità e di adattamento pragmatico e realistico alle circostanze, per indurre il debole ad accettare il compromesso (che è poi sacrificio di quel diritto che, sulla carta, gli è riconosciuto).

Viene così creato un ambiente altamente artificiale, tecnicamente dominato dal professionista della mediazione, all'interno del quale la ragione e il torto, ossia il senso di giustizia o di ingiustizia in relazione al comportamento che ha dato vita al conflitto, vengono soppressi e sostituiti da standard di ragionevolezza comportamentale valutati nel corso della procedura stessa. Insistere sui propri diritti viene considerato un comportamento socialmente deviante, non di rado medicalizzato, profondamente stigmatizzato dal professionista (del non-diritto) che propone una soluzione "equa" e se la vede respingere¹⁰. Chi insiste per il riconoscimento della piena ragione, perché sente di aver subito nel passato una grave ingiustizia, viene portato dalla parte del torto poiché nel presente respinge irragionevolmente un compromesso, professionalmente definito giusto, con chi ha leso il suo senso di giustizia. Una nuova diversa giustizia, al servizio del più forte, è così costruita in Occidente ed esportata nei contesti periferici a mezzo di una sofisticata tecnica mediatoria professionale.

L'individuo nella società *face to faceless* ha perso da tempo la protezione del gruppo, immolato alle esigenze monopolistiche dello Stato sul diritto; perde ora anche la protezione dello Stato, trovandosi impotente di fronte all'ingiustizia subita.

Conclusioni

Nell'era post-moderna dunque il senso di giustizia, corrispondente alla consapevolezza di aver adempiuto al meglio i nostri obblighi sociali, e il senso di ingiustizia, corrispondente alla sensazione che un altro soggetto, violando i suoi obblighi sociali, abbia prevaricato le nostre aspettative (o i nostri diritti), sono doppiamente sconfitti.

In una prima fase essi crollano, immolati insieme alla solidarietà del gruppo sull'altare dello Stato monopolista e centralizzatore, che vuole costruire, attraverso i suoi apparati ideologici (scuola, religione ecc.), il criterio di giustizia formale cui tutti i consociati devono adeguarsi. Privato del gruppo, l'individuo è solo, ignorante dei limiti che gli impone la legge, slegato da gran parte dei suoi doveri di solidarietà verso gli altri.

Ciò che gli viene consegnato, in sostituzione di un gruppo solidale, è una uguaglianza formale che si estrinseca in una Carta di diritti fondamentali generali e astratti, i cui reali contenuti sono determinati dallo Stato ex post, una volta sorto il conflitto, tramite un complesso processo giudiziario altamente professionalizzato, che tuttavia, significativamente, prende il nome di giustizia (civile, penale ecc.).

Anche questo sistema di giustizia pubblica viene però ben presto sconfitto da un complesso aggregato di fattori. In parte esso viene abbandonato perché è troppo costoso renderlo accessibile a tutti; lo Stato, oberato dai debiti, smette così di perseguire l'ideale dell'accesso alla giustizia per i meno abbienti. In parte è la stessa uguaglianza formale, che occasionalmente può far prevalere il debole sul forte, a esser messa sotto attacco da poteri economici forti, sempre più insofferenti ai limiti che il diritto e il senso di giustizia sociale possono imporre alla loro ricerca del profitto a qualunque costo. Sono questi i poteri che finanziano l'industria dell'armonia, perché in un quadro sociale pacificatore e assertivo prosperano i comportamenti predatori con il colletto bianco. Da sempre una cittadinanza docile e remissiva fa comodo al potere, sicché sono fin troppo evidenti i punti di coincidenza fra l'interesse della dominazione politica e quello della dominazione economica. Il cittadino che protesta e vuol far valere i propri diritti è adesso proprio solo.

L'ingiustizia è servita!

Note

¹ "Uscire dalle biblioteche" per scoprire il diritto era la sollecitazione che i realisti avevano lanciato in quegli anni a tutti i giuristi (Oliphant 1932).

² Cosa che peraltro era già accaduta nell'analisi del sistema giuridico Cheyenne, isolato dai suoi osservatori rispetto alla realtà di subordinazione coloniale e di apartheid in cui si trovava inserito (Nader 2002, p. 95).

³ Per un'analisi di tali problemi e per le voci dissenzienti rispetto a una simile visione della giustizia degli altri, cfr. Nader, Grande, 2002, pp. 574 sgg.

⁴ Il grande favore del sistema giuridico statale statunitense nei confronti di strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alle corti prende, infatti, ufficialmente le mosse dalle giornate *Roscoe Pound*, volute nel 1976 dall'allora *Chief Justice* Warren Burger e dedicate al tema dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia. Alla domanda "non esiste una via migliore?", posta da Burger, Frank Sander, professore ad Harvard, risponde delineando un sistema di giustizia multi-porte, dove l'attore civile trova una rosa di alternative alla soluzione giudiziale del caso. Dal 1976 a oggi la risposta istituzionale multi-porte, altrimenti detta ADR, ha trovato ampia attuazione negli Stati Uniti, in un crescendo di entusiasmo che non sembra destinato ad arrestarsi facilmente. Per gli strumenti legislativi e giudiziari utilizzati in USA allo scopo di incoraggiare – per non dire imporre – il ricorso all'ADR, cfr. Grande, Mattei 2000, pp. 18 sgg.

⁵ Per una panoramica della notevole, ancorché sovente criticata, diffusione anche in Europa dell'ADR, si veda il volume curato da Vincenzo Varano (2007).

⁶ In senso critico circa la cosiddetta *litigation explosion*, cfr. Marc Galanter (1983).

⁷ Sull'importanza dell'attore civile come forza viva del diritto insiste Laura Nader (1984; 2003).

⁸ Sull'impossibile analogia fra mediazione tradizionale e mediazione occidentale si intrattiene Laurel Rose (1996).

⁹ Scrive, infatti, Owen Fiss (1984, p. 1075): "La transazione costituisce per me l'analogo civile del patteggiamento: il consenso è spesso frutto di costrizione (...) nonostante il carico di lavoro dei giudici si riduca, può non essere resa giustizia. Al pari del patteggiamento, la transazione è una capitolazione alle condizioni della società di massa e non dovrebbe essere né incoraggiata né elogiata".

¹⁰ Su questi punti si veda l'illuminante lavoro di Trina Grillo (1991). Parla in proposito di "una cultura terapeutica professionalizzata" Barbara Yngvesson (1989). D'altra parte, a dimostrazione del forte pregiudizio negativo nutrito nei confronti di chi non voglia mediare, così si esprime un civilista entusiasta della mediazione descrivendo il sistema attuale inglese: "Deve esservi almeno un minimo di cooperazione fra le parti e il mediatore. Entrambe le parti devono essere disposte a discutere della controversia e a esaminare il merito delle rispettive posizioni in buona fede e, in definitiva, a considerare la possibilità di fare delle concessioni (tattiche o disinteressate). Non tutti mostreranno una simile flessibilità. *Alcuni sono truffatori o debitori perennemente inadempienti che non possono essere indotti a negoziare neppure dal più abile mediatore*" (Andrews, in Varano, a cura, 2008, p. 11) (corsivo nostro). E continua: "I processi giurisdizionali stanno giustamente divenendo l'extrema ratio' da seguire solo quando tecniche più civili e 'proporzionate' non hanno avuto successo ovvero non avrebbero mai funzionato" (p. 36) (nostro il corsivo).

Bibliografia

- Ahmed, F., 2005, *Judicial Reform in Afghanistan: a Case Study in the New Criminal Procedure Code*, «Hastings International and Comparative Law», n. 29, pp. 93-134.
- Ahmed, F., 2007, *Shari'a, Custom, and Statutory Law: Comparing State Approaches to Islamic Jurisprudence, Tribal Autonomy, and the Legal Development in Afghanistan and Pakistan*, «Global Jurist», n. 7, n. 1.
- Bussani, M., 1999, "Integrative' Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems", in S. Feiden, C. U. Schmid, a cura, *Evolutionary Perspectives and Projects on Harmonisation of Private Law in the EU*, EUI Working Papers, Law, n. 99/7, Badia Fiesolana-San Domenico (Firenze), pp. 57-99.
- Chanock, M., 1985, *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Chrétien-Vernicos, G., Eberard, C., LeRoy, E., 2006, *La Quête anthropologique du droit: autour de la démarche d'Étienne LeRoy*, Paris, Karthala.
- Fiss, O. M., 1984, *Against Settlement*, «Yale Law Journal», n. 93, pp. 1073-1090.
- Galanter, M., 1983, *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think to Know) about our Allegedly Contentious and Litigious Society*, «UCLA Law Review», n. 31, pp. 4-71.
- Gambaro, A., Sacco, R., 1996, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET.

- Gilmore, G., 1977, *The Ages of American Law*, New Haven, Yale University Press; trad. it. 1988, *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, Giuffrè.
- Grande, E., 1999, *Alternative Dispute Resolution, Africa and the Structure of Law and Power: the Horn in Context*, «Journal of African Law», n. 43, pp. 63-70.
- Grande, E., Mattei, U., 2000, “*Stati Uniti d’America*”, in R. Sacco, a cura, *Di-gesto IV Edizione. Discipline privatistiche*, Torino, UTET, pp. 1-29.
- Grillo, T., 1991, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, «Yale Law Journal», n. 100, pp. 1545-1610.
- Grossi, P., 2005, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scien-tifica.
- Grossi, P., 2006, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè.
- Guadagni, M., 1996, *Il modello pluralista*, Torino, Giappichelli.
- LeRoy, E., 1999, *Le jeu des lois. Une anthropologie “dynamique” du droit*, Pa-ris, LGDJ.
- Llewellyn, K. N., Hoebel, A. E., 1941, *The Cheyenne Way: Conflict and Ca-se Law in Primitive Jurisprudence*, Norman (Okla.), University of Okla-homa Press.
- Malinowski, B., 1926, *Crime and Custom in Savage Society*, London, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Publishers.
- Mattei, U., 1997, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World’s Legal Systems*, «American Journal of Comparative Law», n. 45, pp. 5-44.
- Mattei, U., 2007, “*Access to Justice. A Renewed Global Issue?*”, in K. Boele-Woelki, S. Van Erp, a cura, *General Reports to the XVIIth Congress of the In-ternational Academy of Comparative Law*, Brussels, Bruylant, pp. 383-408.
- Mattei, U., Nader, L., 2008, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Ox-ford, Blackwell.
- Nader, L., 1984, *A User Theory of Law*, «Southwestern Law Review», n. 38, pp. 951-963.
- Nader, L., 1990, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Mountain Zapo-tec Village*, Stanford, Stanford University Press.
- Nader, L., 2002, *The Life of the Law. Anthropological Projects*, Berkeley, Uni-versity of California Press.
- Nader, L., 2003, *Le Forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica*, Napoli, ESI.
- Nader, L., Grande, E., 2002, *Current Illusions and Delusions about Conflict Management. In Africa and Elsewhere*, «Law and Social Inquiry», pp. 573-594.
- Oliphant, H., 1932, *The Public and the Law. The Three Major Criticisms of the Law and Their Validity*, «A.B.A.J.», n. 18, pp. 787 sgg.
- Romano, S., 1951, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni.
- Rose, L., 1996, *Are Alternative Dispute Resolution (ADR) Programs Suitable for Africa?*, «Africa Notes», pp. 5-7.

- Sacco, R., 2007, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino.
- Schlesinger, R. B., Baade, H. W., Herzog, P. E., Wise, E. M., 1950, *Comparative Law. Cases, Text, Materials*, New York, Foundation Press.
- Stein, P., 1984, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement*, London, Butterworth & Co.; trad. it. 1987, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, Giuffrè.
- Varano, V., a cura, 2007, *L'altra giustizia*, Milano, Giuffrè.
- Yngvesson, B., 1989, *Inventing Law in Local Settings: Rethinking Popular Legal Culture*, «Yale Law Journal», n. 98, pp. 1689-1709.