



FERRUCCIO AULETTA

Recensione a: A. Angelosanto, *Prevedibilità degli esiti giudiziari e ius controversum. Tecniche di 'calcolo' attraverso le formulae: tracce nel pensiero dei giuristi romani*, Jovene, 2020, pgg. XVIII-166 ⁽¹⁾

«Libriccino fortunato» Manzoni aveva definito *Dei delitti e delle pene*; e – di tanto certamente avveduto – di «libriccino» aveva più di recente parlato Andrea Di Porto a proposito di un'opera sua neppure aliena dalla prospettiva processuale (*Res in usu publico e 'Beni comuni': Il nodo della tutela*, Giappichelli, 2013). Adesso è la volta di un suo allievo, reduce da studi a Wuhan, di chiamare «libriccino» un intelligente contributo al dibattito dei nostri giorni sopra i temi del giudizio (che è merito di questa Scuola praticare, anche per l'enfasi data a figure di giurista quale quella di Giulio Paolo nell'età dei Severi).

Qui è la teorizzazione – in chiave anzitutto storica, sociale e istituzionale – di una specifica tecnica del giudizio, quella *per formulas* praticata per secoli in Roma antica, come consustanziale al bisogno della sicurezza (più che la certezza) giuridica, nel senso della massima prevedibilità delle applicazioni del diritto *apud iudicem*: «l'applicazione giudiziale del diritto doveva quindi probabilmente manifestarsi 'insicura', nonostante il diritto, nel suo complesso, fosse comunemente considerato 'certo'» (pagg. 16 s.).

Abbrivio alla ricerca dell'a. sta nelle tesi che si erano già affermate sulla struttura delle *formulae-iudicia* al fine di pre-stabilire il programma giudiziale; in particolare, agli studiosi che avevano già intravisto nel processo formulare uno degli argini alla degenerazione della controversialità della giurisprudenza (A. Corbino, per es.), l'a. giustappone il proprio approfondimento, dichiaratamente focalizzato sulla «prevedibilità degli esiti giudiziari, nel contesto del processo *per formulas*, a fronte del problema dello *ius controversum*» (pag. 24).

L'ingrediente più sapido del libro è, dal mio punto di osservazione, quello di rinvenire fondamenta remote e perciò ben salde nella esigenza di pre-costituzione delle forme e dei termini di ogni giudizio, ciò a prescindere dalla natura della fonte che li stabilisce (come la legge, per noi che viviamo nella temperie della distinzione dei poteri, invece aliena dall'età in considerazione: pag. 159): «detta[re] "in modo preciso" al giudice i *punti* che avrebbe dovuto controllare per giungere alla decisione della lite sottopostagli, rappresenta[va] uno strumento che dava al processo una "trasparenza cristallina", in quanto ciascuna delle parti, una volta prevista la formula che avrebbe retto il giudizio, era in grado di conoscere quali punti sarebbero stati trattati, e, quindi, a quali "rischi" si sarebbe esposta. In questa ottica, si può forse spiegare l'attenzione che alcuni giuristi sembrano aver riposto sulla redazione del testo formulare, tanto più [...] nei casi in cui si rinvenissero plurime e divergenti interpretazioni giurisprudenziali cui i giudici potevano far riferimento per decidere la controversia» (pag. 26).

¹ Questa recensione è destinata a *Index. International Survey of Roman Law*, 49 (2021).

Insomma, *litigare per concepta verba* riusciva quale tecnica di calcolabilità (dei rischi) del diritto, e il testo della formula uno schema di «fattispecie» *ante diem*: «credo – scrive l’a. – che sia stato più che altro la *formula* lo ‘strumento’ funzionale a guidare e veicolare formalmente la *sententia iudicis* e, quindi, idoneo a soddisfare le fondamentali esigenze di sicurezza giuridica e prevedibilità delle decisioni giudiziali» (pag. 29).

In pratica, l’elaborazione a cura dei giuristi di *formulae* idonee a contenere le ipotesi di soluzioni contrastanti sarebbe stata una vicenda di «calcolabilità giuridica», come già Max Weber sembra avesse intuito, tant’è che il processo formulare, con le parti concordanti il testo della *formula* sotto il controllo del magistrato, viene pensato come quella che ha dato la massima predittibilità degli esiti rispetto a ogni altra forma procedurale. E la *conceptio formulae* avrebbe consentito alle parti –secondo l’a. – «di perseguire le proprie esigenze e quindi di regolare e veicolare il giudizio dello *iudex* secondo i propri interessi» (pag. 36): in termini correnti, si direbbe che la prevedibilità dei risultati è funzione diretta del principio dispositivo, esattamente come la formula convenuta dalle parti col *praetor* limitava e indirizzava l’*officium iudicis*. «La formula conserva allora – senza alcuna soluzione di continuità almeno sino alla prima metà del III sec. d.C. – il valore di strumento tecnico-giuridico destinato a cristallizzare, schematizzare e ordinare le fattispecie giuridiche, condizionandone gli effetti e controllandone l’applicazione» (pag. 40).

Ma cosa vuol dire *schematizzare* e *ordinare*? Vuol dire programma risolutivo delle *questioni* (più che dei *punti*) secondo una sequenza imposta, e dunque delineamento di opzioni continuamente dicotomiche in successione pre-stabilita, ovvero altro? Il dubbio sorge dalle fonti censite dall’a., specie quando il giudizio *sub formula* viene contrapposto a quello *ex aequo et bono*, come in Seneca; oppure, come in Cicerone, dove ai *termini certi* del *iudex* si oppone l’*infinita licentia* dell’*arbiter*.

Obiettivamente qui il lettore rimane confuso, e i piani processuale e sostanziale paiono sovrapposti. Infatti, una cosa è escludere la libertà del giudice di ordinare da sé le questioni (e, dunque, di bandire in tal guisa soluzioni, quali quelle odierne, ispirate all’idea che tutte le questioni di rito sono tendenzialmente fungibili o eleggibili a piacimento ovvero quelle di merito tutte antergabili l’una alle altre già per sola e intima liquidità), altra cosa è impedirgli il conio della regola di giudizio del caso concreto, dovendo la stessa risultare comunque pre-stabilita. Se *termini certi* possono essere quelli destinati a governare l’iter degli antecedenti necessari del giudizio (e, così, per es., inibire le nefaste preclusioni implicite dei giorni nostri o le inesigibili difese ispirate all’eventualità che il concorso virtuale di utilità, diritti o azioni può adesso generare assai più che nella giurisprudenza romana: pagg. 142 ss.), *equità* invece è pura regola della decisione (quale atto conclusivo e qualificante del processo), per lo più insensibile al modo (ordinato o meno in puntuali snodi dicotomici) in cui il processo abbia attinto lo stadio terminale. Lo confermano, ai giorni nostri, gli artt. 113, 339, 822 c.p.c., e 48 Ord. giud., dove l’atto del *decidere* è considerato soltanto il segmento conclusivo dell’attività di *giudicare*, coi problemi da ciò indotti (e sui quali, più di recente, v. R. Martino, *Il giudice e l’equità*, Bari, 2017, 101 ss.).

La «contrapposizione fra un giudizio ‘secondo le regole’ (*sub formula*) e una decisione ‘secondo i valori’ (*ex bono et aequo*)», di cui l’a. dà infine conto tra *iudex* e *arbiter* non appare più tra due modelli processuali bensì tra standard sostantivi di aggiudicazione del bene della

vita (il «regolamento giuridico da applicare», è definito dall'a.: pag. 58), aggiudicazione modulata ora da *regole* ora soltanto da *principi*. Tant'è che dei contenuti di tali decisioni, in termini geometrici, potrebbe farsi rappresentazione con una linea discreta per quella risultante dal modello formulare, e una linea continua per quell'altra: la prima, che non tollera spostamenti millesimali ma soltanto per salti tra punti separati (come nella scala digitale), la seconda, che rende invece accessibile qualsiasi punto (come nella scala analogica).

Peraltro, che la contrapposizione intima e finale non sia tanto tra le *procedure* (giudiziale e arbitrale) quanto tra «modalità di *decisione* della controversia» (T. Dalla Massara) è convalidato dalla permanente dubbio della struttura e della funzione del *compromissum*, se cioè vi si enunciasse o meno «il programma della lite e della decisione in termini altrettanto rigidi quanto quelli del *iudicium*» (G. La Pira), ciò che il nostro a. nega (pag. 64).

In sintesi, se una minore libertà di azione del giudice si apprezza di certo anche nei più ridotti ambiti in cui, stretto dalle antitetiche affermazioni della formula (*si paret; si non paret*), egli senz'altro viene privato di soluzioni di terza via (salvo il *non liquet*), ciò tuttavia non sembra coincidere esattamente con un programma di giudizio per «punti», che si manterrebbe logicamente neutrale rispetto al contenuto della decisione, mentre la tecnica formulare sembra piuttosto orientata al contenimento dello spettro discrezionale del verdetto, fino a «estromette[re] il giudice dalla scelta che veniva così anticipata alla fase *in iure* e alla quale il giudicante non poteva far altro che uniformarsi» (pag. 113).

Non a caso l'a. ne conclude che «i *verba* delle *formulae* si confermavano [...] fondamentali per indirizzare lo *iudex* verso decisioni obbligate» (pag. 127), e il modello *per concepta verba* si sarebbe rilevato quale contributo al controllo statale dell'operato dei giudici. Sennonché, prima di servire tale scopo deteriore, nei secoli di vigenza delle *formulae*, queste – quale fattore di sicurezza giuridica – hanno dato vita a «baluardi di limitazione dell'esercizio arbitrario delle *potestas publiche* e di difesa dalle decisioni giudiziali eccessivamente discrezionali e, quindi, imprevedibili» (pag. 159). Del resto, già Montesquieu trovava nelle *formulae* più che nella *lex* una limitazione del potere dei giudici.

E' allora di qui che vengono il vero insegnamento della ricerca e i suoi migliori risultati: a) che una seria dose di dispositività del processo civile (*Sache der Parteien*) si fa essenziale, e che il dominio giudiziario della procedura, se non adeguatamente bilanciato dal potere di parte, attenta infine alla sicurezza giuridica, specie adesso che le regole del processo non tengono più il passo dei troppi, e spesso nebulosi, principi di conio autoritativo; b) che la prospettiva di un novello processo formulare, qual è quello in cui la conduzione telematica del processo rende sempre più cogente lo standard di elaborazione modulare degli atti di parte (su cui v., in letteratura, F. De Vita, *Efficienza del processo civile e formazione degli atti*, Napoli, 2018; ma già Reg. CE n. 861/2007), non è da soffrire soltanto come costrizione della libertà difensiva quanto, e piuttosto, da fruire quale forma assicurativa della controllabilità di ogni decisione che quelli è specularmente destinata a seguire.

Ferruccio Auletta
Ordinario dell'Università degli studi di Napoli Federico II