

ANTONIO PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 141

Giovanbattista Greco*

Il Luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano rappresenta per l'Autore l'occasione per convogliare in un unico spazio ideale i prodotti della personale riflessione sul processo civile romano in atto da alcuni anni¹.

La monografia approfondisce, in particolare, il fenomeno della nomopoiesi in campo processuale, con specifico riferimento all'esperienza del processo *per formulas*.

Il tema, benché analizzato prendendo a riferimento strutture processuali operanti tra il III sec. a.C. e il III sec. d.C., tradisce un'indubbia attualità.

Il moltiplicarsi delle fonti di produzione normativa e dei piani sui quali operano, il conseguente aumento di densità del sistema, l'incapacità delle disposizioni di stare al passo con mutamenti sociopolitici sempre più repentini, hanno segnato negli ultimi anni un severo ridimensionamento della concezione secondo cui interpretare le norme significa operare un mero sillogismo, in virtù del fatto che nei codici è scritta la regolazione di tutti i casi possibili.

Operando in soluzione di continuità con l'esperienza dei decenni precedenti, al centro dell'attenzione il sistema pone ora la sentenza, come espressione della creazione di un determinato principio di diritto o proclamazione di precetti scovati in altre fonti del diritto a cui l'ordinamento riconosce efficacia e rilevanza. La funzione giurisdizionale si allontana sempre più dall'immagine ottocentesca di attività propria del magistrato "mero esecutore" della legge. Con sempre maggiore frequenza questi è chiamato ad intervenire per ridurre ad unità la complessità fenomenica e mediare tra la convulsa evoluzione delle realtà sociali esterne all'ordinamento e la fissità delle strutture linguistiche in cui esso si sostanzia. In casi estremi, all'operatore giuridico, preso atto della lacunosità della legge, è concesso di intervenire di autorità per creare una disposizione *ad hoc* che possa trovare applicazione nel caso concreto.

Una chiara testimonianza del cambio di prospettiva registratosi può rinvenirsi nella giurisprudenza di legittimità puntualmente enumerata nel volume, che in meno di un decennio è ritornata più volte, ed a Sezioni Unite, sul problema del regolamento di confini tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale, interpretazione del precetto e creazione della norma. La Corte di Cassazione, osservando come l'attività riservata al

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ Nel volume, infatti, vengono riprese le argomentazioni svolte in *Lo ius controversum espressione dell'artificialità del diritto*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXXXI, 2015, 45 ss., quelle contenute nella relazione tenuta il 29 aprile 2016 alle *Giornate di studio in ricordo di Alberto Burdese* organizzate dai proff.ri Luigi Garofalo e Paola Lambrini, nonché le riflessioni riportate nell'articolo *Note sulla autonomia e discrezionalità del giudice: non liquet e denegatio actionis*, apparso in *KOINΩNIA*, 39, 2015, 557 ss. Dello stesso autore tuttavia è anche *Legge e giudice, norma e regola*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'*, CIX, 19 ss.

giudice non possa risolversi in una funzione meramente euristica², ha ritenuto di identificare quale unico limite dell'interpretazione l'elasticità del dato testuale della disposizione, entro i cui confini «la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale» (p. 4).

Date queste premesse, l'esposizione della materia si articola in tre partizioni, rispettivamente dedicate allo *ius controversum*, alle *regulae iuris* e alle figure di *non liquet* e *denegatio actionis*.

Il primo capitolo si concentra sulla controversialità come elemento costitutivo del diritto romano. Ad essere messa a fuoco è anzitutto la complessa nozione di *ius controversum*. L'espressione è ricondotta al confronto di opinioni relativamente ad una fattispecie data e alla pluralità di pareri che ne derivano, da cui, per eliminazioni progressive, si estrapola un'opinione maggioritaria. Questa finisce per affermarsi come soluzione dapprima del singolo caso, poi, quando la *sententia* si dimostri particolarmente apprezzata, come regola suscettibile di applicazioni per l'avvenire (p. 16). *Ius controversum* è, però, anche il *caput* della legge, dell'editto, del senatoconsulto, la cui oscurità era fonte di dibattito e contrapposizione (p. 25). Alle plurime sfaccettature della nozione, l'opera in commento affianca un'altra, non meno significativa, moltitudine: quella dei soggetti che in termini concreti contribuivano ad alimentare il confronto sulla soluzione dei casi, la cui identità non corrisponde esclusivamente e necessariamente con quella dei *prudentes* (p. 33). Accanto ad essi si stagliano le figure degli *iudices privati*. Il ruolo svolto da questi ultimi è di importanza fondamentale nella misura in cui è dalle loro determinazioni, in ultima analisi, che dipende l'individuazione del diritto applicabile alla singola fattispecie. Quanti venivano chiamati a decidere erano ben lontani dal costituire una categoria omogenea di individui. Le tradizionali ricostruzioni che ne individuavano l'ambiente di provenienza nelle classi sociali più elevate hanno subito di recente un ripensamento. La consultazione di fonti estranee al novero di quelle usualmente scrutinate, infatti, ha contribuito a smitizzare la figura del giudicante, portando a ritenere che l'altissimo profilo di taluni personaggi investiti dell'onore (Publio Mucio Scevola, Caio Mario, Marco Porcio Catone padre dell'Uticense, Caio Aquilio Gallo, Marco Tullio Cicerone, Publio Ovidio Nasone, Plinio il Giovane, Aulo Gellio) si alternasse nei fatti a figure mediocri e prive di istruzione, per le quali l'incarico costituiva forse il maggiore momento di visibilità mai goduto e ripagava l'impossibilità di ricoprire cariche pubbliche in senso stretto.

L'analisi puntualmente condotta dall'Autore circa l'identità e la qualità degli *iudices* appare particolarmente persuasiva e sembra trovare riscontro, fuori dalle fonti ricordate nel volume, in D. 4.8.9.3: «*Sunt et alii, qui non coguntur sententiam dicere, ut puta si sordes aut turpitudine arbitri manifesta sit*». Il passo, tratto dal commento all'editto attribuito ad Ulpiano, prende in considerazione la materia dell'arbitrato, assolutamente

² Cass., Sez. Un., n. 20698/2013.

contigua a quella oggetto di esame da parte del Palma³. Il giurista severiano si esprime nel senso che l'obbligo per l'*arbiter* investito dalle parti di decidere la controversia viene meno se questi sia persona la cui decadenza morale è manifesta. L'affermazione pare dimostrare, *a contrario*, che ogni altra forma di inadeguatezza del soggetto designato la quale non fosse tanto grave e palese dovesse ritenersi pienamente tollerabile.

L'imperizia in campo giuridico dello *iudex* poteva senz'altro comportare che l'*auctoritas* collegata al parere del giurisperito risultasse decisiva a guidare la soluzione della lite. La formazione del libero convincimento nei confini dello spazio tracciato dalle *opiniones* giurisprudenziali non costituiva, però, un esito scontato. La decisione adottata poteva ben dipendere da valutazioni di ambito metagiuridico e l'apprezzamento degli interessi in gioco avvenire in chiave puramente sostanzialistica, fuori cioè da norme e procedure, senza che neppure precedenti giudicati uniformi potessero, almeno sino allo stato di sviluppo testimoniato in D.1.5.25 (Ulp. *1 ad legem Iul. et Pap.*), impedire l'affermarsi di nuove *consuetudines* e soluzioni in conseguenza dell'emersione di nuove *interpretationes* giurisprudenziali.

Il secondo capitolo dell'opera esplora il concetto di *regula iuris*, alla cui introduzione l'Autore provvede in maniera fortemente problematica: mutuato dal linguaggio dei grammatici esso, contrariamente agli altri canoni che concorrono a rendere possibile una decisione giuridica, esplica la propria funzione a valle del diritto e non a monte, consistendo non già in una massima di esperienza ma in una norma ormai stabilita, sia pure in modo non immutabile (p. 84). Così connotata, la *regula* è individuata nella monografia non come creazione del genio individuale ma alla stregua del risultato di un'opera collettiva, a cui si dà corso in piena adesione alla logica controversiale, espungendo dalla fattispecie tutti quegli elementi accidentali inutili ai fini della ricostruzione della *quaestio facti*. Contro l'impostazione moderna, le regole non aspiravano a far parte di un sistema coerente di principi generali o ad incastonarsi in una piramide concettuale. Esse erano semplici punti di approdo, per giunta provvisori, in quanto «Nel contrasto tra l'attuazione rigida di una regola e il riconoscimento delle esigenze della circolazione giuridica, i giuristi decidevano sempre e comunque di attuare le ultime. Tanto che l'eccezione alla *regula* poteva divenire a sua volta una *regula* stessa» (p. 91). Proprio il rapporto regola/eccezione riveste connotati peculiari in un sistema a base controversiale come quello romano, perché talora a regolare il caso viene in rilievo il precetto specificato da una decisione autorevole e perciò di consolidata osservanza, talaltra ad avere la meglio sono i principi di natura eversiva. Nell'uno e nell'altro caso, oracoli del diritto sono il giudice ed il giurista.

Il terzo ed ultimo capitolo richiama istituti pressoché estranei al panorama della processualistica contemporanea, nel cui ambito si ritiene ormai pacificamente che

³ «[L]a più probabile congettura sull'introduzione in Roma del processo formulare è quella secondo cui il pretore avrebbe recepito nel proprio diritto, sottoponendolo ai necessari adattamenti e, soprattutto, al proprio controllo, una forma di autotutela privata quale si esprimeva in un arbitrato: tale attività del pretore sarebbe stata successivamente legalizzata dalla *lex Aebutia*. Tale genesi spiega il carattere arbitrale della fase *apud iudicem* nel processo formulare» (G. CRIFÒ, voce '*Arbitrato*', in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 893ss.).

l'azione sia il diritto ad ottenere un processo e quindi una decisione che dichiarare se una pretesa è fondata o meno. Di questo diritto il *civis Romanus* era privo perché il magistrato romano chiamato a *ius dicere*, normalmente un magistrato maggiore dotato di *imperium*, non aveva alcun obbligo di prendere in considerazione la richiesta di tutela che gli veniva rivolta né di fare in modo che, avviato il processo, questo culminasse in una decisione di merito.

Negli ordinamenti contemporanei, la possibilità di escludere l'ammissibilità o la procedibilità del processo è ancorata a situazioni normativamente stabilite e gli ordinamenti sono costruiti in modo da fornire al giudice, almeno in teoria, norme per la soluzione dei casi loro sottoposti. In conseguenza di ciò, l'astensione dalla pronuncia della sentenza non costituisce un'eventualità contemplata. Il pretore e il giudice romano, invece, rispetto a profili tanto delicati, godono di una discrezionalità amplissima. A riguardo, il Palma richiama la vivace testimonianza resa da Gellio (Noct. Att. 14.2) circa la sua esperienza di *iudex privatus* in una causa intentata per il recupero di una somma data in prestito (pp. 101-107)⁴. La lite aveva ad oggetto un prestito di cui l'attore domandava la restituzione, potendo fondare la richiesta unicamente sul fatto di essere conosciuto come persona onesta ed integerrima. A lui si contrapponevano le resistenze del preteso debitore, persona nota per essere moralmente pregiudicata. In un'evenienza del genere, la vigenza del principio dell'onere della prova che caratterizza gli ordinamenti contemporanei non lascerebbe adito a dubbi circa l'assenza di possibilità per l'iniziativa processuale di incontrare esito favorevole. All'epoca dei fatti narrati da Gellio, invece, questi può esimersi dalla pronuncia dopo aver ritenuto che, a fronte della peculiarità del caso, i dubbi sulla distribuzione del torto e della ragione non fossero stati dissipati neppure dal confronto avuto con un giurista e con un filosofo. Proprio prendendo spunto dalla vicenda, l'Autore si sofferma sull'esatta interpretazione del *iussum iudicandi* «*si paret ... condemnato, ... si non paret ... absolvito*» osservando come la sua attuazione non presupponga una valutazione del materiale probatorio in senso puramente meccanicistico, ma sottintenda il raggiungimento da parte del decidente di un più profondo e radicato convincimento, alla cui formazione non contribuisce solo l'esame del grado di persuasività dei dati fattuali ma la stessa qualità dei litiganti. Né il fatto che lo *iudex* si astenga dal decidere può connotare in senso negativo lo svolgimento del suo incarico, dovendosi ritenere che egli si sia compromesso ad operare la decisione nel rispetto della *fides*, per cui anche l'affermazione che la soluzione non gli risulti chiara, se corrispondente alle sue genuine percezioni, è una concretizzazione del *bonum et aequum* celsino, dovendosi essa preferire ad una decisione nel merito formalmente perfetta eppure percepita come iniqua da chi la assume (p. 109).

⁴ Sullo stesso episodio cfr., tra gli altri, C. CASCIONE, Vir Malus, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio, Trani 28-29 ottobre 2011. Atti*, Bari, 2013, 94ss.; A. RUELLE, *Aulu-Gelle sur les bancs des juges et la 'sponsio ni vir melior esset': enquête sur un silence*, in R. VAN DEN BERG, G. VAN NIEKERK (a cura di), *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Ph.J. Thomas*, Pretoria, 2010, 340ss.; C. MASI DORIA, *Linee per una ricerca sulla veritas nell'esperienza giuridica romana*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli, 2013, 35 ss.

La medesima discrezionalità è riscontrabile con riferimento alla *denegatio actionis*, la quale può ritenersi la prima opzione, in senso logico-cronologico, che il magistrato prende in considerazione dopo aver udito le istanze dell'attore⁵. Il cittadino romano che intenda coltivare una domanda deve quindi superare un primo vaglio, che si accompagna alla concessione dell'azione. L'esito di questo controllo non è scontato, perché è ben possibile che il pretore decida, in via del tutto preliminare, che la controversia che gli viene prospettata non è degna di essere approfondita e decisa per motivi di ordine sociale, economico o attinenti alla persona del richiedente. La *denegatio actionis* può dunque assumersi come il risvolto negativo di quello stesso *imperium* che consente al magistrato di *ius dicere*. L'Autore si interroga, quindi, sulla forma assunta dalla *denegatio actionis*, se questa cioè si esprimesse in una decisione formale del pretore con la quale stabiliva di non volersi interessare della controversia o se si trattasse semplicemente di un atteggiamento omissivo⁶. Evidentemente, all'eventualità che la decisione di non far proseguire il processo assumesse forme particolari sono collegate anche le ipotesi circa la possibilità di revoca di questa decisione. In un contesto in cui, mancando un magistrato gerarchicamente sovraordinato al pretore, non esiste la fase dell'appello, né trovano spazio concetti come la revisione delle sentenze o il giudicato, la conclusione a cui si potrebbe pervenire è che non sembra potersi prospettare altro se non un nuovo ricorso al pretore per ottenere una nuova valutazione della controversia. Chiaramente, per lo stesso motivo per cui dinanzi al pretore non si possono portare questioni bagatellari, egli non può essere sollecitato ad ogni udienza sulla stessa questione. Non è da escludere, dunque, che dovessero esserci motivi sopraggiunti o ragioni non sufficientemente dimostrate in precedenza affinché l'attore, che ha visto respinta la propria richiesta con la *denegatio actionis*, potesse coltivare l'aspettativa di riattivare il processo e prospettare diversamente le proprie tesi, auspicando un ripensamento da parte del

⁵ In tema, cfr. G. IMPALLOMENI, *La denegatio actionis e l'exceptio in diritto romano in relazione con l'eccezione rilevabile e non rilevabile d'ufficio in diritto moderno*, in *Studi in memoria del Prof. Augusto Cerino Canova*, I, Bologna, 1992, 149ss.; A. METRO, *La denegatio actionis*, Milano, 1972, *passim*; R. MEWALDT, *Denegare actionem*, cit., *passim*; H. LEVY BRUHL, *La denegatio actionis sous la procedure formulaire*, Lille, 1924, *passim*; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, *passim*; H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in *ZSS*, 102/1985, 453 ss.; V. COLACINO, voce '*Denegatio actionis*', in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino, V, 670; R. DÜLL, *Denegationsrecht und praetorische Jurisdiction*, München, 1915, *passim*; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, *passim*; M. LAURIA, *Ius civile – Ius honorarium*, in *Scritti in Onore di Contardo Ferrini*, Milano, 1946, *passim*.

⁶ Alcuni autori sostengono che in materia vigesse libertà di forme, ben potendo il magistrato limitarsi ad un atteggiamento di mera renitenza. In questo senso v. C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II: il processo formulare*, Torino, 1982, 162; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 217 nt. 11.3.3.; F. FASOLINO, '*Postulare iudicem*', in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova, 2012, 261 nt. 25. Dottrina non meno autorevole propende per l'emissione di un provvedimento di natura decretale, tra cui A. METRO, *La «denegatio actionis»*, cit., 161 nt. 201; ID., *Decreta praetoris e funzione giudicante*, in *Ius Antiquum*, 6, 2000, 69 ss.; M. TALAMANCA (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 146; F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 62, 1996, 58 ora anche in ID., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 125; G. MANCUSO, *Decretum praetoris*, in *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 63, 1997, 381; S. SCIORTINO, «*Denegare actionem*», *decretum e intercessio*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, 55, 2012, 659 ss.

magistrato. Va detto tuttavia che il Palma non esclude in via pregiudiziale l'eventualità che all'atto di *imperium* integrato dal diniego di azione potesse seguire l'invocazione da parte dell'attore dell'*intercessio* dei magistrati dotati di *par maiorve potestas* rispetto al pretore o dei tribuni della plebe (p. 130).

Il testo de *Il luogo delle regole*, che, come si è cercato di dimostrare, appare denso di concetti, immagini e problemi, consegna complessivamente l'impressione che il processo formulare romano possa aspirare a costituire un valido termine di riferimento per "sperimentare in vitro" la fenomenologia di un sistema fortemente destrutturato quale può ritenersi quello odierno⁷.

⁷ L'immagine è dello stesso A. PALMA, che la richiama ne *La negozialità romana. Fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla causa contractus*, in ID. (a cura di), *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli, 2013, VII.