

L'Istituto della mediazione – conciliazione, quale metodo alternativo alla risoluzione delle controversie ha origini antichissime. E' doveroso evidenziare che è stata difficilissima la ricostruzione delle procedure conciliative nel processo Romano, in particolare nel periodo intorno al 450 disciplinato dalla fonte normativa della XII Tavole. Il materiale che ho raccolto scaturisce dalle ricerche effettuate dalla Prof. **Dacia Malzone** ed esposte nella sua tesi di dottorato di ricerca presso l'Università Tor Vergata in Roma

Ho deciso di esporre la ricostruzione storica di questo istituto, in più momenti, in relazione al bene giuridico protetto dall'ordinamento in un dato momento storico - sociale.

In questa prima parte sarà illustrato il tentativo di conciliazione per controversie relative ad obbligazioni, alle rivendicazione di diritti reali, durante l'atto processuale della "*in ius vocatio*" nella fase processuale "*in iure*" e dopo la fase "*apud iudicem*" con l'emanazione del giudicato. Degno di nota è rilevare come il tentativo di conciliazione avviene, nel processo romano esclusivamente nella fase processuale, non è previsto un tentativo di conciliazione quale metodo alternativo al giudizio.

In un secondo momento sarà illustrato il tentativo della mediazione - conciliazione in un contesto sociale diverso, quali le comunità tribali, dove il bene giuridico protetto dall'ordinamento è la pace sociale, ciò avviene in età gentilizia nel periodo romano e durante l'Alto medioevo e come si avrà modo di apprendere il tentativo di conciliazione in questo contesto è un metodo di risoluzione delle controversie alternativo al giudice.

La Malzone, oltre a ricercare la semantica della definizione di "accordo" che lo individua nel sostantivo "*pacta*" relaziona tre fasi, una processuale e una successiva al giudicato, nelle quali poteva avvenire il tentativo di conciliazione:

1. Dopo la *Vocatio ius* e prima dell'inizio della fase *in iure* ;
2. Nella fase *In iure*, davanti al magistrato;
3. Dopo l'emanazione della sentenza, cioè dopo la fase *in iure* e *apud iudicem* ;

Pacta

la validità dell'accordarsi a mezzo di *pacta*, tuttavia inequivocabilmente presupposta a partire dal V sec. a.C. con la stesura del codice decemvirale, destinato a fissare alcuni punti fermi in un ordinamento (pubblicistico e privatistico) essenzialmente fluido, e quindi guidato dall'interpretazione e applicazione della classe egemone.

Nelle XII Tavole si trova una terminologia che sembrerebbe trovare le proprie radici in un istituto primordiale, risalente all'epoca gentilizia, quale il taglione. Infatti nella Tav. VIII, 2 si legge:

"*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*"

In relazione al *membrum ruptum*, cioè alla lesione personale consistente nell'inutilizzazione di un arto o di un organo, alle parti è data facoltà di transigere oppure di procedere all'applicazione della legge del taglione; a testimonianza, da un lato, di come il *pactum* sia dato dall'accordo di una persona alla quale compete l'azione, conseguenza necessaria del *delictum*, contro un'altra e, dall'altro, di come siffatto procedimento di composizione volontaria di situazioni di conflitto, indicato come *pacisci* o come *pactum*, possa farsi risalire all'epoca gentilizia.

Ma quello che ora preme maggiormente mostrare è come altre norme decemvirali testimonino che l'atto, che più tardi si disse *transactio*, ed il *pactum* non sono negozi di natura diversa, bensì il primo una *species* del secondo; in altri termini, preme dimostrare come le conciliazioni giudiziali, delle quali le XII Tavole recano consistente testimonianza che le situazioni incerte e di dubbio siano state a quel tempo risolte attraverso il ricorso a strumenti negoziali idonei a realizzare l'equilibrio degli interessi contrapposti delle parti, quali erano appunto i *pacta*.

Tentativo di conciliazione dopo la “*vocatio ius*”

La conclusione tratta dalle esegesi compiute della Tavola I,6-7 e di D. 2.4.22.1, può confermare il ricorso, nel periodo decemvirale, del *pactum* in funzione transattiva, quale strumento di risoluzione di una situazione controversa, cioè di una lite attuale o potenziale. Anche dopo il primo atto processuale della *in ius vocatio* una transazione sul rapporto dedotto in giudizio era pienamente consentita dal diritto ed allora la procedura, instaurata con la *in ius vocatio*, veniva interrotta e la transazione teneva luogo della sentenza evitata.

Degno di nota è l'osservazione di Gaio in D. 2.4.22.1, il quale afferma che nella fase che si ammette la composizione mediante transazione dopo l'atto processuale della *in ius vocatio* non era necessaria la presenza del giudice mentre come si evince dalla Tavola I,6,7, 8, nella fase *in iure* sembrerebbe necessaria la presenza del magistrato.

6. REM UBI PACUNT, ORATO.

6. Se le parti si accordano, [il magistrato] decida.

7. NI PACUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSSAM COICIUNTO. COM PERORANTO AMBO PRAESENTES

7. Se non si accordano, [le parti] espongano la causa nel comizio o nel foro prima di mezzogiorno. Espongano la causa presenti entrambi.

8. POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICITO.

8. Dopo mezzogiorno [il magistrato] aggiudichi la lite a favore della parte presente.

Tentativo di conciliazione nella fase iniziale “*in iure*”

Maggiori difficoltà presenta l'accertare se, anche dopo che le parti si erano effettivamente presentate davanti al magistrato, e quindi nella fase *in iure* (dove *ius* sta ad indicare il tribunale del magistrato) avevano impostato la controversia, si poteva venire alla conclusione di una transazione. Ebbene tra le interpretazioni possibili della Tavola I,6 "*rem ubi pacunt, orato*" non pare certo quella di individuare il soggetto dell'*orato* nel magistrato *in iux*, con la conseguenza di ritenere che nella fase *in iure*, prima fase del processo, non soltanto era consentito di addivenire tramite transazione ad una pacificazione tra le parti configgenti, ma addirittura questa conclusione amichevole era vista di buon occhio e favorita

.Certo è invece che se durante la fase *in iure* non fosse intervenuto alcun accordo transattivo fra le parti e si fosse manifestata decisamente la volontà di proseguire il processo, in definitiva, se il processo *in iure* si fosse chiuso con la *litis contestatio*, non sarebbe stato più possibile alle parti transigere.

In questo senso va la Tav. I,7: "*Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto*" Poiché nel periodo delle *legis actiones* la *litis contestatio* consisteva nel chiamare i presenti a testimoni delle dichiarazioni già fatte, invitandoli a tenerne buona memoria per riferirne *apud iudicem*, e quindi, finiva con il vincolarle alle dichiarazioni rese e a farle rimanere in giudizio fino alla sentenza, è evidente che, dal momento della *litis contestatio* a quello della sentenza era preclusa la possibilità di transigere sul rapporto controverso.

Tentativo di Conciliazione dopo il giudicato

Anche per il periodo decemvirale si è posta la questione se fosse consentito, come per il periodo successivo, transigere sul rapporto dedotto in giudizio dopo l'emanazione della sentenza; per siffatto periodo si ha a disposizione solo un passo delle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio, nel quale sembrerebbe lasciarsi balenare la possibilità di transigere una controversia finanche nella fase esecutiva della sentenza.

Si ricordi che Aulo Gellio, antiquario del II sec d.C., nella sua opera interamente pervenutaci, raccolse una massa di notizie relative a più diversi istituti riportando spesso testualmente frammenti di opere di giuristi e di scrittori a lui anteriori.

Il caso prospettato da Gellio è quello di una convenzione transattiva conclusa durante l'esperimento della *legis actio per manus iniunctionem*, che mirava al soddisfacimento di un diritto di credito sulla base del già avvenuto accertamento dello stesso in processo.

Come è noto, la procedura era la seguente: il debitore già condannato e che nei trenta giorni dalla sentenza non aveva provveduto a soddisfare la parte vittoriosa nel processo poteva essere trascinato in giudizio e ivi, ove ancora avesse continuato a non pagare, né avesse trovato un *vindex*, veniva assegnato al creditore il quale era autorizzato a trascinarlo a casa sua, a tenerlo legato sessanta giorni con catene del peso di quindici libbre.

Lo stato di soggezione del condannato iniziava quindi con l'*addictio*, cioè con la sua assegnazione all'attore pronunciata dal magistrato.

Durante il periodo di soggezione, per tre mercati consecutivi, gli *addicti* venivano condotti davanti al pretore nel comizio e si annunciava a quanto denaro erano stati condannati; infine, al terzo mercato erano puniti con la morte o erano venduti all'estero al di là del Tevere.

Quanto ai fini del presente studio interessa rilevare dal testo di Gellio che l'*addictus* poteva esercitare il *ius paciscendi*, cioè poteva provare a definire amichevolmente la questione con l'effettuare il pagamento o con il concordare con l'attore una qualsiasi altra sistemazione (ad esempio, un assoggettamento come *nexus* o una garanzia mediante *sponsio*).

Tale pactum poteva intervenire in qualsiasi momento fino a che l'*addictus* non fosse stato venduto *trans Tiberim*.

In definitiva, Gellio attesta come nel periodo della legislazione decemvirale fosse possibile accordarsi con finalità transattive su un rapporto già giudicato, addirittura nella fase esecutiva della *legis actio per manus iniunctionem*.

Dott.ssa Paola Bernuzzi