



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Danilo Ceccarelli Morolli

***Game Theory* e processo civile romano.
Alcune riflessioni**

Numero XIII Anno 2020

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

***Game Theory* e processo civile romano. Alcune riflessioni**

1. *Premessa*

Cosa accade quando matematica e diritto si incontrano? La questione non è peregrina e tutto sommato nemmeno poi così ‘nuova’. Infatti negli ormai lontani anni trenta del secolo scorso Giorgio La Pira (1904-1977) scriveva circa il nesso logico tra geometria euclidea e *ius Romanum*, ricordando che già lo stesso G.W. von Leibniz (1646-1716) riteneva sussistente un legame tra le due discipline².

Dunque non stupirà se nel presente scritto cercherò di offrire qualche breve riflessione in merito ad un argomento come la “Teoria dei Giochi”³ ed alcuni aspetti del processo civile romano⁴.

¹ G. LA PIRA, *La genesi della struttura della giurisprudenza romana: il metodo*, in *SDHI*, 1, (1935), 319-348.

² G. LA PIRA, *La genesi della struttura della giurisprudenza romana: il metodo*, cit., 319. Sul tema: M.H. HOEFLICH, *Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, in S. Sheppard (ed.), *The History of Legal Education in the United States. Commentaries and Primary Sources*, vol. I, Pasadena (California)-Hackensack (New Jersey), 1999, 589-605; A. ARTOSI, G. SARTOR, *Leibniz as Jurist*, in *The Oxford Handbook of Leibniz*, M.R. Antognazza (ed.), Oxford, 2018. Leibniz era anche un conoscitore della *Qabbalah* ebraica, cfr. A.P. COUDER, *Leibniz and the Kabbalah*, Dordrecht, 1995.

³ Tale disciplina pur essendo originariamente propria della matematica è stata poi applicata con successo all'economia e al *Marketing*.

⁴ Cfr. A.M. RIGGSBY, *Roman Law and the Legal World of the Romans*, Cambridge, 2010, 111-119; H.F. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, London-New York-Melbourne, 2008, 175-190; 191-232; O. TELLEGEN-COUPERUS, *A Short History of Roman Law*, London-New York, 2003, 21-24, 53-60; G. MOUSURAKIS, *A Legal History of Rome*, New York, 2007, *passim*.

Come ben noto, altre civiltà precedenti a quella romana hanno praticato il processo e forse lo hanno ‘inventato’; tuttavia Roma aggiunge certamente un *quid pluris* alle precedenti esperienze. In poche parole, a Roma, l’evento processo diviene non solo un momento – o meglio una serie di momenti – per esercitare l’*actio* ma qualcosa di molto più ampio, il cui culmine giunge con la compilazione giustiniana con la quale «tutta la pregressa esperienza giuridica risulta definitivamente organizzata come sistema compatto, completo e unitario, cui peraltro si conferisce valore di diritto vigente»⁶. Pertanto l’organizzazione, e con essa l’evoluzione del diritto processuale, ci fa comprendere come l’*iter* del fenomeno processuale sia una storia complessa anche per Roma; non a caso dividiamo ‘scolasticamente’ la storia del processo civile romano in tre tappe: le *legis actiones*, il processo *per formulas* ed infine la *cognitio extra ordinem*.

Parimenti, anche i filosofi del diritto non hanno mancato di offrire le loro visioni del processo; ad esempio Enrico Giuseppe Opocher (1914-2004) ha sottolineato – in estrema sintesi – come la giustizia sia un ‘valore’ divenendo così una sorta di ‘baricentro’ dell’esperienza giuridica quindi Giuseppe Capograssi (1889-1956), che prende le mosse da Opocher, ci ricorda come il processo sia l’«unico momento in cui l’esperienza si trova a ripensare sé stessa»⁸.

Chiaramente le riflessioni moderne e contemporanee sul processo romano sono d’ausilio per comprendere la parabola storica dello stesso e anche per riflettere su quanto il processo civile odierno negli

⁵ Ad esempio per l’antica Mesopotamia: D. CECCARELLI MOROLLI, *Note per un primo studio sui prodromi del “ius processuale” nel Vicino Oriente Antico con particolare riferimento ai “Codici” mesopotamici*, in *Iura Orientalia*, 2, 2006, 1 ss.; R. WESTBROOK (ed.), *A History of Ancient Near Eastern Law*, 2 vols., Leiden-Boston, 2003, *passim*.

⁶ L. SOLIDORO, *Prolegomeni alla lettura della casistica romana*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, 6.

⁷ A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto Privato Romano*², Torino, 2017, 24-147; A. GUARINO, *Diritto privato Romano*¹², Napoli, 2001, 157-243; mentre per una sintesi, in lingua inglese, *ex plur.*: A.M. RIGGSBY, *Roman Law and the Legal World of the Romans*, Cambridge, 2010, 111-120.

⁸ G. CAPOGRASSI, *Giudizio, Processo, Scienza, Verità*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 53.

ordinamenti di *Civil Law* sia debitore all’impianto romanistico. Non è questa la sede per dipanare la storia del processo civile romano o per meditare su tutti gli aspetti di tale complesso settore; piuttosto desidero incentrare la mia attenzione su come la ‘Teoria dei Giochi’ – alias *Game Theory* – possegga dei tratti ‘contigui’ con alcuni aspetti del processo civile romano, ovvero come questa si possa applicare al processo tentando di evidenziare – pura provocazione – come i Romani abbiano proprio col processo anticipato, forse, di secoli i fondamenti della *Game Theory*.

2. *Game Theory* in estrema sintesi

Per compiere qualche riflessione sensata ritengo sia preliminarmente necessario chiarire cosa sia la *Game Theory* (= *GT*). Questa è in realtà una vera e propria disciplina matematica che ha per oggetto lo studio delle decisioni individuali in situazioni strategiche⁹.

La ‘premessa’ della *GT* è che i tutti i giocatori siano informati delle regole del gioco. Abbiamo quindi una varia catalogazione di giochi, come segue. Da quelli detti ‘cooperativi’, in cui i giocatori possono accordarsi per una strategia, a quelli ‘non-cooperativi’, in cui ovviamente i giocatori non possono divenire ad un accordo. Inoltre vi sono giochi definibili come a ‘somma zero’ (in cui vi è un vincitore e un perdente) e parimenti quelli ‘variabili’ (nei quali è possibile per ambo i giocatori un guadagno). Inoltre vi sono giochi ‘finiti’, cioè che hanno un termine e giochi invece ‘infiniti’, che possono ossia durare, teoricamente, all’infinito. Infine vi sono giochi, detti ‘sequenziali’, nei quali un giocatore compie la prima mossa e quindi l’altro sceglierà la propria strategia avendo già conosciuto la mossa dell’avversario. Pertanto, come si può intuire, il panorama dei giochi appare quanto mai vasto.

⁹ Sul tema si segnalano i seguenti manuali: G.J. MAILATH, *Modeling Strategic Behavior: A Graduate Introduction to Game Theory and Mechanism Design*, Singapore, 2019; J.N. WEBB, *Game Theory*, London, 2006; D. FUNDENBERG, J. TIROLE, *Game Theory*, Cambridge, MA, 1991.

Questa affascinante e complessa branca della matematica è in realtà abbastanza vetusta. Infatti si è soliti farla principiare addirittura con Blaise Pascal (1623-1662) che, nel lontano 1654, si pose per primo il problema sul calcolo delle probabilità nel gioco d'azzardo. I matematici quindi soprassedettero, almeno ufficialmente, riguardo tale tematica, fino al XX secolo, allorquando il francese Emil Borel (1871-1956) iniziò a sviluppare le proprie riflessioni sulla teoria del gioco¹⁰.

Tuttavia la nascita vera e propria della *GT* viene ascritta all'anno 1944, allorquando gli studiosi John von Neumann e Oskar von Morgenstern pubblicano il loro celebre libro intitolato: *Theory of Games and Economic Behaviour*, applicando così per la prima volta la *GT* nella sfera economica¹¹.

Successivamente, sul solco di von Neumann, John F. Nash (1928-2015, premio Nobel nel 1994) teorizzò il celebre 'equilibrio o teorema', poi detto di Nash. Secondo tale teorema in tutti i giochi non cooperativi si giunge ad un equilibrio allorquando nessuno dei giocatori riesca a migliorare in maniera unilaterale il proprio comportamento e quindi la propria strategia; ne consegue che per cambiare, occorre agire insieme. In sostanza in tale equilibrio «non conviene a nessun giocatore abbandonare unilateralmente la strategia adottata»¹². Tuttavia, il teorema di Nash possiede un limite intrinseco, ovvero tale equilibrio non sempre rappresenta la soluzione migliore per tutti i giocatori. Infatti, se è vero che in un 'equilibrio di Nash' il singolo giocatore non può aumentare il proprio guadagno modificando solo la propria strategia, non è affatto detto che un gruppo di giocatori, o al limite tutti i giocatori, non possano aumentare il proprio guadagno allontanandosi congiuntamente dall'equilibrio stesso, come è stato dimostrato dalla successiva teoria

¹⁰ E. BOREL, *Traité du calcul de probabilité et ses applications* (1924-34) e ripubblicato più volte fino agli anni cinquanta del secolo scorso.

¹¹ Sul tema, tra i più recenti volumi, cfr. C.A. HOLT, *Markets, Games and Strategic Behavior: An Introduction to Experimental Economics*², Princeton-Oxford, 2019. Sull'applicazione della *GT* alla finanza, tra i molti, cfr. F. ALLEN, S. MORRIS, *Game Theory Models in Finance*, in *Game Theory and Business Applications*, eds. K. Chatterjee – W. F. Samuelson, Boston-Dordrecht-London, 2001, 17 ss.

¹² R.H. FRANK, *Microeconomic*³, Milano-New York, 2003, 432.

proposta dallo studioso Albert W. Tucker (1905-1995)¹³ e denominata come ‘dilemma del prigioniero’.

Chiaramente la *GT* e poi l’equilibrio di Nash hanno conosciuto ulteriori applicazioni. Ad esempio nel 1954 Kenneth J. Arrow (1921-2017) e Gerard Debreu (1921-2004) dimostrarono che sussisterebbe una condizione che condurrebbe all’equilibrio economico generale¹⁴. L’impatto della *GT* e delle sue evoluzioni è stato notevole – oltre che nell’economia – anche in altri settori, per esempio nella sfera della strategia militare. Si pensi al così detto *Mutual Assured Destruction* (letteralmente “distruzione reciproca garantita”) ovvero l’equilibrio del ‘terrore’ che ha garantito per decenni una *pax armata* tra U.S.A. e U.R.S.S., impendendo così una terza guerra mondiale. Oggi dunque gli effetti della *GT* appaiono evidenti in molti campi giungendo perfino a toccare la sfera della biologia, in cui John Maynard Smith (1920-2004) ha introdotto il concetto di ‘strategia evolutamente stabile’¹⁵, applicando così la *GT* all’evoluzione biologica stessa¹⁶.

¹³ Tale teoria è stata ‘dimostrata’ anche dai fatti, poiché la condotta degli U.S.A. e dell’U.R.S.S. durante le varie fasi della Guerra Fredda ha fatto sì che nessuna delle due super potenze abbia mai attaccato frontalmente l’altra. Nel ‘dilemma del prigioniero’, come noto, i due imputati non possono accordarsi tra loro e il gioco a somma zero salta, in quanto converrà ad entrambi confessare subito ed avere una riduzione di pena certa. Per la cronaca, Albert W. Tucker partì dalla lettura del *Leviathan* di Thomas Hobbes, in cui le alleanze umane si rendono necessarie per contenimento dell’aggressività per la paura della medesima. Tucker curò insieme a Harold W. Kuhn (e poi anche altri) alcuni fondamentali volumi sulla ‘Teoria dei Giochi’ intitolati *Contributions to the Theory of Games* che furono editi negli *Annals of Mathematic Studies* dell’Università di Princeton (U.S.A.) dal 1950 fino al 1959 nei quali compaiono firme come NASH e VON NEUMAN.

¹⁴ K.J. ARROW, G. DEBREU, *Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy*, in *Econometrica*, 22/3, 1954, 265 ss.

¹⁵ Usualmente indicata con l’acronimo: ‘ESS’.

¹⁶ Cfr. J. MAYNARD SMITH, *Evolution and Theory of Games*, Cambridge, 1982. Per l’applicazione della *GT* ad ulteriori campi del sapere si riportano, a titolo d’esempio, i segg. studi: C. BICCHIERI, *Rationality and Game Theory*, in *Oxford Handbook of Rationality*, ed. A.R. Mele and P. Rawling, Oxford, 2004, 182 ss.; C. HAUERT, G. SZABÓ, *Game Theory and Physics*, in *American Journal of Physics*, 73/5, 2005, 405 ss.; M. OKURA, D.

E il diritto? Sul piano della storia del diritto occorre rilevare che per comprendere la natura giuridica del gioco, ci si deve rifare all’opera del giurista francese Robert Joseph Pothier (1699-1772)¹⁷, grazie al quale – come osserva Francesco Fasolino – «viene ad essere riconosciuta al gioco la natura di contratto giuridico vero e proprio»¹⁸.

Pertanto il presente scritto tenterà di evidenziare – senza pretesa d’eshaustività alcuna – come alcuni elementi della *GT* possano essere riscontrabili nel processo civile romano.

3. *Game Theory e processo civile romano: qualche esempio*

I Romani amavano la strategia e l’organizzazione. La prova provata di ciò non è solo la ‘creazione’ – o forse meglio lo sviluppo – delle forme processuali, bensì ne è testimonianza la stessa struttura e poi l’evoluzione dell’esercito romano¹⁹ che, sul piano organizzativo rappresenta un monumento nella storia militare universale. Parimenti l’elemento ludico era ben presente nella civiltà romana e sotto varie forme²⁰ di cui quella gladiatoria fu certamente la più vistosa.

Per la storia del diritto, come è ben noto, la prima forma processuale romana è stata quella delle *legis actiones*. La dottrina concorda sul fatto che il processo civile romano abbia svolto un ruolo fondamentale nella

CARFI, *Cooperation and Game Theory*, in *Journal of Applied Economic Sciences*, 9/3, 2014, 548 ss.

¹⁷ R.J. POTHIER, *Traité du jeu*, Paris, 1767.

¹⁸ F. FASOLINO, *Brevi note in tema di debiti di gioco e obbligazioni naturali*, in *Il gioco nell’antica Roma*, a cura di F. Fasolino e A. Palma, 117. Per la cronaca, secondo Pothier gli effetti del “contratto” di gioco produrrebbero non già una obbligazione giuridica *strictu sensu* bensì morale essendo una *obligatio naturalis* quindi una forma di debito d’onore e perciò si sarebbe dinnanzi ad una obbligazione giuridica imperfetta (F. FASOLINO, *Brevi note in tema di debiti di gioco*, cit., 121 ss.).

¹⁹ Y. LE BOHEC, *L’esercito romano. Le armi imperiali da Augusto alla fine del III secolo*, Roma, 2016 (12 rist.); E. N. LUTTWAK, *La grande strategia dell’Impero Romano*, Milano, (rist.) 2013.

²⁰ In *Il gioco nell’antica Roma. Profili storico-giuridici*, a cura di F. Fasolino e A. Palma, Torino, 2018.

formazione del *ius privatum* stesso²¹ e che parimenti che il sistema delle *legis actiones* evidenzi il passaggio dalla fase di autotutela ad una in cui vi è una effettiva presenza della pubblica autorità mediante l'istituzione della figura del *praetor* con le sue prerogative. In questo tipo di processo, arcaico, il ruolo dei pontefici è di mero avallo rispetto all'esercizio della *actio*²²; ciò indica ancora una volta come gli 'inizi' del diritto processuale romano siano agganciati alla sfera religiosa. Le fonti purtroppo sono scarse per tali periodi antichi. Le cinque *legis actiones* – di cui tre erano dichiarative²³ e due esecutive²⁴ – erano incentrate sulle dichiarazioni solenni delle parti.

Pomponio in un celebre passo del suo *Enchiridion* – riportato nei digesti giustiniane²⁵ – ci indica l'origine delle *legis actiones*:

*Denide ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas sollemnesque esse voluerunt; et appellatur haec pars iuris Legis actiones, id est, legitima actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges duodecim tabularum; ex his fluere coepit ius civile; ex isdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant: ex quibus constituebatur, quis quoque anno praeset privatim. Et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est.*²⁶

²¹ V. MANNINO, *Il processo e il suo ruolo nella formazione del diritto privato dei Romani*, in *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2008, 95-102.

²² A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 160.

²³ La *legis actio sacramenti*, la *legis actio arbitrive postulationem*, la *legis actio per condicionem*.

²⁴ La *legis actio per manus iniectionem*, la *legis actio per pignoris captionem*.

²⁵ Pomp. l. s. *ench.* D. 1.2.2.6.

²⁶ Il brano è il paragrafo sesto del frammento dell'*Enchiridion* ed è tratto dall'edizione critica realizzata da F. OSANNUS, *Pomponii de origine iuris fragmentum*, Gissæ, 1868, 4; trad.: in seguito, pressappoco nel medesimo periodo, sulla base di queste leggi furono composte le azioni (processuali) con le quali gli uomini contendessero tra loro; si volle che tali azioni fossero certe e solenni, affinché il popolo non ne istituisse come volesse. Questa parte del diritto viene chiamata 'azioni di legge', cioè 'azioni legittime'. E così, pressoché nel medesimo periodo, nacquero questi tre diritti: le Leggi delle Dodici Tavole; da queste cominciò a fluire il diritto civile; sulla base delle medesime Tavole vennero composte le azioni di legge. Di tutto ciò, tuttavia, sia la scienza dell'interpretare sia le azioni erano nell'ambito di competenza del collegio dei pontefici, tra i quali si

Riguardo tale brano, alcuni recenti studi²⁷ hanno sottolineato che Pomponio «(...) allude ai formulari pubblicati da Gneo Flavio e, poi, da Sesto Elio»²⁸. Ma certamente «(...) la rilevanza giuridica di una situazione reale veniva a coincidere con la sua assunzione in uno schema formale solenne, sempre identico a sé stesso»²⁹.

Tutto ciò, in sintesi, mi induce a considerare il processo (civile) romano delle *legis actiones* come un gioco di certo non cooperativo e perciò a ‘somma zero’.

Quanto ora detto è riscontrabile, per esempio, dalla formula del credito certo ovvero l'*actio certae creditae*, la cui *intentio* era: «*Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur*»³⁰ (se sembra che N. Negidio debba dare ad A. Agerio diecimila sesterzi); mentre la formula era: «*C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito*»³¹.

Da questa semplice formula si comprende bene che le parti – attrice e convenuta – siano ‘informate’ delle regole del ‘gioco’ cioè del processo. Il *Pay-Off*, ovvero la ‘retribuzione’, si estrinseca va mediante la sentenza di condanna o di assoluzione; non vi era un’altra via. In un tale schema è dunque facile applicare la *GT* e, in parte, anche l’equilibrio di Nash, poiché nessun ‘giocatore’ aveva interesse a cambiare la propria strategia. Anzi nel processo *legis actiones*, una volta iniziato il gioco/processo, vi era rigidità della strategia per ambo le parti: vi sarebbe stato, appunto, un solo vincitore; del resto l'*intentio* – nell’esempio di cui sopra – appare

statuiva chi in ciascun anno fosse preposto a (rispondere alle domande dei) privati; e il popolo si avvale di questa consuetudine pressappoco per cento anni.

²⁷ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Le ‘legis actiones’ nel ‘Liber Singularis Enchiridii’ di Pomponio*, in *Studi in onore di R. Martini*, Milano, 2008, I, 183 ss.; EAD., *Lezioni di diritto privato romano II. Ius dicare – Ius dicere*, Santarcangelo di Romagna, Rimini, 2011, *passim*.

²⁸ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Le ‘legis actiones’*, cit., 197.

²⁹ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Le ‘legis actiones’*, cit., 197.

³⁰ G. SANTUCCI, *Il sistema aperto del diritto romano. Antologia di testis*, Torino, 2018, 23.

³¹ G. SANTUCCI, *Il sistema aperto del diritto romano.*, cit., 23, trad.: «Sia giudice C. Aquilio. Se apparirà che N. Negidio deve dare ad A. Agerio 10.000 sesterzi – materia del contendere – il giudice C. Aquilio condanni N. Negidio a pagare a A. Agerio 10.000 sesterzi; se non apparirà, lo assolverà».

certa³², in quanto è ben determinata la pretesa di una parte (i diecimila sesterzi).

Pomponio nel descrivere le tipologie del *ius* è chiaro: le *actiones* contengono la forma dell'agire processuale: «*aut sunt legis actiones, quae ad formam agendi continentur*»³³ e dunque sono le *actiones* a delineare il 'gioco' del processo che possiede per l'età arcaica uno 'schema' rigido ed ancorato alla ritualità, elemento questo che non sarà mai perso completamente nonostante la progressiva 'laicizzazione' del diritto. Gaio non esita ad affermare che: «*Agimus autem interdum ut rem tantum consequamur, interdum ut pœnam tantum, alias ut rem et pœnam*»³⁴, definendo così il concetto di azione/agire processuale che mostra per la nostra tematica gli effetti che l'*incipit* del 'gioco' si proponeva³⁵. Giova ricordare, brevemente, che la *legis actio sacramenti* era una *actio* generale³⁶. In essa vi era il concetto di *sacramentum*, ovvero il giuramento solenne emesso dalle parti che si estrinsecava nel successivo pagamento di una somma di denaro a favore dell'erario; ciò manifestava un elemento di 'scommessa' e quindi di 'ludicità' (ma si sa il gioco può essere cosa molto serial!). Chiaramente qui si è in presenza di una forma di gioco non cooperativo in quanto le parti – ipoteticamente 'giocatori' – sono su posizioni inconciliabili ed opposte e parimenti si potrebbe parlare anche di 'gioco sequenziale'; infatti l'attore compiva la sua prima mossa e il convenuto rispondeva a questa attuando la sua strategia. Dunque non solo il processo appare come un gioco 'non cooperativo', ma addirittura a schema rigido e 'sequenziale'; del resto le *legis actiones* erano immutabili³⁷.

³² Così stigmatizza G. SANTUCCI, *Il sistema aperto del diritto romano*, cit., 23.

³³ Il brano, come noto, è riportato nel *Digestum* (Pomp. l. s. ench. D. 1.2.2.12); trad.: oppure vi sono le azioni di legge che contengono la forma dell'agire processuale.

³⁴ In *Testi per esercitazioni sul processo civile romano. Brani scelti dal IV commentario di Gaio*³, a cura di G. Melillo, A. Palma e C. Pennacchio, Napoli, 1994, 9; trad.: agiamo talora solo per ottenere la *res*, talora per ottenere la *pœna*, o, diversamente, per ottenere ambedue.

³⁵ Ancora sul complesso tema dell'*actio* v. C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 129 ss.

³⁶ Gai 4.13.

³⁷ Per la cronaca alle *legis actiones* si continuò a far ricorso anche nel processo *per formulas*, ma limitatamente al *damnum infectum* (danno imminente) e per le procedure *per*

Successivamente allorquando le *legis actiones* «*in odium venerunt*»³⁸, una nuova forma processuale prese piede, quella denominata *per formulas*³⁹, che gradualmente soppiantò la precedente. Riguardo a tale nuovo processo, ritengo che la *GT* sia egualmente applicabile. Infatti l'inizio del processo, mediante la *in ius vocatio*, era accompagnato dal *vadimonium*⁴⁰, col quale – in estrema sintesi – la *pars conventa* prometteva una penale in caso di mancata comparizione (anche ciò denota una forma di 'scommessa'). Anche questo 'nuovo' tipo di processo conosceva due fasi: quella *in iure* e quella *apud iudicem*. Tuttavia lo schema del 'gioco' in tale procedura sembra complicarsi. La *pars conventa* poteva infatti riconoscere la fondatezza della parte attrice, applicando così la *confessio in iure*, oppure attuare una 'strategia' passiva, non sbilanciandosi in alcun modo, oppure ancora contestando la domanda della parte attrice e richiedendo così al magistrato il respingimento dell'azione dell'attore (oppure la concessione della *exceptio* a proprio favore). Qui, applicando la *GT*, si giunge a comprendere come il processo-'gioco' conosca delle varianti strategiche significative. Infatti anche nel caso della *confessio in iure* non si ha una 'cooperazione' bensì una assunzione di responsabilità e quindi di colpa, che produce un chiaro effetto negativo per il convenuto. L'esempio del gioco delle carte denominato 'scala quaranta' potrebbe essere applicabile; un giocatore riesce a calare e quindi a chiudere il gioco perché possiede in mano un punteggio di quaranta punti mentre l'altro resta spiazzato, perdendo così la partita. In questo processo, si potrebbe asserire che il convenuto non giochi sullo stesso piano dell'attore, in quanto egli sembra possedere una sorta di handicap. Infatti la risposta della parte convenuta diventava vincolante per la stessa e se dichiarava il falso oppure se non avesse risposto, la sua posizione si sarebbe aggravata agli occhi del magistrato. Chiaramente non è qui il

sacramentum riservate al giudizio dei centumviri (i quali avevano principalmente competenza in materia ereditaria).

³⁸ Gai 4.30.

³⁹ Tra i molti, v. H.F. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, London, New York, Melbourne, 1972, reprint 1990, 199 ss.

⁴⁰ A. BERGER, voce *Vadimonium*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991, 757.

luogo per dipanare il complesso sistema del processo formulare. Piuttosto ciò che mi preme sottolineare è che anche per questo sistema di processo è applicabile la *GT*, con la variante che si possa anche mettere in pratica l'equilibrio di Nash. Lo 'stallo' o l'equilibrio veniva quindi sciolto definitivamente dall'intervento del *index*, nella successiva fase denominata come *apud iudicem*. Ancora una volta dunque siamo dinnanzi ad un risultato a somma zero: una parte vince e l'altra perde.

Nonostante il processo *per formulas* appaia decisamente 'laicizzato' rispetto alla precedente tipologia processuale (*legis actiones*), si può asserire che le *formulae* risultavano essere una sorta di 'regola' del gioco, seppure decisamente più elastica⁴¹. Del resto *formula* «è il diminutivo di *forma*»⁴² e parimenti «*Formula*, nel linguaggio giuridico romano, nonostante sia termine usato volentieri da antichi e moderni in senso stretto, non riferisce soltanto alle azioni, ossia al programma di giudizio, bensì a tutti i rimedi processuali. È di volta in volta il sostantivo che accompagna (o che dobbiamo sottintendere) a chiarire di quale rimedio si tratti»⁴³. Dal *lege agere* si è solo passati ai *concepta verba*; in sostanza si sono modificate, ma forse non più di tanto, le regole del gioco. Il modello processuale *per formulas* è decisamente più agevole e, in parte, rappresenta una sorta di semplificazione del 'gioco'-processo stesso. Prendo volentieri in prestito un esempio che offre Dario Mantovani, poiché mi sembra che si possa ben attagliare al discorso che sto facendo. L'esempio è il seguente: «il *computer* semplifica ancor di più la preparazione degli atti di *routine*: a distinguere lo scritto proveniente da un avvocato o dall'altro non è lo stile del redattore, ma il tipo di programma»⁴⁴; così anche nel processo *per formulas* il risultato finale era il verdetto del giudice che sanciva la vittoria di una parte e la soccombenza dell'altra.

⁴¹ Sul processo formulare, tra i molti, v. R. FIORI, *'Ea Res Agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003.

⁴² D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 15.

⁴³ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano.*, cit., 16.

⁴⁴ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano.*, cit., 17.

Pomponio definendo cosa sia la giustizia, affermava: «*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*»⁴⁵. Dunque *actio*, *formula* e processo sono gli uni legati intrinsecamente agli altri così come in un gioco ‘a somma zero’ lo sono le regole iniziali del gioco stesso (cioè chi può iniziare a giocare e come, ecco l’*actio*) e poi come si debba giocare correttamente (ecco la *formula*).

Nell’ultimo sistema processuale romano, detto *cognitio extra ordinem*, egualmente si ritrovano gli elementi del ‘gioco’. Chiaramente è scomparsa la ‘scommessa’⁴⁶, rappresentata dalle vecchie *legis actiones* e dal così detto *sacramentum*. Le regole in parte cambiano poiché tutto il procedimento non possiede più la variante dell’invio al giudice, bensì è il giudice – spesso unico – che istruisce la causa e poi la giudica. Quindi l’elemento del ‘gioco’ viene ad essere notevolmente diluito, in quanto il processo civile diviene statale ed il processo cognitorio perde per sempre quell’aspetto di ‘contrattualità’ – sottolineato a suo tempo da Leopold Wenger (1874-1953) – per cui «nessun cittadino può venir sottoposto a una sentenza del giudice, se egli stesso non si sia accordato col suo avversario in un libero contratto sulla scelta del giudice»⁴⁷.

Sappiamo che la procedura *per formulas* fu soppiantata dalla *cognitio extra ordinem*⁴⁸ in modo definitivo durante il IV sec. d.C. e – come è stato osservato – «con questo nuovo processo il funzionario imperiale doveva non solo applicare il diritto, ma anche attuare la giustizia intesa come sistema di valori»⁴⁹. Dunque da un lato il processo civile si semplifica,

⁴⁵ Ulp. 2 *reg.* D. 1.1.10; trad.: la giustizia è la costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il proprio diritto.

⁴⁶ Cfr. R. FIORI, *Il processo privato*, in *XII Tavole*, a cura di F. Cursi, Napoli, 2018, 45 ss.

⁴⁷ Il brano di WENGER – tratto dal suo celebre libro *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925 – è riportato, per la cronaca, da Federico PERGAMI nel suo volume *Altri studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2019, 45 in cui vi è un interessante capitolo sul processo civile nel tardo antico (43-98). Sul problema del giudicante, v. A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016, 95 ss.

⁴⁸ Per una breve storia, *ex plur.*, v. G. MOUSOURAKIS, *A Legal History of Rome*, London-New York, 2007, 128 ss.; O. TELLEGEN-COUPERUS, *A Short History of Roman Law*, London-New York, 2003, 90 ss.;

⁴⁹ G. VALDITARA, *Lo Stato nell’Antica Roma*, Soveria Mannelli, Catanzaro, 2008, 432.

ma il potere del magistrato diviene elemento di notevole rilievo, sia nella fase istruttoria (che eredita la vecchia *in iure*) che poi in quella decisoria. Per bilanciare tale potere interviene dunque l'istituto dell'appello.

Ritengo che anche a questo tipo di processo si possa applicare la *GT*. La 'prima mossa' era data ovviamente alla parte attrice mediante l'introduzione del *libellum*⁵⁰. Anche qui si ha un gioco a somma zero, ma la strategia dei 'giocatori' è più fluida rispetto alle forme precedenti; ossia la possibilità di procedere in contumacia per la parte convenuta rappresenta una variabile quanto mai significativa. Infatti il processo-*'gioco'*, qualora la *pars conventa* non si presenti, prosegue e questa rischia di essere ancor più gravemente soccombente.

Essendo il processo il susseguirsi di una serie di atti e di attività in forme e tempi stabiliti dalla legge al fine di attuare la giurisdizione⁵¹, appare chiaro che in un processo 's sofisticato' come quello della *cognitio extra ordinem*, la *GT* possa trovare applicazione forse 'massima'. Qui i 'giocatori', pur essendo consci delle regole, posseggono diverse possibilità e quindi strategie multilivello. In poche parole il gioco si complica e questo produce una pluralità di possibili strategie da parte dei partecipanti. Così la *cognitio extra ordinem*, filtrata dalle esperienze medievali – e 'contagiante' anche la procedura canonica (tant'è che si parla di processo 'romano-canonico') – è giunta nel sistema di *Civil Law* contemporaneo facendo del processo un 'gioco' che non sempre risulta essere a somma zero; ma ciò non significa che l'intento delle parti sia quello di non vincere. Infatti, nel processo, non tutto è sempre sentenza di condanna. Per esempio le sentenze dichiarative accertano uno *status* o una situazione; in esse non vi è una parte soccombente. Riguardo tali procedimenti giurisdizionali civili, ritengo che non si possa applicare la *GT*; si pensi, ad esempio, al processo per morte presunta.

⁵⁰ La procedura 'libellare' sopravvive ancora oggi, per es. nell'ordinamento canonico; cfr. C. DE DIEGO-LORA, voce *Proceso*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, 6, Pamplona, 2012, 501 ss.; ID., voce *Acción procesal*, in *Diccionario General*, cit., 1, 127 ss.; in generale, benché datato, anche v. A.M. ARENA, *Lezioni di diritto processuale comparato*, Città del Vaticano, 1975, *passim*.

⁵¹ D. CECCARELLI MOROLLI, *Breve sussidio giuridico-canonico con riferimento al 'Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium'*, Roma, 2011, 117.

Forse oggi il processo in cui maggiormente si può applicare invece la *GT* con tutte le sue varianti è quello relativo al divorzio dei coniugi. Qui – come è noto a tutti gli avvocati e non solo – è spesso una competizione strategica senza esclusione di colpi.

Detto ciò, ritengo però che si imponga una riflessione; questa prende le mosse da quanto sosteneva Robert Joseph Pothier (1699-1772), il quale divideva i giochi in: giochi di destrezza (per es. alcuni giochi con le carte) e giochi d'azzardo (per es. i dadi o la *roulette*)⁵². Il processo non è mai un gioco d'azzardo, in quanto l'esito dello stesso non dipende da elemento fortuito bensì dalla capacità delle parti cui va sommata una variabile incognita – ma quanto mai significativa – cioè: l'opinione che il giudice si fa della causa per cui la parte attrice – che pensa di aver ragione – può essere invece essere condannata. Quindi, forse, per evitare che il processo diventi un 'gioco d'azzardo' si è sviluppato il concetto di temerarietà della lite (già in parte noto ai Romani stessi) così oggi ex art. 96 del codice di procedura civile italiano⁵³.

Lo storico olandese Johan Huizinga (1872-1945) – autore di *Homo Ludens* – divide i giochi in due grandi categorie: quelli per la competizione (cioè lotta per qualcosa) e quelli di rappresentazione (ossia gara tra chi rappresenti meglio qualcosa). Il processo di ieri come di oggi è certamente lotta per qualcosa, cioè competizione, tant'è che in inglese la parola utilizzata per processo civile è *litigation*. Ma senza processo, le società esploderebbero e gli uomini – come diceva Thomas Hobbes – sarebbero “lupi contro lupi”.

4. *Dalla Game Theory alla 'sostenibilità', ovvero verso una conclusione aperta*

Quasi *a latere*, ma forse non troppo, mi preme sottolineare un ulteriore elemento che ritengo si possa agganciare a quanto ho cercato

⁵² F. FASOLINO, *Brevi note in tema di debiti di gioco e obbligazioni naturali*, cit., 119.

⁵³ Recentemente la Cassazione ha stabilito che scatta d'ufficio la sanzione per lite temeraria per chi agisca o resista pretestuosamente in giudizio; v. Cass. Civ., Sez. III, ordinanza pubblicata in data 11 ottobre 2018.

di affermare nei paragrafi precedenti, ossia: dal ‘gioco’ alla sostenibilità. I due temi sembrerebbero apparentemente lontani, ma in realtà non lo sono se si comprende che il concetto di sostenibilità possiede oggi un ampio spettro d’applicazione nei più svariati campi (da quello energetico a quello economico).

Pertanto se si tiene presente una definizione di sostenibilità, come «la caratteristica di un processo o di uno stato che può essere mantenuto, ad un certo livello, indefinitamente»⁵⁴, allora si potrebbe anche azzardare l’ipotesi che la civiltà romana sembrerebbe essersi posta il problema della sostenibilità del processo (civile). L’introduzione del *prator peregrinus* (dal 242 a.C.) oltre che rispondere ad esigenze pratiche ritengo che possa essere un momento di prova della ‘sostenibilità’ del processo. Infatti la giurisdizione del *prator* viene ‘ripartita’ in due (quello *urbanus* e quello, appunto, *peregrinus*) e ciò fa sì che il processo civile si ampli ma allo stesso tempo, con tale scelta, il processo diventa maggiormente sostenibile e quindi più ‘stabile’.

Un altro esempio di sostenibilità che mi sovviene è quello fornito dalla lettura della costituzione imperiale *Hæc quæ necessario* di Giustiniano del 13 febbraio 528, il cui fine ‘ultimo’ sarebbe stato quello di abbreviare i processi. L’intento dell’imperatore non era solo ordinatorio – codificazione delle *leges* e quindi compilazione del *Codex* – bensì la realizzazione di un’economia processuale e pertanto l’attuazione di una ‘sostenibilità’ del processo che verrà ad assumere caratteri direi di quasi ‘sacralità’⁵⁵. In sostanza Giustiniano è forse il primo a sollevare nella storia del diritto il problema non tanto della ‘economia’ processuale quanto quello – a mio parere – della sostenibilità del processo. Chiaramente economicità, quindi risparmio di tempi e risorse, nonché sostenibilità appaiono intimamente legati. Nella storia del diritto, dall’età giustiniana in poi, il problema dell’eccessiva lunghezza dei processi rappresenterà un *leitmotiv* di tutta la storia del processo, storia in cui

⁵⁴ G. CAPRA, *Sostenibilità energetica e scienza della sostenibilità*, Roma, 2010, 9.

⁵⁵ S. PULIATTI, *L’organizzazione della giustizia dal V al IX secolo*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. Lokin e B. H. Stolte, Pavia, 2011, 390.

ancora una volta l'Impero Romano d'Oriente sembra dire fortemente la sua. Così ad esempio Andronico III Paleologo (1282-1328) istituì il tribunale dei così detti 'Giudici Universali' (*keritai katholikai*)⁵⁶ col fine di snellire i processi ma anche con l'intento di creare una sorta di ciò che noi oggi definiamo come 'Corte Suprema'. Anche per questo ultimo esempio si ha economia processuale o anche sostenibilità del processo? Certamente entrambi, poiché economia e sostenibilità vanno di pari passo.

Si può asserire che il processo romano, con la sua lunga evoluzione, evidenzi come il modello processuale possa essere considerato all'interno della *GT*. Tuttavia il processo è un 'gioco' che va preso molto sul serio, perché riguarda – per ricordare Pomponio – il diritto delle persone. Ciò ovviamente non può impedire di iniziare ad accostare modelli matematici e quindi la *GT* al processo.

Dunque i Romani furono antesignani della *Game Theory*? La risposta, come in gran parte delle questioni scientifiche, resta aperta in quanto certamente la civiltà romana fu raffinata e complessa e di certo non finisce ancora di stupirci⁵⁷; pertanto concludo, lasciando volutamente la porta del discorso socchiusa, con una significativa frase di Nash: «*matematica è una parola greca che all'inizio includeva i concetti di musica e astronomia. Solo nell'accezione contemporanea è diventata una materia a sé. Ma secondo me continua a essere intrinsecamente collegata a innumerevoli altre discipline*»⁵⁸.

⁵⁶ D. CECCARELLI MOROLLI, *Il Diritto dell'Impero Romano d'Oriente. Introduzione alle fonti e ai protagonisti*, «Kanonika» 21, Roma, 2016, 127 ss.; P. LEMERLE, *Le Juge Général des Grecs et la Réforme judiciaire d'Andronic III*, in ID., *Le monde de Byzance: Histoire et Institutions*, London, Variorum Reprints, 1978, 292 ss.

⁵⁷ L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino, 2014, 83 ss. L'insigne studiosa partenopea, in tale volume, dedica pagine interessanti a Vico («Vico e le dinamiche del 'fatto'») che ben si attagliano a quanto ora detto.

⁵⁸ <https://le-citazioni.it/frasi/176889-john-nash-matematica-e-una-parola-greca-che-allinizio-inclu/> [ultimo accesso dicembre 2019].

Abstract

L'articolo vorrebbe offrire alcuni spunti di riflessione sulla applicabilità della 'Teoria dei Giochi' nel processo civile romano. E' questo uno studio iniziale, ovvero un primo punto di partenza verso una interdisciplinarietà tra diritto romano ed altre discipline. L'A. sostiene che le varie forme processuali civili romane possano essere considerate come un'espressione della 'Teoria dei Giochi', cui la civiltà romana non poteva pensare o intuire, ma pragmaticamente realizzare come fece.

The paper would like to offer some food for thought about Game Theory and its application on the Roman civil procedure. This is a preliminary study, which aims to realize an interdisciplinarity between Roman Law and other subjects. The author argues that the various Roman civil procedures could be considered as an expression of the Game Theory, to which the Roman civilization could not think or guess, but pragmatically realize as it did.

DANILO CECCARELLI MOROLLI

Membro Corr. del Pontificio Comitato di Scienze Storiche

Email: dcm@post.com

