



ANTOLOGIA DI ARTICOLI E STUDI A CURA DEL BALIATO DAI COI

\*\*\*

## I Bàili o Bàiuli quali Giudici e Conciliatori extragiudiziari <sup>1</sup>

Sin dai tempi antichi anche in Occidente la conciliazione, la mediazione e l'arbitrato sono stati *preferiti* al processo e quindi sono stati considerati, talvolta in modo a-tecnico, «condizioni di procedibilità».

In alcuni contesti sociali ed economici, quelli che noi definiamo strumenti alternativi non furono addirittura percepiti come tali, ma vennero considerati come mezzi di risoluzione esclusiva di diritto o di fatto, dei rapporti familiari, delle vicende societarie, di quelle lavoristiche e delle controversie agrarie. Siamo quindi originariamente in sintonia con il sentire orientale.

Ciò è accaduto, da quando si può parlare di Storia, anche nel campo delle relazioni internazionali, specie con riguardo alla prevenzione dei conflitti armati: pensiamo all'opera degli Araldi in Grecia, dei Feciali a Roma, degli Irenofilaci in Magna Grecia, figure sacre queste, che dovevano tentare la conciliazione a nome del loro popolo, prima che venisse dichiarata la guerra.

Nella mediazione internazionale dell'Ottocento, il ruolo del mediatore fu semplicemente affidato ai sovrani; all'epoca peraltro erano ben vivi tutti i principi che ispirano oggi la mediazione civile e commerciale.

Nel processo ateniese classico, con riferimento a diversi reati - tra cui quello di furto - era già previsto un tentativo di conciliazione obbligatorio. L'ordinamento processuale della *polis* greca era uno dei tanti ordinamenti presenti sul territorio. E gli altri ordinamenti, quelli della fratria e della famiglia la facevano da padrone ed avevano proprie regole di componimento: lo stesso Platone ne «Le Leggi» ci indica queste regole nella conciliazione e nell'arbitrato. Nessuno meglio degli amici e dei parenti poteva regolare le controversie. E ciò anche perché nell'Atene classica nemmeno il processo per questioni minori era

---

<sup>1</sup> Articolo del 5 luglio 2012, intitolato: «I sistemi di ordine negoziato in Oriente e nell'Occidente europeo (parte III)», tratto da:

<https://mediaresenzaconfini.org/2012/07/05/i-sistemi-di-ordine-negoziato-in-oriente-e-nelloccidente-europeo-parte-terza>

attivabile da tutti. Il solo cittadino poteva promuovere azione presso i Quaranta,<sup>2</sup> il meteco (lo straniero che non poteva possedere beni immobili) poteva rivolgersi solo all'Arconte Polemarco, i commercianti potevano investire delle loro questioni solo i Tesmoteti; ciò determinava una forte limitazione della capacità processuale.

I metodi alternativi erano invece a disposizione di tutti e non vedevano limitazione di sorta. Si tenga conto, inoltre, del fatto che la sentenza del tribunale ordinario, ossia quello elastico, era definitiva: e quindi chi vi ricorreva doveva aver imboccato prima altre strade, che si erano rivelate insoddisfacenti.

Le occasioni di litigio e dunque di componimento erano molto frequenti in Grecia: non esisteva, infatti, un diritto di proprietà che un soggetto potesse vantare *erga omnes*; le stesse servitù in realtà erano solo regolamenti convenzionali di una limitazione legale del fondo; se ancora un soggetto dava a pegno un bene e non lo riscattava, almeno nei primordi, non poteva recuperare la differenza tra quello che avrebbe dovuto pagare ed il valore di mercato della cosa pignorata (ciò perché il creditore non poteva vendere il bene e soddisfarsi); almeno nei tempi più risalenti, poi, non si poteva nemmeno assegnare ad un bene mobile, benché capiente per valore, il soddisfacimento di più crediti.

Possiamo aggiungere che lo stesso meccanismo processuale sorge in origine in quanto *tollerato* dai sistemi di composizione familiari o della fratria.

Ed era peraltro un meccanismo processuale assai differente da quello che conosciamo noi a partire dalle codificazioni del XIX secolo.

Se affrontiamo la questione sul piano storico, possiamo affermare, senza tema di smentita, che nella Grecia antica i giuristi non esistevano, così come non esisteva la giurisprudenza; le contese venivano composte con l'utilizzo, da parte dei contendenti che se lo potevano permettere, di logografi giudiziari, che erano retori e dovevano essenzialmente conquistare la fiducia e la simpatia dei giudici;<sup>3</sup> il magistrato che istruiva il processo non era un giurista, ed infine la stessa giuria che emetteva il verdetto era formata da semplici cittadini.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> La magistratura minore che giudicava sino a dieci dracme.

<sup>3</sup> La base giuridica della disputa passa in secondo piano non essendoci meccanismi atti a valutarla. V. C. BEARZOT, *Diritto e retorica nella polis democratica ateniese*, in *Dike Rivista storica del diritto greco ellenistico*, 9, 2006, p. 132. Solo eccezionalmente poteva esserci una seconda arringa tenuta da una sorta di avvocato detto *sinègore*, che di solito era un politico in vista di Atene; questi non era cioè un avvocato di mestiere e non veniva retribuito. V. R. FLACELIERE, *La Grecia al tempo di Pericle*, Rizzoli, 1983, p. 278 e 288.

<sup>4</sup> V. *amplius* E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit. pp. 14-16.

Ai magistrati ateniesi si richiedevano, <sup>5</sup> in definitiva, il superamento dei trent'anni e la probità della famiglia, della vita e dei costumi: il senato verificava che venerassero i patri numi, <sup>6</sup> fossero pietosi verso i genitori, avessero fatto il servizio militare, non avessero debiti con l'erario, avessero reso il conto di un'altra eventuale magistratura, non fossero falliti, non avessero patito sodomia e non avessero gettato via lo scudo in battaglia. <sup>7</sup>

Non stupisce dunque che un frammento delle Tavole di Zaleuco <sup>8</sup> (VII sec. a. C.) in Magna Grecia avesse il seguente tenore: «*Vietarsi di intraprendere un giudizio fra due se prima non siasi tentata la riconciliazione*». <sup>9</sup>

**Nel mondo romano** grande rilievo hanno senza dubbio i giureconsulti e la giurisprudenza <sup>10</sup> e la preparazione giuridica per un soggetto che assiste le parti è stata da un certo punto in poi essenziale, <sup>11</sup> ma **i giudici non erano necessariamente giureconsulti. Non lo erano i Pretori dell'età repubblicana, anche se si servivano di assessori legali; non lo erano gli Imperatori che pur avevano un *consistorium auditorium*, né i Presidi o i Prefetti del pretorio, che a loro**

---

<sup>5</sup> E subivano su questo un rigido esame denominato *docimasia* da parte del Bulé o Consiglio dei Cinquecento. Col che vogliamo sottintendere che anche chi vuole esercitare come terzo la nobile arte della negoziazione deve essere sottoposto ad un esame assai rigoroso, non però principalmente od addirittura esclusivamente incentrato sulle conoscenze giuridiche.

<sup>6</sup> Questo peraltro è un requisito che si resisterà per l'accesso alle professioni liberali sino all'ultima guerra.

<sup>7</sup> C. CANTÙ, *Appendice alla Storia Universale*, vol. unico *Delle Legislazioni*, Pomba & C., Torino, 1839, p. 94 e 95. La base della formazione politica comportava che se si abbandonava lo scudo si lasciava senza difesa anche "il vicino di sinistra"; il dovere e l'onore del cittadino-combattente era dunque quello di mantenere il proprio posto nella schiera assicurandone la integrità e la resistenza contro l'impeto nemico. V. F. CANTARELLA op. cit., p. 364-365.

<sup>8</sup> Primo legislatore dell'Occidente.

<sup>9</sup> M. DE LUCA PICIONE, *Cenni storici sulle ADR*, in *Temi Romana*, Speciale media conciliazione, gennaio-dicembre 2010.

<sup>10</sup> Perlomeno dal sorgere della letteratura giuridica ovvero nel periodo che va dalla tarda repubblica di Publio Muzio Scevola ad Ulpiano con cui il giureconsulto è ormai un pubblico funzionario e la giurisprudenza è ormai cristallizzata nelle *constitutiones* imperiali. Si noti però che il ceto professionale dei giuristi nasce dalla sovversione della tradizione. Cicerone (*Delle leggi*, 2, 29,47) ci racconta che Quinto Mucio, figlio di Publio, afferma di aver udito il padre che non può essere buon pontefice colui che non abbia conoscenza dello *ius civile* (ossia delle giurisprudenza e della prassi giudiziaria). Sino ad allora era la pratica pontificale che fondava lo *ius civile* e non viceversa (v. *amplius* A. SCHIAVONE, *Il giurista*, in *L'uomo romano* a cura di Andrea Giardina, Laterza, 2001, p. 92 e ss.).

<sup>11</sup> V. *amplius* U.E. PAOLI, *Vita romana*, Le Monnier, Firenze, 1962, p. 168 e ss.

volta erano coadiuvati dagli Assessori, e così pure i Difensori di città <sup>12</sup> dell'epoca imperiale, e, per venire a tempi successivi, non lo erano gli Sculdasci dei Longobardi, il Baiulo degli Svevi, o i Consoli di giustizia dell'età delle repubbliche, <sup>13</sup> il giudice di pace inglese, <sup>14</sup> il giudice di pace francese del 1790, <sup>15</sup> il conciliatore della Repubblica Ligure del 1798, il conciliatore italiano del 1865, i conciliatori francesi introdotti nel 1978.

Possiamo dunque dire che sino all'Età dei lumi la giustizia non era amministrata da giuristi professionali e gli stessi giuristi per il Giudice erano di consultazione facoltativa. Napoleone ai primi dell'Ottocento fu tra i primi ad obbligare i giuristi a frequentare le scuole di legge.

Di contro, già nella Roma repubblicana quelli che Cicerone chiamava *disceptatores domestici* conciliavano dalle sei del mattino alle sei di sera e la conciliazione era così diffusa che addirittura venne vietata da Caligola che temeva venissero messe a repentaglio le entrate imperiali: aveva infatti messo una imposta del 40% sulle entrate giudiziarie.

L'uso della conciliazione a Roma [non era a Roma, ma tra gli Ebrei! N.d.R.] ci è attestato anche dall'evangelista Luca (12, 58-59): «Quando vai con il tuo avversario davanti al magistrato, lungo la strada cerca di trovare un accordo con lui, per evitare che ti trascini davanti al giudice e il giudice ti consegna all'esattore dei debiti e costui ti getti in prigione. Io ti dico non uscirai di là finché non avrai pagato l'ultimo spicciolo».

Un tentativo obbligatorio duplice, preventivo e, diremmo noi, processuale, era previsto poi proprio su ispirazione del principio evangelico testé citato, davanti al tribunale del vescovo (udienza episcopale); il tentativo preventivo di conciliazione si teneva il lunedì per dar modo al vescovo di condurre, se fosse

---

<sup>12</sup> L. SCAMUZZI, voce *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, in *Digesto Italiano*, vol VIII p. I, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1896, p. 44.

<sup>13</sup> **Eccezione al principio sono forse lo Scabino di età franca che potremmo definire erede del giureconsulto romano ed il Bailo, giudice e conciliatore nelle terre non feudali che doveva essere notaio.** Solo nel 1770 in Piemonte si iniziò a richiedere la laurea per i giudici di nomina regia. (Cfr. *Atti parlamentari subalpini*, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1869, p. 360) anche se, per la verità già una norma savoiarda del 1430 (*Statuta Sabaudiae*; v. in seguito *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà del 1729 art. 2 lib. II Tit. V*) richiedeva ai giudici di città e delle terre non feudali di essere dottori.

<sup>14</sup> Per questa carica i professionisti del foro venivano deliberatamente esclusi. Ma con una legge del 25 maggio 1871 si limitò l'incompatibilità all'*attorney* o *solicitor* (procuratore e avvocato) che eserciti la professione nella stessa contea. L. SCAMUZZI, voce *Conciliatore e conciliazione giudiziaria*, p. 48. Il giudice di pace in un primo tempo era comunque assistito da due giuristi chiamati *Quorum*.

<sup>15</sup> Che era parimenti affiancato da due assessori.

fallito, un altro tentativo di conciliazione da solennizzare nel corso della liturgia domenicale.<sup>16</sup>

Le Arti manifatturiere nel Veneto del XIV secolo regolavano tutte le controversie tra gli iscritti tramite una magistratura di conciliazione che aveva anche il compito di apprestare mutui soccorsi e di costruire chiese.<sup>17</sup>

Tale sistema di composizione diventa centrale anche nella Francia del XVI secolo, tanto che viene regolato dalla legge: a quel tempo i commercianti incontravano dei problemi nell'adire i Tribunali di commercio, perché i giudici non avevano le necessarie competenze tecniche per gestire le loro controversie e non era ammessa la testimonianza orale; quindi i mercanti non potevano chiamare a testimoniare gli esperti di una data materia. Con una legge del 1563 si consentì, dunque, ai Tribunali di commercio francese di nominare un esperto (arbitro-relatore)<sup>18</sup> che sentiva le parti, provava a conciliarle e, se non ci riusciva, ne riferiva al Tribunale.

L'arbitro-relatore diverrà poi, nel *Code commerciale* del 1806, l'arbitro-conciliatore e, di legislazione in legislazione, facilmente arriverà alla nostra del '42, con l'esame contabile (art. 198-200 C.p.c.), per approdare poi tra i sistemi ADR americani con il nome di *neutral early evaluator*, ruolo da ultimo legittimato dall'*Administrative Dispute Resolution Act* nel 1998.

Nello Stato sabauda settecentesco troviamo una norma risalente a Federico II di Svevia,<sup>19</sup> per cui si affidava la risoluzione delle controversie tra le genti rustiche a mezzi alternativi obbligatori, e non è certo un caso isolato. Così si esprimono gli Statuti di Sua Maestà (1729-1770): «*Decideranno parimenti le querele che insorgessero tra la gente rustica sopra la variazione de' confini, o altro incommodo che si pretendesse ne' beni, e percezione dei loro frutti, chiamando ed interponendo la mediazione dei più pratici di detti confini e terre, che sieno uomini dabbene, e non sospetti; ed avuto il loro sentimento, renderanno a ciascuno il loro diritto*».

Sempre nel XVIII secolo, il tentativo preventivo di conciliazione è stato sicuramente obbligatorio nei Paesi Bassi, nel Cantone di Ginevra (1713-1816), ed in Prussia (1745).

---

<sup>16</sup> V. *amplius* T. INDELLI, *La episcopalis audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Valentiniano III (sec. IV-V d. C.)*, in

[http://www.sintesionline.info/index.php?com=news&option=leggi\\_articolo&cID=85](http://www.sintesionline.info/index.php?com=news&option=leggi_articolo&cID=85)

<sup>17</sup> C. CANTÙ, *Storia degli Italiani*, tomo IV, Cugini Pomba e Comp. Editori, 1853, p. 632.

<sup>18</sup> Cfr. il sito degli attuali eredi in Francia di quegli antichi mediatori valutativi in

<http://www.mediation-ieam.com/Historique.asp>

<sup>19</sup> Che a sua volta si era rifatto alle XII Tavole della Roma arcaica.

E questo stato di cose si è protratto anche successivamente alla Rivoluzione francese, quando la tendenza, di costume o di necessità, a praticare uno strumento extraprocessuale divenne un testo giuridico che si affermò tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento in tutta Europa. Rammento appunto il caso della Francia (1790), della Danimarca (1795), della Repubblica Cisalpina (1797), della Repubblica Ligure (1798-1805), della Repubblica Romana (1798-99) della Liguria annessa alla Francia (1805-1814), della Norvegia (1800), della Spagna (1812, 1821 e 1856), dell'Austria e domini (Lombardia e Venezia) 1815, dell'Impero ottomano (con riferimento alle relazioni consolari dei sudditi austriaci) (1855), dei Codici di commercio Ungherese e Portoghese (1800-1850), del Codice di procedura civile estense del 1852.

Il tentativo di conciliazione preventivo <sup>20</sup> diventa facoltativo per le parti (ma non per il giudice), in reazione a Napoleone, solo nel Regno delle Due Sicilie a partire dal 1819, ma si deve tener conto che comunque all'epoca in diverse materie vi era l'arbitrato obbligatorio, che terrà in Italia sino al 1982, quando si sostituirà con il tentativo obbligatorio di conciliazione agraria. In ogni caso, anche nel sud dell'Italia, qualora a litigare fossero delle Pubbliche Amministrazioni, il tentativo di conciliazione restava obbligatorio.

Costante è, dunque, nei secoli la fuga dal formalismo processuale ed il rispetto del controllo privato delle forme della contesa. In Lombardia sino alla Rivoluzione del '48 erano le parti a scegliere il rito più appropriato, tra quello verbale e quello scritto, e non il giudice.

Dopo il 1860, in Italia la conciliazione come condizione di procedibilità la ritroviamo nel Codice della Marina Mercantile del 1865, nella legge istitutiva dei probiviri (1895), nella legge del 1926 istituente l'ordinamento corporativo, nel codice di rito del '42, dove era addirittura condizione di proponibilità della domanda in ordine alle controversie collettive.

Venuto meno l'ordinamento corporativo, il tentativo di conciliazione obbligatorio preventivo davanti alle associazioni sindacali *sostituisce* come condizione di procedibilità del successivo giudizio, l'obbligo di denuncia all'associazione sindacale, previsto nel periodo fascista per il tentativo individuale.

A seguito degli strali della Corte costituzionale nei confronti dei contratti collettivi di lavoro *erga omnes*, che contenevano anche clausole di conciliazione obbligatoria, rimane in piedi il regime della facoltatività. Ma già nel 1973 e poi nel 1990 riprende il viatico del tentativo obbligatorio in relazione all'impugnazione del licenziamento.

---

<sup>20</sup> Salvo il caso degli Stati Sardi che hanno sempre rifiutato l'obbligatorietà di un tentativo preventivo, ma avevano comunque un tentativo giudiziale obbligatorio per il giudice.

Dal 1998 abbiamo ancora per tutta la materia del lavoro un doppio tentativo obbligatorio, giudiziale e stragiudiziale, a cui si aggiunge del 2004 l'obbligatorietà del tentativo davanti alle Commissioni di certificazione, nel caso in cui si voglia impugnare un contratto certificato. Solo a partire dal 5 novembre 2010 si è tornati ad un tentativo extragiudiziale di conciliazione facoltativa nella materia del lavoro, ferma sempre l'obbligatorietà del predetto tentativo davanti alla Commissioni di certificazione.

Si annota però qui che la recente riforma del mercato del lavoro approvata in Gazzetta Ufficiale ci fa tornare, dal 18 luglio 2012, alla obbligatorietà del tentativo di conciliazione: si prevede, infatti, una particolare procedura nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.<sup>21</sup> Dal 1995 al 2006, poi, il tentativo di conciliazione giudiziale si è mantenuto obbligatorio anche per il processo civile ordinario.

Troviamo ancora il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità in materia di pubblici servizi, di telecomunicazioni, di sub-fornitura, di pubblico impiego<sup>22</sup> e di diritto di autore.

Emerge, alla luce degli esempi tratteggiati, che in passato le controversie si risolvevano o con una conciliazione perlomeno *sentita* come obbligatoria, quando non disposta dalla legge, come condizione di procedibilità.

Quanto alle caratteristiche della conciliazione si può dire che in Italia ed in Europa è prevalso il modello valutativo del conciliatore consigliere delle parti. [l'articolo continua ed è consultabile in internet]

\*\*\*

---

<sup>21</sup> Art. 1 c. 40 L. 28 giugno 2012, n. 92 in Gazzetta Ufficiale Supplemento Ordinario n. 136 alla Gazzetta Ufficiale n. 153 del 3 luglio 2012. In vigore dal 18 luglio 2012.

<sup>22</sup> Sino al 5 novembre 2010.