



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIII ciclo

Tesi di Dottorato

**Studi esegetici intorno ai titoli I-XIII
del libro XLIX del Digesto.
Profili problematici e soluzioni
giurisprudenziali in tema di *appellatio*.**

Relatore

Prof. Massimo Miglietta

Dottorando

Fabrizio Chini

anno accademico 2010-2011



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
Scuola di Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidato: Fabrizio Chini

**Studi esegetici intorno ai titoli I-XIII
del libro XLIX del Digesto.
Profili problematici e soluzioni
giurisprudenziali in tema di *appellatio*.**

Relatore Prof. Massimo Miglietta

Anno Accademico 2010-2011

**Indirizzo specialistico in
Storia del diritto romano e del pensiero giuridico europeo**

XXIII ciclo

Esame finale: 28/03/2012

Commissione esaminatrice:

**Prof. Gianni Santucci, Università di Trento
Prof.ssa Chiara Buzzacchi, Università di Milano-Bicocca
Prof. Tommaso dalla Massara, Università di Verona**

INDICE

ABSTRACT.....VII

INTRODUZIONE AI PROBLEMI PALINGENETICI DEI *LIBRI DE APPELLATIONIBUS*.....9

1. I libri de appellationibus di Ulpiano: aspetti palingenetici.....9

2. I libri de appellationibus di Macro e Marciano: aspetti palingenetici.....23

QUESTIONI E PROBLEMI TRA PRASSI E RIFLESSIONE
GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI APPELLO IN D.49.1-13

1. Mancanza di una definizione di “appello” nelle fonti. Problemi filologico
linguistici in D.49.1.1.pr.....27

2. Relazione tra profili politico-costituzionali e problemi in tema d'appello.
Appellatio contra rescriptum e consultatio in D. 49.1.1.1. L'appellabilità dei rescritti
imperiali.....34

3. Profili soggettivi relativi alla legittimazione ad appellare.....41

3.1 Questioni terminologiche.....41

3.2 L'interesse ad appellare. Parti legittimate.....46

4. Legittimazione delle parti in causa.....49

4.1 Legittimazione all'appello del procurator.....61

INDICE

<u>4.1.1 Introduzione al problema della legittimazione del <i>procurator</i> investito ai fini dell'appello</u>	61
<u>4.2.2 Legittimazione del <i>procurator</i> nominato ai fini dello svolgimento dell'appello</u>	70
<u>4.2.3 Legittimazione all'appello del terzo interessato</u>	78
<u>4.4 La capacità processuale in tema d'appello</u>	96
<u>4.5 Ulteriori cause di esclusione della legittimazione ad appellare</u>	112
<u>5. Attività del giudice <i>a quo</i> nel procedimento d'appello</u>	151
<u>5.1 Introduzione ai problemi</u>	152
<u>5.2 Accertamento dei requisiti, del fondamento e relative problematiche</u> ..	154
BIBLIOGRAFIA.....	167
INDICE DELLE FONTI.....	167

ABSTRACT

La ricerca, dal carattere spiccatamente esegetico, muove dalla traduzione dei *tituli* 1-13 del libro XLIX dei Digesta.

Il tema dell'*appellatio*, inteso come studio del rimedio di impugnazione di provvedimenti giurisdizionali, è stato oggetto di poco estesa attenzione da parte della dottrina. Il carattere frammentario delle fonti e la necessità di tracciare i contorni dell'istituto in una dinamica di formazione alluvionale dei processi extra ordinem ha perlopiù diretto gli studi della giusromanistica verso gli istituti del processo formulare; la maggior parte dei contributi della dottrina vertono pertanto su singoli aspetti degli istituti tipici della *cognitio extra ordinem*.

Nonostante la relativa scarsità e frammentarietà delle fonti a noi pervenute, l'istituto dell'appello, così come si delinea a partire dall'età augustea e che vede sempre più direttamente coinvolta la figura del principe nella funzione, propria o delegata, di giudice di gravame definitivo, porta con sé numerose problematiche, che emergono spiccatamente nel momento di applicazione giurisprudenziale, tutt'oggi al centro dell'attenzione degli studiosi delle materie processualistiche.

Da un punto di vista metodologico la ricerca si propone di partire dal dato testuale delle fonti, compiendo una traduzione diretta di esse, per ricostruire e far emergere le problematiche che la prassi dell'istituto ha portato con sé nella dimensione applicativa.

Parallelamente all'emersione dei nodi fondamentali, si vuole porre in luce la riflessione giurisprudenziale che intorno a quegli stessi problemi si forma e che tenta, secondo una tradizione ininterrotta nell'arco dello sviluppo del diritto romano, di avere sempre come proprio punto di riferimento la soluzione del caso concreto di volta in volta sottoposto al giurista, nel nostro caso spesso consigliere diretto del *princeps*.

Si tenterà pertanto di fornire una trattazione dettagliata, analitica e puntuale dell'istituto dell'appello, tanto nei suoi aspetti procedurali, quanto nei principi di diritto che emergono dalla riflessione dei giuristi, offrendo in tal modo un quadro unitario e di sintesi, il quale andrà rivisitato idealmente alla luce dei contrasti e dei problemi esegetici che emergeranno al termine della ricerca. A conclusione della

ABSTRACT

prima parte, si porranno in evidenza le soluzioni pacifiche all'interno della giurisprudenza che ha riflettuto su problematiche legate alle applicazioni pratiche delle impugnazioni, dando conto altresì dei problemi che, al contrario, risultano ancora dibattuti dalla dottrina e che costituiscono pertanto fonte di *ius controversum*.

A tal fine, si darà sempre privilegio alle fonti tradotte rispetto alle soluzioni prospettate dalla dottrina, la quale verrà così sottoposta ad un esame critico alla luce dell'esegesi compiuta. Il lavoro seguirà pertanto un *iter* di continuo confronto tra le soluzioni e le questioni emergenti dall'analisi dei *Digesta*, intendendoli come luogo di reperimento del *ius controversum*, e l'importanza di tali soluzioni alla luce della loro collocazione originaria, ricercata attraverso un'analisi di tipo palinogenetico, cui è dedicata la prima parte del lavoro, per verificare se si sia persa o meno la problematicità e la complessità delle questioni a vantaggio della funzione di sintesi cui è votata l'opera giustiniana, fornendo pertanto le linee di una ricostruzione tanto diacronica quanto sincronica dei testi.

INTRODUZIONE AI PROBLEMI PALINGENETICI DEI *LIBRI DE APPELLATIONIBUS***1. I libri de *appellationibus* di Ulpiano: aspetti palingenetici**

L'istituto dell'appello non ha ricevuto soverchia attenzione da parte della dottrina e ciò, si ritiene, per ragioni distinte che, a vario titolo, hanno indotto gli studiosi ad occuparsi di altri aspetti all'interno dell'oggetto di ricerca della scienza romanistica. Alla base di tale fenomeno possono essere scorti motivi piuttosto eterogenei. In primo luogo, occorre considerare che le fonti che riguardano direttamente l'istituto dell'*appellatio* non si presentano, da un punto di vista quantitativo, numerose, né, d'altronde, il loro carattere frammentario ha contribuito ad attirare l'attenzione degli studiosi sull'oggetto del nostro studio. Una terza causa può essere ricercata, infine, nel fatto che la possibilità di proporre gravame avverso una sentenza ritenuta ingiusta e lesiva dei propri interessi sostanziali sorge solamente con l'avvento del principato nell'alveo del cosiddetto processo della *cognitio extra ordinem*, che, è noto, non ha certamente ricevuto la medesima attenzione dedicata al processo di tipo formulare che meglio si adattava, anche per la maggior organicità delle sue regole, ad uno studio di tipo sistematico. La complessità nel far emergere i profili problematici in tema d'appello, rispetto al quale occorre costantemente attribuire i suoi elementi costitutivi, in continua evoluzione, ai diversi e continui mutamenti che si sono avuti, incessantemente, ad opera della giurisprudenza e della Cancelleria Imperiale, ha fatto sì che le opere aventi ad oggetto il tema della presente indagine siano state dedicate, per lo più, a singoli profili dell'istituto dell'appello o che a quest'ultimo siano state dedicate voci enciclopediche o sia stato oggetto di trattazione in opere generali sul processo. Possono contarsi, infatti, unicamente due monografie che hanno come oggetto esclusivo l'istituto in esame, entrambe risalenti nel tempo, di cui una dell'Orestano¹ e una, in lingua tedesca, dello studioso polacco

¹ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953.

Litewski². Per essere più precisi, invero, il lavoro di quest'ultimo non si presenta nemmeno come una monografia, ma è costituito da quattro articoli di rivista che, qualitativamente e per numero di fonti analizzate costituiscono un'ottima e proficua indagine sulla materia. Oltre a queste due opere vanno poi ricordati i più recenti lavori di Pergami³, il quale, tuttavia, conduce la propria indagine sugli sviluppi dell'istituto nel periodo del tardo impero e quello della Wankel⁴, dedicato tuttavia non ai profili problematici emergenti dalla prassi, ma agli aspetti stilistici e tecnici di redazione delle sentenze nel periodo del principato. Occorre inoltre aggiungere che nessun autore, ognuno per motivi diversi, compie un'analisi di tipo palinogenetico delle fonti presenti nel libro XLIX del Digesto. Orestano, solo, accenna in taluni passaggi ad alcuni profili di palinogenesi dei testi da lui presi in esame, ma la destinazione della sua opera, la quale costituisce, pur sempre, un testo ad uso degli studenti di un corso universitario, non gli consentono di approfondire ulteriormente i profili problematici della collocazione originaria dei testi su cui poggia la sua, peraltro profonda, riflessione esegetica. La finalità della presente indagine, deputata a trattare per punti problematici gli aspetti controversi emergenti dalla prassi giudiziaria e dalla riflessione dottrinale e giurisprudenziale in tema di appello esige che, accanto alla prospettazione di tali questioni con le soluzioni offerte dalla Cancelleria e dai singoli giuristi, si dia conto anche del tentativo di ricostruzione, su base palinogenetica, delle opere di questi ultimi, verificando così di volta in volta la ricorrenza di taluni principi nei diversi autori. Tale lavoro di tipo analitico contribuisce inoltre a meglio comprendere la natura di alcune regole esaminate, potendo vedere da vicino, all'interno dell'opera del singolo giurista, il valore da attribuire ad alcune affermazioni dottrinali, distinguendo così i momenti in cui l'autore intende introdurre elementi di carattere generale, mediante statuizioni astratte da quelli in cui, al contrario, "*quod iureconsultus statuit*" sia, invece, il frutto di una riflessione particolare in merito ad uno specifico problema sottopostogli nella prassi. Solamente mediante l'illustrazione, in definitiva, delle opere su base palinogenetica, si ritiene di poter cogliere appieno determinati elementi la cui portata,

² W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, I, in Rida, 12, 1965; II, in Rida, 13, 1966; III, in Rida, 14, 1967; IV, in Rida, 15, 1968.

³ F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000.

⁴ V. WANKERL, *Appello ad principem. Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München, 2009.

pur talvolta prescrivendo regole di applicazione pratica ed immediata, meglio possono essere compresi alla luce della loro verosimile collocazione originaria all'interno dell'opera cui i compilatori hanno attinto nella redazione del Digesto.

I frammenti presenti nei titoli I-XIII del Digesto in tema di appello sono escerpiti, in larga misura, da “*libri de appellationibus*” che hanno impegnato diversi giuristi i quali, pertanto, hanno ritenuto di dover procedere alla compilazione di opera specificatamente dedicate all'istituto oggetto della presente indagine. E' bene pertanto cominciare dalla trattazione della struttura di tali libri, potendo apprezzare così da vicino anche talune regole ivi enunciate che possono essere appieno comprese solamente alla luce di un'accurata analisi paligenetica. Nell'affrontare tale tipo di analisi è utile procedere dando dapprima conto del modo in cui le singole opere sono ricostruite dal Lenel, per poi vedere, in un secondo momento, gli elementi di affinità e diversità tra i lavori dei diversi giuristi.

Il frammento con cui si apre il libro XLIX del Digesto, D. 49.1.1.pr., è il medesimo che costituisce il principio dei libri “*De appellationibus*” di Domizio Ulpiano. In verità i compilatori operano una scelta, evidentemente, non casuale, in quanto il tenore del passo induce a ritenere che esso, già nel suo contesto originario, abbia costituito, più che un principio pratico, una sorta di introduzione all'istituto dell'appello, dando conto dell'importanza pratica del rimedio introdotto poco più due secoli prima. Se si legge il passo, gli elementi ora descritti appaiono più evidenti.

D. 49.1.1.pr., Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 1]

pr.: “*Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.*”

In realtà, l'intento del giurista di voler operare una sorta di legittimazione dell'*appellatio* si appalesa piuttosto evidentemente, in modo che induce a ritenere che il giurista opti per tale soluzioni non senza finalità di tipo retorico. In tale luce dev'essere intesa l'espressione che allude all'importanza e necessità (“*quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat*”) della previsione del mezzo di gravame, benché si avverta sin da subito che non sempre, con l'esperimento

dell'impugnazione, si addivenga ad un risultato migliore (*“licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus”*). Poste queste premesse, è più agevole capire le ragioni che hanno indotto anche i compilatori a porre il frammento in esame al principio del titolo I del libro oggetto d'indagine. La struttura dell'opera ulpiana si presenta, invero, in modo piuttosto distinto rispetto a quella di Macro⁵ e Marciano, dei quali, assieme ad Ulpiano, sono gli unici di cui ci è pervenuta testimonianza di specifici *“libri de appellationibus”*.

L'opera di Ulpiano è infatti distinta, secondo la ricostruzione del Lenel, in quattro libri, in cui sono raccolti numerosi frammenti aventi ad oggetto problemi più vari. Si può affermare, tuttavia, che la parte più copiosa dei problemi riguardanti principi generali in tema d'appello può essere rinvenuta nel libro I, ove il giurista tratta delle questioni attinenti alla legittimazione ad appellare, dei soggetti appellanti, dei termini e dei cd. libelli appellatori. I libri II e III appaiono invece costituiti, ciascuno, da un unico frammento, l'uno riguardante il riconoscimento ad un terzo della legittimazione ad appellare contro la sentenza emessa in una causa criminale, giustificato *“humanitatis ratione”* (D. 49.1.6 Ulp., II *de app.*, 10⁶) e l'altro avente ad oggetto una statuizione della *lex municipalis* particolare che, evidentemente, avrebbe trovato una cattiva collocazione nel libro I. Il libro IV, in modo più interessante, contiene invece alcuni passi riguardanti problemi che non attengono squisitamente ai principi che presiedono alla natura dell'*appellatio* nel suo concreto svolgimento, ma, al contrario, trattano l'istituto nel momento in cui esso ha già avuto luogo, mostrandone alcuni effetti particolare che, pertanto, non sovrintendono al suo funzionamento, ma alle conseguenze che esso spiega. Così Ulpiano dedica due passi alla questione *“de appellationibus recipiendis vel non”*, illustrando le conseguenze del rifiuto dell'accoglimento dell'appello proposto (ovviamente dovendosi esso intendere nel senso di accogliere l'atto di gravame per dar corso al procedimento di appello e non già, ovviamente, di “accoglierlo” nel senso di soddisfarlo nel merito). I

⁵ Compie un cenno generale all'opera di Marciano senza approfondire, tuttavia, la struttura dei *libri de appellationibus* di Emilio Macro, D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Africa, mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, II Ausgabe, 2005, pagg.38-39.

⁶ Su cui cfr. anche J. ERMANN, *Ius gladii*, in ZSS, (118), 2001, pagg. 376 e ss., che cita la fonte come esempio della progressiva limitazione del potere decisionale degli organi di giustizia, in quanto, secondo tale prospettiva, l'appello concesso costituirebbe in concreto un restringimento delle attribuzioni ai suddetti organi.

due passi di apertura del libro IV costituiscono, invero, un momento significativo non tanto per le soluzioni ivi adottate, ma perché queste, viste nel loro originario contesto, restituiscono informazioni preziose anche sulla concezione di ulteriori elementi.

D. 49.1.8 Ulp. IV, *de app.* [Pal. Ulp. 12]

“Illud sciendum est eum qui provocavit non debere conviciari ei a quo appellat: ceterum oportebit eum plecti. et ita divi fratres rescripserunt.”

E' opportuno brevemente far luce su questo passo, benché esso non rivesta la medesima importanza di quello successivo, in quanto dà comunque conto del fatto che nel libro IV confluiscono ipotesi, come quella qui trattata relativa ad un caso di violenza perpetrata nei confronti del giudice che ha emesso la sentenza nel giudizio di prime cure, che, come detto, evidentemente per esigenze di tipo espositivo, Ulpiano ritiene di non dover collocare nella messe dei casi di cui al libro I, che, benché a queste accomunate dalla connotazione eminentemente pragmatica delle soluzioni, non si pongono, tuttavia, come criteri di regolamentazione del funzionamento dell'istituto nella suo fisiologico funzionamento. Esse rappresentano, al contrario, questioni di natura patologica, come nel caso di specie o comunque aspetti relativi ad effetti giuridici derivanti dall'*appellatio* proposta, ma che di questa non costituiscono elementi tipici, come le questioni specifiche relative alla validità dell'attività compiuta nel momento successivo alla presentazione del gravame. Occorre tuttavia sin d'ora affermare che se tale sembra la differenza, dal punto di vista contenutistico, tra il libro I e il IV, con le particolarità accennate relative al II ed al III, è bene comunque chiarire che, in realtà, la scelta di Ulpiano può dirsi operata secondo tali prospettive solamente in via tendenziale. Appare evidente, infatti, che talune ipotesi previste nel libro IV, benché l'elemento di particolarità e specificità si presenti in modo maggiormente marcato rispetto ai problemi trattati dalle fonti contenute nel libro I, sarebbero potute essere contenute, quantomeno potenzialmente, anche nel libro I, ove tuttavia sembra di poter apprezzare una trattazione di elementi attinenti ai principi, come detto, di carattere più generale e, per così dire, attinenti a problemi verosimilmente più comuni nella prassi dei tribunali.

Se si affronta il secondo passo posto al principio del libro IV può apprezzarsi in modo più chiaro quanto detto sinora.

D. 49.5.5, Ulp. IV, de app. [Pal. Ulp. 13]

“Ei, cuius appellatio non recipitur, sufficit, si possit dicere appellationem suam non esse receptam: quod quaqua ratione doceat, admittetur eius appellatio. Non recepta autem appellatione, si quidem principem appellari oportuit, principi erit supplicandum: sin vero alius appellabatur quam princeps, ille erit adeundus. Sed et si quid aliud post receptam appellationem impedimento factum fuerit, eum adire oportet, quem appellare quis debet. Plane si appellatione non recepta non ipsum adierit, quem debuit, sed principem, pro eo habebitur, atque si is aditus est, qui adiri debuit: idque rescriptis imperatoris nostri antonini declaratur. Plane si alium pro alio adiit non principem, nihil ei hic error proderit, licet non videatur cessasse. Intra constituta autem appellatoria tempora debet is, cuius appellatio non est recepta, vel competentem iudicem vel principem adire.”

Il passo, composto in realtà da sei paragrafi raccolti nel Digesto da 49.5.5.pr. a 49.5.5.5, sotto la rubrica “*de appellationibus recipiendis vel non*” –la quale trae la propria denominazione proprio dal libro ulpiano, mostrano, come anticipato, questioni attinenti non a principi, per così dire, endoprocedimentali, ma a fatti di carattere più spiccatamente patologico. Non si tratta, infatti, di elementi che possano, esemplificando, legittimare o meno una parte all’*appellatio*, o che caratterizzano il termine entro cui proporre il gravame, ma che, al contrario, sono relativi ad ipotesi del rifiuto dell’accoglimento dell’appello (“*appellationem suam non esse receptam*”), in cui, si dice, occorrerà porvi rimedio. Così si ha il caso di colui che, anziché appellare direttamente al *princeps*, lo abbia fatto appellando un altro giudice, e pertanto, secondo quanto riporta Ulpiano, dovrà porre in essere una *supplicatio* rivolta al primo, chiedendo, evidentemente, l’accoglimento della propria impugnazione (“*Non recepta autem appellatione, si quidem principem appellari oportuit, principi erit supplicandum*”). Si vedrà tra poco che, in realtà, qui il termine “*appello*” e i suoi derivati “*appellare*” e “*appellatio*” vengono adoperati per designare non già l’impugnazione avverso la sentenza di primo grado, ma, al contrario, il provvedimento di diniego con il quale il *giudice a quo* rifiuta di dar

corso al procedimento d'appello. Ritornando per ora ai problemi che qui occupano, per meglio chiarire la collocazione dei passi in oggetto all'interno del libro IV, va incidentalmente affrontato nel merito il problema di cui Ulpiano si occupa. Chiaramente, all'esito della proposizione dell'appello, il giudice *a quo* può decidere, nella normalità dei casi, di voler incardinare il procedimento di impugnazione con la redazione delle cosiddette *litterae dimissoriae*, rivolte ad informare il giudice *ad quem* della ricezione del gravame da parte del soccombente e della conseguente instaurazione di detto procedimento. Tali *litterae* vengono pertanto consegnate all'appellante il quale ha l'onere di farle pervenire, appunto, al giudice di seconde cure. A tal riguardo, occorre brevemente prendere in considerazione un passo di Modestino, peraltro non contenuto nel libro XLIV, che fornisce quasi una definizione di tale prassi.

D. 50.16.106 Mod., liber sing. de praescr. [Pal. Macer 171]

“Dimissoriae litterae” dicuntur, quae vulgo apostoli dicuntur. dimissoriae autem dictae, quod causa ad eum qui appellatus est dimittitur.”

Modestino attesta che ad esse ci si riferisce anche con il sostantivo, di derivazione greca, “*apostoli*”. L'espressione “*dimissoriae litterae*”, così il giurista ci informa, facendo luce su un elemento che in realtà appare già chiaro dall'etimologia della parola, deriva appunto dal fatto che con la consegna di esse termina la fase preliminare del procedimento d'appello di fronte al giudice *a quo* che, in tal modo, dimette l'istante e lo rimanda di fronte al giudice di secondo grado. La ragione della previsione di tale prassi, se d'altronde può intuibilmente rinvenirsi nella necessità di fornire al giudice *ad quem* alcune prime indicazioni circa l'oggetto e le parti del giudizio, fungendo al contempo, quantomeno per una fase originaria, da momento di filtro costituendo un deterrente alla proposizione di appelli proposti per intenti dilatori e manifestamente infondati, è attestata tuttavia, in modo piuttosto cristallino, da un passo di Marciano, riportato in D. 49.6.1.

D. 49.6.1, Marc. II, de app. [Pal. Marc. 3]

“Post appellationem interpositam litterae dandae sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem

alium, quas litteras dimissorias sive apostolos appellant. Sensus autem litterarum talis est: appellasse puta lucium titium a sententia illius, quae inter illos dicta est. Sufficit autem petisse intra tempus dimissorias instanter et saepius, ut et si non accipiat, id ipsum contestetur: nam instantiam petentis dimissorias constitutiones desiderant. aequum est igitur, si per eum steterit, qui debebat dare litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat.”

Occorre avvertire che l’espressione qui adoperata “*a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est*” non significa che tali lettere vengano consegnate *brevi manu* al giudice *ad quem* dal remittente, ma, al contrario, per mezzo dell’appellante, che, come detto, ha l’onere di portarle a conoscenza del giudice di secondo grado⁷. Tale affermazione risulta chiara nell’ultimo periodo di Marciano che in modo cristallino afferma che chi abbia più volte e sin da subito richiesto la consegna di tali documenti e ciononostante non li abbia ottenuti, ciò non potrà nuocergli (“*Sufficit autem petisse intra tempus dimissorias instanter et saepius [...] si per eum steterit, qui debebat dare litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat*”). Il giurista allude alla prassi di redigere tali *litterae* chiarendo quali siano gli elementi che esse debbano contenere, che sono, come si legge nella fonte, il nome dell’appellante, il provvedimento impugnato e il nome della parti (“*appellasse puta lucium titium a sententia illius, quae inter illos dicta est*”). Più interessante appare, tuttavia, la seconda parte del passo, ove si afferma che è sufficiente aver richiesto le *litterae* “*instanter et saepius*” per poter procedere nell’appello, benché esse non siano state consegnate dal giudice *a quo*. Non si può tuttavia meglio conoscere la portata della citata espressione, in quanto per l’età severiana non vi sono ulteriori elementi che depongano per una soluzione più precisa rispetto a quella di verosimilmente considerare che fosse previsto un termine breve, tale da giustificare l’avverbio “*instanter*”. In ogni modo, ciò che risulta piuttosto evidente ed importante è il fatto che la prova che non sia dipeso da mancanza di diligenza il non poter produrre le *litterae* non provoca alcun effetto negativo sul proseguimento del procedimento

⁷ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 413; W. LITEWSKI, *Op. cit.*, pag., 345; K. HARTER-UIBOPUU, *Anlassverfahren für Appellationen an Mark Aurel*, in ZSS (125), 2008, pagg. 218 e ss., ove l’autore ricora che nel passo in esame Marciano afferma che “*bei einer Berufung an den Kaiser neben den Streitparteien auch der iudex a quo angegeben sein muss (D.49.6.1.pr.)*”.

d'appello, in quanto una mancanza del giudice *a quo* non può nuocere all'appellante (“*qui debebat dare litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat*”).

Per concludere il merito del tema del corso del procedimento una volta proposta l'*appellatio*, che, nelle ipotesi più frequenti, vede la consegna dei documenti all'appellante da parte del giudice, occorre dar conto ora di cosa succeda nel caso in cui il giudice *a quo* dichiari, in una fase antecedente, di non voler addirittura procedere all'accoglimento dell'appello, ovvero, con espressione più tecnica di non voler “*recipere appellationem*”. Nell'ipotesi in cui il soggetto impugnante accetti tale decisione, il procedimento termina in questo stadio a cui le fonti si riferiscono con il verbo “*cessare*” (si è visto poco sopra in D. 49.5.5.4 “*Plane si alium pro alio adiit non principem, nihil ei hic error proderit, licet non videatur cessasse*”). Al contrario, se il soggetto non voglia conformarsi a tale decisione, che preclude evidentemente ogni possibilità di portare avanti il procedimento con la conseguente definitiva soccombenza avvenuta con la sentenza di primo grado, egli può impugnare il rifiuto oppostogli dal giudice *a quo* aprendo una vera e propria nuova fase intermedia caratterizzata, in effetti, da un vero e proprio gravame avverso la decisione di non accogliere l'appello contro la sentenza di primo grado. Poste le premesse appena indicate, può cogliersi ora appieno la portata dell'ultimo periodo di Ulpiano in D.49.5.5.5.

D. 49.5.5.5, Ulp. IV, *de app.* [Pal. Ulp. 13]

5.: “*Intra constituta autem appellatoria tempora debet is, cuius appellatio non est recepta, vel competentem iudicem vel principem adire.*”

Il frammento completa il passo, parzialmente già esaminato, relativo al problema dell'*appellationem non recipere*. Al di là della dottrina che si è espressa per l'interpolazione in taluni elementi, sulla base dello stile asseritamente tipico degli interventi dei compilatori⁸, su cui in effetti non sembra potersi non convenire, alla luce del fatto che l'espressione “*competentem iudicem*” pare trarre la propria origine dall'esigenza di far confluire in un'unica categoria, ad evidenti scopi pratici che

⁸ Così R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 383, ove l'autore afferma che “*il passo contiene talune interpolazioni giustinianee che appartengono a categorie assai note perché apportate sistematicamente in moltissimi testi (“constituta...tempora, competentem iudicem”); né sapremmo dire se e quali fossero i termini pel nuovo appello*”, facendo luce su tali elementi che appaiono, invero, piuttosto inverosimili, per l'aspetto stilistico e lo scopo che sottendono.

verosimilmente esulano dalla riflessione di Ulpiano, i soggetti giudicanti diverso dal *princeps*, occorre tuttavia porre in luce il fatto che il passo fornisce testimonianza in ordine alla possibilità di proporre l'impugnazione contro il provvedimento del giudice *a quo* che rifiuti di promuovere l'appello, dovendosi in tal caso rivolgere, come è naturale, al giudice *ad quem*, demandandogli in realtà –si può intuire– un vero e proprio giudizio anticipato anche sul merito dell'appello, per così dire, principale, o al *princeps*, che rimane, chiaramente, titolare della propria funzione giurisdizionale. Se si rilegge l'intera fonte, composta cioè dai cinque frammenti nella loro interezza⁹ può ora affermarsi che è sicuramente attestata la possibilità di ricorrere contro il provvedimento che dichiara di *non recipere appellationem*, che tale impugnazione prende il nome, anch'essa, di “*appellatio*”, la quale ovviamente non va confusa con il gravame avverso la sentenza e che eventuali errori nell'individuazione del giudice da adire non nuocciono all'istante, in quanto gli è sufficiente la volontà di insistere in questa nuova impugnazione. Da punto di vista linguistico occorre infine notare che mentre per il caso del ricorso al *princeps* il giurista adopera il verbo “*supplicare*”, per l'ipotesi dell'appello ad un altro giudice egli fa uso del verbo “*adire*”. Da tale elemento Orestano ha dedotto che, probabilmente, per il primo fosse previsto un ricorso scritto, mentre per i secondi fosse sufficiente una presentazione personale, cioè un atto orale¹⁰. Ancora, sempre in tema di aspetti stilistici, può ulteriormente

⁹ D. 49.5.5, Ulp. IV, de app. [Pal. 13]: “*Ei, cuius appellatio non recipitur, sufficit, si possit dicere appellationem suam non esse receptam: quod quaque ratione doceat, admittetur eius appellatio. Non recepta autem appellatione, si quidem principem appellari oportuit, principi erit supplicandum: sin vero alius appellabatur quam princeps, ille erit adeundus. Sed et si quid aliud post receptam appellationem impedimento factum fuerit, eum adire oportet, quem appellare quis debet. Plane si appellatione non recepta non ipsum adierit, quem debuit, sed principem, pro eo habebitur, atque si is aditus est, qui adiri debuit: idque rescriptis imperatoris nostri antonini declaratur. Plane si alium pro alio adiiit non principem, nihil ei hic error proderit, licet non videatur cessasse. Intra constituta autem appellatoria tempora debet is, cuius appellatio non est recepta, vel competentem iudicem vel principem adire.*”

¹⁰ Così R. ORESTANO, *Op.cit.*, pag. 384, che così si esprime: “*E’ interessante la terminologia usata dalle fonti a indicare questo appello-ricorso: il mezzo tecnico viene espresso con appellatio, appellare, ma esso sembra realizzarsi nei confronti dell’imperatore con un supplicare, nei confronti di altri con un adire (v. l’evidente contrapposizione dei due termini in Ulp. D. 49.5.5.1 or ora riportato); il che potrebbe far supporre che mentre nei confronti dell’imperatore ciò avveniva con un atto scritto, nei confronti di altri occorreva una personale presentazione*”. In effetti se si pone mente alla *supplicatio* non può che pensarsi che qui il riferimento è evidentemente ad un atto scritto. Tuttavia, occorre considerare che la forte contrapposizione che si rileva nel frammento potrebbe derivare anche dal carattere dell'intervento imperiale rispetto a quello dei giudici inseriti nell'amministrazione. Il primo avviene, infatti, pur sempre nell'ambito dell'esplicazione di una volontà di *ius dicere* e di accordare conseguentemente tutela, ma appunto perché frutto di una scelta libera, da riannodarsi alla politica del diritto che il *princeps* intende porre in essere, non è vincolata, come nel caso dei giudici, all'esplicazione di una funzione preordinata e burocraticamente ben

porsi in luce un diverso elemento di merito rilevante alla luce dell'analisi terminologica del passo. Solamente, infatti, avendo a mente come presupposto il fatto che il giurista designa, come anticipato poco fa, con il termine "*appellatio*" tanto l'appello avverso la sentenza emessa in primo grado, tanto il gravame contro il provvedimento con cui il giudice *a quo* oppone il diniego della ricezione del primo, può pienamente intendersi il frammento di cui in D.49.5.5.pr.¹¹ Il senso, che può cogliersi unicamente dopo l'accertamento della bivalenza di significato del termine "*appellatio*", è quello di avvertire che l'impugnazione proposta avverso il rifiuto di accogliere l'appello da parte del giudice *a quo* va accolta, ovviamente intendendosi con ciò che essa va comunque esaminata, precludendo così al giudice di dichiarare quella sorta di improcedibilità che, invece è possibile nei confronti dell'appello contro la sentenza di merito. Così sembra infatti che vada intesa l'affermazione ulpiana, che altrimenti non avrebbe alcun senso logico, secondo cui, appunto, "*ei, cuius appellatio non recipitur [...] admittetur eius appellatio*". Ed in tale soluzione può leggersi la volontà di apprestare comunque una tutela che sia effettiva. Se si ammettesse, infatti, la possibilità che il giudice dichiarasse inammissibile anche il gravame avverso il provvedimento con cui si dichiara di "*non recipere appellationem*", chiaramente la posizione dell'appellante ne risulterebbe gravemente compromessa, essendovi peraltro la possibilità che, per un vizio di qualsiasi natura relativo a tale impugnazione verrebbe compromessa anche la possibilità di entrare nel merito dell'appello principale eventualmente ingiustamente non accolto. A tal proposito, prima di continuare nell'analisi dei problemi relativi alla ricostruzione di tipo paligenetico delle fonti del Digesto, occorre far luce su due passi che testimoniano le sorti della sentenza appellata nei casi normali "*appellatione recepta*" e in quelli in cui, invece, sia stato dichiarato dal giudice *a quo* di non voler "*recipere appellationem*".

predisposta. In questo probabilmente sta anche il senso del verbo "*supplicare*" che in questo caso potrebbe trovare piena giustificazione nel fatto che dell'intervento imperiale si conserva ancora nella terminologia il carattere originario di graziosa concessione, al contrario di quello dei giudici ordinari inseriti stabilmente nell'apparato burocratico.

¹¹ Il testo del frammento, riportato assieme agli altri frammenti nella sua interezza poco sopra, è il seguente: "*Ei, cuius appellatio non recipitur, sufficit, si possit dicere appellationem suam non esse receptam: quod quaqua ratione doceat, admittetur eius appellatio.*"

D. 49.7.1.pr.-1 Ulp. IV, de app. [Pal. Ulp. 14]¹²

pr.: “*Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit.*”

1. “*Recepta autem appellatione tamdiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum.*”

Il passo tratta del problema delle sorti della sentenza di merito impugnata dall'appellante, offrendo peraltro una spiegazione alla regola ivi espressa, secondo cui non dev'essere compiuto alcun tipo di attività nuova una volta che sia stato proposto appello (“*Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet*”). Con ciò si intende, evidentemente, che la sentenza oggetto di *appellatio* continua, per ora, a non produrre effetti, a rimanere cioè, per dirla con Orestano¹³, “paralizzata”. In un modo piuttosto elegante, Ulpiano si affretta a spiegare che tale principio trova la propria spiegazione nel fatto che l'appello è stato accolto (nel senso che il giudice a quo non ha espresso la volontà di “*non recipere appellationem*”) e pertanto, implicitamente, occorre aspettare l'esito del giudizio di merito di secondo grado (“*si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est*”), mentre invece, nei casi in cui il gravame non sia stato accettato, il principio in parola vale a scongiurare un possibile pregiudizio fintantoché non ci si sia espressi su tale diniego (“*si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit*”). Anche nella fonte in esame, emerge in modo piuttosto cristallino l'uso ambivalente del termine “*appellatio*” tanto per riferirsi al gravame contro la sentenza di merito, quanto a quello proposto avverso il diniego del giudice *a quo*, ovvero la dichiarazione di improcedibilità. Alla luce di tale avvertenza terminologica può tuttavia leggersi abbastanza agevolmente il principio ora posto in esame, che viene in una certa misura ribadito nel frammento successivo, ove Ulpiano rimarca il fatto che ammessa l'impugnazione, non si deve

¹² Su cui vedasi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 386 che cita la fonte per affermare, unicamente, che dopo la proposizione dell'appello avverso la sentenza di merito, quest'ultima rimaneva “paralizzata”. Solo in seguito, avverte infatti l'autore, si avrà un'enucleazione di un vero e proprio principio riguardante gli effetti sospensivi della stessa di cui si comincerà a parlare in età diocleziana e, in seguito, postclassica.

¹³ *Ibidem.*

comunque procedere ad alcun tipo di nuova attività, fintantoché non sia stato deciso il merito dell'appello (*“Recepta autem appellatione tamdiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum”*).

La fonte appena esaminata può essere letta, ancora, con un'altra di Macro, contenuta anch'essa nel libro XLIX del Digesto, che attesta nuovamente il funzionamento di una regola simile, benché anche in essa può rilevarsi l'importanza della casistica emergente, più che l'enucleazione di un vero e proprio principio di carattere generale relativo a ciò che con terminologia moderna potrebbe definirsi “effetto sospensivo dell'appello”.

D. 49.5.6 Macer II, de app. [Pal. Macer 14]¹⁴

“Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipit sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit: eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur.”

Il caso in esame si differenzia, invero, rispetto a quello precedentemente trattato, in quanto qui il giurista tratta l'ipotesi in cui non sia stata ammessa l'impugnazione dal giudice *a quo* (*“cum appellatio non recipitur”*), mentre, si è visto, Ulpiano considera entrambe le circostanze, sia che sia stata accolta, sia che non lo sia (*“Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet”*). Considerata tuttavia la finalità pratica che ispira la riflessione del giurista, che peraltro si richiama alle *“sacrae constitutiones”*, non sembra di poter affermare, chiaramente, che qui Macro voglia escludere che la regola da lui enunciata non valga anche per il caso in cui l'*appellatio* sia stata *“recepta”*. Semplicemente sta trattando solo il caso, per così dire, patologico e di minor frequenza, in cui il giudice *a quo* abbia dichiarato di non intendere far proseguire il procedimento d'appello. Da un punto di vista sostanziale, la regola che emerge si

¹⁴ Su cui vedasi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 386, che cita la fonte assieme a quella ulpiana riportata in D.49.7.1.pr., avvertendo che, come ricordato poc'anzi, *“dopo che il giudice a quo non aveva recepta l'appellatio e il giudice ad quem non si era ancora pronunziato sull'appello-ricorso intorno alla pregiudiziale se l'appello numero 1 fosse da ricevere oppur no, la sentenza impugnata continuava a restare paralizzata”*. Ancora, vedasi W. LITEWSKI, *Op. cit.*, II, pag. 356 che tratta incidentalmente il problema senza entrare nel merito delle questioni qui trattate.

pone assolutamente nella direzione di quella già espressa da Ulpiano, risultando anche qui evidente che la sentenza, una volta impugnata, non produce effetti, nemmeno se sia stato opposto il diniego della ricezione del gravame da parte del giudice, avverso il quale, si è ampiamente visto, è prevista l'ulteriore possibilità di impugnazione. A tal proposito, occorre anche qui segnalare che Macro ci attesta nuovamente l'ambivalenza del termine "*appellatio*", adoperando tale sostantivo tanto riferendosi all'appello avverso la sentenza di merito, quanto a quello contro il provvedimento del giudice *a quo* relativo alla volontà di "*non recipere appellationem*" ("*cum appellatio non recipitur [...] contra fiscum appellatum sit*").

Tornando ora alla trattazione degli aspetti più squisitamente palinogenetici, che, tuttavia, vanno ricordati evidentemente al contenuto delle fonti in quanto non può prescindersi totalmente dal loro contenuto che determina spesso l'ordine della disposizione, può dunque affermarsi, anche alla luce di quanto sin qui si è visto in merito al problema dell'"*appellatio recipere vel non*", che il libro IV tratti di problemi processuali riguardanti l'ammissibilità dell'appello, gli effetti della sentenza impugnata, oltre ad altre fattispecie minori riguardanti la competenza in provincia. Pertanto, mentre nel I libro confluiscono in larga misura principi che trovano applicazione all'interno del procedimento, spesso già innestato, d'appello, i casi che Ulpiano raccoglie nel libro IV attengono invece a elementi che, da un punto di vista logico, si pongono innanzitutto come ipotesi più marginali, in quanto minori devono essere state le volte in cui sia stato discusso un provvedimento di "*non recipere appellationem*" rispetto, ad esempio, ai principi tendenzialmente generali relativi alla competenza dei giudici, ai termini per impugnare, ai requisiti dell'atto di appello. Come già anticipato, in realtà tale linea di demarcazione, dal punto di vista contenutistico, tra tali libri, può essere valida solo se si tiene a mente che trattasi di una regola da intendere in modo piuttosto elastico, in quanto emerge come chiave interpretativa solamente di maggior verosimiglianza della disposizione degli argomenti che pone in essere Ulpiano, ma chiaramente non vi si può scorgere un disegno organico e sistematico nell'esposizione dei problemi che, proprio in quanto emergenti dalle dinamiche fluide della prassi, spesso rifuggono un incasellamento ingessante.

2. I libri de appellationibus di Macro e Marciano: aspetti palingenetici

Un'esigenza logica impone di addivenire unitariamente alla trattazione delle due opere "*de appellationibus*" di Macro e Marciano, che costituiscono, insieme a quella di Ulpiano, le uniche interamente dedicate all'istituto dell'appello e contenute nel libro XLIX del Digesto, in quanto esse presentano affinità tali, soprattutto per la sinteticità, che impongono, ai fini di una lettura proficua, che essa venga svolta in parallelo, per far cenno in seguito agli elementi di diversità rispetto all'opera ulpiana. Per quanto attiene invece alla struttura delle opere, si può affermare che l'opera di Macro presenta numerosi punti di congiunzione rispetto a quella ulpiana che, a livello contenutistico, può costituire un utile terreno di confronto.

L'opera di Emilio Macro si compone in realtà unicamente di due libri, che in totale racchiudono quindici passi. Essa si presenta, tra le due oggetto della presente attenzione, come per molti aspetti la più somigliante a quella di Ulpiano. Il primo libro è infatti costituito da sei passi, per un totale di cinque rubriche, secondo la ricostruzione del Lenel, relative al modo di appellare ("*quo modo appellandum sit*"), ai soggetti contro cui non sia possibile appellare ("*a quibus appellare non liceat*"), alla legittimazione soggettiva ("*qui appellare possint*"), ai termini ("*quando appellandum sit*"), e alle eventuali *cautiones* da dare ("*de cautionibus*"). Il libro secondo è interamente composto da otto passi, per un totale di quattro rubriche, relative al problema dell'"*appellatio recipienda vel non*" ("*de appellationibus recipiendis vel non*"), di cui si è trattato ampiamente nell'esposizione relativa all'opera ulpiana, alle ipotesi in cui non sia necessario appellare in quanto altri istituti sortiscono il medesimo effetto ("*quando appellare necesse non sit*"), al soggetto tenuto a condurre il processo d'appello, nei casi in cui vi sia stato un *procurator* che abbia appellato ("*de causis appellationum reddendis*"), e al caso in cui sia intervenuta la morte durante la fase impugnatoria ("*si pendente appellatione mors intervenerit*"). L'analogia con il lavoro ulpiano risiede nella disposizione dei passi in base al loro contenuto che, anche qui, vede dedicata una prima parte ai principi per così dire generali interni al procedimento d'appello (termini,

legittimazione, forma dell'appello), mentre demanda alla seconda parte¹⁵ l'esposizione di problemi più particolari, riguardanti perlopiù, come nel caso di Ulpiano, le tematiche relative al non accoglimento, da parte del giudice *a quo*, dell'appello avverso la sentenza di merito, con l'aprirsi di quel nuovo e distinto procedimento che si è visto. Anche qui occorre riflettere sul fatto che tali questioni, unitamente a quelle, ulteriori, presenti nel medesimo libro e relative alle ipotesi in cui non occorre appellare in quanto altri mezzi di tutela sono già previsti dall'ordinamento, costituiscono momento di riflessione in merito a principi che non sono inseriti nell'alveo dell'appello vero e proprio, ma costituiscono, al contrario, regole procedurali per stabilire se ed in quali condizioni a detto procedimento d'appello occorra far ricorso o comunque aventi ad oggetto, come nel problema a lungo dibattuto dell'"*appellatio recepta vel non*", questioni "esterne" che si innestano sull'impugnazione principale.

L'opera di Marciano si presenta, quanto alla sua estensione e dal punto di vista contenutistico, come un lavoro ove emerge con particolare evidenza la frammentarietà degli interventi del giurista. Si possiedono, infatti, unicamente quattro passi raccolti in due libri. I problemi di cui egli si occupa, peraltro assai interessanti sotto diversi profili e trattati in precedenza in merito alle questioni relative alla legittimazione ad appellare e alla dichiarazione di improcedibilità dell'appello da parte del giudice *a quo*¹⁶, tradiscono in modo piuttosto evidente il motivo, di carattere eminentemente pragmatico, che ha dato luogo alle riflessioni del giurista. L'estremo tratto stilistico, unito all'eterogeneità degli argomenti, fa sì che la

¹⁵ In realtà in Ulpiano i problemi che occupano la seconda parte dell'opera di Macro risiedono nel libro IV, ma, si è visto, i libri II e III si compongono, in realtà, di soli due passi, l'uno relativo ad un problema di appello contro la sentenza capitale in materia evidentemente criminale, l'altro in merito ad un'ipotesi marginale in cui non occorra appellare secondo quanto prescrive la *lex municipalis*. Alla luce di tale fatto, può leggersi sin otticamente il libro I dell'opera ulpiana con il primo di quella macrina, mentre il IV del primo giurista va letto in raffronto al secondo libro dell'opera oggetto della presente attenzione.

¹⁶ In realtà la ricostruzione del Lenel dell'opera di Marciano mostra che il numero davvero esiguo dei passi di Marciano che, nonostante la contemporaneità rispetto ad Ulpiano, sembra che non vi siano particolari influenze tra le opere dei due giuristi. I problemi che il giurista affronta riguardano la legittimazione ad appellare del terzo interessato (D.49.1.5), che costituisce, come visto, uno snodo fondamentale per la trattazione di tali tematiche, in quanto, accanto all'affermazione del principio secondo cui "*a sententia inter alios dicta appellari non potest*", emerge una profonda riflessione che plasma tale principio di carattere generale secondo i problemi che la prassi impone in un aspetto tanto delicato come quello relativo alla coniugazione della legittimazione del terzo interessato all'appello con quello, *prima facie* opposto, relativo all'esplicarsi degli effetti della sentenza solo in capo alle parti del giudizio all'esito del quale è stata emessa l'impugnata sentenza.

sua opera risulti la meno inquadrabile sotto alcuna categoria che possa spiegarne l'esposizione, benché, come detto, le soluzioni cui perviene non sono affatto di minore momento per lo sviluppo dell'istituto dell'*appellatio*.

A conclusione dell'analisi degli elementi strutturali che informano le opere *de appellationibus* di Macro, Marciano e Ulpiano, è utile riflettere sulle influenze che tali opere hanno esercitato sulla struttura dei titoli del libro XLIX del Digesto. Se nel penultimo libro, dedicato per la più parte, dal titolo I al XIII, alla trattazione dell'appello e degli aspetti processuali ad esso collegati, confluiscono per larga misura passi provenienti dalle suddette opere, cionondimeno si trovano anche diversi frammenti di opere più svariate. Si incontrano, infatti, casi tratti dai *libri disputationum*, dai libri *opinionum*, da quelli *digestorum*, da quelli *responsorum*, dai commentari *ad edictum* e da altre opere minori. Può tuttavia notarsi piuttosto agevolmente che l'ordine di esposizione degli argomenti trattati segue in modo assai chiaro la struttura delle opere *de appellationibus*; intuibilmente, per le ragioni anzidette, i compilatori, nella scelta del modo di presentazione delle fonti, sembrano seguire l'ordine dei lavori di Ulpiano e Macro. Il titolo I, infatti, *de appellationibus et relationibus*, costituisce in realtà una sorta di introduzione generale all'istituto dell'appello, in cui, tuttavia, vengono subito presentati numerosi problemi di ordine sostanziale che fanno entrare subito l'interprete, per così dire, *in medias res*, in questioni piuttosto spinose¹⁷, da cui emergono numerosi passi tratti dalle stesse opere oggetto della presente indagine. Se si guarda invece ai titoli successivi¹⁸, può cogliersi già dall'intestazione che, mentre per quanto riguarda il primo l'influenza delle opere *de appellationibus* è evidente per il numero di frammenti presenti, per quelli successivi già dai nomi delle rubriche è agevole accorgersi che i compilatori

¹⁷ Dopo il passo ulpiano d'esordio, D.49.1.1.pr., con l'enunciazione "*appellandi usus quam sit frequens ac necessarius, nemo est qui nesciat [...]*", nel proseguo del passo e in quelli successivi già si trovano affrontate delicate questioni come la possibilità di appellare contro un rescritto del *princeps*, problemi in ordine ai requisiti dell'atto d'appello, alla legittimazione ad appellare e così via, che ben lasciano intuire che i compilatori non abbiano inteso, al di là del *nomen* della rubrica, attribuire al primo titolo un valore limitatamente introduttivo.

¹⁸ Il titolo II ha come intestazione "*a quibus appellari non licet*", il III "*quis a quo non appelletur*", il IV "*quando appellandum sit et intra quae tempora*"; il V "*de appellationibus recipiendis vel non*"; il VI "*de libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur*"; il VII "*nihil novari appellatione interposta*"; l'VIII "*quae sententiae appellatione rescindantur*"; il IX "*an per alium causae appellationum reddi possunt*"; il X "*si tutor vel curator magistratusve creatus appellaverit*", l'XI "*eum qui appellaverit in provincia defendi*"; il XXII "*apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellendum*"; il XIII "*si pendente appellatione mors intervenerit*".

hanno preso ad evidente riferimento i lavori di Ulpiano, Macro e Marciano qui analizzati, inserendo in seguito numerosi frammenti di altre opere ove esse trattavano aspetti dai primi non presi in considerazione o riguardanti istituti regolati da costituzioni imperiali che esercitavano la propria influenza anche su determinati aspetti dell'appello. Può dunque affermarsi che, se la gran messe di fonti presenti nei titoli I-XIII del libro XLIX del Digesto deve la propria origine a svariate opere, lo schema cui si ispirano i compilatori è evidentemente quello dei libri *de appellationibus*, cui occorre fare riferimento tanto per gli aspetti contenutistici, con le numerose soluzioni che ivi si rinvencono e che costituiscono, anche laddove la commissione inserisce passi tratti da opere terze¹⁹, il punto di riferimento della riflessione, quanto per la loro struttura che informa, in definitiva, l'intero libro XLIX.

¹⁹ Ad esempio, nel titolo I, in D. 49.1.5.pr. Marciano, in un passo già più volte esaminato e tratto dai libri *de appellationibus*, afferma che “*A sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa*” introducendo così, nell'esposizione voluta dai compilatori, il problema della legittimazione ad appellare del terzo. A tale passo segue una serie di ulteriori frammenti, anche escerpiti da Macro e Marciano, sempre dai libri *de appellationibus*. È interessante notare, infatti, confermando quanto si è sostenuto, che il primo passo che rinvia non tratto dalle opere anzidette è quello di Ulpiano, dal libro *otavo disputationum*, D.49.1.10, relativo al problema di chi debba appellare (D.49.1.10.pr) se con la sentenza siano stati condannati più soggetti, sempre in tema, pertanto, secondo la visione dei giuristi romani, di legittimazione ad appellare. Evidentemente i compilatori prima attingono, sia nella strutturazione del titolo che per quanto riguarda gli aspetti contenutistici, ai libri *de appellationibus*, e solo successivamente inseriscono, in un discorso “cucito” sugli argomenti tratti dalle opere in parola, i passi anche di altri lavori che forniscano un apporto alle problematiche trattate.

QUESTIONI E PROBLEMI TRA PRASSI E RIFLESSIONE GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI APPELLO IN D.49.1-13

1. Mancanza di una definizione di “appello” nelle fonti. Problemi filologico linguistici in D.49.1.1.pr.

Il titolo I, *De appellationibus et relationibus*, posto all'esordio del libro XLIX dei Digesta, contiene in realtà numerose e distinte problematiche, che è bene affrontare, da un punto di vista metodologico, al fine di esplorare il pensiero giurisprudenziale, tanto in chiave di elaborazione dottrinale, quanto alla luce della prassi che lo determina, partendo sempre dagli aspetti filologico-linguistici delle fonti, verificando di volta in volta se i giuristi riconducano all'uso di una particolare terminologia un preciso significato.

D. 49.1.1.pr., Ulp. I, de app., [Pal. Ulp. 1] :

pr.: *“Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigit: licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est.”*

Il passo in esame²⁰, posto ad introduzione del titolo I del libro XLIX *De appellationibus et relationibus*, fornisce, con particolar evidenza per la sua collocazione al principio della trattazione dell'istituto dell'appello, una descrizione funzionale del mezzo di gravame in esame. Com'è logico attendersi da un giurista

²⁰ Sul passo vedansi R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, pagg. 73 e ss; F. ARCARIA, *Recensione critica a Peachin, Iudex vice Caesaris. Deputy emperors and the administration of Justice during the Principate* [Heidelberger althistorische Beiträge und epigraphische Studien, 21] Stuttgart, 1996, in IURA, XLVI, 1995, pag. 151; K.T.M. ATKINSON, *Rome and the Rodian Sea-Law*, in IURA, Vol. XXV, 1974, pag. 69 nt., ove cita il passo a proposito del fatto che *“the last case refers to imperitia on the part of governors as a frequent justification of such reference to the emperor”*). Ancora W. WOŁODKIEWICZ, *I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia*, in Rivista internazionale di diritto romano ed antico, IURA, Vol. XLVII, 1996, pag. 39; A. CENDERELLI, *Il remedium menzionato in Cons. 5,6 e gli effetti della plurispettito in danno di minori*, in Studi in Onore di Giuseppe Grosso, Vol. II, Torino, 1968, pag. 396 nt., che richiama, in merito al passo di Ulpiano, il lavoro di Orestano, pagg. 166 e ss., dicendo che *“non v'è dubbio che l'appello, già nel diritto classico, abbia raggiunto una diffusione ed una generalizzazione tali da farne, nella sostanza se non sempre nella strutturazione formale, un vero e proprio diritto del soccombente in giudizio”*.

romano, Ulpiano, trattando dell'*appellandi usus* in realtà non definisce quali ne siano i tratti caratteristici, ma si limita, piuttosto, ad indicare quali siano le ragioni che giustificano la possibilità di ricorrere all'impugnazione della sentenza. Il giurista si esprime con le parole "*nemo est qui nesciat*", perifrasi che attesta, al di là dello stile volutamente ed evidentemente retorico, che probabilmente ormai al tempo di Ulpiano non vi sono dubbi sull'utilità della concessione della possibilità di impugnazione, tanto più che si fa espressamente riferimento al fatto che, -ormai-, si tratti di un fenomeno frequente e necessario ("*frequens quamque necessarius*").

Posto in luce che, invero, dell'istituto si dia unicamente una descrizione, che pare peraltro piuttosto "una clausola di stile" che nulla definisce e che, anzi, dà per presupposta la circostanza che comunemente è conosciuto il funzionamento dell'appello, è interessante notare che si individuano nell'"*iniquitatem iudicantium vel imperitiam*" i motivi che giustificano il ricorso all'impugnazione delle sentenze. In realtà il termine *iniquitas* ricorre anche in numerosi altri passi, trattando spesso di "*iniquitas cuius, eius, iudicantium, iudicis, iuris, loci, praesidis, rei, sententiae*"²¹., benché, evidentemente, con significati anche distanti da quello in esame relativo al concetto, invece, di "ingiustizia"²² nel senso di soluzione non conforme alla realtà dei fatti sostanziali o alle regole processuali²³.

Testimonianza del fatto che il lemma in esame si riferisce, di frequente, anche alla sentenza in sé si ha, ad esempio, in un passo di Macro, situato nel titolo XIII dello stesso libro XLIX, affrontando il tema della morte della parte *pendente appellatione* nel caso di un'ipotesi riguardante un gravame in materia criminale con evidenti riflessi anche di natura civilistica in capo al successore, che avrà interesse ad

²¹ Così AAVV., s.v. *Iniquitas*, in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Tomo III/2, Berlin- New York, 1983, pag. 735.

²² Per una definizione più precisa occorre tuttavia attendere l'esito dell'indagine, che si svolgerà a breve, intorno al concetto in esame in relazione all'influenza che riceve dall'"*aequitas*".

²³ Come accennato, l'uso del termine "*iniustitia*" assume, del resto, significati assolutamente vari ed eterogenei. Basti ricordare un passo ulpiano in cui, si ha testimonianza di un uso tanto distante quanto curioso del termine, mostrando un'accezione particolare, riferibile ad un contesto completamente diverso, ove il significato di "*iniquitas*" è riferito alla conformazione dei luoghi. D. 9.1.1.4 : "*Itaque, ut servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.*" E' evidente infatti che qui il termine è usato in riferimento alla posizione sfavorevole del luogo, alla malagevolezza del terreno percorso dagli animali, attestando un'espressione, "*iniustitia loci*" alquanto particolare e che dà il senso della molteplicità di significati che il sostantivo può assumere.

insistere nell'appello, per far valere le proprie ragioni per ottenere la riforma di una sentenza ingiusta. In realtà, il termine viene impiegato in un rescritto di Alessandro Severo, riportato dal giurista, che specifica, come emerge chiaramente dal testo, il caso particolare in cui si abbia interesse, "*quamvis [...] morte rei crimen extinctum sit*", a proseguire l'appello:

D. 49.13.1.pr., Macer. II, de app., [Pal. Macer 14]

pr.: "[...] *imperator noster Alexander Plaetorio militi ita rescripsit: "Quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data tamen etiam de parte bonorum eius sententiam proponitur, adversus quam non aliteris, qui emolumentum successionis habet, optinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit"*".

Si può notare inoltre, ai fini che qui interessano, che il termine "*iniquitas*" anche in questo passo, come in quello ulpiano, non pare avere in sé alcuna valenza tecnica, designando piuttosto un vizio che l'appellante o chi, come nell'ultimo esempio, abbia interesse alla riforma della sentenza, riscontra nel provvedimento impugnato.

Ai fini di verificare l'uso che si può attestare nelle fonti, è bene prendere in esame anche alcuni ulteriori, tra i molti, casi di impiego della parola in esame.

Gaio parla, ad esempio, di "*iniquitas*" nel commentario IV delle Istituzioni, trattando del problema della temerarietà della lite, dei suoi effetti non infrequentemente dannosi e di una possibile soluzione attraverso la repressione della stessa, tanto nei confronti dell'attore che propone artificialmente la domanda, quanto in quelli del convenuto che frappone ostentatamente e dolosamente ostacolo al celere soddisfacimento della pretesa del creditore²⁴. Ciò che rileva in questa sede è che neppure in Gaio si può dire che al termine in esame possa attribuirsi una valenza di tipo tecnico, che risolva il problema di attestare se nel passo ulpiano il giurista faccia esatto riferimento ad un determinato tipo di vizi che inficiano la validità della sentenza. Occorre considerare che Gaio tratta della sentenza sotto un diverso punto di

²⁴ Vedasi A.M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in Atti del Convegno. Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico, Collana della Rivista di diritto romano, disponibile anche all'indirizzo www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanogiomaro.pdf

vista, prescindendo dal tema dell'*appellatio*, in quanto istituto che, per certo, si era già formato da tempo, ma che deliberatamente non ritiene di dover trattare in quanto parte delle *cognitiones* che, come tali, rimangono escluse dall'alveo dei temi processuali di cui si occupa il giurista nelle Istituzioni, facendo riferimento al processo formulare. E' tuttavia ipotizzabile che, se il concetto di "*iniquitas*" avesse avuto un significato tecnico preciso, probabilmente Gaio avrebbe evitato di adoperarlo trattando del tema della temerarietà, potendo infatti destare qualche dubbio o fraintendimento.

E' bene, tuttavia, prendere in considerazione anche ulteriori fonti in cui il termine viene usato, per capire, ancora una volta, se ad esso possa attribuirsi un uso tecnico e, quantomeno più circoscritto, rispetto al mero concetto di "*iniquitas sententiae*", verificando così, inoltre, quali influenze subisca tale termine dal concetto di "*aequitas*".

In D. 17.2.79 si trova attestato un uso che, pur nella sua particolarità quanto al tema trattato, non pare discostarsi eccessivamente, quanto al significato semantico, da quello fin qui posto in luce. Paolo, nel passo tratto dal *libro quarto questionum*, si esprime nella seguente maniera:

D. 17.2.79 Paulus. IV, *quaest.*, [Pal. Paulus 1320]:

"Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei."

Si può notare, innanzitutto, che il termine "*iniquitas*", proprio come nel passo ulpiano, è usato in ambito processualistico ed anche qui, ai fini di porre rimedio all'ingiustizia, viene in soccorso un mezzo particolare, come il *iudicium bonae fidei*, il quale, in virtù della propria duttilità e capacità di adattarsi al caso concreto -così come l'appello nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem*- risponde alle esigenze dell'ordinamento di fornire una risposta pragmatica. In questo senso si può, forse, tracciare una somiglianza tra il passo in esame e il passo ulpiano, nel senso di dover porre in luce il fatto che, in entrambi i casi, all'*iniquitas* si rimedia con una soluzione attinta non già da un istituto che trova fondamento in quel complesso di regole tradizionali, come il *ius civile* e il processo formulare, ma in istanze che vengono accolte nell'ordinamento "dal basso", accogliendo principi nuovi in virtù

dell'esigenza, potrebbe dirsi, della “*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*”. L'elemento, ora descritto, non pare di poco conto, ove si consideri che le fonti fanno uso del termine “*iniquitas*” soprattutto, come già accennato, in ambiti processualistici, rispetto ai quali non si può pertanto, pur in assenza di un preciso e circoscritto impiego tecnico del termine, prescindere dal prender atto di questa linea continua che unisce i due concetti e che probabilmente fornisce uno spunto interpretativo di non assoluta indifferenza.

Esaurita la trattazione delle tematiche dedicate al termine ora prese in esame, occorre verificare se, anche per altre espressioni utilizzate, vi siano riflessioni ulteriori, al di là del mero dato testuale emergente dal passo posto a principio del titolo I del Libro XLIX, rispetto alle quali si avverta l'esigenza di intrattenersi.

Ulpiano, oltre che di “*iniquitas*”, parla anche di “*imperitia iudicantium*”, alludendo genericamente a tutte le ipotesi in cui la sentenza risulti da riformare in quanto frutto di ignoranza di particolari cognizioni tecniche richieste al giudicante per poter porre in essere la propria attività, la quale, frutto di conoscenza (*peritia*) specifica, richiede che la sua azione sia informata ai princìpi e alle competenze propri della materia, appunto perché egli, nell'emettere sentenza, non compie un fatto come un *quidam*, ma in qualità di *peritus materiae*.

Se è vero, infatti, che il termine in questione ha assolutamente un valore tecnico, consistente appunto nell'identificare i comportamenti di colui che agisce in attività che richiedano l'uso di particolari abilità, non può d'altronde sostenersi che essa sia espressione tipica dell'ambito processualistico, ma, al contrario, occorre ammettersi che è spesso usata in numerosi altri ambiti.

E' bene ricordare, tra i molti, il famoso passo gaiano in tema di responsabilità aquiliana, in cui il termine *imperitia* viene impiegato in un significato non dissimile da quello poc'anzi ricordato.

D. 9.2.8.1 Gaius VII, *ad ed. prov.*, [Pal. *Gaius* 185]

1: “*Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpa nomine teneri.[...]*”

Non pare necessario intrattenersi oltre sul tema in esame, dovendo, al contrario, tornare a ripercorrere quelli che sono i profili di maggiore interesse, talvolta anche problematici, che si ricollegano al passo ulpiano dinanzi visto. Da un punto di vista terminologico, occorre soffermarsi sull'uso di "quippe", sul quale occorre dar conto di alcune considerazioni.

Il termine "quippe" è destinato, seguendo il Beseler²⁵, ad essere fortemente sospettato di essere frutto delle interpolazioni dei commissari giustiniani. Lo studioso, infatti, si mostra netto e fermo nella convinzione di non considerare genuino l'uso, nelle fonti, del termine in esame, sostenendo che "*in den Texten der Klassiker fast immer unecht*", elencando, di seguito, una serie di passi tratti dal Digesto e, in misura minore, dalle Istituzioni gaiane, in cui può ci si può imbattere nel supposto intervento interpolatorio, includendo in tale rassegna anche il passo in esame, rispetto a cui sarebbe da considerarsi interamente frutto dell'intervento dei commissari l'inciso "*quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat*". Tuttavia occorre avvertire che lo studioso non si preoccupa di portare argomentazioni solide che valgano a giustificare la sua posizione, risolvendosi questa, in definitiva, in una mera petizione di principio.

Esaminati gli aspetti filologico-linguistici del passo introduttivo ulpiano, non rimane da segnalare che, da un punto di vista strettamente sistematico, i compilatori hanno voluto fornire, con esso, una breve introduzione all'istituto dell'appello che, tuttavia, come accennato, non sembra voler definire in maniera puntuale e precisa gli elementi costitutivi del mezzo di gravame, ma costituisce, al più, un'introduzione che presuppone nel lettore una previa conoscenza della funzione tipica dell'*usus appellandi*. A prescindere dal fatto che spesso non si incontrano, nella compilazione giustiniana, definizioni giuridiche del tipo cui siamo abituati nelle codificazioni moderne, appare chiaro che Ulpiano non ha l'intento di fornire una definizione compiuta -peraltro, con il pericolo di risultare ingessante- ma, al contrario, vuole solo abbozzare, richiamandoli, quelli che sono i tratti caratteristici dell'appello, presupponendo che il lettore già abbia quantomeno un'idea di cosa si tratti.

²⁵ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV Heft, Tübingen, 1920, pagg. 208 e ss., richiamato da A. GUARNERI CITATI, *Exceptio omnia initio- In integrum restitutio- Appellatio*, in Studi in onore di Silvio Perozzi, Palermo, 1925, pag. 256 nt. 1

Nell'ottica appena descritta, si può meglio capire il senso del periodo "*licet nonnumquam bene latus sententias in peius reformet, neque enim utiqu emelius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est*". Il giurista severiano infatti allude già ad un problema eminentemente pratico, che rifugge ad una definizione astratta e teorica, che certamente veniva avvertito quasi con cadenza quotidiana, consistente nel fatto che, benché la finalità dell'istituto risieda nella esigenza di addivenire ad una soluzione di maggiore giustizia, non v'è nessuno che ignori ("*nemo est qui nesciat*"), che, accanto all'esigenza necessaria di dover predisporre un mezzo di gravame che ponga rimedio all'ingiustizia subita all'esito di un processo di primo grado, tuttavia, in modo frequente, accade spesso che il risultato della nuova sentenza non risulti conforme alle aspettative, in quanto l'esito del giudizio di secondo grado appare peggiore rispetto a quello del provvedimento cui s'intendeva porre rimedio.

2. Relazione tra profili politico-costituzionali e problemi in tema d'appello. *Appellatio contra rescriptum* e *consultatio* in D. 49.1.1.1. L'appellabilità dei rescritti imperiali.

L'istituto dell'appello, tanto per la propria natura di mezzo che si sviluppa parallelamente alla forma costituzionale del principato e ne risente, nella propria conformazione, dei mutati e mutevoli assetti politici, in quanto frutto diretto del potere imperiale che si occupa di intervenire direttamente nell'amministrazione della giustizia, quanto per il ritratto che può delinarsi analizzando le fonti, costituisce spesso un mezzo privilegiato per scorgervi, accanto ai principi che ne regolano il funzionamento, l'occasione di leggere in filigrana i problemi del potere politico che si affacciano ed incidono sulle strutture giuridiche.

Solo partendo dalla consapevolezza di quanto appena descritto, dalla consapevolezza cioè di una trama fittamente intessuta tra le vicende politiche e la regolazione giuridica²⁶ dell'istituto dell'appello, anche in considerazione del suo sviluppo, avvenuto, va da sé, in modo alluvionale, spontaneo e con una regolamentazione non organica, devono leggersi i paragrafi immediatamente successivi a quello precedentemente trattato, ad opera dello stesso Ulpiano, riportato nella compilazione giustiniana in D. 49.1.1.1-2²⁷, ove il giurista intende risolvere il diverso problema dell'appellabilità di un *rescriptum principis*.

²⁶ Per affrontare le tematiche relative alle reciproche interazione ed influenza tra problemi di ordine politico-costituzionale e vicende relative al processo della *cognitio extra ordinem*, vedasi, in particolare, N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milano, 1974, pagg. 236 e ss., ove l'autore, benché esami aspetti diversi dallo sviluppo storico-diacronico dell'istituto dell'appello, riflette sulla convenienza del potere politico ad incidere in ambito giurisdizionale osservando che “*che vi fosse un interesse politico della cancelleria, e del principe stesso, a controllare da vicino il processo cognitorio, è di gran lunga più evidente che per il processo formulare. Basti pensare, anzitutto, che la cognitio regolava tutte le nuove materie, quelle che erano diretta espressione della politica legislativa del principe, sia nel diritto privato, sia nel diritto pubblico, sia in quello criminale; fedecommissi, alimenti, libertà, tutela, ed ancora le controversie in materia fiscale e tutte le nuove figure di reati che i principi non attribuivano più al processo delle quaestiones perpetuae sono tutte tipiche espressioni della legislazione imperiale di questo periodo. Altro motivo di interesse imperiale era poi certamente costituito dall'essere la cognitio il processo di buona parte delle provincie, anzi delle provincie più difficili da trattare [...]*”. Sul tema, ancora, delle relazioni tra potere politico e funzione giurisdizionale, da un punta di vista più generale, dalla nascita del principato, vd. *Idem*, *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato*, Torino, II ed. 1991.

²⁷ Per i problemi relativi al passo, cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, I, in *Révue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)*, XII, 1965, pag. 355, in cui, passando in rassegna i problemi di cui si occupano principalmente i frammenti del Digesto, accenna al divieto di appello di particolari giudici; *Idem*, pag. 359, accennando agli imperatori che si occupano dei problemi dell'appello, ha modo di citare il passo in esame; *Idem*, *Die römische Appellation in*

D. 49.1.1.1-2, Ulp. I, de app. [= Pal. Ulp.....]:

1. “*Quaesitum est, an adversus rescriptum principis provocari possit, forte si praeses provinciae vel quis alius consuluerit et ad consultationem eius fuerit rescriptum: est enim quaesitum, an appellandi ius supersit. Quid enim, si in consulendo mentitus est? De qua re extat rescriptum divi Pii πρὸς τὸ χοινὸν τῶν Θρακῶν, quo ostenditur provocari oportere. Verba rescripti ita se habent: “Si quis nobis quaedam scripserit et ad ea nos qualemcumque responsum dederimus, licebit iis quis volent a responso appellare. Nam si docebunt vel falsa esse vel certe aliter se habere ea quae scripta sunt, nihil a nobis praeiudicatum esse videbitur, qui responderimus scriptis alia proponenti bus.”*”

Zivilsachen, II, in RIDA, XIII, 1966, pag. 232, ove, come si vedrà poco oltre, l'autore polacco, parlando dell'oggetto dell'appello, tratta del problema, affrontato in modo distinto dai diversi giuristi, dell'appellabilità delle cd. *interlocutiones*. Ancora, *Idem*, pag. 293, ove informa, come accennato sopra quando si accennava al valore del “*Quaesitum est*”, che vi è stato un dubbio circa l'ammissibilità dell'appello contro una sentenza in cui l'imperatore ha emesso un rescritto in risposta ad una *consultatio*. Infatti l'autore polacco avverte il problema, trattato prima, della congruenza del principio generale dell'appellabilità delle sentenze emesse con la previa consultazione della Cancelleria imperiale che, in quanto tale, almeno su un piano formale, poteva rappresentare una contraddizione di principio, trovando sia l'appello che il rescritto fondamento nel potere politico-giurisdizionale del *princeps*. Così l'autore polacco osserva infatti che “*Die Zweifel entstanden daraus, dass ein Zusammenstoß zwischen dem allgemeinen Grundsatz der Zulässigkeit der Appellationen gegen Urteile mit der Autorität des Reskripts in einer Sache, in der es ergangen war, erfolgte.*” Il passo è citato, in tutt'altro contesto, anche da F. MILLAR, *The emperor in the Roman World*, London, 1977, pag. 393, ove l'autore ne fa menzione trattando della corrispondenza tra l'imperatore e le comunità provinciali, affermando che “[...] *Antoninus Pius replied, also in Greek, to the koinon of the Thracians about the question of appeals against the rulings of imperial rescripts to individuals. [...] Just as among provincial cities those of the Greek provinces predominate overwhelmingly in the surviving record of the imperial correspondence, so the koina are far more fully represented than the concilia of the Latin provinces.*” Ancora in argomento vedansi R. ORESTANO, *op. cit.*, pagg. 293 e ss., U. VINCENTI, “*Ante sententiam appellari potest*”, Padova, 1986, pagg. 25 e ss. In generale sulla *consultatio ante sententiam* vedansi anche W. LITEWSKI, *Consultatio ante sententiam*, in ZSS, Vol. LXXVI, 1969, pagg. 277 e ss.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero*, I, In Studi in onore di C. Sanfilippo, II, Milano, 1982, pag. 675; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, pagg. 72 e ss. Si veda, inoltre, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, II ed., München, 1996, pag. 505. Ancora, vedasi A.M. DEMICHELI, *La relatio-consultatio nel regime delle impugnazioni*, in Atti dell'Accademia constantiniana, XIV, 2003, pagg. 324 e ss., ove cita la fonte avvertendo che Ulpiano “*si limitava ad ammettere la possibilità di un appello adversus rescriptum principis*”, mentre Macro, in D.49.4.3, “*andava oltre nella sua analisi ammettendo la possibilità di un'impugnazione della stessa relazione del giudice, qualora questi avesse preventivamente portato a conoscenza anche di quella parte, che poi avrebbe interposto appello, il testo delle “litterae” contenenti il quesito*”. In realtà, tuttavia, non pare che i due passi possano essere letti da tale prospettiva, in quanto Ulpiano non si limita, come si evince dal tenore letterale del passo, ad affermare l'appellabilità del *rescriptum principis*, ma pone in luce una serie di ragioni articolate che legittimano una tale impugnazione che, quantomeno su un piano formale, potrebbe porre in discussione i rapporti gerarchici all'interno dell'apparato burocratico che presiede all'amministrazione della giustizia.

2. “*Huic consequenter videtur rescriptum a consultatione iudicis non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit principem se consultaturum, cum possit post rescriptum provocare.*”

La questione in oggetto doveva essere stata momento di dibattito, come ci testimonierebbe l’uso dell’espressione “*quaesitum est*”; in effetti, se si considera, anche da un punto di vista dello sviluppo storico dell’istituto dell’appello, che trae origine dal potere del *princeps*, pare quantomeno fondato il dubbio se un rescritto, espressione dell’intervento diretto imperiale possa costituire oggetto di gravame, benché fornito sulla base di una falsa rappresentazione della realtà da parte del remittente.

Ulpiano, per rispondere al problema dell’appellabilità, cita direttamente la costituzione antoniniana, la quale ammette la proposizione dell’appello avverso un rescritto imperiale. Il giurista trae la diretta conseguenza dell’inappellabilità della sentenza interlocutoria con cui il giudice si rivolge al *princeps*, in quanto le parti, appunto, potranno dolersi, mediante impugnazione, direttamente ed in un tempo successivo avverso il rescritto stesso.

Il passo, benché piano e non sospettato di interpolazioni²⁸, presenta, come accennato, uno snodo fondamentale in quanto testimonia non solo una mera regola di carattere processuale, ma, al contrario, permette di svolgere alcune riflessioni in ordine a diverse questioni, tanto inerenti più spiccatamente al piano processualistico, tanto in ordine agli interventi del potere nella politica giudiziaria. Ulteriore motivo di interesse è invece costituito dal fatto che all’inizio del titolo I del libro 49 dei *Digesta*, “*De appellationibus et relationibus*” viene subito posto un caso in cui compare il problema dell’appello *ante sententiam*²⁹.

L’argomento può essere anche trattato indicando con il termine di “*interlocutiones*” le decisioni adottate in corso di procedimento, così come si

²⁸ Non vi è, infatti, alcuna indicazione da parte di E. LEVY-E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, Böhlau, 1929-35, pag. 125, i quali non segnalano alcun dubbio critico. Si esprime, invece, esplicitamente a favore della genuinità, U. VINCENTI, *Op. cit.*, pagg. 25 e ss.

²⁹ In argomento, vedasi *Ibidem*, che dedica l’intera monografia al tema dei cd. appelli *ante sententiam* ricostruendo, in un quadro diacronico, l’istituto, prendendo in esame le fonti dalle prime testimonianze in Plinio, Ep., 6, 13, 2-3 in un caso di processo criminale, passando poi in rassegna la disciplina dall’età degli Antonini, a quella severiana, citando alcuni casi anche dell’epoca diocleziana. Le ultime due parti del lavoro vengono infine dedicate al regime in vigore con il Codice Teodosiano e con il Codice giustiniano, anche alla luce dell’interpretazione del Digesto.

rinviene spesso nelle fonti e così come se ne ha testimonianza nel frammento successivo a quello in esame, in D. 49.1.1.2³⁰, ove Ulpiano dimostra, dopo aver esposto il rescritto, di trarre da quest'ultimo la conseguenza di non dover ammettere l'appello contro il provvedimento rivolto alla Cancelleria imperiale, motivandolo con il fatto che sarà appellabile, proprio in base al rescritto ivi riportato, quello che verrà emanato a seguito della *interlocutio*.

Come si può ben intuire leggendo l'opinione del giurista, negare alle parti l'appellabilità contro il provvedimento, di cui non si precisa meglio la natura³¹, rivolto all'imperatore, significa fare in modo di evitare che i contendenti proponano il gravame a soli scopi dilatori e non, invece, al fine di rimuovere elementi pregiudizievoli degli interessi di una delle due parti. Rimarrà, infatti, sempre riconosciuta alle parti la possibilità di proporre appello contro la decisione imperiale.

Nell'analisi del passo non si può prescindere dal notare che Ulpiano si pone la questione "*an adversus rescriptum provocari possit*", benché, evidentemente, lo stesso giurista, nel fornire la soluzione al problema indicando la possibilità di appellare contro la sentenza resa al termine del giudizio, citando nel suo percorso argomentativo la costituzione di Antonino Pio, deve ammettere, appunto, che si proporrà gravame al termine del processo e non invece contro la *interlocutio* del remittente, obliterando in pratica l'originario punto di partenza secondo cui ci si chiedeva se il rescritto imperiale costituisse possibile oggetto di appello. In effetti, ha osservato Orestano³², che almeno in età classica "*l'appello non si dirigeva in questo caso ancora propriamente contro il rescritto, ma contro la sentenza del giudice fondata sul rescritto, sia che questo gli fosse esibito da una delle due parti oppure fosse stato da lui richiesto con una consultatio all'imperatore*".

Il passo ulpiano, così denso di problemi e questioni relativi all'appellabilità di un provvedimento che investe, come visto, non unicamente la sfera giuridica ma si

³⁰ Ulpiano, infatti, stabilisce che "*Huic consequenter videtur rescriptum a consultatione iudicis non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit principem se consultaturum, cum possit post rescriptum provocare*".

³¹ Confronta anche *Idem, Op. cit.*, pag. 26.

³² R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 294.

estende a comprendere princìpi di carattere politico-costituzionale³³, riverberandosi infatti la soluzione del caso su un determinato tipo di concezione del potere imperiale, nel binomio “appello-rescritto”, entrambi come espressioni tipiche degli assetti politici del principato, può essere letto parallelamente ad un passo del giurista Macro, in D. 49.4.3.

D. 49.4.3 Macer. II, de app. [Pal. Macer 7]

“Illud videamus, si cum imperatori scriberetur, exemplum litterarum litigatori editum sit neque is appellaverit et postea contra eum rescriptum sit, an appellare a litteris pridem sibi editis possit? Quia qui tunc non appellavit, vera esse quae scripta sunt consensisse videtur: nec audiendus est, si dicat eventum rescripti sacri se sustinuisse.

Come nota Orestano nella sua monografia dedicata al tema dell’appello³⁴, si tratta di un’ipotesi in cui le parti sono venute a conoscenza del contenuto delle *litterae* contenenti il quesito rivolto alla Cancelleria imperiale. Ci si chiede se si potrà appellare, in seguito, contro l’emesso rescritto, dolendosi di una falsa od inesatta rappresentazione dei fatti o se, invece, occorre appellare in un primo momento contro la stessa *consultatio*.

Come può desumersi direttamente dal dato testuale, il giurista propende per la soluzione più restrittiva, dovendosi negare –a suo modo di vedere- la possibilità di proporre appello in un secondo momento “*quia qui tunc non appellavit, vera esse quae scripta sunt consensisse videtur*”.

Del passo in esame e del raffronto con quello ulpiano se ne occupa anche Litewski³⁵, trattando il tema della possibilità di appello in raccordo con l’esistenza di un provvedimento, come la *consultatio*, che richiama l’intervento dell’imperatore nella causa.

³³ Lo stesso W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], II, pag. 295, ove fa notare che, in realtà, il problema descritto è intimamente legato al profilo di carattere costituzionale che lo permea, affermando che “*die Zweifel entstanden daraus, dass ein Zusammenstoß zwischen dem allgemeinen Grundsatz der Zulässigkeit der Appellationen gegen Urteile mit der Autorität des Reskripts in einer Sache, in der es ergangen war, erfolgte. [...]*”

³⁴ R. ORESTANO, *op. cit.*, pag. 295. In realtà, come si vedrà, Macro addivene ad una soluzione diversa rispetto a quella ulpiana, sulla base, in quanto la prospettiva si presenta in modo non perfettamente coincidente. A.M. DEMICHELI, *Op. cit.*, pag. 325 legge il passo in parallelo con quello ulpiano di cui in D.49.1.1.1, sebbene i presupposti delle due situazioni appaiano piuttosto diversi. Cfr. anche quanto si è detto *sub* nota 26.

³⁵ W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], pagg. 294 e ss.

Dopo aver avvertito dell'inesistenza di alcun testo che tratti il caso dell'ammissibilità dell'appello in caso di sentenza contrastante con il contenuto di un rescritto imperiale³⁶, l'autore parla del passo come di un esempio di limitazione dell'ammissibilità dell'appello, nel caso in cui questo si rivolgesse contro una sentenza fondata su un rescritto, in quanto si creerebbe una sorta di giudicato (“*endgültig entschieden*”).

Come si è visto, i passi in esame possono essere letti parallelamente, benché le soluzioni cui pervengono i giuristi paiano essere di segno opposto, in quanto Macro opera una limitazione nella possibilità di proporre appello, negando di fatto, benché si occupi direttamente del tema dell'*appellatio* contro la *consultatio*, la possibilità di impugnare le sentenze che siano state rese in base ad un rescritto imperiale. In realtà, mentre Ulpiano ancora si occupa di porre un problema di congruità della possibilità di appello contro una sentenza -sebbene egli si esprima, come visto, attraverso la locuzione “*adversus rescriptum*”- emessa a seguito di un intervento imperiale e pertanto dovendo coniugare il principio generale dell'appellabilità delle sentenze con quello dell'autorità del rescritto, il pensiero di Macro costituisce, per il problema trattato, un antecedente di quello che sarà lo sviluppo delle *consultationes* in età postclassica. L'uso di ricorrere allo strumento descritto troverà sempre più spazio, componendosi nella forma del procedimento *per relationem*³⁷, per cui il testo della *relatio* verrà obbligatoriamente comunicato alle parti, alle quali sarà assegnato un termine per presentare osservazioni.

Con l'analisi dei passi esaminati si è visto che, in realtà, la riflessione giurisprudenziale, tanto come distillato dell'attività pratica, quanto come risultato di un'elaborazione dottrinale, si confronta non unicamente con problemi di carattere strettamente processualistico, ma investe anche principi che attengono al rapporto con il potere, con gli assetti politici, proprio per il carattere intimo dell'istituto dell'appello, come espressione di intervento politico in ambito giurisdizionale, sviluppatosi parallelamente all'irrobustirsi delle istituzioni imperiali.

³⁶ *Ibidem*, ove l'autore testualmente si esprime in questo modo: “*Kein Text spricht von der Frage der Zulässigkeit einer Appellation im Falle der Fällung eines dem Inhalt des Reskripts widersprechenden Urteils. Dies ergibt sich daraus, dass dann eine eventuelle Ungültigkeit des Urteils im Frage kam, da es den Vorschriften der kaiserlichen Konstitution widersprach*”.

³⁷ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 295 e ss; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], II, pagg. 295 e ss.

Nell'analisi dello sviluppo dell'istituto dell'appello, tanto nelle sue implicazioni di carattere dottrinale, quanto come istituto di congiunzione tra riflessione e pratica giudiziaria, occorre tener conto, come anticipato, che in misura assai maggiore rispetto ad altri fenomeni, vi si può leggere in filigrana la trasformazione della costituzione del principato con l'imperatore che sempre più spesso ritiene di "*suscipere cognitionem*"³⁸.

³⁸ Cfr. N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991, pagg. 34 e ss., ove l'autore, trattando del problema dell'inquadramento dell'intervento imperiale negli affari giudiziari, nota che "*al contrario esso [l'intervento] si giustifica, al pari di tutti gli interventi imperiali nel campo del diritto, nel quadro della nuova costituzione, che si sovrappone, senza mai negarla, alla costituzione repubblicana. E' vero però che quest'intervento non era in realtà concepito come un intervento giurisdizionale, ma come intervento politico straordinario, attribuito al titolare del potere politico*".

3. Profili soggettivi relativi alla legittimazione ad appellare.

3.1 Questioni terminologiche.

Fornito un quadro dell'ambito in cui le fonti sull'appello vanno lette ed interpretate, anche in relazione al ruolo del potere politico e dei giuristi in un simile contesto, occorre dar conto di come dai testi giurisprudenziali emerga il problema della legittimazione ad appellare, così da poter tentare, ancora una volta, di leggere in filigrana, assieme alla ricostruzione dogmatica delle regole che vi presiedono, anche le influenze di politica del diritto che contaminano la riflessione giurisprudenziale.

Al fine di penetrare nelle fitte maglie dei testi offerti dalle fonti, occorre prestare particolare attenzione, ancora una volta, all'uso dei termini per indicare il soggetto avente la legittimazione ad appellare, potendo quindi giungere a stabilire se ed in quali termini possa adoperarsi tale categoria dogmatica anche ai profili che qui interessano.

Va preliminarmente osservato che, da quanto emerge fin dalle fonti del Digesto, ancora una volta i giuristi rifuggono da una esposizione organica e sistematica del problema della legittimazione ad appellare, intervenendo sul tema solamente quando vi sia una questione problematica da affrontare. Tale aspetto si riflette inevitabilmente su una determinata alternanza terminologica con l'impiego, in modo assolutamente fungibile, di varie e diverse espressioni quali *ius* o *facultas appellandi*, così come del resto, si è ribadito, viene testimoniata una importante alternanza anche nell'uso di diverse espressioni, quando ad esempio occorra riferirsi, indistintamente, al gravame come *auxilium appellationis* o *provocationis*.

Nel passo precedentemente preso in esame³⁹ e qui riproposto, relativamente ad una diversa questione, Ulpiano si chiede, in tema di appello contro il rescritto imperiale, se sia possibile proporre gravame, facendo chiaro ed esplicito uso dell'espressione *ius appellandi*:

D. 49.1.1.1 Ulp. I, de app., [Pal. Ulp. 2]:

³⁹ Cfr. a pag. 35 quanto si è detto in merito all'appellabilità contro il *rescriptum principis*.

1. “*Quaesitum est, an adversus rescriptum principis provocari possit, forte si praeses provinciae vel quis alius consuluerit et ad consultationem eius fuerit rescriptum: est enim quaesitum, an appellandi ius supersit.*”⁴⁰

In un diverso passo, contenuto ugualmente nel libro XLIX dei Digesta, si trova attestato l’uso, in maniera non dissimile, di un diverso termine.

D. 49.1.4.3 Macer I, de app. [Pal Macer 3]:

3. “*Item si emptor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit: aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas.*”

Il problema di un diverso uso dell’espressione con un apparente identico significato ha spinto la dottrina⁴¹ a porsi la domanda se, ed in quale misura, i giuristi identificassero il medesimo concetto. All’analisi delle fonti fin qui indicate, si potrebbe affermare, con l’Orestano, che in realtà non vi sia una sostanziale differenza tale da celare un riferimento a concetti tecnicamente differenti. Lo studioso si spinge,

⁴⁰ Per le indicazioni bibliografiche relative al passo in esame, vedansi, oltre alle considerazioni già svolte a proposito del problema dell’intreccio del potere politico con le questioni processualistiche, riverberantisi sulla questione dell’appellabilità del rescritto imperiale, W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], I, pag. 355 nt. 42; III, in RIDA, XIV, 1967 pag. 304, pagg. 325-340; IV, in RIDA, XV, 1968 pag. 231 nt. 353. Il passo ulpiano qui attesta l’uso dell’espressione del *ius appellandi*, lasciando per ora aperta il problema se, per il tempo severiano, si possa già in qualche modo parlare di una sorta di diritto soggettivo all’appello. D’altro canto, considerato anche il fatto che il giurista non ha di mira certo una dogmatizzazione dell’istituto in parola, pare per ora prematuro poter affermare che l’utilizzo di *ius* abbia, in assenza di ulteriori riscontri, un uso di carattere tecnico che valga a differenziarlo da altre ed ulteriori espressioni che si incontreranno per designare il medesimo problema relativo alla legittimazione ad appellare. Interessanti sono le considerazioni di J. BLEICKEN, *Zum Regierungstil des römischen Kaisers*, Wiesbaden, 1982, pagg. 194 e ss. ove osserva, peraltro in maniera assai sottile, che l’istituto dell’appello costituisce in realtà un mezzo di controllo indiretto dell’amministrazione, non già posto come strumento contro di essa, ma all’interno della stessa. L’autore rileva, inoltre, che la possibilità di appello veniva probabilmente vista, all’interno dei poteri tra funzionari e *princeps*, come un motivo di perdita di autorità o come un indesiderato controllo del potere centrale: “*Die Appellation ist zwar ein Instrument der Verwaltungskontrolle, aber sie ist, wie man sieht, nicht als ein Instrument gegen die Verwaltung, sondern als eines innerhalb der Verwaltung konstruiert. Aber es versteht sich, dass die Statthalter und anderen Richter trotz allem die Appellation als unerwünschte Kontrolle oder Autoritätseinbuße ansahen und sie öfter zu behindern trachteten. Dagegen richten sich eine ganze Reihe von kaiserlichen Konstitutionen. Zu ihnen gehören sowohl diejenigen, welche eine erneute Appellation an den Kaiser (also eine Revision der sacra sentential) ermöglichten, wenn der Sachverhalt absichtlich oder unabsichtlich verfälscht vorgestellt worden war (hier wird im Vollzug Amtsführung der Spielraum für Appellationen erweitert), als auch vor allem alle Erlasse, durch welche die Richter ermahnt wurden, den Prozessparteien nicht den Weg zum Kaiser zu versperren. [...]*”

⁴¹ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 297 e ss.; F. PERGAMI, *L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, pagg. 270 e ss.; E. DOVERE, *Rec. a F. PERGAMI, L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, in SDHI (67), 2001, pagg. 575 e ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], II, pag. 319 fa cenno dell’uso, in alcune fonti, del termine “*facultas*”.

in una visione diacronica, a giustificare tale alternanza terminologica con la fase storica in cui l'appello nasce, dapprima come “*arbitraria e graziosa attribuzione*”⁴², poi come rimedio oramai consolidato nell'ambito del nuovo processo delle *cognitiones extra ordinem*. In realtà, avvertendo l'ambiguità, essa viene quindi, in qualche misura, giustificata come residuo di un tempo in cui l'appello era previsto come intervento straordinario di tutela per la parte che si fosse rivolta all'imperatore chiedendo giustizia contro una sentenza ingiusta.

Pur svolte le considerazioni che, nella misura che si è vista, contribuiscono in realtà ad attribuire poca importanza all'oscillazione terminologica, Orestano avverte l'esigenza di chiarire⁴³ ulteriormente che se, da un lato, per l'età severiana non è possibile “*affermare che dietro i loro rispettivi impieghi vi fosse una sostanziale diversità nel modo di considerare la natura dell'istituto*”, la stessa struttura dell'istituto, con l'esigenza di attribuire alcuni poteri al giudice *a quo* per ricevere o meno l'*appellatio* e, d'altro canto, la necessità di garantire che non venisse ingiustamente negata la possibilità di adire la giurisdizione superiore, deve aver contribuito in maniera importante a “*mantenere oscillante non solo la terminologia, ma anche i concetti*”. In realtà, pertanto, vi è il sospetto che tale diversità riflettesse una diversa concezione nel modo di intendere l'appello, come *auxilium* o, invece, come *ius*. D'altra parte, non viene in soccorso il fatto che, anche in epoca successiva, come si vedrà, le fonti tendano, perfino nelle costituzioni imperiali del tardo impero, ad usare promiscuamente entrambe le espressioni.

Il problema che si pone e che occorre dipanare, alla luce di quanto detto, al di là della questione storica dello sviluppo dell'istituto che, inevitabilmente, si riverbera tanto sulle riflessioni giurisprudenziali, quanto sulla disciplina, è quello relativo alla possibilità di concepire, almeno per l'età tardo-classica, un *ius*

⁴² L'espressione è di R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 298, che, in argomento, testualmente afferma: “*Altri testi parlano invece di auxilium appellationis [...] o provocationis [...]; il che sembra riportarci ad un diverso “clima”, piuttosto simile a quello in cui si erano mossi gli interventi pretorii fondati sull'imperium e specialmente quello che portano ad un'in integrum restitutio, istituto che, come abbiamo già visto, presentava qualche analogia coll'appello e che era concepito come un soccorso (auxilium) di volta in volta concesso dietro richiesta dell'interessato. Il termine auxilium infatti –nella sua accezione specifica– non indicava giammai la spettanza di un diritto, di cui si potesse chiedere e pretendere l'attuazione, ma un'arbitraria e graziosa attribuzione da parte dell'autorità, effettuata di volta in volta a chi venisse da essa riconosciuta meritevole di tutela.*”

⁴³ *Ibidem*.

appellandi, intendendolo alla stregua di un nostro diritto soggettivo a proporre impugnazione avverso una sentenza, di prima istanza, ritenuta ingiusta.

La trama diventa ancora più complessa se, al di là dell'aver visto che il termine "*auxilium*" riconduca ad un tempo in cui, come si è detto, l'appello poteva essere visto come rimedio di carattere straordinario di "*graziosa attribuzione*", mentre con "*ius*" si alluda ad un "diritto", ormai considerato affermatosi nell'ordinamento e nella coscienza giuridica, si prendono in considerazione alcune fonti di cui, seppur analizzate dalla dottrina, non sembra che da questa sia stata messa sufficientemente in rilievo l'importanza nell'aggravare la soluzione del problema. Ancora una volta, è Ulpiano che ci informa di un caso in cui i fideiussori di un debitore, condannati in primo grado al pagamento del debito per una somma superiore a quella del debito stesso, convengono in giudizio il debitore inadempiente, il quale oppone il fatto che essi non hanno proposto appello non potendo pertanto pretendere il pagamento della maggior somma da essi corrisposta a titolo di garanzia. Gli imperatori, riconoscendo la fondatezza della tesi del debitore, in realtà trattano l'appello, ormai, come un istituto pienamente inserito nei rimedi previsti dall'ordinamento.

D. 17.1.8.8 Ulp. XXXI, *ad edictum*, [Pal. Ulp. 909]:

8. [...] *et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: "Catullo Iuliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te"*.

Il passo in esame assume un'importanza notevole ove si consideri che, trattando l'appello, come si è detto e come emerge testualmente, come un istituto a cui i fideiussori avrebbero non solo potuto, ma perfino avuto l'onere di ricorrere, per non incorrere nella impossibilità di recuperare la somma pagata ingiustamente in misura maggiore, stabilisce che in realtà l'ordinamento ha, per così dire, metabolizzato appieno il funzionamento del rimedio. Ciò che appare di non poco conto è che il testo, proprio nel momento in cui indica che si sarebbe dovuto far appello, "istituzionalizzando" il mezzo di gravame, lo fa con una terminologia che, alla luce delle considerazioni svolte, appare quantomeno curiosa. La Cancelleria

imperiale non si rivolge, infatti, con l'espressione "*ius appellandi*", ma al contrario, con "*auxilium appellationis*", benché evidentemente qui, neppur lontanamente ci si imbatta in un caso in cui il rimedio è trattato come un'ipotesi, per dirla con Orestano, di "graziosa attribuzione", ma al contrario, è per così dire, offerto ai soccombenti, per poter recuperare la somma pagata in virtù della sentenza ingiusta di prime cure.

Alla luce di quanto fin qui esposto, non pare di poter operare una distinzione, da ricollegare a diversi significati tecnici, delle due espressioni; se, tuttavia, il fatto di ricondurre al termine "*auxilium*" l'antecedente storico dell'appello come rimedio accidentale, svelandone l'affascinante formazione alluvionale, ha indubbiamente un fondamento, non può ad ogni modo giungersi a ritenere pacificamente che i giuristi avessero in mente ulteriori elementi a noi non pervenuti tali da giustificare l'attestato diverso uso. Quanto si è detto infatti sembra valere quantomeno se si riflette sull'importanza, come testimonianza storica, del passo in esame, in cui gli imperatori considerano l'aver omesso di appellare addirittura come un atto di superficialità e leggerezza⁴⁴, riferendosi all'istituto, , tuttavia, con l'espressione, perlomeno ambigua, di "*auxilium*".

⁴⁴ L'uso dell'espressione "*scientes e prudentes*" sembra infatti permettere di parlare di "superficialità", "leggerezza" e forse perfino di "ignoranza", visto che "*scientes*" rimanda al concetto di "conoscenza".

3.2 L'interesse ad appellare. Parti legittimate

Esaminati i primi profili filologico-linguistici, relativi alla concezione dell'appello come *ius* o *auxilium* con il relativo addentellato storico, occorre vedere, più da vicino, le regole che sovrintendono al funzionamento del principio della legittimazione ad appellare.

Si tratta in effetti di capire i principi che regolano la possibilità in capo alle parti, o a soggetti terzi, di proporre gravame avverso la sentenza, cercando di riportare in luce la riflessione giurisprudenziale su tali problemi.

Le fonti, in maniera piuttosto piana, legano la possibilità di appellare alla presenza di un interesse del soggetto che vuole impugnare. Occorre pertanto, alla luce di questo principio enucleato, verificare le condizioni in cui viene ritenuto sussistente tale interesse tale da poter promuovere la riforma del giudicato⁴⁵, delineandone anche la natura, in modo da poterlo distinguere da altri interessi, anch'essi meritevoli di tutela, che non giustifichino, tuttavia, la legittimazione ad appellare.

La regola elaborata dai giuristi per poter proporre gravame avverso una sentenza ritenuta ingiusta è quella comunemente espressa dalla locuzione dell'*is cuius interest*. Le fonti, in diversi luoghi, ne fanno menzione, facendo uso di espressioni simili che rimandano tutte al medesimo concetto.

D. 49.1.4.2 Macer. I, de app. [Pal. Macer 3]:

2. “*Alio condemnato is cuius interest appellare potest [...].*”

Ancora, dello stesso Macro, si può leggere un altro passo in cui compare lo stesso principio.

D. 49.4.2.1 Macer. I, de app., [Pal. Macer 4]:

⁴⁵ Del problema del principio dell'interesse ad appellare se ne occupano R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 300 e ss. per quanto attiene all'età severiana, con cenni allo sviluppo del problema nell'età intermedia; W. LITEWSKI, *Op. cit.*, III, pagg. 301 e ss.; in particolare alle pagg. 322 e ss. viene affrontato, in maniera particolare, il problema del principio dell'*is cuius interest*, dopo aver discusso della legittimazione in generale; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pagg. 280 e ss., critica la tesi dell'Orestano ove questi rifiuta la tesi della distinzione, come si vedrà oltre, tra parte soccombente e parte vincitrice, operando, invece, secondo quanto sostiene lo stesso Orestano, il principio dell'*is cuius interest* che riguarderebbe, appunto, indistintamente, parte soccombente e vincente.

1. “*Sed si alius, qui iudicio expertus est, appellet, qualis est cuius interest, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est eum suam causam defendere. Contrarium ei est. Si dicat idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando, si velit causam suam alienam videri, semet ipsum excludit, quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat.*”

Dallo stesso Ulpiano, in un passo posto a principio del titolo V del libro XLIX dei Digesta, *De appellationibus recipiendis vel non*, può evincersi un principio non dissimile da quello visto in Macro, benché espresso in forma negativa.

D. 49.5.1.pr. Ulp. XXIX, ad edic. [Pal. Ulp. 881]:

pr. “*Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest vel quibus mandatum est vel qui negotium alienum gerunt, quod mox ratum habetur.*”

A tal punto appare chiaro che la giurisprudenza è concorde nel considerare il principio espresso dalla locuzione dell’*is cuius interest* come l’angolazione da cui guardare al problema della legittimazione ad appellare; è bene pertanto verificare, alla luce di tale prospettiva, quali siano invece le condizioni in presenza delle quali tale interesse possa concretamente ritenersi integrato.

Il problema, evidentemente, si fa concreto nel momento in cui la sentenza può avere riflessi negativi tanto per le parti, entrambe, quanto per un terzo che non abbia partecipato al giudizio, potendo così aversi casi in cui soggetti estranei al giudizio abbiano interesse alla riforma della sentenza. Per un principio di speditezza del traffico giuridico appare chiaro che la giurisprudenza non intende limitare la possibilità, almeno teoricamente, alle due parti in causa nel processo di primo grado, ma deve, al contrario, trovare un principio razionale che limiti, disciplinandola, la possibilità di appello anche per coloro che, estranei al giudizio, intendano dolersi di una sentenza ritenuta ingiusta e che espliciti effetti anche nei loro confronti.

In secondo luogo, viene in luce il problema della possibilità di estendere o meno la possibilità di proporre gravame alla parte che risulti sì vittoriosa, ma che non abbia visto accogliere pienamente la propria domanda.

Infine, in terzo luogo, vi è il caso, nelle fonti, del *negotiorum gestor*, che intervenga a tutela degli interessi di una delle parti in modo spontaneo.

Occorre pertanto individuare, alla luce di quanto detto finora, cosa si debba intendere per “interesse” suscettibile di trovare riconoscimento come fondamento della legittimazione di proporre appello.

Nella trattazione del problema in oggetto, è evidente sin da subito che i princìpi enucleati dalla giurisprudenza romana in tema si accordano con quelli più generali della rappresentanza processuale e della sostituzione processuale, che non coincidono con quelli delle nostre categorie dogmatiche. E' bene pertanto trattare il tema sapendo cogliere i tratti distintivi che segnano un solco evidente tra la nostra realtà processuale e quella romana, non dovendo necessariamente rinunciare, operata questa distinzione, ad alcune categorie dogmatiche che, in quanto a noi più familiari, possono comunque costituire un modo per avvicinarsi più agevolmente ai problemi da dipanare.

4. Legittimazione delle parti in causa

Come è logico, l'ipotesi normale e più frequente è quella costituita dalla proposizione dell'appello da parte di chi è stato parte nel giudizio. Nella fonte già vista, tratta da Macro, D. 49.4.2.1, si può notare che con la locuzione "*is qui iudicio expertus est*" si allude a colui che è stato appunto "parte" in senso processuale, che può ben essere persona diversa dal titolare del rapporto giuridico dedotto in giudizio. Occorre infatti tenere a mente che mentre oggi si dispone delle forme di rappresentanza, attraverso cui un soggetto può tutelare gli interessi di una parte, nell'ordinamento giuridico romano la tutela di una posizione giuridica altrui poteva unicamente avvenire sulla base di una sostituzione processuale⁴⁶.

Alla luce di quanto affermato, si può pertanto ritenere che è "parte" non solo chi lo sia in senso sostanziale, ma anche chi lo è in senso processuale, rappresentando gli interessi altrui in giudizio; non sarà invece considerato "parte" chi sia unicamente il titolare del rapporto dedotto in giudizio, la cui posizione giuridica venga tuttavia difesa da altri nel corso del processo⁴⁷. Si può quindi affermare che colui il quale si trovi a difendere o affermare posizioni altrui, per qualsivoglia ragione, in veste quindi sia di *procurator*, *cognitor*, *tutor*, *curator*, *negotiorum gestor*, assume in proprio il giudizio, tanto che l'eventuale condanna avverrà nei suoi confronti e non già del soggetto "rappresentato"⁴⁸. Non si può che pervenire a tale soluzione ove si prenda in esame

Gai. IV, Inst. 86-87:

⁴⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo romano civile*, vol. II, Il processo formulare, Roma, 1963, pagg. 310 e ss.; cfr. altresì W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III, pag. 321, ove lo studioso polacco, trattando del problema del diverso termine processuale entro cui occorre appellare in relazione alla diversa posizione di chi lo fa *suo nomine* o *alieno nomine*, ricorda che "*Personen, die eine abgeleitete Legitimation besaßen und im römischen Recht Substitute waren, sind auch im Appellationsverfahren als alieno nomine beziehungsweise in aliena causa handelnde bezeichnet.*"

⁴⁷ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 302 e ss., spiega in maniera chiara il problema in esame, anche facendo riferimento allo sviluppo storico di alcuni principii, tra cui ad esempio il fatto che la sentenza, resa al termine di un giudizio in cui gli interessi di un soggetto siano stati fatti valere da un terzo, dovrà essere pronunciata nei confronti del terzo e non di cui colui che noi definiremmo la parte *rappresentata*.

⁴⁸ Occorre ricordare che si usa il termine "rappresentato" per una maggiore familiarità, facendo riferimento alle categorie dogmatiche moderne, mentre in realtà, come si sta appuntando dimostrando, si tratta di una vera e propria processuale.

86. “*Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam conuertit. nam si uerbi gratia L. Titius pro P. Mevio agat, ita formula concipitur: SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM PVBLIO MEVIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE, IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM LVCIO TITIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNNA. SI NON PARET, ABSOLVE; in rem quoque si agat, intendit: PVBLII MEVII REM ESSE EX IVRE QVIRITIVM, et condemnationem in suam personam conuertit.*”

87. “*Ab aduersarii quoque parte si interueniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur dominum DARE OPORTERE, condemnatio autem in eius personam conuertitur, qui iudicium acceperit; sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit eius persona, cum quo agitur, siue suo nomine siue alieno aliquis iudicio interueniat; tantum enim intenditur rem actoris esse.*”

Il principio che stabilisce che la sentenza deve essere resa nei confronti di chi agisce o resiste in giudizio per un soggetto terzo, di cui si fanno valere gli interessi, discende evidentemente dal processo formulare, in cui la struttura della formula non può che dar luogo a tale fenomeno poi conservatosi nei nuovi procedimenti cognitivi⁴⁹.

Posta in luce la distinzione tra chi è parte, sia in senso processuale che sostanziale, e chi non lo è, occorre vedere più da vicino le fonti che la trattano, introducendo due espressioni frequentemente ricorrenti, ossia quelle dell’*agere nostro nomine* e *agere alieno nomine*.

Il binomio in esame è evidentemente di grande momento per il tema della legittimazione ad appellare, sia in quanto fa comprendere che la riflessione intorno al problema della proposizione dell’appello ha avuto modo di elaborare il concetto dell’*is cuius interest* riconducendolo ad un soggetto anche quando non appelli direttamente⁵⁰, ma lo faccia attraverso un’altra parte, sia per il fatto che dalla

⁴⁹ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 303.

⁵⁰ *Idem*, pag. 304, nota infatti che “l’importanza di questa distinzione, e non tanto come pura questione intorno ai termini di tempo, quanto perché è in base ad essa che i giuristi romani si vennero ponendo i problemi della legittimazione ad appellare e andarono affinando l’analisi dell’*interest*.” In realtà, quindi, l’autore non fa altro che avvertire che la distinzione in parola non solo ha evidenti riflessi di carattere pratico, riverberandosi sui termini processuali entro cui è necessario proporre appello, ma in realtà cela, come anticipato, il fatto che la giurisprudenza romana ha avuto occasione, attraverso tale principio, di affinare l’altro e complementare principio dell’*is cuius interest*, che riveste un ruolo di vero e proprio angolo di visuale privilegiato per quanto attiene al ruolo della parti

distinzione in parola discendono effetti diversi per quanto riguarda i termini entro cui occorre proporre gravame, rispettivamente di due giorni per chi agisca in *causa propria*, tre giorni per chi agisca *alieno nomine*.

Gai IV, Inst. 82:

82: “*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, ueluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.*”

Dalla fonte gaiana si evince che il giurista porta unicamente alcuni esempi di soggetti che agiscono *alieno nomine*, come il *procurator*, il *cognitor*, il *tutor*, non specificando, però, quali altri e diversi soggetti siano coloro che appellano *proprio nomine*. Si apprende, invece, cosa possa intendersi con l’ultima espressione da un passo ulpiano, contenuto in D. 49.4.1.11⁵¹, ove il giurista si interroga sulla possibilità, appunto, di operare una distinzione tra chi agisca in propria causa o in aliena causa e su quali possano essere gli elementi che la sorreggono.

D. 49.4.1.11 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 8]:

11. “*Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet.*”

Ulpiano vuole individuare gli elementi che valgano a distinguere una *causa propria* da una in cui si agisce a tutela di interessi altrui; il giurista fa tuttavia riferimento al concetto dell’*emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine*. A ben vedere il problema, più che risolto, pare unicamente, per così dire, spostato alla diversa questione della definizione di “*suo nomine*”. Se è pur vero, infatti, che chi agisce *alieno nomine*, il più delle volte, lo fa affermando di essere portatore di un interesse personale e diretto di non agire in *causa propria*, è pur vero però che vi sono casi in cui il criterio in parola non è di aiuto, in quanto chi agisce, seppur in ipotesi del tutto speciali, lo fa *alieno nomine* ma affermando un interesse proprio.

in causa, agli interessi che in essa calano e alla conseguente legittimazione a proporre appello avverso la sentenza ritenuta ingiusta.

⁵¹ Sul passo in esame si confronta, in particolar modo, W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III, pagg. 320 e ss.; R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 304 e ss.

Occorre infatti prendere in esame alcune fonti che, trattando dei casi del *procurator in rem suam* e del *cognitor in rem suam*, trattano, come anticipato, due casi in cui il soggetto sta in giudizio *in rem suam*, affermando un interesse proprio, ma agendo *alieno nomine*.

Nel frammento appena successivo a quello precedentemente esaminato, Ulpiano, dopo aver fissato il criterio dell'*emolumentum vel damnum*, precisa in modo più dettagliato:

D. 49.4.1.12 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 8]:

12. “*Quare procurator, nisi in suam rem datus est, tertium diem habebit: in suam autem rem datus magis est ut alteram diem observet. At si in partem proprio nomine, in partem pro alieno litigat, ambigi potest, utrum biduum an triduum observetur. Et magis est, ut suo nomine biduum, alieno triduum observetur.*”

Il passo ulpiano⁵² può essere letto in parallelo con uno di Modestino, ove il giurista non fa che ribadire lo stesso principio, con tono ancora più fermo e deciso.

D. 49.1.20.1 Modest. l.S. de praescr. [Pal. Modest. 170] :

1. “*Is vero, qui in rem suam procurator datus est, intra biduum appellare debet, quia suam causam agit.*”

Modestino, benché scriva pochi anni più tardi di Ulpiano, enuncia la regola in modo assolutamente certo; nel precedente passo invece l'espressione *magis est* rivela un tono più dubitativo o quantomeno meno perentorio.

Al di là di queste ipotesi ora viste, relative a figure particolari e del tutto eccezionali per cui vi è una sorta di difficoltà di inquadramento, in quanto l'*agere alieno nomine* deve essere posto in relazione, in realtà, con un'affermazione di un interesse proprio, le figure del *cognitor* e del *procurator* vengono viste, normalmente e in tutti i casi, come soggetti che agiscono *alieno nomine* cui deve essere riconosciuto il *triduum* per proporre l'appello. In realtà però, il principio per cui il soggetto agisce *alieno nomine* e pertanto mai, in qualunque stato e grado del

⁵² Cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III, pag. 320, ove lo studioso si intrattiene sulla terminologia usata da Ulpiano relativamente alla locuzione *suo nomine* in contrapposizione a quella *alieno nomine*. Ancora, A. WACKE, *Ein Siegespreis auf fremden Pferden*, in ZSS (119), 2008, pagg. 361 nt. 10, ove richiama il passo semplicemente per spiegare la regola del termine di due o tre giorni usualmente previsto.

giudizio, *in causa propria*, deve essere stata una regola affermatasi solo in un secondo momento. In merito a tale questione, è bene ricorrere all'analisi di una fonte che rivela l'incertezza circa la qualificazione della posizione di un soggetto che, agendo *alieno nomine* e soccombendo in primo grado, appella la sentenza. Ci si chiede, infatti, se la sua posizione rimanga sempre e comunque quella di soggetto agente *alieno nomine* o se la sua posizione possa trasformarsi, in un tempo successivo, in quella di agente *in causa propria*.

D. 49.4.2.pr. Macer, I, de app. [Pal. Macer 4]:

pr. “*Si procuratorio nomine egeris et victus appellaveris, deinde iniusta appellatio tua fuerit pronuntiata, potest dubitari, num secundo die appellare debeas, quia, cum de tua appellatione iniusta pronuntiatum sit, tua interfuisse videtur. Sed rectius dicetur tertia die appellare te posse, quia nihilo minus alienam causam defenderis.*”

Il passo di Macro⁵³ mostra il caso di un *procurator* che, soccombente in prima istanza, abbia appellato, vedendo nuovamente respinta la propria domanda. Il caso mostra il dubbio circa la posizione del *procurator* nel caso decida di appellare la seconda sentenza; ci si chiede, infatti, se egli lo farà *alieno nomine* o *in causa propria*. Orestano⁵⁴ fa notare che la ragione di un tale dubbio risiede, con ogni probabilità, nel fatto che l'appellante potrebbe avere interesse a tenersi indenne dalle conseguenze sfavorevoli della soccombenza nell'appello esperito senza l'esito sperato. Al di là delle ragioni che giustificano il quesito, la fonte rimane di indubbio valore in quanto mostra che il principio secondo cui la posizione del soggetto non muta in qualunque stato e grado del giudizio, sia essa di agente *alieno nomine* o *in causa propria*, è regola affermatasi solo gradualmente, in quanto la locuzione *potest dubitari* non può che univocamente interpretarsi come segnale di incertezza circa la formazione del principio in parola. Occorre inoltre notare che Macro fornisce un'interpretazione alquanto elaborata e finemente esposta, riflettendo sulla posizione del *procurator* che benché sia stato parte sin dal primo grado del giudizio, rimane pur

⁵³ In merito al quale vedansi W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], II, pag. 319 in nota; R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 309 e ss.

⁵⁴ *Ibidem*.

sempre un agente *alieno nomine*, non potendo far pertanto venir meno il principio del termine di tre giorni.

Analizzate alcune regole preliminari circa la legittimazione dei soggetti alla proposizione dell'appello, occorre far luce sul rapporto che lega il soggetto agente *alieno nomine* con il soggetto di cui vengono tutelati gli interessi in giudizio. Non vi è dubbio che possa proporre appello infatti colui che rappresenti, come il *procurator*, un soggetto diverso e rispetto al quale, come si è detto, operi da sostituto processuale; come anticipato, la diversa posizione nel giudizio, oltre che fungere da motivo di riflessione intorno all'enucleazione del principio dell'*is cuius interest*, su cui la giurisprudenza ha modo di riflettere e di dipanare i veri snodi relativi al tema trattato, comporta altresì una diversità di regolamentazione del termine entro cui appellare. Si è già accennato, infatti, che, mentre nella normalità dei casi si ha diritto al *biduum* per proporre gravame, il soggetto agente *alieno nomine* ha diritto al *triduum*, cioè al termine di tre giorni. Pare ragionevole e sensata l'ipotesi avanzata dall'Orestano, in assenza di fonti che chiariscano ulteriormente, secondo cui il motivo dell'esistenza di un diverso termine per appellare nelle due distinte ipotesi risieda nel fatto che l'agente *alieno nomine* possa avere necessità di un termine maggiore per via dell'esigenza di prendere contatto, ove possibile, con il titolare degli interessi tutelati in causa, per valutare la convenienza della proposizione di un eventuale appello⁵⁵.

E' bene ancora una volta volgere lo sguardo alle fonti, che indicano espressamente quali siano le parti che agiscono *alieno nomine* nel giudizio; è sufficiente esaminare una fonte ulpiana, D. 49.4.1.12-13, già vista in tema di *procurator in rem suam* relativamente all'incertezza, in tale caso, della concessione del *triduum* o del *biduum*.

D. 49.4.1.12-13 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 8]:

12. “*Quare procurator, nisi in suam rem datus est, tertium diem habebit: in suam autem rem datus magis est ut alteram diem observet. At si in partem proprio nomine, in partem pro alieno litigat, ambigi potest, utrum biduum an triduum observetur. Et magis est, ut suo nomine biduum, alieno triduum observetur.*”

⁵⁵ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 310.

13. “*Tutores, item defensores rerum publicarum et curatores adulescentium vel furiosi, tertium diem habere debent, idcirco quia alieno nomine appellant. Ex hoc apparet tertio die provocandum defensori, si modo quasi defensor causam egit, non suo nomine, cum optentu alieni nominis suam causam agens tertio die appellare possit.*”

Occorre far presente che il termine “*biduum-triduum*”, relativamente alla proposizione di appello scritto, costituisce una regola che può essere riscontrata in un numero piuttosto cospicuo di passi. E’ bene riportare quelli di Marciano e di Ulpiano, che costituiscono un modo per ricollegare tale principio a diverse e più spinose questioni, che verranno trattate più diffusamente nel proseguio, relative ad alcuni profili problematici di legittimazione ad appellare e al computo dei termini processuali.

D. 49.1.5.4 Marcianus I, *de app.* [Pal. Marcianus 1]:

4. “*Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est.*”

Il frammento, inserito nel libro primo *de appellationibus* di Marciano, è posto a conclusione di una disquisizione interessante circa alcuni problemi relativi alla proposizione dell’appello da parte di terzo; si avrà modo di vedere come Marciano, all’inizio del paragrafo 5 dello stesso frammento, tratti il problema della *iusta causa* in relazione alla questione del terzo come soggetto interessato. Tornando a ciò che qui occupa, al frammento 4 il giurista si intrattiene sul modo concreto di proporre appello, stabilendo che sia sufficiente farlo oralmente *apud acta*, ovvero all’esito della sentenza, in modo che la volontà di proporre gravame possa essere verbalizzata subito, oppure, in alternativa, in caso di proposizione di appello scritto, *biduum* o *triduum*, ribadendo il principio più volte anticipato. La collocazione della regola pratica, ora vista, del computo dei termini, posta al termine della trattazione del problema del terzo che intenda appellare una sentenza resa *inter alios*, indica come vi sia una stretta correlazione tra il problema della legittimazione ad appellare e il computo dei termini stessi.

La seconda fonte da analizzare, di Ulpiano, relativa ugualmente al binomio *biduum-triduum*, non fa che ribadire il modo di computare quelli che Modestino chiama i *tempora appellandi* (in D. 49.1.20.2).

D. 49. 4.1.5 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 8]:

5. “*Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit.*”

I passi ora citati⁵⁶ indicano con sufficiente chiarezza la legittimazione ad appellare del soggetto terzo, parte *alieno nomine* nel giudizio. Al di là di alcune ipotesi particolari, in merito alle quali emergono alcuni profili problematici che la giurisprudenza risolve con particolare pragmatismo, non si rilevano questioni particolarmente spinose; è chiaro ed evidente, infatti, che l’ordinamento riconosce in modo piuttosto piano il principio della legittimazione anche nei confronti di chi abbia partecipato al giudizio a tutela di una posizione giuridica altrui. Un’ipotesi particolare e diversa si ha invece nel caso della legittimazione in caso di pluralità di parti nel giudizio. L’ordinamento romano conosce già alcune forme litisconsortili, in cui più parti, in veste di attore o di convenuto, stessero in giudizio rappresentando una medesima posizione.

Come si vedrà più diffusamente trattando dell’atto di appello in generale e dei suoi elementi costitutivi e necessari, uno tra i più importanti problemi in caso di pluralità di parti è quello legato ai diversi effetti che possono riverberarsi da un’eventuale impugnazione nei confronti o da parte di solo alcuni tra i partecipanti al giudizio. Ciò che riguardo al profilo della legittimazione qui viene maggiormente in rilievo, ma, come si vedrà, le questioni in caso di più parti sono davvero complesse e offrono lo spunto alla giurisprudenza di riflettere sul fascio di effetti generati dalla sentenza -, è il problema centrale se l’appello può farsi da parte di un solo soggetto o sia invece necessario che tutti i soccombenti vi prendano parte.

⁵⁶ Su cui vedansi, in particolare, W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], IV, pag. 149-150, ove l’autore ribadisce la differenza tra i due diversi termini in modo piuttosto reciso: “*Die zweitätige Frist betraf Personen, die die ursprüngliche, die dreitätige – Personen, die die abgeleitete Legitimation besaßen*”; R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 238.

Occorre prendere in esame, in particolare modo, due fonti⁵⁷ di Ulpiano, che devono essere lette in modo parallelo, di particolare interesse tanto per gli effetti di tipo sostanziale che per quelli di tipo processuale in merito al giudizio di appello promosso solo da uno o alcuni tra i litisconsorti.

D. 49.1.3.2 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 6]:

2. *“Certe si plures hi sunt, adversus quos pronuntiat, et quorundam nomina in libellis sint comprehensa, quorundam non, hi soli appellasse videbuntur, quorum nomina libellis sunt comprehensa.”*

Il caso tratta di una fattispecie in cui solo alcuni tra i partecipanti al giudizio hanno appellato e, di conseguenza, solo essi sono considerati, da un punto di vista processuale, come appellanti. Il principio enucleato, tuttavia, riflettendo unicamente la posizione processuale dei soggetti, probabilmente quindi con riguardo ai poteri e agli oneri tipici di chi sta in giudizio, qui in grado di appello, non risolve tuttavia,

⁵⁷ In merito a D. 49.1.3.2 cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III, pag. 305, ove l'autore si concentra sul principio personale (*Personalprinzip*), trattando il caso come un'ipotesi particolare, al di fuori di detto principio. In realtà, come si vedrà tra poco, benché nel suo articolo l'autore polacco proceda ad una trattazione del problema partendo da un principio generale per mostrarne un'eccezione, la questione non risulta alterata. *Idem*, pag. 315, ove l'autore, trattando del litisconsorzio, cita la fonte come esempio per cui ciascun soggetto ha il diritto di appellare, o come singolo o unitamente agli altri. Sulla concezione di diritto di appello, quasi si trattasse di “diritto soggettivo”, Litewski testualmente afferma che *“Jeder Streitgenosse das recht hatte, eine Appellation einzulegen, entweder gemeinsam mit anderen Streitgenossen oder auch gesondert”*, ma, avvertendo che non debba leggersi naturalmente come “diritto soggettivo” in senso odierno, pare che l'espressione esprima adeguatamente la realtà dei fatti. Cfr. *Idem*, pag. 380, ove l'autore pone il dubbio circa la validità e gli effetti derivanti dalla rinuncia all'appello da parte di uno dei litisconsorti, citando la fonte in esame come esempio di analogia da cui poter dedurre che la rinuncia avrà probabilmente avuto effetto solamente nei confronti di colui che l'ha effettuata. *Idem*, pag. 383, ove si ricorda che occorre porre esplicitamente il nome dell'appellante sull'atto di appello (*Appellationsakt*) nel caso, appunto, di proposizione del gravame da parte di uno o alcuni tra più litisconsorti. Cfr. altresì R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 233, ove l'autore tratta il problema in relazione all'atto di appello ed all'indicazione del nome dell'appellante. In merito, invece, a D.49.1.10.4, cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III, pagg. 315 e ss., pag. 378, ove tratta del principio dell'effetto estensivo dell'appello proposto da uno dei litisconsorti: *“Anders sah die Sache aus hinsichtlich des Extensiveffekts des Appellationsurteils, das infolge der Appellation nur einiger Streitgenossen ergangen war. Die Lösung dieses Zweifel weckenden Problems, das im römischen Recht deutlich aufgestellt war, verdanken wir vor allem den kaiserlichen Konstitutionen. Über eine von ihnen informiert uns Ulpian in D. 49.1.10.4.”*. Cfr. altresì R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 233 e ss., ove, unitamente alla fonte precedente, l'autore prende in considerazione la questione in tema di atto di appello e indicazione del nome dell'appellante nello stesso. Ancora, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, pagg. 409 e ss., ove afferma, incidentalmente, ponendo il passo in relazione con D. 49.1.10.4, peraltro oggetto di esame tra breve nel presente lavoro, che la sentenza d'appello *“in ordine alle questioni sostanzialmente comuni giova dapprima sia agli appellanti sia ai non appellanti. Questa efficacia molto vasta venne gradualmente limitata da cc. imperiali, e, per l'estensione anche ai non appellanti della sentenza di appello, si richiese, oltre l'identità sostanziale, anche l'identità formale delle questioni [...]”*.

evidentemente, il problema diverso e non meno importante relativo agli effetti tipici della sentenza emessa in un giudizio in cui abbiano partecipato solo alcuni tra coloro che abbiano preso parte alla causa di primo grado. Infatti, benché a prima vista potrebbe apparire che la posizione processuale dei soggetti si rifletta necessariamente sul piano sostanziale, dovendone desumere che la sentenza avrà effetto nei confronti di coloro che abbiano preso parte alla causa, la giurisprudenza romana introduce alcuni sottili riflessioni che valgono a coniugare il rispetto dei principi formali dell'aver preso al giudizio con l'impossibilità di derivarne da ciò la conseguenza di avere una situazione giuridica diversa per una medesima situazione di fatto. Così Ulpiano, nei *libri disputationum*, partendo da alcuni rescritti imperiali, che intervengono a regolare una questione particolarmente interessante e praticamente molto importante, tratta il problema introducendo il principio dell'*eadem causa*, che costituisce un elemento centrale per far sì di riannodare gli effetti sostanziali della sentenza alla posizione processuale dei soggetti che hanno impugnato per ottenerla, coniugando così le esigenze formali di rispetto dei principi dell'ordinamento con la necessità di giustizia sostanziale, addivenendo ad una realtà giuridica unica per una situazione di fatto che, appunto perché accomunata dalla medesima causa, non può essere scissa unicamente sulla base del fatto che alcuni abbiano appellato ed altri non lo abbiano fatto.

D. 49.1.10.4 Ulp. VIII, disp. [Pal. Ulp. 162]⁵⁸:

4. *“Quod est rescriptum in communi causa, quotiens alter appellat, alter non, alterius victoriam ei proficere qui non provocavit, hoc ita demum probandum est, si una eademque causa fuit defensionis: ceterum si diversae, alia causa est. Ut in duobus tutoribus procedit si alter tutelam gesserat, alter non attigerat et is qui non gesserat provocavit: iniquum est enim, qui idcirco adgnoverat sententiam, quoniam gessisse se scit, propter appellationem eius qui non gesserat optinere.”*

Se sul piano processuale, come si è visto, è considerato appellante solo colui che, tra i più, abbia proposto gravame contro la sentenza ritenuta a lui pregiudizievole, sul piano sostanziale, in relazione agli effetti tipici che la sentenza di appello esperisce nei confronti dei litisconsorti, la questione si pone in modo

⁵⁸ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 305.; M. MARRONE, *Op. cit.*, pagg. 409 e ss., rispetto al quale si rimanda a quanto affermato sub nota 57.

differente. Ulpiano, nei *libri disputationum*, introduce il concetto di “*causa defensionis*”, indicando, in presenza di quest’ultima, l’estensione degli effetti dell’appello anche nei confronti di coloro che non abbiano appellato. Le fonti, in realtà, parlano di *causa communis* e *una eademque causa defensionis*, ma, in realtà, pare che i due principi possano essere sciolti affermando che affinché l’appello possa giovare anche colui o coloro che non lo abbiano proposto, occorre che il motivo di appello (“*causa defensionis*”)⁵⁹ nel giudizio, quantomeno originariamente, litisconsortile, sia comune a tutti i soggetti, ovvero sia a colui o coloro che abbiano inteso appellare, sia a colui o coloro che non lo abbiano fatto.

Dalla locuzione “*quod est rescriptum*” si capisce che, in realtà, il principio ora preso in esame trova la propria origine in alcuni interventi imperiali. Con l’introduzione di un siffatto concetto, posto come condizione necessaria per l’estensione o meno degli effetti della sentenza, l’ordinamento si mostra flessibile ad accogliere un principio che introduca un’eccezione ad un altro principio, quello del “principio personale” (*Personalprinzip*), per cui, di regola, gli effetti della sentenza si producono solo in capo a chi è parte nel giudizio, correggendo di fatto le rigide conseguenze di un’applicazione ingessante della norma che porterebbe, sul piano sostanziale, ad avere effetti diversi in capo a soggetti che, nel corso del primo giudizio, tutelano una medesima posizione.

Da un punto di vista storico, attraverso l’esame dell’istituto appena trattato, può esser colto il lento procedimento di stratificazione di regole in tema d’appello, avvenuto, da un lato, come si è accennato, sulla base della riflessione giurisprudenziale e, d’altro lato, per spinta di costanti interventi della Cancelleria imperiale che è costretta a regolare, precisare e disporre su un istituto che, benché nato come intervento quasi straordinario del potere del *princeps*, con relativa formazione pressoché alluvionale, diventa sempre più un rimedio di carattere generale, in cui può scorgersi la vitalità e la fluidità dell’ordinamento nell’adattarsi e

⁵⁹ Pare potersi affermarsi che per *causa defensionis* sia da intendersi i motivi d’appello, chiaramente avendo a mente che nell’ordinamento giuridico romano non si ha una nozione di sovrapponibile a quella di oggi, in quanto, come si vedrà meglio in seguito, non sono neppure necessari ai fini della valida proposizione dell’atto di impugnazione. Nel caso in esame, invece, la *communis causa defensionis* vale a stabilire, accertata l’identità delle parti rispetto al giudizio di primo grado, se anche in sede di appello esse tutelino la medesima posizione, sì da rendere così operante la regola che qui si sta trattando relativa all’estensione degli effetti della sentenza anche a colui o coloro che non abbiano proposto appello.

nel fornire risposte ai problemi che sorgono nell'applicazione pratica dell'istituto, mai imbrigliandolo entro formalistiche e ingessanti statuizioni.

4.1 Legittimazione all'appello del *procurator*

4.1.1 Introduzione al problema della legittimazione del *procurator* investito ai fini dell'appello

Introdotti alcuni concetti generali relativi alla legittimazione ad appellare e al principio dell'*is cuius interest* che ne costituisce il fondamento e da cui derivano le regole elaborate giurisprudenzialmente, tanto a livello dottrinale, quanto e più spesso sotto il diverso profilo dell'applicazione pratica dell'istituto anche e soprattutto recependo le disposizioni della Cancelleria Imperiale, occorre trattare ora, seppure brevemente, una diversa forma di legittimazione rispetto a quella di chi, *suo nomine* o *alieno nomine*, appelli essendo stato parte in causa. Al di fuori delle ultime ipotesi trattate, infatti, vi è un ulteriore caso in cui può proporre appello un soggetto che non è stato parte nel precedente giudizio, ma che riceva incarico da una parte, indipendentemente dal fatto poi che abbia tutelato interessi *proprio nomine* o *alieno nomine*.

Considerato il problema sotto diverso profilo, tenendo presente che il diritto romano non conosce le forme di rappresentanza presenti negli ordinamenti odierni, operando una vera e propria sostituzione processuale, la questione in esame può essere trattata verificando se chi è stato parte in un precedente giudizio abbia o non abbia la possibilità di proporre l'appello per mezzo di altra persona. Occorre vedere, pertanto, se le fonti attribuiscono tale legittimazione al mandatario. Sotto un primo profilo, pertanto, è bene stabilire se vi sia tale potere in capo al sostituto processuale, mentre, da un secondo punto di vista occorre verificare se l'appellante o l'appellato possano pertanto trovare un sostituto nello svolgimento del processo.

In merito al problema della legittimazione di un *procurator* costituito al fine di proporre appello, occorre dar conto di un'ulteriore questione, derivante dalla posizione stessa del soggetto incaricato di impugnare. E' bene preliminarmente riportare una fonte di Macro precedentemente già considerata in tema di principio di permanenza della posizione processuale –chi agisce *alieno nomine*, sarà considerata, anche nei successivi gradi, come tale-.

D.49.4.2.pr. Macer I, *de app.*: [= Pal. Macer 4]:

pr. “*Si procuratorio nomine egeris et victus appellaveris, deinde iniusta appellatio tua fuerit pronuntiata, potest dubitari, num secundo die appellare debeas, quia, cum de tua appellatione iniusta pronuntiatum sit, tua interfuisse videtur. Sed rectius dicetur tertia die appellare te posse, quia nihilo minus alienam causam defenderis.*”

In realtà ciò che qui interessa non è tanto la soluzione del merito del problema di cui tratta il giurista, che già si è vista quando si è discusso circa l’immutabilità della posizione⁶⁰, nel corso del giudizio, del soggetto agente. Si è scelto di riportare il passo di Macro per far luce sul problema della legittimazione del *procurator* appositamente nominato per proporre appello. Occorre avvertire subito che Orestano, nel suo lavoro monografico⁶¹, in merito al problema in esame, nota che “*la questione, anche se nelle fonti si trova discussa come possibilità di esercitare l’appello a mezzo d’altri, in realtà veniva a porre [...] un problema di legittimazione di questa nuova “parte processuale”, in quanto essa avrebbe dovuto rispondere in nome proprio (argom. da Macer D.49.4.2.pr.: de tua appellatione; D.49.9.2: ipse respondere debet), ancorché nell’interesse del suo mandante*”. Se si analizza, invero, la fonte di Macro, si scorge tuttavia che la stessa soluzione al (diverso) problema ivi trattato è nel senso di riconoscere l’appartenenza degli interessi di causa a diverso soggetto (*quia nihilo alienam causam defenderis*), tanto è vero che al soggetto appellante viene comunque concesso il *triduum* e non il *biduum*. Ancora, la fonte in oggetto tratta di un soggetto che decida di impugnare contro la sentenza di appello ritenuta ingiusta; per il meccanismo di sanzioni e oneri in capo al soccombente in appello, il problema che sorge, in tal caso, è di valutare, come si è visto, se l’appellante agisca per un interesse proprio (tentando di evitare tali sanzioni) o a tutela, ancora, della situazione sostanziale originaria.

Alla luce di quanto fin qui esposto, non pare appropriato, pertanto, trarre dalla locuzione “*de tua appellatione*” , come fa l’Orestano, l’asserzione per cui “*la questione, anche se nelle fonti si trova discussa come possibilità di esercitare l’appello a mezzo d’altri, in realtà veniva a porre [...] un problema di legittimazione di questa nuova “parte processuale”* tanto più se si considera che, in realtà, Macro tratta di un diverso problema, in cui il soggetto appellante, anche alla luce di quanto

⁶⁰ Cfr. quanto detto a pag. 53.

⁶¹ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 312.

osservato dallo stesso Orestano⁶², è sempre il medesimo (non trattandosi di un *procurator* appositamente nominato) e tanto più che, se è vero che la fonte parla “*de tua appellatione*”, è pur vero che, in definitiva, arriva comunque a concedere il *triduum* considerando pertanto l’appellante come soggetto agente *alieno nomine*.

Non sembra, in conclusione, di poter trarre dalla locuzione “*de tua appellatione*” una regola di tipo generale, tale per cui ci si dovrebbe porre il problema, unicamente alla luce di tale [asserito] principio, di configurare il tema della legittimazione del *procurator* appositamente nominato come una questione di legittimazione ad appellare di quest’ultimo e non anche, o solo, come una questione di verificare se un soggetto possa nominare un altro soggetto (o farsi surrogare nel corso dello svolgimento di un giudizio da un altro) appositamente al fine di proporre appello.

Tornando al problema principale della possibilità per il soccombente di nominare un altro soggetto al fine della proposizione dell’appello o al fine di farsi surrogare nel corso del nuovo giudizio, si è già accennato che il problema relativo alla facoltà di nominare un *procurator*, che materialmente proponga appello invece di chi sia titolare sostanziale e abbia partecipato alla causa in primo grado, deve essere trattato parallelamente al distinto, seppur affine, caso in cui tale *procurator* venga nominato al fine di stare in giudizio al posto dell’appellante. In realtà le fonti trattano le due ipotesi in maniera progressivamente sempre più uniforme, ma almeno in una fase originaria e per i primi secoli di sviluppo dell’istituto, ci si trova di fronte a due distinti casi su cui, come tali, è bene soffermarsi.

D. 49.5.1. pr. Ulp. XXIX, ad ed. [Pal. Ulp. 881]:

pr. “*Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest vel quibus mandatum est vel qui negotium alienum gerunt et rel.*”

Al di là dell’espressione linguistica usata da Ulpiano, che statuisce in modo perentorio quali siano i diversi tipi di *appellantes* con un’espressione alquanto particolare, individuandoli in negativo (*non solent [...] nisi non*), ai fini che qui occupano, si nota che con l’espressione *quibus mandatum est vel qui negotium*

⁶² *Idem*, pag. 309.

alienum gerunt, il giurista riconosce l'esistenza della possibilità di un appello per mezzo di un altro soggetto.

L'uso di far appellare una terza persona non costituisce, com'è anche intuitivo, una mera ipotesi residuale o eccezionale, trovandosene attestazioni anche in materia criminale, benché in casi solo parzialmente analoghi, considerata la diversa natura della materia trattata, come pare dimostrare un passo attribuito a

D. 49.4.2.3 Macer I, de app. [Pal. Macer 4]:

3: *“Si pro eo, qui capite puniri iussus est, necessaria persona appellet, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat. Sed dicendum est hanc quoque personam ut in propria causa secunda die appellare debere, quia qui sua interesse dicit, propriam causam defendit.”*

Al di là delle divergenze tra la materia criminale e quella civile, numerosi principi di carattere generale si rivelano comuni ad entrambe le tipologie di processo, qui svelando, in realtà, il fatto che, al di là del problema circa il diverso termine di due o tre giorni ai fini della proposizione del gravame, che nel passo in esame ritorna con particolare importanza, visto il ruolo particolare della “*necessaria persona*”, ovvero di un parente che intenda impugnare contro la sentenza capitale emessa a carico di un familiare, rispetto alla quale si pone, ancora una volta, la questione dell'interesse dell'appello, l'uso della proposizione dell'impugnazione da parte di un soggetto terzo, che si sostituisca all'appellante⁶³ non è, come dinanzi detto, caso del tutto raro. E'interessante notare incidentalmente che nel passo in esame, benché il gravame della fonte macrina si riferisca, appunto, ad un provvedimento evidentemente non di tipo civile, si trova attestato un caso di *ius controversum*, in cui l'elegante ragionamento di Macro tenta di scalfire la bontà di quello di Paolo. Presupposto dell'onere di appellare entro il termine di due giorni è il fatto che colui che non intenda far soggiacere il proprio familiare alla sentenza di condanna, non agisce come sostituto processuale di chi “*capite puniri iussus est*”, in quanto evidentemente non stava in giudizio egli stesso, come in materia civile, al posto del soccombente; Macro afferma pertanto, alla luce di tutto ciò, che l'appello andrà

⁶³ Ipotesi evidentemente da non confondere con quella ben distinta, che si tratterà tra poco, relativa all'ipotesi di appello del terzo che abbia interesse, secondo il consueto principio dell' “*is cuius interest appellare potest*”.

proposto entro due giorni, in quanto affermando un interesse proprio, presupposto del riconoscimento della legittimazione a proporre gravame, “*propriam causam defendit*”.

Un ulteriore esempio di impugnazione da parte di un terzo, confermando un uso piuttosto comune, si trova in

D. 49. 1.4.5 Macer, I *de app.* [Pal. Macer 3] :

5: “*Si procurator, qui iudicio interfuit, victus est, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, videamus, quia constat procuratorem alium procuratorem facere non posse. Sed meminisse oportet quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo per procuratorem appellare potest.*”

Il passo in esame, in realtà, tratta della distinta questione del *procurator procuratoris*, benché qui riportato ai fini di testimoniare che non possa residuare dubbio circa la possibilità di far presentare l’appello da parte di un procuratore. Ciò che rileva nel ragionamento di Macro e che viene posto in evidenza dalla interrogativa indiretta “*an ipse quoque per procuratorem appellare possit*” è il fatto che ci si chiede se il soggetto incaricato di stare in giudizio, di primo grado, per conto del titolare degli interessi ivi promossi o difesi, possa a sua volta presentare appello contro la sentenza ritenuta ingiusta. Evidentemente il caso, benché anche i passi sopra riportati presentino peculiarità proprie, appare comunque diverso in ragione del fatto che qui non viene tanto in luce l’aspetto, in se stesso, del *procurator* che presenti appello, ma vi è l’elemento ulteriore costituito dal fatto che vi è già tale *procurator* che ha evidentemente agito per mezzo di un ulteriore mandatario ai fini del gravame. In virtù dei principi generali espressi dalla causale “*quia constat procuratorem alium procuratorem facere non posse*”, il giurista deve pronunciarsi in ordine all’ammissibilità di una tale situazione. Se da un lato, quindi, si è di fronte ad un problema di conciliazione di un principio di diritto, per così dire, sostanziale, del “*procurator procuratorem facere non posse*”, d’altro canto non deve essere stata un’ipotesi del tutto isolata quella per cui un soggetto incaricato di tutelare processualmente gli interessi di un altro, si trovasse a volere o dovere nominare un ulteriore rappresentante. Il giurista, per risolvere la questione, non fa altro che ricorrere ai principi processualistici che, come dinanzi più volte ricordato, non conoscono l’istituto della rappresentanza processuale, verificandosi, in tali situazioni,

una vera e propria sostituzione processuale. Da tale principio discende evidentemente la risposta affermativa del giurista alla questione trattata, ricordando, appunto, che “*procurator lite contestata dominus litis efficitur*”. La conseguenza di quanto detto non può che essere ovviamente nel senso di giungere positivamente alla ammissibilità dell’appello da parte di un *procurator* nominato da un (originariamente) altro *procurator*: se quest’ultimo, *lite contestata*, è ormai il titolare della lite, è evidente che, nella sua nuova veste, egli possa nominare a sua volta un soggetto ai fini della proposizione del gravame.

In merito al tema ora esaminato, occorre aggiungere che la dottrina riconosce l’esistenza di un principio che generalmente ammette la possibilità di appellare attraverso un altro soggetto proprio alla luce della lettura dei passi ora trattati. Occorre tuttavia indagare su una questione minore, relativa al termine per appellare concesso al *procurator*. Tra le questioni che specificamente affronta Orestano⁶⁴, vi è quella del problema se a questi venga concesso il *biduum* o il *triduum*. E’ pur vero, come dice lo studioso affrontando la questione⁶⁵, che “*quale appellante alieno nomine egli avrebbe avuto diritto al triduum*”; tuttavia nel caso di specie il problema si presenta, nel quadro di una lettura sistematica, in modo parzialmente diverso, per i motivi che si diranno immediatamente. Se è vero, infatti, che anche il *procurator* è figura che appella, con ogni evidenza, *alieno nomine*, è pur vero che la sua posizione va tenuta distinta da chi appelli sì *alieno nomine*, ma essendo stato già parte nel precedente giudizio. La mancata concessione del *triduum*, infatti, lungi dal rappresentare un’eccezione nel caso trattato, risponde ad una logica di tutela contro eventuali frodi processuali, come rileva Orestano⁶⁶, in quanto, chiaramente, se fosse concesso il termine più lungo di tre giorni al *procurator*, il soggetto soccombente

⁶⁴ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 314, ove testualmente afferma che “*da questi passi non sembra dubbio che si ammettesse la possibilità di appellare per procuratorem, cioè far presentare l’atto di appello da un procuratore, il quale –per ciò stesso- diveniva “ parte processuale” nel nuovo giudizio. Si può solo discutere, se in questo caso spettasse al procurator il biduum oppure il triduum. E infatti quale appellante alieno nomine egli avrebbe dovuto aver diritto al triduum. Tuttavia sembra invece che il beneficio del termine allungato valesse soltanto per chi iudicio expertus est, cioè per chi fosse stato “parte” nel precedente giudizio, non già anche per coloro che a qualsiasi titolo “entravano in scena” dopo la sentenza, ai quali sembra competere unicamente il biduum (argom. da D. 49.4.2.1. e D. 49.9.2) anche perché altrimenti ciò si sarebbe prestato a frodi: se uno avesse fatto scadere il biduum, gli sarebbe stato facile rimediare facendo presentare il giorno dopo l’appello da un procurator.*”

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

avrebbe potuto evidentemente aggirare la regola della decadenza nominando un altro soggetto ai soli fini della presentazione dell'appello.

Tuttavia tale spiegazione, benché rientri senza dubbio nella logica che sorregge i principi della parità processuale, non coglie, da sola, un altro aspetto non evidenziato dalla dottrina. Se, infatti, la ragione del termine più lungo di tre giorni corrisponde, anche in assenza di un esplicito dato fornitoci dalle fonti, all'esigenza di permettere al soggetto che sta in giudizio per conto del titolare degli interessi tutelati nel processo di prendere contatto con quest'ultimo, in modo che egli possa più agevolmente definire la strategia processuale, potendo meglio ponderare la proposizione dell'appello per conto di un altro soggetto, è vero anche che, tuttavia, nel caso in esame, relativo al *procurator* nominato appositamente ai fini della proposizione del gravame, l'esigenza di prendere contatto con il titolare "sostanziale" della causa non sussiste minimamente, in quanto il soccombente è stato egli stesso parte in primo grado. In altre parole, non vi è pertanto, in astratto, quella necessità di garantire un termine più lungo di tre giorni anziché di due, per permettere al *procurator* di confrontarsi con il rappresentato⁶⁷ per concordare le scelte processuali, in quanto quest'ultimo è stato parte già in primo grado, a differenza che in numerose altre ipotesi in cui colui che appella *alieno nomine*, lo fa dopo avere tutelato già in prima istanza gli interessi di un soggetto che a tal fine lo ha incaricato. D'altra parte, il principio ora posto in luce ben, in effetti, può essere letto con quello, parzialmente distinto, che emerge dall'analisi di Orestano quando afferma che "*tuttavia sembra invece che il beneficio del termine allungato valesse soltanto per chi iudicio expertus est, cioè per chi fosse stato parte nel precedente giudizio, non già anche per coloro che a qualsiasi titolo entravano in scena dopo la sentenza, ai quali sembra competere unicamente il biduum [...]*"⁶⁸.

A riprova di quanto sin qui si è sostenuto, occorre analizzare due ulteriori fonti, da cui si può dedurre che il principio dell'appello *proprio nomine* o *alieno nomine*, fondamentale per la determinazione del termine del *biduum* o, invece del *triduum*, è, in realtà, da leggersi al principio dell'*is qui iudicio expertus est*, e cioè di chi sia stato parte o meno, nel giudizio di primo grado.

⁶⁷ Si usa qui il concetto di "rappresentato", unicamente ai fini espositivi, benché –si è visto- trattasi in realtà di vera e propria sostituzione processuale.

⁶⁸ *Ibidem*.

D. 49.4.2.1 Macer I, de app. [Pal. Macer 4]:

1. “*Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est cuius interest, an tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est eum suam causam defendere. Contrarium ei est, si dicat idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando, si velit causam suam alienam videri, semet ipsum excludit, quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat.*”

Al di là delle implicazioni ulteriori e delle raffinate argomentazioni di Macro portate nel delineare le questioni sottese al passo in esame, di cui occorrerà trattare più diffusamente in tema di appello da parte del terzo, in virtù del principio più citato dell’ “*is cuius interest appellare potest*”, per quanto attiene al problema che qui occupa, la regola che può dedursi è che colui che appelli non essendo stato parte in giudizio (“*alius, quam qui iudicio expertus est*”) può farlo entro il termine di due giorni e non già di tre (“*secunda die appellare eum debere*”). In effetti, è pur vero che il caso di cui si occupa Macro in realtà verte su una diversa situazione, in cui ad appellare è un soggetto terzo interessato, e che quindi il principio enunciato del “*quia verum est eum suam causam defendere*” non si presta ad essere applicato, in quanto il *procurator*, benché assuma la veste di parte in causa, difende comunque gli interessi di un altro. Tuttavia occorre notare che si può argomentare, a contrario, che dalle parole del giurista, tra le altre cose, si può dedurre che il criterio del “*qui iudicio expertus est*” vale a determinare se un soggetto abbia o meno diritto al *triduum* anziché al *biduum*. A maggiore riprova, è bene notare che, fugando ogni dubbio ulteriore, è pur vero che il principio del “*quia verum est eum suam causam defendere*” potrebbe teoricamente indicare che dalle argomentazioni di Macro non possa ricavarsi ulteriore principio, se non quello dell’interesse nella causa, che, in tal modo, non si attaglierebbe al caso del *procurator* nominato ai fini dell’appello, ma occorre ricordare, invero, che qui Macro si occupa di un distinto caso relativo all’appello del terzo soggetto interessato a demolire le statuizioni della sentenza resa *inter alios*, ben lungi dal voler indicare un quadro sistematico ed organico delle norme che presiedono, in termini generali ed astratti, alla concessione del termine più o meno breve.

D'altra parte, a prescindere dall'argomentazione sopra enunciata e ricordata correttamente dalla dottrina⁶⁹, secondo cui la concessione del termine di tre giorni potrebbe prestarsi a frodi⁷⁰, appare quantomeno di pari importanza il principio per cui, benché non esplicitamente enucleato dalla dottrina, la concessione di un tempo più lungo costituirebbe una previsione irragionevole. Tale affermazione sembra valere anche a voler obliterare una lettura del passo ora affrontato nel senso di ritenere operante il principio del "*qui iudicio expertus est*", in quanto è pur vero che il *procurator* appella *alieno nomine*, ma nel caso trattato propone gravame essendo stato incaricato dal soccombente, che ha partecipato al giudizio di prime cure e rispetto al quale pertanto non si pone l'esigenza di una concessione di un termine più lungo, -che si concede invece a chi appelli per conto di un altro ma che sia stato anche parte nel giudizio di primo grado-, al fine di poter interloquire con il delegato. Il *dominus litis*, infatti, non deve riferire l'esito della causa ad alcuno e già può predeterminarsi, senza la necessità di prendere contatto con alcuno, in ordine al se proporre appello o meno.

⁶⁹ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 314.

⁷⁰ In quanto , il soccombente, scadutogli il termine di due giorni, potrebbe nominare un procurator al fine di proporre gravame eludendo così il rispetto di tale regola.

4.2.2 Legittimazione del *procurator* nominato ai fini dello svolgimento dell'appello

Trattata l'ipotesi del *procurator* nominato appositamente ai fini della proposizione dell'appello, occorre prendere in esame il distinto, almeno in parte, caso della nomina di un sostituto ai fini dello svolgimento del giudizio di appello.

Dall'esame di una prima fonte di Ulpiano⁷¹, il problema pare alquanto controverso e per nulla risolto.

D. 49.9.1 Ulp. IV, *de app.* [Pal. Ulp. 15] :

1. *“Quaeri solet, an per alium causae appellationis reddi possunt: quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi. Verba rescripti ita se habent: “Divi fratres Longino. Si tibi qui appellavit mandavit, ut eum de appellatione, quam Pollia ad eum fecit, defenderes, et res pecuniaria est: nihil prohibet nomine eius te respondere. Sin autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi non licet. Sed et si ea causa sit, ex qua sequi solet poena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, sed ipsum adesse auditorio debere sciendum est”. Plane si pecuniaria causa est, ex qua ignominia sequitur, potest et per procuratorem hoc agi. Idque erit probandum et in ipso accusatore, si appellaverit vel si adversus eum sit appellatum. Et generaliter quae causa per alium agi non potest, eius nec appellationem per alium agi oportet.”*

Prima di affrontare ogni questione di carattere filologico, occorre notare che Ulpiano, in realtà, distingue, da un punto di vista sostanziale, la questione a seconda che si versi in un'ipotesi di diritto criminale (“*in criminibus*”) o di diritto privato (“*in rebus pecuniariis*”). Evidentemente, benché spesso le fonti tendano a trattare unitariamente le questioni comuni alle due materie, in quanto non vi è una rigida

⁷¹ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 315 e ss.; E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia, 1911, pagg. 31; M. SCARLATA FAZIO, *Principi vecchi e nuovi di diritto nell'attività giurisdizionale dei Divi Fratres*, Catania, 1939, pagg. 151 e ss.; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, in *Studia Juridica*, 85, Roma, 1992, pagg. 139 e ss.; J.G. WOLF, *Das Stigma ignominia*, in *ZSS* (126), 2009, pag. 89, ove l'autore riporta il passo in esame per affermare, parafrasandolo, che “[...] eine causa appellationis kann, wieder nach Ulpian, auch dann von einem procurator wahrgenommen werden, wenn der Prozess eine causa pecuniaria ist, aus der Ehrelosigkeit folgt.”

contrapposizione, in linea teorica, tra appello civile e criminale, ascrivendosi entrambe le ipotesi allo stesso alveo del processo della *cognitio extra ordinem*, nel caso di specie Ulpiano opera una distinzione, basata anche sul contenuto del rescritto di cui riporta il testo. In effetti la diversità tra la situazione del *reus* in faccende di diritto privato, rispetto a chi si trovi a subire un processo criminale è sottesa all'evidente principio secondo cui la possibilità di farsi rappresentare, o più correttamente, come più volte affermato, sostituire da un altro soggetto, si pone in modo distinto negli affari criminali ove, chiaramente, l'irrogazione della pena concerne un bene più prezioso rispetto a quello patrimoniale su cui va invece ad incidere la sentenza civile. In altri termini, la *ratio* della regola per cui "*si autem non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per procuratorem agi non licet*" discende direttamente dal fatto che il processo criminale, potendo ledere financo la vita, attraverso l'irrogazione di una pena capitale, non si presta così facilmente, come il giudizio civile, alla possibilità che si possa stare in giudizio attraverso un *procurator*.

Chiarito l'aspetto riguardante la distinzione con riferimento alla materia dell'appello, si nota che la formula introduttiva *quaeri solet* indica, come di consueto, che il problema trattato da Ulpiano è stato oggetto di discussione. In effetti, la questione della possibilità di farsi sostituire da un altro soggetto durante lo svolgimento del giudizio d'appello, benché ipotesi verosimilmente abbastanza frequente nella pratica, non è di piana soluzione, se si pone mente agli interessi coinvolti e alla esigenza di coordinare tale possibilità con l'attività processuale svolta dal titolare durante il processo in primo grado.

Da un punto di vista terminologico, appare interessante l'espressione, adoperata da Ulpiano all'esordio del proprio passo, "*an per alium causae appellationis reddi possunt*". In effetti, tale locuzione è stata oggetto di attenzione anche da parte della dottrina⁷², dovendo rilevare, infatti, che l'espressione, caratterizzata dal verbo "*reddere*" si trova attestata in alcune altre fonti⁷³ con il

⁷² R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 315 e ss.

⁷³ D. 49.10.2: "*Tutor vel curator retentus si provocaverit et ante causam actam moriatur, propter periculum medii temporis successores eius causas appellationis necesse habent reddere.*" D. 49.13.1.pr.: "*Appellatore defuncto, si quidem sine herede, cuiuscumque generis appellatio fuit, evanescit. quod si appellatori heres extiterit, si quidem nullius alterius interest causas appellationis reddi, cogendus non est peragere appellationem: si vero fisci vel alterius, contra quem appellatum est, interest, heres causas appellationis reddere necesse habet. nullius autem interest, veluti cum sine ademptione bonorum relegatus est. nam si ademptis bonis relegatus vel in insulam deportatus vel in*

medesimo riferimento allo svolgimento dell'appello e non già alla presentazione del relativo atto.

D. 49.1.28. 2 Scaev. XXV, dig. [Pal. Scaev. 112] :

2: “*Substituti tutores in locum legitimi tutoris experti cum eo tutelae iudicio , cum arbiter inique condemnavit, quam rei aequitas exigebat, a sententia eius provocaverunt: pendente causa appellationis iuvenes adoleverunt. Quaesitum est, cum omnis exsecutio huius ad adultos pertineat et causam ad se pertinentem idonee tueri possunt, an postulatio eorum, contra quos appellatum erat, dicentium illos debuisse causas appellationis reddere, qui primi sunt experti, admittenda non sit. Respondit eos, quorum tutela gesta esset, si vellent causam exsequi, non prohibendos. Idem et in curatoribus observandum est, si interim adultus ad legitimam aetatem pervenit.*”

Anche in quest'ultimo passo del giurista Scevola⁷⁴, si attesta l'uso dell'espressione “*causas appellationis reddere*” con il medesimo richiamo allo svolgimento della causa d'appello e ciò nonostante il fatto che qui, evidentemente, la causa riguardi un diverso caso relativo alla materia della tutela, in cui si hanno soggetti che sostituiscono il tutore legittimo, i quali abbiano appellato e durante lo svolgimento del relativo giudizio, i giovani tutelati hanno raggiunto la maggiore età. E' evidente infatti, nel caso di specie, che l'espressione non può, in modo più assoluto, riferirsi al fatto della presentazione dell'atto di appello da parte di un altro soggetto.

Ulpiano adopera la medesima espressione con lo stesso significato visto per le due fonti finora esaminate e precisamente in

D. 49.1.3.3 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 6]:

metallum datus provocatione interposita decesserit, imperator noster alexander plaetorio militi ita rescripsit: " quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data tamen etiam de parte bonorum eius sententia proponitur, adversus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, optinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit.” D. 49.13.1.1: “*Tutor quoque in negotio pupilli appellatione interposita si decesserit, heredem eius causas appellationis reddere necesse est, etiamsi rationes tutelae heres reddiderit, quia sufficit mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse. sed divi severus et antoninus rescripserunt non cogendum tutorem post rationes redditas causas appellationum reddere.*”

⁷⁴ Su cui vedansi W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], II, pagg. 231 e ss.; C. FUENTESECA, *Investigaciones de derecho procesual romano*, In *Studia Iuris Romani Salmanticensia*, Vol. I, pagg. 176 e ss..

3. “*Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.*”

Il problema qui posto da Ulpiano⁷⁵ concerne, appunto, le “*causae appellandi*”, ovvero i motivi d’appello. La questione, piuttosto piana, di cui si occupa Ulpiano, ha ad oggetto il quesito se possano indicarsi, in corso di causa, nuovi motivi, aggiunti rispetto a quelli denunziati con l’atto d’appello., dando risposta affermativa (“*puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit*”).

E’ evidente anche in tal caso che l’espressione *aliam causam provocationis reddere* ne attesta l’uso, ancora una volta, nel senso più volte indicato riferentesi allo svolgimento del giudizio di seconde cure.

Dimostrato che in tutte le fonti fin qui esaminate i giuristi utilizzano le espressioni “*causas reddere*” o al singolare “*causam reddere*” indicando lo svolgimento del giudizio, occorre tuttavia notare, per precisione terminologica e filologica, che le espressioni, l’una usata da Ulpiano, in D. 49.9.1, *an per alium causae appellationis reddi possunt*, e l’altra da Scevola in D. 49.1.28..2, *debuisset causas appellationis reddere*, attribuiscono a *causae* il significato non già, direttamente, come nell’ultima fonte esaminata, pur ulpiana, D. 49.1.3.3, di “motivi d’appello”, ma, piuttosto, per estensione, di vero e proprio “svolgimento del giudizio”, derivando tale significato, chiaramente, dal fatto che durante il giudizio di appello si espongono e si illustrano i motivi e pertanto, tale attività, con l’utilizzo di una metonimia, viene estesa all’evidente concetto richiamato. La precisazione di ordine filologico appena svolta, che la dottrina non ritiene neppure di dover richiamare⁷⁶, non può comunque inficiare quanto detto a proposito dell’utilizzo di *causam reddere* o *causae reddi* nel senso antitetico rispetto a quello di

⁷⁵ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. et loc. ult. cit.*; N. SCAPINI, *Il “ius novorum” nell’appello civile romano*, in *Studi Parmensi*, 21, 1978.

⁷⁶ *Ibidem*, ove l’autore, in effetti, non ritiene evidentemente di dover porre in evidenza tale questione di ordine puramente terminologico, che in realtà non muta la validità di quanto affermato in merito all’uso dell’espressione in esame con riferimento allo svolgimento del giudizio d’appello.

“presentazione dell’atto di appello”, riferendosi, come visto e più ribadito, al concetto di sostenere la causa nel suo svolgimento nel grado di appello.

Accertata, alla luce delle precisazioni fin qui svolte, la differenza, anche di tipo terminologico, che riannodano le diversità linguistiche rinvenute alla diversa prospettiva del problema della possibilità di appellare a mezzo di un soggetto terzo, in un caso nel senso di far presentare l’atto d’appello da questi, nel secondo caso di farsi sostituire nel corso del giudizio. Della diversità dei problemi, benché si abbia già avuto modo di verificare da un punto di vista linguistico l’esistenza di una netta distinzione, vi è testimonianza anche in un ulteriore passo di Macro,

D. 49.9.2 Macer II, *de app.* [Pal. Macer 13]:

2. “*Si procurator absentis appellaverit, deinde rationes reddiderit, nihilo minus ipse respondere debet. Sed an eo cessante dominus litis respondere possit exemplo adolescentis, videamus: magis tamen observatur, ut audiri debeat in causis appellationis reddendis is, cuius absentis procurator appellavit.*”

Il problema qui trattato è chiaramente quello di accertare se, una volta proposto appello da un procuratore (*si procurator absentis appellaverit*), il titolare degli interessi sostanziali possa sostituirsi nel corso del giudizio. Nel passo di Macro, si trova un’ulteriore attestazione dell’uso dell’espressione più volte esaminata, ma, oltre a tale aspetto, può osservarsi che il giurista si occupa del problema della sostituzione nel giudizio del *dominus litis*, implicitamente ribadendo che, una volta appellato, opera una vera e propria sostituzione processuale, dovendo venir meno, in ipotesi opposta, la ragione giustificatrice del quesito sottoposto al giurista. In altri termini, appare singolare che nell’ipotesi più piana di surrogazione, ovverosia quella operata dal titolare degli interessi di causa, rimanga comunque la questione se ciò possa legittimamente farsi (“*sed an eo cessante dominus litis respondere possit exemplo adolescentis, videamus*”). Quanto fin qui posto in evidenza mostra, ancora una volta, anche in relazione con quanto stabilito dal rescritto che riporta Ulpiano in D. 49.9.1 sopra esaminato, che il problema delle *causas reddere* è un vero e proprio problema di surrogazione nel giudizio, mentre quello della presentazione dell’appello

da parte di un terzo rimane confinato alla questione della legittimazione ad appellare, che è, evidentemente, questione meno problematica⁷⁷.

In merito ai problemi, complessi e non pienamente risolti dalla dottrina, finora esaminati, occorre aggiungere un'ultima questione, relativa ad un passo di Modestino che, in effetti, sembra fare utilizzo dei termini *causae* e *reddere* in un significato distinto e antitetico rispetto a quello fin qui richiamato e che potrebbe, teoricamente, porre in dubbio la validità di quanto fin qui affermato.

D. 49.1.18 Modest. XVII, respons. [Pal. Mod. 344]:

18. “*Lucius Titius pro servo suo, qui ad bestias datus est, provocationem interposuit. Quaero, an huiusmodi appellationis causas per procuratorem reddere possit. Modestinus respondere possit*”.

Il passo in esame⁷⁸, in effetti, appare piuttosto problematico per diverse ragioni. La prima osservazione, che depone quantomeno per una certa stravaganza lessicale, consiste nell'uso, da parte di Modestino, del termine “*procurator*” per il *dominus Lucius Titus*. Da un punto di vista tecnico, in effetti, il *dominus* non è un *procurator*, e di ciò non riesce a dar conto neppure la dottrina, che opera, in sostanza, un rifiuto della bontà della fonte, quantomeno ai fini di costituire testimonianza attendibile e genuina dell'uso contrario delle espressioni in essa utilizzate⁷⁹. In secondo luogo, un ulteriore aspetto da porre in rilievo, che costituisce la ragione per cui si è deciso di trattare il passo in questa sede, è il fatto che l'espressione “*appellationis causas per procuratorem reddere*”, qui adoperata dal giurista, sembra richiamare, al contrario delle fonti precedentemente prese in esame, il concetto di “presentazione dell'atto d'appello” da parte del *dominus* dello schiavo che, nella prospettiva dinanzi richiamata, viene trattato come *procurator*.

Il problema che si pone è, pertanto, quello di stabilire se l'utilizzo dei termini adoperati da Modestino potrebbe porre in dubbio quanto sin qui affermato, posto che la fonte sembra fare riferimento alla questione se Lucio Tito, *dominus* dello schiavo

⁷⁷ In tal senso si muove anche R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 317, che ritiene, inoltre, che la portata del rescritto dei *Divi Fratres* riportato da Ulpiano in D. 49.9.1 non sia quello di riconoscere il generale potere di rappresentanza, come ritiene, invece, M. SCARLATA FAZIO, *Op. et loc. cit.*, ma ribadisce che occorre leggere i problemi in esame avendo a mente la distinzione tra problema di legittimazione e di surrogazione del terzo.

⁷⁸ Su cui vedasi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 313 e 317.

⁷⁹ *Ibidem*.

condannato *ad bestias* con sentenza emessa a seguito di giudizio criminale, possa proporre appello contro il provvedimento di condanna.

Le considerazioni da svolgere, tuttavia, sono nel senso di non poter trarre da un'unica fonte, quanto al problema in esame, la prova contraria che testimonierebbe che l'espressione "*causas reddere*" o, nella sua variazione "*causae reddi*", non sia da riferire allo svolgimento del giudizio, potendo con essa intendersi anche la presentazione dell'atto d'appello. Unicamente in questa fonte si ha traccia di un simile uso della citata espressione, da cui non può certo porsi in dubbio la bontà dell'analisi terminologica sopra svolta, anche alla luce delle molteplici e concordanti testimonianze degli altri passi. Tale aspetto va poi valorizzato anche alla luce del fatto che Modestino, apparentemente senza una ragione precisa, fa uso del termine *procurator* anche qui in maniera piuttosto particolare, se non si voglia dire addirittura atecnica, riferendosi infatti al *dominus* dello schiavo, inquadrandolo alla stregua di un incaricato, alla pari di chi, nelle fonti precedentemente analizzate, viene designato ai fini dell'appello. Alla luce di tali considerazioni, il passo ora preso in esame non si può certo considerare attendibile, dal punto di vista sopra indicato di attitudine a porre in dubbio quanto sin qui detto circa la valenza tecnica della distinzione in esame.

In merito alla fonte in esame, occorre poi aggiungere che, benché il testo, in effetti, sembri alludere con l'espressione "*quaero, an huiusmodi appellationis causas per procuratorem reddere possit*", al fatto se *Lucius Titus* possa proporre appello per lo schiavo, per cui valgono le considerazioni già ampiamente svolte, almeno fintantoché non vi siano elementi precisi derivanti da altri indizi, potrebbe, almeno in ipotesi, benché la dottrina attribuisca ad "*appellationis causas per procuratorem reddere possit*" unicamente il significato visto, salvo enunciare l'inattendibilità del passo⁸⁰, ammettersi che Modestino si riferisca, invece, allo svolgimento del giudizio, nel senso di chiedersi se il *dominus* possa stare in giudizio per lo schiavo. In assenza di ulteriori elementi, non venendo in aiuto nemmeno la ricostruzione palinogenetica del Lenel, essendo il passo posto in un luogo ove non si hanno a disposizione ulteriori elementi, potrebbe dirsi che il giurista si chieda, pur trattandosi evidentemente di ipotesi non suffragata da elementi ulteriori certi, se il *dominus*

⁸⁰ *Ibidem.*

possa o meno svolgere, sostituendo il proprio schiavo, il giudizio d'appello. In tal caso, l'espressione "*provocationem interposuit*" si riferirà, evidentemente, alla proposizione dell'appello da parte del padrone, mentre la questione "*an huiusmodi appellationis causas per procuratorem reddere possit*" avrà ad oggetto lo svolgimento del giudizio di seconde cure rispetto al quale vi è dubbio che il soggetto che Modestino indica con *procurator* possa stare in giudizio al posto del condannato.

Evidentemente, se l'interpretazione proposta potesse trovare accoglimento, anche sulla considerazione dell'uso delle espressioni che fanno i giuristi nei loro passi in tema sopra esaminati, verrebbe meno anche una lunga serie di problemi legata all'interpretazione di questo passo.

4.2.3 Legittimazione all'appello del terzo interessato

Uno degli aspetti più controversi e più affascinanti circa la legittimazione all'appello è sicuramente quello costituito dal problema della legittimazione del terzo interessato.

Se risulta, infatti, come si è visto nell'introduzione alle questioni in merito alla legittimazione, che la regola fondamentale a presidio di quest'ultima è quella dell'*is cuius interest*, è pur vero che, tuttavia, tale principio va ricordato, in primo luogo, ad un altro, distinto e per certi aspetti antitetico principio secondo cui gli effetti della sentenza si esplicano soltanto nei confronti di chi sia stato parte nel giudizio. In secondo luogo, occorre verificare quali siano i limiti e le condizioni entro cui possa essere riconosciuto l'interesse del terzo ad appellare contro una sentenza resa all'esito di un giudizio cui non vi abbia partecipato.

Con riguardo al problema in esame, emergono anche ulteriori differenze rispetto al tema della legittimazione di un *procurator*, intervenendo quest'ultimo, sì, in qualità di terzo, ma in rapporto diretto con una delle due parti che hanno partecipato al giudizio. Nel caso del terzo, invece, vi è un soggetto che intende attaccare il giudicato di un provvedimento reso *inter alios*, rispetto al quale, evidentemente, i principî visti in precedenza non possono trovare applicazione.

Numerose sono le fonti che statuiscono, quasi con tono perentorio ad affermare una regola di carattere generale, che non si possa appellare la sentenza resa in giudizio che riguardi altre parti.

D. 49.4.2.1 Macer I, *de app.* [Pal. Macer 4]:

1. “*Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est cuius interest, an tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est eum suam causam defendere. Contrarium est ei, si dicat idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando si velit causam suam alienam videri, semet ipsum excludit, quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat.*”

Al di là delle argomentazioni riportate da Macro⁸¹ in ordine al problema, già esaminato, della concessione del *biduum* o del *triduum*, rimane scolpito il principio, a conclusione del passo, che *quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat*. La perentorietà del tenore letterale non lascia spazi ad alcun dubbio circa l'estensività del principio in parola, per cui, appunto, non è concesso a chi non abbia partecipato al giudizio, di proporre appello avverso la sentenza emanata.

D'altronde, il principio espresso da Macro non costituisce certo un caso unico, essendo rinvenibile anche in altre fonti, fugando definitivamente ogni dubbio in ordine alla sua portata generale. Similmente, infatti, si esprime anche Marciano, quando afferma che non può appellarsi contro la sentenza resa tra altri.

D. 49.1.5.pr. Marc I, de app. [Pal. Marc.1]⁸²:

pr.: “*A sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa, veluti si quis in coheredum praeiudicium se condemnari patitur vel similem huic causam (quamvis et sine appellatione tuts est coheres): item fideiussores pro eo pro quo intervenerunt. Igitur et venditoris fideiussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant*”.

Anche nel passo di Marciano, benché con minor fermezza nel tono (“*nisi ex iusta causa*”), viene affermato il medesimo principio visto nella fonte precedente. In generale, pertanto, a parte le ipotesi di *iusta causa* di cui il giurista non fornisce alcuna definizione esplicita, recando, tuttavia, una esemplificazione, il terzo non può appellare.

Si è visto, tuttavia, che, accanto a tale regola, opera anche quella, più particolare, secondo cui può proporre gravame chi abbia un interesse. Così numerose fonti affermano il principio dell’*is cuius interest*. Basti qui ricordare che è lo stesso

⁸¹ Su cui vedansi *Idem*, pagg. 312 e ss. e quanto detto, nel presente lavoro, in merito alla concessione del termine breve o lungo ai fini dell'appello; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pagg. 380 nt.32, 284 nt. 37 e sui medesimi problemi vedansi anche B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in Studi in onore di Pietro Bonfante, IV, Milano, 1930, pagg. 110 e ss.; N. SCAPINI, *Op. cit.*; pagg. 71 e ss.; E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, pagg. 47, 114; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III, pagg. 301 nt. 5, pag. 320 nt. 82, pag. 321 ntt. 85-86, pag. 324-328, 355.

⁸² Su cui vedasi W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, II, pag. 262 nt. 106; III, pagg.325-330, 340-346, 377-388.

Macro che in D. 49.1.4.2⁸³ ne ammette l'esistenza, avendo a mente che ciò non vale a porre nel nulla la regola più generale cui si è accennato in precedenza.

D. 49.1.4.2 Macer I, de app. [Pal. Macer 3] :

2. *“Alio condemnato is cuius interest appellare potest. Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet”*.

Ciò che appare interessante è il fatto che, apparentemente, sembra sussistere una contraddizione tra i due princìpi in esame o, quantomeno, pare che tra essi occorra operare un'interpretazione tale da circoscrivere, raccordandoli, i rispettivi campi di applicazione. In realtà, lo stesso Macro in D. 49.4.2.1, nella fonte appena vista, traccia il profilo dell'interesse che deve sussistere in capo al terzo che voglia appellare. Appare quantomeno curioso che tale principio venga espresso dal giurista proprio nel medesimo luogo in cui egli afferma perentoriamente che *“in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat”*.

Benché il pensiero del giurista nel passo in esame sia rivolto allo sviluppo di un tema diverso e già esaminato, relativo alla concessione del termine breve o lungo ai fini dell'appello, il ragionamento elegantemente esposto, e come tale posto a giustificazione delle argomentazioni addotte, fornisce nel contempo una sottile trattazione dei problemi della legittimazione del terzo e del suo ruolo processuale. La questione se l'appello di questi possa dar luogo, in quanto soggetto estraneo al giudizio (*“expertus non est”*), alla concessione del termine di tre giorni, quasi appellasse *alieno nomino*, porta il giurista a ritenere che ciò non sia possibile, in quanto è lo stesso interesse dell'appellante che vale a giustificare la sua legittimazione. In caso contrario, ove affermi che di voler usufruire del termine di tre giorni (*“si dicat [...] sibi licere intra triduum appellare”*), tale affermazione varrebbe ad escluderlo dalla medesima legittimazione, in quanto sarebbe egli stesso ad

⁸³ Su cui vedansi *Ibidem* e H. SIBER, *Präjudizialität feststellender Zwischenurteile*, in ZSS, 65, 1947, pagg. 1-42; TH. MAYER-MALY, *Collusio in Zivilprozess*, in ZSS, 71, 1954, pagg. 242-273; LOBO DA COSTA, *Origem romana de assistencia*, in Rev. Faculdade Direito Sao Paulo, 59, 1964, pagg. 154-161; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pagg. 280 e ss.; R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 320 e ss.; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 47-55, 222 e ss., 360-381, 496; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], I, pagg. 355 nt. 42; III, pag. 304 nt. 20, pag. 324-331, 345 ntt. 157-158, 351 nt. 183, 387 nt. 28 e 31, 388 nt. 32; IV, pag. 158.

affermare di appellare per un interesse altrui (“*contrarium ei est [...] semet ipse excludit*”).

Alla luce delle fonti e dei principi sin qui esaminati, può affermarsi che, se da un lato la sentenza resa all’esito di un giudizio non può essere appellata se non per giusta causa (*a sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa*), d’altro lato la statuizione giurisdizionale esplica i propri effetti solamente nei confronti di chi sia stato parte in giudizio. Sembrerebbe, quindi, che, se la sentenza non incida sugli interessi del terzo, non si dovrebbe neppure porre il problema della legittimazione di quest’ultimo. Le fonti attestano il principio secondo cui “*res inter alios iudicatas nullum aliis praeiudicium facere*”, talvolta espresso con diverse locuzioni, ma, comunque enunciato, tale da far intendere che debba trattarsi di principio di portata generale. Il problema di cercare un raccordo tra quelli che la dottrina moderna indicherebbe come i limiti soggettivi della cosa giudicata e la legittimazione del terzo che trova il proprio fondamento nell’*is cuius interest* rappresenta una questione delicata e complessa, avvertita dalla stessa giurisprudenza romana.

Occorre, infatti, prendere in considerazione una fonte di Macro che tratta in modo specifico e puntuale il problema in esame, introducendo, per dirla con Orestano⁸⁴, “*uno degli argomenti più ardui di tutta la teoria processuale e cioè quello dei limiti soggettivi della cosa giudicata*”. Si tratta, sostanzialmente, di cercare di addentrarsi, pur nei limiti della presente trattazione⁸⁵, nel complesso tema dell’efficacia soggettiva del giudicato.

⁸⁴ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 322.

⁸⁵ Non è possibile, infatti, dare qui conto di tutti i problemi sollevati dalla fonte in esame, data la loro vastità, che d’altronde Emilio Betti affronta nella corposa e monumentale monografia E. BETTI, *Op. cit.*, ormai risalente ma di valore insuperato, dedicata praticamente in modo esclusivo alla trattazione delle questioni sollevate dal passo in questione. Occorrerà farvi, comunque, frequentemente riferimento per la delicatezza delle questioni ivi trattate e la profondità dottrinale con cui l’autore affronta i temi, complessi, dei limiti soggettivi del giudicato, ricostruendo, filologicamente, una fonte che, per natura, si presenta oscura e che dà adito ad una messe non indifferente di diverse interpretazioni, soprattutto relativamente all’individuazione dei soggetti “*alii*” rispetto a cui si estendono gli effetti della sentenza resa *inter alios*, per i quali si pone, appunto, il problema spinoso di capire il legame e i punti di discontinuità che mettono in relazione tale principio con quello di ordine generale, visto, rispetto al quale *res inter alios iudicatas nullum aliis praeiudicium facere*. Cfr., ancora, H. SIBER, *Op. cit.*, pagg. 1-42; M. MARRONE, *Op. cit.*, pagg. 5-604; A. PALERMO, *Studi sull’exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956; M. MARRONE, *L’effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, 1960; LOBO DA COSTA, *Op. cit.*; G. PUGLIESE, *La cognitio e la formazione di principi teorici sull’efficacia di giudicato*, in Studi Biondi, 2, Milano, 1965, pagg. 141-168; H. ANKUM, *Der Verkäufer als cognitor und als procurator in rem suam im römischen*

D. 42.1.63 Macer II, de app. [Pal. Macer 12]:

63. *“Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiat, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt. cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. diversa causa est, si fundum a te titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona titii ad me pertinere dico: nam quamvis contra titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior, quia neque ex eo iure, quo titius victus est, vindico, neque potui titio intercedere, quo minus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus”.*

Pur nell'impossibilità di trattare esaurientemente tutti gli aspetti problematici, sotto il profilo linguistico, del passo in esame, per i quali si rimanda alla dettagliata esposizione del Betti⁸⁶, ad una prima lettura si nota un aspetto quantomeno

Eviktionprozess del klassischen Zeit, in *Mandatum und Verwandtes*, Berlin, 1993, pagg. 285-306; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pagg. 284 nt. 37, 289 nt. 49; W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [op. cit.], I, pagg. 355 nt. 45, pag. 431 nt. 215; III, pag. 329 nt. 110, pag. 330 nt. 111, pag. 342 ntt. 146 e 148, pag. 377 nt. 274. In generale sul problema dell'efficacia del giudicato nella *cognitio extra ordinem*, cfr. G. PUGLIESE, *La "cognitio extra ordinem" e l'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965. Sulla fonte in esame pagg. 157 e ss..

⁸⁶ *Idem*, pagg. 3 e ss., ove l'autore ricostruisce con precisione e in una visione diacronica le questioni problematiche di ordine testuale emergenti dal testo, passando in rassegna anche i tentativi dei

controverso della fonte, emergente già dal tenore letterale della stessa. Dopo aver affermato, infatti, il principio di ordine generale che limita l'esplicazione degli effetti della sentenza alle parti in causa, il giurista introduce una *distinctio* la quale, tuttavia, si appalesa già come un'affermazione di difficile interpretazione. Nota condivisibilmente il Betti⁸⁷, ma d'altronde tale aspetto emerge chiaramente già ad una prima lettura letterale, che l'avverbio “*etiam*” introdurrebbe, leggendo testualmente, il significato per cui la sentenza pregiudicherebbe i terzi sempre, *persino* quando essi ne siano a conoscenza (“*aliis quibusdam etiam scientibus obest*”). Chiaramente, secondo tale interpretazione, la circostanza di essere consapevoli dell'esistenza del giudizio è vista come ipotesi che non è di per sé idonea ad escludere l'operatività dell'estensione al terzo degli effetti del provvedimento emesso. Tuttavia tale asserzione non pare avere un senso logico preciso, se si considera che proprio il fatto di essere a conoscenza della lite, al contrario, sarebbe ragionevole che fosse alla base dell'esplicarsi degli effetti anche ai terzi e non pare sensato, ad ogni modo, poter dubitare che esso potrebbe, neppure solo in ipotesi, costituire un fatto tale da poter potenzialmente escludere l'idoneità ad escludere il soggetto terzo dagli effetti della cosa giudicata.

Fin dall'età intermedia il problema è stato diffusamente avvertito e si è cercato di dare un senso logico al testo, intervenendo direttamente sul suo tenore letterale, spesso in modo arbitrario o comunque proponendo una versione di esso che, benché potesse costituire un apprezzabile tentativo di fornire un significato plausibile o verosimile, tuttavia prescindeva da un'indagine filologica circa le cause dell'oscurità del testo stesso⁸⁸. Anche Betti, alla luce di tale discrasia e difficoltà, relativamente all'interpretazione del testo, fornisce una propria emendazione⁸⁹, giustificando tale operazione, da un punto di vista metodologico, con un verosimile errore, nella trascrizione di esso, da parte di un copista. Orestano⁹⁰, che non medita

giureconsulti dell'età intermedia di trovare soluzione alle contraddizioni, di cui si dirà tra poco, emergenti già dal testo di Macro.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Idem*, pagg. 3 e ss., ove l'autore ricostruisce, con precisione e dovizia di particolari, le proposte correttive ed interpretative che nello sviluppo storico, dai tempi dell'età intermedia ad oggi, si sono affacciate in ordine al passo in esame.

⁸⁹ E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 7 e ss.

⁹⁰ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 323 e ss.

direttamente sui problemi filologici, aderisce a tale ultima ricostruzione, da cui risulterebbero le seguenti correzioni.

D. 42.1.63 Macer II, *de app.* [Pal. Macer 12]:

63. “*Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet, quibusdam vero scientibus obest.* [...]”

Evidentemente, il testo acquisisce un senso piuttosto compiuto solo a seguito di detta modifica, benché occorra incidentalmente avvertire che, sebbene Betti giustifichi la propria motivazione, in ordine agli interventi proposti, in modo piuttosto organico e compiuto⁹¹, tuttavia pare che non si possiedano indizi sufficienti per poter condividere appieno una simile ricostruzione del passo. Certamente l’operazione che compie Betti conferisce alla fonte un significato che, con ogni probabilità, è verosimile si avvicini a quello originale, ma che, in realtà, è privo di un sostegno solido da un punto di vista metodologico, trattandosi, in definitiva, di un tentativo, in assenza di elementi concreti che possano orientare l’interprete, di fornire compiutezza e significato.

Partendo dalla versione così riformulata della fonte, l’autore sviluppa interamente le proprie ricerche, approdando ad una ricostruzione che, in merito ai problemi che qui occupano, relativamente cioè agli effetti espliciti dalla sentenza nei confronti del terzo, introduce nuove questioni da trattare. In sintesi, ai fini che qui interessano, occorre avvertire che la fonte si presenta complessa e non scevra di problemi. Betti ha dimostrato che il principio *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*, ovvero l’irrelevanza giuridica della sentenza rispetto ai terzi, vale pienamente unicamente nei confronti di chi sia stato estraneo non solo al rapporto processuale, ma anche al rapporto sostanziale. Al contrario, alcuni effetti possono prodursi rispetto a chi, benché estraneo al rapporto processuale, non lo sia relativamente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Evidentemente, l’ordinamento cerca di trovare un equilibrio, in misura maggiore rispetto ad altri istituti, finemente elaborato, tra il principio, di per sé spontaneo, secondo cui gli

⁹¹ E. BETTI, *Op. et locc. ultt. citt.*

effetti della sentenza non si estendono al soggetto che non abbia partecipato al giudizio e quello, opposto, che richiede che in taluni casi anche nei confronti di tale soggetto i suindicati effetti possano operare, per far sì che non si abbia una sorta di frammentazione artificiale della realtà sostanziale, relativamente a situazioni rispetto a cui, per la loro natura, una differenziazione delle posizioni tra terzo e parti in causa porrebbe in essere una realtà giuridica piuttosto artificiosa e poco aderente alla situazione di fatto. Chiaramente, la fonte in esame cerca proprio di far luce su quali siano i presupposti che valgano a legittimare l'operare del principio per cui gli effetti della sentenza resa *inter alios* si estendano ad un determinato soggetto.

Per quanto concerne i terzi titolari di posizioni soggettive non indifferenti o estranee al rapporto sostanziale⁹², viene in rilievo, come accennato dinanzi, un nuovo elemento, che è quello, appunto, dell'essere "*sciens*" o meno del giudizio in corso. Operando necessariamente una sintesi dei problemi emergenti nella prassi in argomento, può dirsi che eventuali effetti possono prodursi o riflettersi nei confronti del terzo, benché questi sia appunto rimasto estraneo al giudizio, in determinati casi in cui egli sia appunto consapevole (*sciens*) del giudizio in corso e abbia mantenuto un atteggiamento passivo nei confronti di questo. Tale situazione fa sorgere anche nei confronti di tale soggetto, non partecipante al processo, l'interesse a proporre appello avverso la sentenza emessa, atteso che anch'egli rimane soggetto alla cosa giudicata *inter alios*. *A fortiori*, rimane soggetto agli effetti suindicati colui che, titolare di rapporto giuridico sostanziale, abbia legittimamente visti difesi i propri interessi da un'altra parte (non operando, come si è visto, l'istituto della

⁹² Per la distinzione particolare, e i problemi susseguenti, tra irrilevanza e indifferenza giuridica della sentenza per il terzo, vedasi E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 22-34, in cui l'autore fa luce sul delicato rapporto in questione. Se nella maggioranza dei casi, infatti, all'irrilevanza fa seguito l'indifferenza di tali effetti, non sempre si ha una tale situazione. Vi sono casi in cui, posta l'irrilevanza dei citati effetti per un soggetto terzo, che come tale non sarà soggetto alla cosa giudicata, pur tuttavia egli potrà esservi giuridicamente interessato, in quanto altri effetti, differenti da quelli del giudicato, potranno verso di lui spiegarsi. L'autore cita subito, in modo assai chiaro e pragmatico, un esempio: "*Se Tizio, dopo aver ceduto a Caio un suo credito verso Sempronio, transige col suo debitore circa il credito ceduto, è chiaro che la transazione conclusa tra Tizio e Sempronio non potrà generare in capo a Caio, in confronto di Sempronio, quel vincolo giuridico che è l'effetto caratteristico del negozio di transazione. Pure, non sarebbe esatto il dire che pel cessionario del credito la transazione conclusa al cedente col debitore ceduto sia un fatto giuridicamente indifferente; poiché, se il debitore all'atto della transazione ignorava la cessione avvenuta, potrà, di fronte al cessionario che intendesse riscuotere il credito, eccepire come fatto liberatorio di fronte a lui la transazione conclusa in buona fede col cedente (exceptio utilis transacti negotii: D. 2.15.17)*".

rappresentanza, ma trattandosi di vera e propria sostituzione processuale⁹³), restando così soggetto all'*actio iudicati* o, in senso inverso, all'*exceptio rei iudicatae*, eventualmente esperite nei di lui confronti.

Occorre ora far luce sulle ipotesi appena introdotte, verificando in concreto l'operatività dei princìpi in parola. Quanto al secondo caso da ultimo introdotto, può affermarsi che l'estensione degli effetti della sentenza appare sensata già ad una prima riflessione, visto che non pare irragionevole che chi abbia mandato a processo un altro soggetto per difendere una propria posizione sostanziale si veda soggetto, dal punto di vista processuale, all'eventuale azione di giudicato. Maggiormente problematico appare invece il discorso relativamente al requisito della consapevolezza, espresso con il termine di "*sciens*" e relativo al primo dei casi introdotti, cui Betti dedica un'intera parte della propria monografia⁹⁴.

Riannodando i profili ora presi in esame con il tema principale della presente trattazione, relativamente alla legittimazione all'appello, quest'ultima viene ragionevolmente riconosciuta, visto l'affermarsi del principio in parola, nei casi in cui il terzo sia in realtà titolare del rapporto sostanziale dedotto in giudizio o difeso da altri. Evidentemente in tal caso, in modo assai intuitivo, viene riconosciuta l'operatività *ultra partes* degli effetti della sentenza, proprio in virtù del legame sostanziale del terzo con la *res iudicanda*, pur a prescindere dal rapporto processuale. Chiaramente, unico requisito richiesto, peraltro ovvio, al fine dell'esplicarsi degli effetti *de quibus*, è costituito dal fatto che il rapporto sostanziale sia legittimamente dedotto o difeso da un altro soggetto, non pertanto in virtù di una scelta arbitraria di quest'ultimo. In tale ultima ipotesi, invece, si avrebbe un vero e proprio caso di inesistenza della sentenza per quanto attiene al titolare effettivo della situazione oggetto di giudizio e, quindi, non si porrebbe neppure il problema della legittimazione all'appello di quest'ultimo.

Alcuni esempi di soggezione alla cosa giudicata del titolare del rapporto sostanziale possono rinvenirsi nei casi di conduzione del giudizio da parte del

⁹³ Vedasi in argomento lo stesso E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 330 e ss., ove si occupa dei casi di sostituzione processuale, con un'interessante indagine sulla correlazione tra l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* e il potere di dedurre in giudizio il rapporto giuridico altrui, in riferimento particolarmente a D. 44.2.11.7.

⁹⁴ *Idem*, pagg. 91-108, ove viene proprio analizzato il valore della consapevolezza di un giudizio tra altri in riferimento agli effetti che possono da ciò spiegarsi.

cognitor o del *procurator*, rispetto ai quali si ha una situazione in cui, accanto alla soggezione al giudicato di questi ultimi, si assiste alla medesima soggezione nei confronti del titolare del rapporto, verso il quale, come anticipato, può dirigersi l'*actio iudicati*, allo stesso modo in cui potrebbe farsi se egli fosse stato parte in causa⁹⁵.

D. 3.3.61, Paulus I, *ad plaut.* [Pal. Paulus 1074]⁹⁶:

“Plautius ait: procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi aut in rem suam datus esset aut optulisset se, cum sciret cautum non esse, omnibus placuit. idem erit observandum et si defensoris loco cum satisfactione se liti optulerit.”

In tal caso è evidente che, benché non si tratti di un caso in cui venga in rilievo un problema di legittimazione all'appello da parte di un terzo, nondimeno si ha una testimonianza piuttosto chiara del fatto di poter agire direttamente nei confronti del titolare del rapporto sostanziale. Dall'enucleazione di tale regola può pertanto dedursi che gli effetti della sentenza, benché formalmente pronunciata *inter alios*, si sono in realtà prodotti anche nei confronti di colui che oggi designeremmo con il termine di “rappresentato”.

Un'ulteriore fonte che attesta l'operare, in senso assolutamente analogo, del principio in parola, è una fonte ulpiana, anch'essa non concernente, in realtà, un caso di *appellatio*, ma di cui è bene comunque dar conto per ottenere una conferma ulteriore della regola enucleata dalla prassi in tema di giudicato, che si riannoda poi inescindibilmente con il tema di chi sia legittimato all'appello.

D. 3.3.28 Ulp. I, *disp.* [Pal. Ulp. 33]:

“Si procurator meus iudicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti iudicati actio mihi indulgetur. sed et si egit procurator meus ex ea stipulatione me invito, nihilo minus tamen mihi ex stipulatu actio tribuetur. quae res facit ut procurator meus ex stipulatu agendo exceptione debeat repelli: sicuti cum agit iudicati non in rem suam datus nec ad eam rem procurator factus. per

⁹⁵ Sul tema del *cognitor* e del *procurator*, da tale prospettiva, vedasi E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 339 e ss.

⁹⁶ Su cui cfr. anche R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 325 e ss; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano. I. Translati Iudicii*, Napoli, 1956; R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 339-340.

contrarium autem si procurator meus iudicatus solvi satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur. sed et si defensor meus satisdederit, in me ex stipulatu actio non datur, quia nec iudicati mecum agi potest".

Benché in realtà Ulpiano⁹⁷ si stia occupando dei problemi del rapporto "interno" tra *procurator* e mandante, emerge chiaramente come quest'ultimo sia in realtà soggetto al giudicato intercorso tra il primo e la controparte, fatto che costituisce, del resto, il presupposto logico del sorgere del problema dibattuto dal giurista ed elegantemente esposto.

L'esplicarsi degli effetti in capo al *dominus litis*, sostituito dal *procurator* o dal *cognitor*, comporta che, per quanto attiene al problema originario che qui occupa, relativo alla legittimazione, la questione si pone evidentemente in un rapporto, a doppio filo, di dipendenza. Ove, infatti, venga riconosciuto il prodursi di conseguenze in capo al sostituito processualmente, non può non riconoscersi in capo a quest'ultimo il potere di proporre appello avverso la sentenza resa, pur sempre, *inter alios*.

D. 49.1.4.2 Macer I, *de app.* [Pal. Macer 3] ⁹⁸:

2. *"Alio condemnato is cuius interest appellare potest. qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet."*

Presupposto logico del caso, in sé chiaro, trattato da Macro, è il fatto che il sostituto processuale non appelli. Il problema che si pone, chiaramente, è di fornire ugualmente tutela a chi sia, in realtà, davvero interessato, da un punto di vista sostanziale, alla demolizione di quanto affermato sfavorevolmente nella sentenza resa. Con ogni evidenza, un simile problema non si porrebbe se gli effetti del provvedimento non si producessero anche nei confronti del titolare del rapporto sostanziale legittimamente dedotto o difeso in giudizio da altri.

A conclusione di quanto sin qui esposto, può ora affermarsi che, anche alla luce delle fonti, una prima categoria di soggetti legittimati all'*appellatio* di una sentenza resa tra altri soggetti è costituita da coloro che legittimamente abbiano

⁹⁷ Sui problemi della fonte in esame, cfr. F. BONIFACIO, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in Studi De Francisci, 4, Napoli, 1956, pagg. 537-548; E. VALINO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 340, 352.

⁹⁸ Per la cui bibliografia si rimanda alla nt. 83.

inteso farsi sostituire in giudizio al fine di dedurre un rapporto sostanziale in giudizio o essere difesi nel medesimo.

Una seconda ipotesi, che costituisce una specie della prima categoria ora vista, in quanto anche qui si prescinde dal requisito della consapevolezza della lite, ma si guarda piuttosto alla posizione sostanziale oggetto del giudizio, è quella relativa ad un terzo che sia titolare di un rapporto giuridico strettamente dipendente da quello di una delle parti in giudizio. Gli esempi riguardano rapporti che, come si diceva dinanzi nell'introduzione a tali tipi di problemi, non tollerano una frammentazione degli effetti del giudicato in dipendenza dei soggetti partecipanti al processo, pena una intollerabile artificiosa divisione della realtà sostanziale.

Una prima ipotesi è relativa al caso del venditore di una *res*, qualora il compratore sia risultato soccombente in un giudizio per rivendica. Chiaramente, la soccombenza di quest'ultimo espone il venditore, con evidenti riflessi di ordine sostanziale, alla garanzia per evizione nei confronti del primo.

D. 49.1.4.3 Macer I, *de app.* [Pal. Macer 3]:

3. *“Item si emptor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit: aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas. quid enim, si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? quin etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emptori committenda est, atque si ipse appellasset.”*

Il caso⁹⁹, come emerge già chiaramente dal tenore letterale del passo, attiene ad un interessante problema relativo ad un giudizio che riguarda sì soggetti formalmente terzi (come lo sono colui che agisca in rivendica contro il compratore rispetto al venditore), ma rispetto ai quali, il giurista, ritiene corretto concedere, evidentemente proprio sulla base dell'operatività degli effetti *ultra partes* della sentenza, l'appello anche a colui che non abbia partecipato al giudizio, come può esserlo il venditore nei confronti della sentenza sfavorevole al compratore (*“eo cessante auctore eius appellare poterit”*), oppure, nel caso speculare, del potere di appello riconosciuto al compratore nel caso in cui il venditore abbia agito in giudizio (*“aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas”*).

⁹⁹ Su cui cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 329; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 49, 55-56, 114-115, 164; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 271, oltre alla bibliografia *sub* nt. 40.

Appare curiosa la logica seguita dal giurista che, pragmaticamente, riconosciuto implicitamente il fatto che in una simile situazione, in cui il presupposto formale della partecipazione di terzi al giudizio non può di per sé solo determinare la mancata estensione degli effetti della sentenza anche al venditore, che dovrà così rispondere dell'evizione nei confronti del compratore, ammette la legittimazione all'appello di un soggetto che, quantomeno su un piano astratto, sarebbe pur sempre un terzo estraneo alla lite. Occorre notare inoltre che proprio per non addivenire ad una frammentazione artificiosa della realtà di fatto, poi, anche la realtà giuridica riconosce che si siano prodotti alcuni effetti in capo al venditore, terzo rispetto all'attore nel giudizio di rivendica e al convenuto-compratore.

In modo del tutto analogo si ha il caso del fideiussore del venditore, nel caso praticamente identico a quello trattato da Macro, in un passo di Marciano.

D. 49.1.5.pr., Marcianus I, de app. [Pal. Marcianus 1] ¹⁰⁰:

pr.:“*A sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa, veluti si quis in coheredum praeiudicium se condemnari patitur vel similem huic causam (quamvis et sine appellatione tutus est coheres): item fideiussores pro eo pro quo intervenerunt. igitur et venditoris fideiussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant*”.

Marciano, partendo da premesse di carattere generale, ribadendo un principio già noto, facendo seguire ad un concetto tipicamente astratto qual è la *iusta causa*, riempie quest'ultima di contenuti portando alcuni esempi in cui è possibile proporre appello avverso la sentenza. Il caso, come si è già detto, è per gran parte simile a quello visto in precedenza, trattandosi qui, tuttavia, dei fideiussori del venditore che, nell'ipotesi in cui il compratore venga evitto da un terzo, e né questi, né il venditore intendano appellare, si vedono così riconosciuta la possibilità di presentare gravame (“*igitur et venditoris fideiussor emptore victo appellabit, licet emptor et venditor adquiescant*”), essendo in tal modo implicitamente ovvio che gli effetti della sentenza resa tra l'*emptor* e il soggetto vittorioso si riverberino tanto nei confronti del venditore, quanto dei fideiussori di quest'ultimo. Di sicuro interesse è notare che nello stesso passo di Marciano può vedersi riconosciuta, sulla base di premesse del

¹⁰⁰ Per la cui bibliografia si rimanda alla nt. 82.

tutto analoghe, la medesima facoltà in capo ai fideiussori del debitore rimasto soccombente nei confronti del creditore (*item fideiussores pro eo pro quo intervenerunt*).

Tutte le fattispecie, trattandosi di un'elencazione esemplificativa, presentano la uguale caratteristica di avere un presupposto comune, quello di costituire un caso particolare in cui al soggetto terzo viene riconosciuta la possibilità di proporre appello avverso la sentenza in quanto, in primo luogo, gli effetti del provvedimento si producono anche nei suoi confronti. In secondo luogo, tale fatto avviene sulla base di considerazioni di economia processuale e di ragionevolezza, che impone che vi sia omogeneità tra la realtà dei fatti che vede, ad esempio, il fideiussore del venditore e quest'ultimo tutelare una posizione analoga nei confronti del terzo che agisce contro il compratore per evizione e gli strumenti di tutela processuale accordati alle parti, i quali vengono in tali casi modellati sulla prima, costituendo un'eccezione alla regola secondo cui "*a sententia inter alios dicta appellari non potest*".

Ancora, si hanno attestazioni nelle fonti di ulteriori ipotesi, sempre contraddistinte dal fatto che gli effetti della sentenza operano *ultra partes* unicamente sulla base della posizione sostanziale, prescindendo ancora dalla consapevolezza dell'esistenza dell'altrui giudizio, in casi di *legatari per damnationem* o *per vindicationem*, fideicommissari e schiavi manomessi per testamento, quando l'erede testamentario sia stato convenuto in giudizio con un'azione *de inofficioso testamento* dall'erede *ab intestato*. In caso di accoglimento della domanda attorea, -il che costituisce evidentemente un presupposto del riconoscimento della legittimazione in capo a tali soggetti-, tutti gli effetti del testamento vengono travolti, come può leggersi in una fonte ulpiana, che richiama un rescritto di Adriano e Antonino Pio.

D. 5.2.8.16 Ulp. XIV, ad ed. [Pal. Ulp. 501]¹⁰¹:

¹⁰¹ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 330; G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones*, in Studi Parmensi, 1951, pagg. 33-169, M. MARRONE, *L'efficacia* [cit.], pagg. 5-604; G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano. Vol. II.*, Milano, 1963; H. HELLMIG, *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testamenti des klassischen römischen Rechtes*, Frankfurt am Main, 1968; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributi allo studio della successione necessaria*, in Pubbl. Univ. Napoli, 123, Napoli, 1972; E. VALINO, *Op. cit.*; R. SOTTY, *Op. cit.*; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 50, 286-294, 469-473, 488; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], II, pag. 271 nt. 133; III, pag. 336 nt. 132.

16.: “*Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus hadrianus et divus pius rescripserunt.*”

Il passo di Ulpiano, in realtà, costituisce un *prius* logico del riconoscimento in capo ai soggetti *de quibus* del potere di appello. Si vedrà subito, con l’esame delle fonti che trattano i problemi dell’impugnazione di questi ultimi direttamente, che l’esigenza di riconoscere loro tale potere discende in realtà dalla necessità di tutela da accordare loro, dettata sì sulla base di considerazioni di politica del diritto, ma che, posta tale premessa, costituisce pur sempre una soluzione pragmatica alla questione di conciliare opposte istanze, cioè quella di trovare un espediente che fornisca loro tutela in un caso in cui, venuti meno gli effetti benefici del testamento, essi non troverebbero, secondo una rigida interpretazione, una possibilità di tutela (si pensi allo schiavo manomesso per testamento che si trova, per effetto della dichiarazione del testamento come *inofficiosum*, nuovamente nella condizione servile originaria).

D. 5.2.29.pr. Ulp. V, opin. [Pal. Ulp. 2349]¹⁰²:

pr.: “*Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit*”.

Il caso risulta piuttosto chiaro: nell’ipotesi, infatti, in cui i legatari sospettino che vi sia collusione tra gli eredi testamentari e colui che asserisce essere l’erede *ab intestato* (“*si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit*”), ai primi viene riconosciuto la facoltà di appellare. Vi è tuttavia, in realtà, un elemento nuovo su cui occorre riflettere, relativo alla “*suspecta collusio*” di cui parla Ulpiano. Come si vede da altre fonti, essa costituisce in realtà un presupposto tipico del riconoscimento di tale potere e ciò, in verità, non potrebbe

¹⁰² Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 330; E. BETTI, *Op. cit.*, pag. 50.

d'altronde non essere. E' pur vero, infatti, che il riconoscimento della possibilità di appellare potrebbe indurre a ritenere la posizione dei legatari indipendente, che prescinde da quella degli altri soggetti, quali l'erede testamentario e quello *ab intestato*. Occorre tuttavia considerare che il potere che Ulpiano riconosce –ma si vedranno altri casi relativi allo schiavo manomesso–, non origina tanto da un riconoscimento della legittimazione dei legatari o degli schiavi (negli esempi che seguiranno) *tout court*, ma è in realtà il modo, come anticipato dinanzi, per fornire loro una tutela, in un caso particolare in cui, altrimenti, ne risulterebbero totalmente sprovvisti, non potendosi attivare altri in loro vece ed essendo stata lesa quantomeno una loro legittima aspettativa. Mancando l'elemento della frode tra l'erede testamentario e *ab intestato*, il legatario non subisce in realtà alcuna lesione, nemmeno dell'aspettativa sopra citata, in quanto la posizione di quest'ultimo dipende pur sempre dalla validità del testamento che la origina. Solo alla luce di tale considerazione, che si è ritenuto di dover esplicitare, in quanto la dottrina evidentemente non ha ritenuto necessario soffermarvisi, possono meglio inquadrarsi le fonti che trattano il tema.

D. 49.1.5.1-3 Marc. I, de app. [Pal. Marc. 1]¹⁰³:

“Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus pius rescripsit. Idem rescripsit legatarios causam appellationis agere posse. Sed et si in fraudem suam transactionem factam ab eo qui appellasset dicerent, idem dicendum est. sed et sine appellatione si fuerit transactum, similiter rescriptum est”.

In realtà, il passo di Marciano, sul quale si avrà modo di intrattenersi diffusamente, testimonia il fatto che la possibilità di appellare è intimamente connessa all'esistenza o all'affermazione di una frode nei confronti del soggetto cui viene viene riconosciuta la legittimazione, tanto nel caso di cui al primo frammento

¹⁰³ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 330 e ss.; TH. MAYER-MALY, *Op. cit.*; M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, particolarmente pagg. 107 e ss.; M. LOBO DA COSTA, *Op. cit.*, pagg. 152-161; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano, 1973.; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 50, 55; W. LITEWSKI, *Op. cit.*, II, pagg. 271 nt. 133; III, pagg. 308-346.

(“*permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum*”), quanto in quelli successivi che rimandano, in realtà, all’ipotesi del primo.

Una conferma ulteriore di tale principio può rinvenirsi, ancora, in un passo ulpiano in cui la *collusio*, richiamando ancora un intervento del *divus Pius*, riafferma in realtà quanto sin qui sostenuto, convincendo, a contrario, l’interprete, a ritenere che nel caso in cui sia stato *sic et simpliciter* pronunciata la rescissione del testamento, non si possa riconoscere il potere d’appello ai soggetti in esame, non trattandosi in realtà di un’ipotesi lesiva di un loro diritto.

D. 49.1.14.pr. Ulp. XIV, ad ed. [Pal. Ulp. 503]¹⁰⁴:

pr.: “*Si per lusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. et divus pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere*”.

Esaminati i casi in cui effetti della sentenza resa *inter alios* si producono in capo a soggetti terzi, unicamente sulla base del fatto che essi siano titolari di un rapporto sostanziale in varia misura connesso con quello dei soggetti in giudizio, con conseguente ammissibilità della loro facoltà d’appello, occorre vedere ora una seconda categoria di terzi, dinanzi accennata, i quali sono soggetti al giudicato *inter alios* in virtù della consapevolezza dell’esistenza del giudizio altrui, appunto, quindi, perché *scientes*.

Si è più volte detto che la regola generale è quella secondo cui la sentenza non opera *ultra partes*, rispetto cioè a chi non sia parte del giudizio. Si è anche visto, nell’introduzione ai complessi problemi della fonte macrina di D.42.1.63, che una prima categoria di soggetti verso cui spiegano effetti eventuali sentenze rese *inter alios* sono coloro i quali vengono legittimamente sostituiti, come nel caso del *procurator* o del *cognitor*, da soggetti che diventano parti nel giudizio tutelando interessi non propri. Ora, si dà il caso che si abbiano alcune ipotesi in cui in un giudizio venga dedotto o difeso un rapporto giuridico da un soggetto non

¹⁰⁴ Su cui vedasi G. PUGLIESE, *Il processo* [op. cit.], pagg. 150 E Ss.; W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [op. cit.], I, pag. 359 Nt. 63; III, pagg. 308, 336 E Ss.

legittimamente investito dal titolare degli interessi calati in causa. E' proprio a tal caso che si riferisce, in realtà, Macro, nelle ipotesi in cui il titolare del rapporto sostanziale sia consapevole dell'esistenza del giudizio, ma che, tuttavia, lasci, tollerando, che ciò avvenga¹⁰⁵.

E' dallo stesso Macro¹⁰⁶ che può citarsi l'esempio del creditore pignoratizio, che permette che il debitore, convenuto in giudizio da un soggetto che agisce in rivendica ritenendolo erroneamente possessore della cosa, sostenga la causa non eccependo la mancanza di legittimazione passiva, con conseguente soccombenza del debitore stesso (*“veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprie tate pignoris”*).

Ancora, il giurista, esemplificativamente, cita un caso in cui, con presupposti analoghi, il marito, proprietario e possessore della dote, lascia che il soggetto che l'ha costituita e che è stato convenuto in giudizio per rivendica sostenga la causa, ancora una volta non eccependo la mancanza di legittimazione, vedendolo soccombente (*“aut maritus aut socerum vel uxorem de proprie tate rei in dote acceptae”*).

Macro fa infine riferimento all'ipotesi del compratore di una *res*, il quale, ricevutone il possesso, tolleri che il venditore convenuto in giudizio e anch'egli non

¹⁰⁵ Per un'introduzione a tali problemi relativi al soggetto *“sciens”* e al valore di detta consapevolezza, vedasi E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 61 e ss. In particolare, *Idem*, pag. 91, fornisce un'esatta ricostruzione del *“valore giuridico della consapevolezza che il terzo ha dell'altrui processo nelle tre fattispecie ipotizzate da Macro”*.

¹⁰⁶ Si riporta qui la fonte, senza gli interventi correttivi proposti dalla dottrina relativa al passo in esame, D. 42.1.63: *“Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiat, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt. cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. diversa causa est, si fundum a te titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona titii ad me pertinere dico: nam quamvis contra titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior, quia neque ex eo iure, quo titius victus est, vindico, neque potui titio intercedere, quo minus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus”*.

eccependo il fatto di non possedere più la cosa, rimanga soccombente¹⁰⁷. Benché tratti di ipotesi particolari, ma certamente non rare (*“quae ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt”*) può dirsi, in conclusione, che nelle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza e dalla Cancelleria Imperiale può intravedersi un tentativo di aprire gli spazi angusti della legittimazione ad appellare anche a terzi che, sulla base di considerazioni che vanno al di là di una interpretazione rigorosa della regola secondo cui la sentenza esplica i propri effetti solamente nei confronti delle parti in causa, permetta di rendere l’ordinamento più duttile e armonico rispetto a situazione in cui, anche da punto di vista fattuale, non pare di dover trattare con l’applicazione di una norma che risulterebbe, se applicata rigorosamente, ingessante e anche irrispettosa dell’esigenza di economia processuale che pur deve aver orientato il giurista nella ricerca delle proprie soluzioni.

¹⁰⁷ Sui motivi che storicamente possano aver indotto il dante causa a non eccepire la mancanza di legittimazione passiva, E. BETTI, *Op. cit.*, pag. 90, tenta di fornire una risposta alla questione, affermando, mediante una lucida analisi, che *“In generale si può dire che tale ragione consista in un interesse dell’autore a prevenire la soccombenza dell’avente causa di fronte all’azione di revindica che venisse intentata contro di lui. E’ codesto un interesse che, se l’azione fosse stata esperita contro l’avente causa, avrebbe legittimato l’autore ad intervenire nel giudizio ad adiuvandum, e se l’azione così esperita avesse già avuto esito vittorioso nella prima fase della lite lo avrebbe legittimato ad appellare contro la sentenza pronunciata in confronto dell’avente causa [...] Nella fattispecie del venditore il movente del comportamento di costui sarà normalmente l’interesse ad evitare al compratore la temuta evizione, della quale egli risponderebbe –di regola- a norma del rapporto contrattuale”*.

4.4 La capacità processuale in tema d'appello

Trattati i temi principali che emergono dalle fonti in tema di legittimazione ad appellare, che, come si è visto, attengono alla posizione soggettiva di colui che voglia proporre gravame, occorre ora fare cenno ai presupposti della capacità processuale che fungono anch'essi da presupposto per lo *ius appellandi*.

Un primo requisito richiesto è quello relativo allo *status libertatis*, ovvero alla necessità che l'appellante sia un soggetto libero; così allo schiavo non sarà permesso di appellare¹⁰⁸. Il principio in parola emerge chiaramente da numerose fonti già nel Digesto, costituendo una regola generale, temperata, in materia civile, unicamente da una eccezione in tema di schiavo manomesso per testamento in talune fonti che saranno prese in esame e di cui si è fatto cenno in precedenza.

Una prima fonte in cui viene stabilito, in modo perentorio, che gli schiavi non possano appellare, è posta nel titolo I del libro XLIX, costituendo una di quelle regole generali che si trovano ad apertura del libro medesimo. Il passo¹⁰⁹, tratto da uno dei libri *digestorum* di Marcello, si presenta di lettura piuttosto piana, salvo richiedere alcune precisazioni in ordine al secondo periodo che lo compone e che sembra mitigare il rigore della sua prima parte dal punto di vista della portata precettiva.

D. 49.1.15 Marcellus I, dig. [Pal. Marcellus 5]:

15. “*Servi appellare non possunt: sed domini eorum ad opem servo ferenda possunt uti auxilium appellationis et alius domini nomine id facere potest. Sin vero*

¹⁰⁸ Sulla capacità processuale dello schiavo in generale, a prescindere da quella relativa alla proposizione dell'appello, vedasi in particolare G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, Milano, 1963, pagg. 280 e ss., ove l'autore, dopo aver esposto la differenza tra capacità di essere parte e capacità di compiere atti processuali, afferma che, per quanto riguarda la schiavitù, questa costituiva un ostacolo tanto per la prima, quanto per la seconda. In termini generali, può d'altronde affermarsi che i principi su cui si intrattiene Pugliese, relativamente al processo *per formulas*, conservano la loro validità, d'altronde, anche per le *cognitiones extra ordinem*, pur nella peculiarità di queste ultime e in particolar modo dell'istituto dell'*appellatio*.

¹⁰⁹ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 345; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 278. Per quanto attiene, più in generale, il problema della capacità degli schiavi, I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"*, Napoli, 1976, pagg. 147 e ss.; A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, in Labeo, 21, 1975, pagg. 143 e ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], I, pag. 353 nt. 31; III, pagg. 307 e ss.; IV, pag. 168 nt. 87.

neque dominus neque alius pro domino appellaverit, ipso servo, qui sententiam tristem passus est, auxilium sibi implorare non denegamus".

Marcello afferma in maniera nettamente decisa l'impossibilità, per quanto riguarda gli schiavi, di proporre appello. Per conciliare le esigenze di tutela perseguite con tale istituto e il principio in esame della non proponibilità da parte di soggetti non liberi, si ammette che i padroni, o altri soggetti in nome di questi ultimi possano proporre gravame ("*sed domini eorum ad opem servo ferenda possunt uti auxilium appellationis et alius domini nomine id facere potest*"). Tale rigore viene tuttavia temperato, come dinanzi accennato, dal tenore del secondo periodo, il quale è stato sospettato di essere interpolato proprio sull'assunto che esso svuoterebbe "*di contenuto il principio rigoroso che il giurista classico esponeva nella prima proposizione*"¹¹⁰. In effetti, il principio espresso nel secondo periodo sembra obliterare la regola espressa dal giurista nella prima parte del passo; il medesimo modo di esposizione, elencando dapprima, come esordio, la regola "*servi appellare non possunt*" e poi, in merito, le due ipotesi in cui tale regola subisce, per così dire, un temperamento, non sembra lasciare dubbi sulla portata della norma. Tuttavia, in assenza di ulteriori indicazioni e non volendo necessariamente concludere per l'ipotesi dell'interpolazione, occorre anche ammettere l'ipotesi che il giurista abbia inteso affermare in modo generale il principio dell'inappellabilità degli schiavi, salvo poi mitigare tale affermazione permettendo l'appello nel caso in cui non vi sia stato, né da parte del *dominus*, né di alcun altro in nome di questi, alcuna proposizione dell'appello, consentendo così comunque al soccombente di ottenere una nuova pronuncia nel merito. Rimane da dire che, da un punto di vista logico, la struttura del passo di Marcello resta comunque alquanto particolare e, ad ogni modo, non pare di poter essere risolta altrimenti sulla sola base delle notizie a disposizione.

La fonte di Marcello non costituisce, comunque, un unico esempio della regola in esame che presuppone lo *status libertatis* come condizione per la

¹¹⁰ Così testualmente si esprime R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 345, nt. 1; in argomento confronta anche le voci riportate sub D. 49.1.15, in E. LEVY-E. RABEL, *D. 49.1.15*, in *Index Interpolationum* [cit.], I, 1929. Aderisce alla tesi per cui il passo sarebbe interpolato B. FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in Studi Bonfante, IV, pagg. 443 e ss., peraltro senza motivare tuttavia il proprio assunto.

proponibilità dell'appello. Si trova, infatti, anche in Scevola un passo¹¹¹ che ripropone, questa volta in materia tipicamente civile, la regola dinanzi vista.

D. 49.1.28.pr. Scaev. XXV, digest. [Pal. Scaev. 112]:

pr. “*Creditor cum fideiussoribus egerat: sed post iudicium acceptum ad agendam causam ipse non adfuit et, cum absoluti essent fideiussores, servus eius appellavit. Quaesitum est, an appellatio, quam servus interposuit nomine domini, nullius momenti esset. Respondit eiusmodi appellationem non esse observandam*”.

Il caso esposto da Scevola presenta numerosi aspetti di interesse, tanto sotto il profilo della legittimazione dell'appellante, nel caso di specie trattandosi di un terzo che spontaneamente propone gravame in una *causa aliena*, quanto sotto il diverso ma in una certa misura collegato problema della legittimazione ad appellare di un soggetto *alieni iuris*, privo di capacità giuridica come lo schiavo. Il giurista interviene in un caso in cui è controverso (“*quaesitum est*”) se il *servus* possa proporre appello contro la sentenza che ha assolto i fideiussori del debitore del *dominus* assolti in quanto l'attore non si è presentato in giudizio (“*ipse non adfuit*”). Ai fini che qui occupano, relativi al requisito della capacità processuale in rapporto al tema dell'*appellatio*, si nota che il giurista nega la possibilità della validità di tale appello proposto dal *servus*. La risposta al *quaesitum*, tuttavia, addotta proprio sulla base della mancanza di capacità processuale dello schiavo, benché evidentemente per le ragioni comuni alla giurisprudenza di rinunciare alla dogmatizzazione di categorie astratte non vi sia un chiaro riferimento al concetto della richiamata “capacità processuale” (“*respondit eiusmodi appellationem non est observandam*”), assume tanto più rilievo se si pone mente al fatto che, in realtà, il giurista sarebbe potuto addivenire alla medesima soluzione sulla base della distinta considerazione che l'appello è stato proposto, al di là che da un soggetto incapace processualmente, *alieno nomine*, cioè da un soggetto che spontaneamente ha appellato in un giudizio per conto di un altro¹¹². Il fatto che Scevola, nel fornire una soluzione al problema

¹¹¹ Vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 337, ove l'autore esamina il passo nell'ipotesi della proposizione dell'appello da parte di un terzo in *causa aliena*.

¹¹² Vedansi anche le considerazioni svolte in argomento da R. ORESTANO, *Op. et loc. ultt. citt.*, ove l'autore pone in evidenza il fatto che il giurista nega la validità dell'appello, ponendo la propria attenzione sulla *absentia* e sulla incapacità dello schiavo, “*più ancora che sulla circostanza che si trattava d'un appello alieno nomine*”.

sottopostogli, tenga primariamente presente l'incapacità dello schiavo, unitamente all'*absentia* del creditore, attore nel giudizio, piuttosto che sul fatto che si tratta pur sempre di appello proposto *alieno nomine*, è argomento che può trarsi dalle stesse parole del giurista che non fa specifico riferimento al fatto che il gravame sia stato proposto in causa aliena, ma, al contrario, fa menzione del fatto che l'attore non si sia presentato ("*ipse non adfuit*") e che sia stato proposto dal *servus* ("*quam servus interposuit*").

Alla luce delle fonti prese in esame, appare pacifico che lo schiavo non possa appellare né *proprio nomine* né *alieno nomine*, in quanto soggetto non capace processualmente, benché, nel caso di sentenza emessa a seguito di processo di tipo criminale, si è visto incidentalmente che tale rigidità è temperata dalla possibilità concessa, in sua vece, al *dominus*.

In realtà, alla semplicità del principio esposto non fanno riscontro tutte le fonti, avendosi il caso di un passo di Marciano che merita di essere esaminato attentamente, in quanto, oltre a stabilire un principio che appare in direzione contraria rispetto alla capacità del servo finora vista, richiama l'attenzione anche per la problematicità con cui va raccordato ai passi sopra esaminati.

Marciano espone un caso¹¹³ in cui, infatti, viene concesso allo schiavo, mediante un rescritto di Antonino Pio, di proporre appello.

D. 49.1.5.1 Marc. I, de app. [Pal. Marc. 1]:

1. "*Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit.*"

E' interessante proporre in questo luogo il caso presentato da Marciano in quanto, come emerge chiaramente dal testo, esso costituisce testimonianza

¹¹³ Su D. 49.1.5.1 vedansi *in primis* W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [cit.], III, pagg. 336 e ss.; II, pag. 271 nt. 133; III, pagg. 308 nt. 35; III, pagg. 338 e ss. ntt. 136-138; III, pag. 345, ntt. 155-157; III, pag. 346 nt. 159; R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 346 e ss.; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 50, 55, ove l'autore, trattando incidentalmente della fonte in esame, afferma che in essa viene riconosciuto ai legatari e agli schiavi manomessi nel testamento "*un interesse giuridico ad appellare contro la sentenza che annulla il testamento, soltanto sotto la condizione che il motivo della soccombenza dell'erede istituito sia una collusione a loro danno tra lui e l'erede ab intestato*", trattando così il caso in maniera simile a come fa l'Orestano, il quale, come si vedrà meglio in seguito, vi scorge un'eccezione alla regola generale secondo cui agli schiavi non viene riconosciuta la capacità processuale e pertanto la possibilità di appellare." Ancora cfr. H. SIBER, *Op. cit.*, pagg. 1-42; TH. MAYER-MALY, *Op. cit.*, pagg. 242-273; L. DI LELLA, *Op. cit.*; E. BETTI, *Op. cit.*, pagg. 50, 55.

dell'eccezione alla regola, rinvenuta nelle fonti dinanzi esaminate, relativa alla incapacità processuale dello schiavo. Secondo il rescritto di Antonino Pio, infatti, - così informa il giurista-, si permette agli schiavi manomessi per testamento (“*qui libertatem acceperunt*”) di appellare contro la sentenza pronunciata, a seguito di collusione, tra erede testamentario ed erede *ab intestato* (“*si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit*”).

In realtà, a ben vedere, il passo da ultimo proposto si presenta, dal punto di vista dei presupposti ad esso sottesi, alquanto diverso rispetto a quelli precedentemente esaminati. In D. 49.1.15 infatti, enunciata la regola fondamentale secondo cui “*servi appellare non possunt*”, il caso verte sull'appello di una sentenza criminale in cui, tuttavia, l'ordinamento, posta la norma di carattere generale, trova comunque un rimedio alla rigidità da essa imposta, permettendo di addivenire ad una nuova pronuncia nel merito, dapprima mediante la possibilità accordata al *dominus* ed eventualmente ad un altro soggetto (“*sed domini eorum ad opem servo ferenda possunt uti auxilium appellationis et alius domini nomine id facere potest*”) e poi, ove non vi sia stata da parte di questi alcuna iniziativa, dando comunque al *servus* la possibilità di appello (“*sin vero neque dominus neque alius pro domino appellaverit, ipso servo, qui sententiam tristem passus est, auxilium sibi implorare non denegamus*”). La fermezza della norma viene di fatto così temperata a vantaggio, evidentemente, della nuova sensibilità giuridica creatasi in tema di gravame, che spinge a riconoscere con forza tendenzialmente universale la possibilità di ricorrere ad un'istanza superiore, benché ancora il giurista si senta in dovere di enunciare la regola che nega la capacità processuale allo schiavo. Nel secondo caso visto, D. 49.1.28.pr., Scevola presenta una questione relativa ad un complesso caso in cui viene negata allo schiavo la capacità di appello, ma, come si è visto, oltre a tale ultimo impedimento, concorrono probabilmente, benché non espressamente menzionati nel percorso logico del giurista, anche ulteriori elementi, quali l'*absentia* dell'attore-*dominus* e il fatto della presentazione *alieno nomine* del gravame.

Nel passo di Marciano da ultimo proposto, invece, si è preannunciato che sussistono elementi connotati da forti differenze, benché non pare che la dottrina vi presti particolare attenzione, inquadrando piuttosto il caso come un'ipotesi particolare ed eccezionale in cui al *servus* viene riconosciuta la capacità di appello o

trattandolo, ancor più semplicemente, come un'ipotesi particolare in cui ad un terzo estraneo è permesso di appellare la sentenza resa *inter alios* senza aver ricevuto mandato¹¹⁴.

In realtà, la particolarità della situazione esposta da Marciano risiede nella speciale posizione dello schiavo. Egli, infatti, si trova dapprima nella posizione di manomesso mediante testamento, ma, a seguito della sentenza che dichiara *inofficiosum* il testamento, egli riassume la precedente condizione di soggetto *alieni iuris*, ovvero di schiavo. Se è pur vero, infatti, che Orestano attentamente osserva che tale fonte costituisce un caso di appello da parte del *servus*, il quale, secondo la regola enucleata pragmaticamente non avrebbe capacità processuale (basti ricordare il tono perentorio di Marcello secondo cui *servi appellare non possunt*), è da notare soprattutto che essa, in realtà, non pare contraddire apertamente –ciò che ha mancato di sottolineare apertamente la dottrina pur attenta sugli altri aspetti- la regola espressa da Marcello e Scevola.

Se si pone mente alla posizione e al centro di interessi del *dominus*, infatti, non si può non notare che essi rappresentano proprio un elemento determinante che da solo vale a giustificare la diversità di trattamento tra i casi visti e quello in esame, non costituendo quest'ultimo, in definitiva, -stando almeno ai presupposti fornitici dal sobrio tenore letterale dei passi oggetto d'attenzione- un'ipotesi eccezionale. Mentre, infatti, Marcello in D. 49.1.15 e Scevola in D. 49.1.28.pr. trattano ipotesi in

¹¹⁴ R. ORESTANO, *Op. et loc. ultt. citt.*, riconosce l'eccezionalità della regola enunciata del passo, ma unicamente sulla base del fatto che costituirebbe un esempio particolare in cui viene riconosciuta allo schiavo la capacità di appellare: “Tuttavia vi è un'ipotesi eccezionale in cui era riconosciuta agli schiavi la capacità di appellare: ed è nel caso, sopra esaminato, degli schiavi manomessi per testamento che erano legittimati ad appellare contro la sentenza fra erede testamentario ed erede ab intestato, qualora dietro collusione fra i due si fosse arrivato alla pronunzia della nullità del testamento. [...] Costoro, infatti, anche se avevano ricevuto la libertà, tornavano ad essere schiavi per effetto della sentenza che avesse dichiarato *inofficiosum* il testamento, e pertanto non v'è dubbio che essi appellavano da schiavi.”. D'altro canto, W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III pagg. 336 e ss., si limita a presentare il passo come un esempio di legittimazione accordata ad un terzo legato da un rapporto giuridico ad una delle parti del precedente giudizio; da tale tipo di rapporti discenderebbe la legittimazione del terzo in taluni casi, di cui porta, come esempio alcune fonti, relative appunto allo schiavo manomesso per testamento rispetto al quale l'erede testamentario abbia perso la lite *de inofficioso testamento* ed altre fonti relativi ai legatari e ai fidecommissari. Partendo da questi presupposti l'autore polacco afferma che “*Die Legitimation besaßen ebenfalls gewisse dritte Personen, die unter dem Titel eines Rechtsverhältnisses, das sie mit einer der früheren Parteien verband, dazu berechtigt waren, solei dieses Verhältnis abhängig war von dem im Prozess gepriüften Verhältnis. Einer dieser Fälle war die Legitimation der legatarii (später auch der fideicommissarii) sowie der testamentarischen Freigelassenen im Falle, wenn der Testamentserbe den Rechtsstreit de inofficioso testamento verlor. Dann drohte ihnen nämlich der Verlust der Vermächtnisse und der erlangten Freiheit. Ihre Legitimation fand ihre Quelle im Reskript des Antoninus Pius.*”.

cui, l'uno a seguito di un giudizio criminale e l'altro di una sentenza civile, il *dominus* del *servus* ha, almeno sul piano teorico, un interesse che si allinea a quello del sottoposto. Ciò in quanto nel caso di condanna criminale di quest'ultimo egli patisce direttamente le conseguenze della sentenza, soprattutto sul piano patrimoniale, e nel caso visto in D. 49.1.28.pr. egli avrebbe interesse, quantomeno teorico e comunque non certo confliggente con quello dello schiavo che ha inteso appellare, a proseguire nella causa contro i fideiussori del debitore. Nel caso in esame il discrimine risulta essere proprio costituito dal concetto introdotto con la ipotetica "*si querantur per collusionem pronuntiatum*".

A seguito della pronuncia avvenuta "*dietro collusione*"¹¹⁵, l'erede *ab intestato* diviene padrone dello schiavo, in quanto evidentemente gli effetti della manomissione vengono meno. Occorre notare che il nuovo *dominus servi* è titolare, evidentemente, di un interesse confliggente con lo schiavo originariamente manomesso per via testamentaria e pertanto, per ragioni di giustizia sostanziale, si ammette la possibilità di appellare anche in capo al *servus*, in quanto egli altrimenti sarebbe sprovvisto di tutela alcuna, configgendo i suoi interessi tanto con quelli dell'*erede ab intestato*, che è ora il suo *dominus* ed ha convenienza a mantenere tale situazione di fatto, quanto nei confronti di quelli dell'erede testamentario colluso con quest'ultimo.

Alla luce di quanto detto e dei presupposti che valgono a distinguere le diverse ipotesi finora viste, non pare che in quest'ultimo caso, trattato da Marciano in D. 49.1.5.1, ci si imbatta in un vero e proprio caso di appello dello schiavo, da intendersi come eccezione alla regola dell'incapacità processuale di quest'ultimo. E' pur vero, infatti, che esso costituisce un unico caso in cui si rinviene nelle fonti la possibilità, da parte del *servus*, di un gravame posto da lui direttamente (se si fa eccezione al caso visto nella fonte tratta da Marcello in D.49.1.15 "*sin vero neque dominus neque alius pro domino appellaverit, ipso servo, qui sententiam tristem passus est, auxilium sibi implorare non denegamus*", che, proprio per il principio enucleato e per le stesse parole riportate dal giurista, pare appunto costituire un'eccezione, concessa sulla base di motivazioni di politica del diritto), ma, come anticipato, in tale questione, ove si fosse addivenuti ad una soluzione diversa, allo

¹¹⁵ Così R. ORESTANO, *Op. et. loc. ultt. citt.*

schiaivo non sarebbe rimasta alcuna possibilità di appello, in quanto gli interessi del suo *dominus* (ora divenuto l'erede *ab intestato*) non collimano, a differenza che nei casi trattati precedentemente, con quelli dell'interessato al gravame. Più che costituire un'eccezione al principio esposto, quindi, pare trattarsi di una soluzione necessaria per rispettare un principio, ancora più generale, della possibilità di appellare le sentenze ritenute ingiuste, ormai affermatosi come regola, benché sorto per pragmatiche ragioni di politica del diritto.

Nelle ultime fonti prese in esame, appare ancora più evidente la necessità di trattare i problemi della legittimazione ad appellare in rapporto agli interessi sottesi al soggetto che intenda attaccare la sentenza, anche a prescindere dalla veste o dalla posizione formale assunta, in quanto una certa presa di distanza da certe possibili dogmatizzazioni sembra essere il filo conduttore del pensiero della giurisprudenza e della Cancelleria Imperiale. In altri termini, la logica seguita dai giuristi non sembra quella di enucleare i principi alla base del tema della capacità in termini astratti di possibilità o meno di appellare, ma piuttosto quella di riconoscere tale possibilità al soggetto che, sulla scorta dei suoi interessi rispetto alla causa, rispetti anche i principi posti a fondamento dell'ordinamento. Quanto affermato risulta tanto più evidente nei casi esaminati e tratti dalle fonti di Marciano e Scevola. Se si rileggono parallelamente ed attentamente, ancora una volta, i casi relativi allo schiaivo manomesso e allo schiaivo che intende appellare per il *dominus*, creditore che agisce nei confronti dei fideiussori del debitore, si può cogliere meglio il senso di quanto sin qui affermato.

D. 49.1.5.1 Marc. I, de app. [= Pal. Marc. 1]¹¹⁶:

1. “*Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit.*”

D. 49.1.28.pr. Scaev. XXV, dig., [Pal. Scaev. 112]:

pr. “*Creditor cum fideiussoribus egerat: sed post iudicium acceptum ad agendam causam ipse non adfuit et, cum absoluti essent fideiussores, servus eius*

¹¹⁶ Per la bibliografia del passo in esame, cfr. nota n. 113.

*appellavit. Quaesitum est, an appellatio, quam servus interposuit nomine domini, nullius momenti esset. Respondit eiusmodi appellationem non esse observandam*¹¹⁷.

Porre il problema dogmatico della capacità dello schiavo di appellare, senza contestualizzare la questione alla luce dei reali problemi di cui si occupano i passi in esame, appare, come detto, quantomeno fuorviante. Nel caso esposto da Marciano, infatti, non si può non notare una differenza fondamentale rispetto al caso trattato nel passo riportato successivamente del giurista Scevola. Nel primo, infatti, l'interesse¹¹⁷ all'appello rimane, con ogni evidenza, in capo unicamente allo schiavo che intenda proporre gravame contro la sentenza viziata dall'essere stata emessa in base alla collusione tra erede istituito per testamento ed erede *ab intestato*. Nel secondo caso, invece, il *servus* appella *nomine domini*, come espressamente si può apprendere direttamente dal tenore letterale della fonte. Ora, come si è anticipato, non pare che tale elemento sia di poco conto e che esso possa costituire, nella ricostruzione del problema, un aspetto da cui si possa prescindere rischiando di occuparsi di una trattazione inficiata da artificiosa astrazione, relativa alla capacità dello schiavo ad appellare. Proprio dal raffronto tra le due fonti in esame emerge, invece, come l'interesse che muove lo schiavo all'appello giochi un ruolo ancora più importante di ogni qualsivoglia teorizzazione sulla posizione processuale di quest'ultimo. Il grande discrimine tra le diverse soluzioni enucleate dalla giurisprudenza non sembra essere, benché la dottrina non lo abbia fatto sufficientemente presente, una diversa valutazione di un elemento inerente alla capacità processuale del soggetto *alieni iuris*, ma piuttosto un diverso apprezzamento degli interessi sottesi all'appello relativamente a tale soggetto.

Se nel passo di Scevola, infatti, non può esservi dubbio che “*appellatio, quam servus interposuit nomine domini, nullius momenti esset*” in quanto non vi è alcun interesse oggettivo a riconoscere la validità di un appello dello schiavo, privo di capacità, in un caso in cui è la stessa parte processuale a non voler proseguire la

¹¹⁷ In realtà il termine “interesse” rimanda al concetto di interesse ad appellare che, almeno su un piano teorico, imporrebbe di tenere concettualmente distinto tale istituto da quello della capacità e della legittimazione. Tuttavia, si è visto che le fonti riconoscono, come in D.49.1.5.1, la possibilità dello schiavo di appellare non in virtù dell'applicazione dell'astratto principio del riconoscimento della capacità ad appellare, ma sulla base di istanze di giustizia sostanziale. In tal modo, può evincersi che le categorie dogmatiche non sono così nette come negli ordinamenti moderni, ma rispondono ad esigenze concrete, rendendo talvolta i concetti soprattutto di capacità e interesse più fluidi rispetto a quelli con cui solitamente siamo soliti ragionare.

causa (“*ipse non adfuit*”) e rispetto alla quale pertanto, in assenza di ulteriori elementi, non vi è motivo di “*observare appellationem*”, nel caso dello schiavo che appella contro la sentenza che riconosce l’invalidità del testamento, emessa in suo danno e su collusione dell’asserito erede *ab intestato* e di quello testamentario, ciascuno a diverso titolo, appare evidente che la logica sottesa alla soluzione proposta non possa essere unicamente quella di prendere in considerazione la posizione astratta del *servus*, negandogli la possibilità di appellare, in quanto altrimenti gli verrebbe meno la possibilità di “*recorrigere iniquitatem iudicantium vel imperitiam*”.

Alla luce delle fonti prese in esame, si nota che le soluzioni adottate tanto dalla Cancelleria Imperiale quanto dai giuristi non siano una conseguenza diretta ed astratta del mancato riconoscimento della capacità processuale dello schiavo, ma, anzi, benché essa costituisca un principio saldo, nel passo trattato da Marciano in D. 49.1.5.1, si giunge al riconoscimento della possibilità di appellare, al fine di rispettare il principio più generale della appellabilità delle sentenze, mostrando in modo chiaro la duttilità e pragmaticità della logica giuridica romana che, particolarmente nel caso esposto, rifugge la astratta dogmatizzazione degli istituti.

Si è già accennato, nel corso di questo paragrafo, al rischio di trattare le fonti unicamente dal punto di vista del riconoscimento o meno della capacità processuale del *servus*. Se da un lato, evidentemente, esso costituisce l’oggetto del problema qui trattato e di cui le fonti stesse restituiscono un’immagine di applicazione pratica, non può tuttavia prescindere dal prendere in esame anche ulteriori elementi, quali l’interesse che muove il soggetto alla proposizione del gravame unitamente alla sua posizione processuale. Solo in tale maniera può comprendersi, infatti, la diversa soluzione cui approda la giurisprudenza e la Cancelleria Imperiale nei passi esaminati che, evidentemente, non sono da leggere l’uno come esempio della regola del mancato riconoscimento della capacità dello schiavo e l’altro come un’ipotesi eccezionale in cui si riconosca la validità dell’appello.

Sembra piuttosto che i casi in esame costituiscano parte di un ragionamento più ampio in cui, a fianco della regola relativa all’incapacità processuale, si pongono ulteriori considerazioni che aprono le maglie dell’ammissibilità dell’appello, favorendo l’armonizzazione dei diversi principi posti alla base della possibilità di

gravame delle sentenze, permettendo, quindi, in un caso, in cui eccezionali sono le premesse e non la soluzione¹¹⁸, l'appello di chi abbia ricevuto la libertà per testamento, ma che, con la dichiarazione che riconosce *inofficiosum* detto testamento, sia appunto uno schiavo.

A conclusione del tema in esame relativo alla capacità processuale, è interessante segnalare un ulteriore punto di approdo della dottrina¹¹⁹, che cita, sebbene incidentalmente, anche un'ulteriore fonte di Marciano, tratta da un precedente libro del Digesto, e precisamente D. 48.10.7.

D. 48.10.7, Marcianus II, *Inst.* [Pal. Marcianus 64]:

“Nullo modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili neque iure praetorio neque extra ordinem computantur: praeterquam quod favorabiliter divi Marcus et Commodus rescripserunt, cum servus quereretur, quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur, admittendum ad suppressi testamenti accusationem.”

¹¹⁸ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 346, sembra più orientato, invece, a scorgere nel passo di Marciano un'eccezione alla regola in esame, trattando il tema, forse anche per il fatto che il lavoro è scritto ai fini della fruibilità da parte degli studenti di un corso universitario, in modo maggiormente dogmatico: *“Tuttavia vi è un'ipotesi eccezionale in cui era riconosciuta agli schiavi la capacità di appellare: ed è nel caso, sopra esaminato, degli schiavi manomessi per testamento che erano legittimati ad appellare contro la sentenza fra erede testamentario ed erede ab intestato, qualora dietro collusione fra i due si fosse arrivati alla pronunzia della nullità del testamento: ...et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit (MARCIAN D. 49.1.5.1).”*

¹¹⁹ *Ibidem*, ove l'autore, dopo aver affermato che *“gli schiavi manomessi per testamento che erano legittimati ad appellati contro la sentenza fra erede testamentario ed erede ab intestato, qualora dietro collusione fra i due si fosse arrivati alla pronunzia della nullità del testamento: ...et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit (Marcian. D. 49.1.5.1). Costoro, infatti, anche se avevano ricevuto la libertà, tornavano ad essere schiavi per effetto della sentenza che avesse dichiarato inofficiosum il testamento, e pertanto non v'è dubbio che essi appellavano da schiavi.”* Poi l'autore continua, ed è proprio tale fatto che il discorso si presenti nel medesimo contesto, senza soluzione di continuità, a far intendere la prospettiva di Orestano, che evidentemente ritiene senz'ombra di dubbio di poter leggere le fonti di Marciano e Scevola, D. 49.1.5.1 e D. 49.1.28.pr., -come si specificherà in seguito-unitamente a quella, sempre dello stesso Marciano che però, benché abbia forti elementi di analogia con le prime, non riguarda un caso di *appellatio*, affermando: *“altrettanto deve supporre potesse probabilmente avvenire in quei processi attestati da Marciano (D. 48.10.7; cfr. per un'età posteriore Hermog. D. 5.1.53), nei quali sulla base di un rescritto di Marco Aurelio e Commodo si consentiva allo schiavo ereditario di farsi accusatore contro il dominus (allorché quereretur quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur) e così pure in materia di fideicommissaria libertas”*.

Il passo in esame, è preso brevemente in considerazione da Orestano¹²⁰, il quale, citandolo come esempio di possibile appello concesso allo schiavo, sulla scorta di quanto detto per la fonte di Scevola in D. 49.1.28.pr., afferma testualmente che “*altrettanto deve supporre potesse probabilmente avvenire in quei processi attestati da Marciano (D. 48.10.7; cfr. per un’età posteriore Hermog. D. 5.1.53), nei quali sulla base di un rescritto di Marco Aurelio e Commodo si consentiva allo schiavo ereditario di farsi accusatore contro il dominus (allorché quereretur quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur) e così pure in materia di fideicommissaria libertas*”.

Le considerazioni che possono farsi, tanto attorno alla fonte in esame, quanto relativamente alle conclusioni cui giunge l’autore, sono molteplici ed interessanti, in quanto riguardano direttamente il tema di cui ci si occupa momentaneamente, visto da una prospettiva diversa, ovvero da quella di un caso in cui non si tratta direttamente di un problema concernente un *appellatio*. La questione verte intorno alla capacità processuale dello schiavo di stare in giudizio contro il *dominus* in un caso che ha con ogni evidenza un’analogia forte con quello, precedentemente esaminato, del giurista Scevola. Tale analogia risiede nel fatto che anche qui si è di fronte ad una situazione in cui al *servus* è stata concessa la libertà per via testamentaria, ma, in perfetta analogia, essendo stato nascosto o soppresso il testamento attraverso il quale gli veniva concessa la libertà (*quereretur quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, subprimerentur*), egli torna ad essere schiavo e, pertanto, non potrebbe stare in giudizio.

Come si può facilmente notare, anche in tale ipotesi l’ordinamento si trova di fronte ad un problema simile, se non identico, almeno per quanto attiene alle opposte esigenze di fornire tutela al *servus* e allo stesso tempo di armonizzare tale tutela con la regola opposta del mancato riconoscimento della capacità processuale di detto *servus*. Anche qui, inoltre, il venir meno degli effetti espliciti dal testamento, benché sulla base di elementi di fatto per natura diversi rispetto a quelli di diritto della fonte scevoliana, in cui gli effetti della disposizione testamentaria vengono elisi mediante la pronuncia che dichiara il *testamentum* “*inofficiosum*”, il soggetto manomesso vede ricompresa la propria libertà, tornando ad essere schiavo, a seguito di un fatto

¹²⁰ Cfr. *Ibidem*; R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milano, 1958, pagg. 127 e ss.

illegittimo e lesivo da parte dell'erede, che, in quanto tale, viene ad essere titolare di interessi inconciliabili con quelli del padrone.

I problemi che si pongono, alla luce di quanto visto in ordine alla questione trattata, sono, in primo luogo, di verificare se tale passo, che, come si nota fin dal testo, non tratta direttamente di un caso di *appellatio*, possa costituire un esempio utile nella trattazione del problema nel contesto appunto della proposizione del gravame, avendo elementi sufficienti per poter essere letto in parallelo con quelli riguardanti la capacità dello schiavo nel caso di presentazione, da parte sua, dell'appello e possa, in definitiva, avere un valore al di là del caso espressamente trattato. In secondo luogo, occorre verificare, ove alla prima questione si dia risposta positiva e pertanto si ritenga di poter utilmente leggere il passo anche per quanto riguarda il problema nell'ambito dell'appello, se la soluzione qui presentata da Marciano e tratta, come si afferma testualmente, da un rescritto di Marco Aurelio e Commodo, possa confermare o smentire quanto precedentemente sostenuto sulla base delle fonti presenti nel libro XLIX con riferimento specifico all'*appellatio*.

Orestano non sembra avvertire l'esigenza di doversi soffermare lungamente sui motivi che lo inducono a ritenere che dal passo di Marciano possano ricavarci elementi tali che permettano di enucleare principi validi anche in tema di appello¹²¹, potendosi così senz'altro istituire un confronto fra esso e quelli dinanzi esaminati, sempre di Marciano e di Scevola (D. 49.1.5.1 e D. 49.1.28.pr.).

Benché Marciano non stia trattando evidentemente un caso di appello proposto dallo schiavo, l'esempio può comunque essere di qualche utilità, in quanto i principi sottesi alla capacità processuale e a quella relativa alla presentazione dell'*appellatio*, non sembrano divergere profondamente e pertanto, esso può ben verosimilmente costituire un esempio da cui trarre alcune conclusioni in ordine al

¹²¹ *Ibidem*, si è già visto *sub* nt. 63, che l'autore, dopo aver affermato che il caso riportato da Marciano e di cui in D. 49.1.5.1 costituisce un'eccezione alla regola dell'incapacità all'appello da parte degli schiavi, e che nei casi in esami può a pieno titolo parlarsi di *appellatio*, in quanto, pur avendo per via testamentaria ricevuta la libertà, a seguito della sentenza che dichiara *inofficiosum* il testamento, i soggetti manomessi tornano ad essere, appunto, soggetti *alieni iuris*, approda alla questione trattata in D. 48.10.7 affermando semplicemente che "*altrettanto deve suppersi potesse probabilmente avvenire in quei processi attestati da Marciano (D. 48.10.7) [...]*", intendendo, evidentemente, che il passo in esame possa a ragione ritenersi un ulteriore esempio di eccezione alla regola dell'incapacità ad appellare degli schiavi, benché esso non tratti chiaramente, in alcun modo, un caso in cui venga proposto un gravame.

problema, parzialmente diverso, che occupa questa parte della trattazione¹²². Tuttavia, costituendo un caso che chiaramente presenta solo alcuni profili di analogia, sembrerebbe raccomandabile una cautela maggiore nel trarre conclusioni che, in definitiva, possono solo avere il carattere della verosimiglianza. Certamente, vi è, *claris verbis*, un elemento di forte legame tra D. 49. 1.5.1 e D. 48.10.7 costituito dalla posizione giuridica del *servus* che si trova in una situazione che, nei due casi, è perfettamente sovrapponibile. L'unico elemento che valga a differenziare i due casi, sotto questo profilo, appare trascurabile, in quanto privo di rilevanza. Il fatto che tale situazione discenda dalla pronuncia che dichiari *inofficiosum* il testamento, nel primo caso, e il fatto che le tavole testamentarie siano state soppresse o nascoste nel secondo, benché costituiscano l'una una situazione giuridica e l'altra, al contrario, di fatto, sono comunque entrambe fatti che impediscono di riconoscere l'avvenuta manomissione dello schiavo e che, pertanto, spostano l'attenzione del ragionamento giuridico sulla posizione di quest'ultimo e sulla eventualità di apprestargli una qualche forma di tutela.

Ulteriore considerazione da svolgersi è quella relativa alla particolare situazione in cui lo schiavo ereditario si trova: a differenza che nelle fonti in cui pacificamente si nega la possibilità di proporre gravame (come in D. 49.1.28.pr.), la soluzione proposta nelle due fonti in esame sembra derivare direttamente proprio da tale aspetto, cioè quello relativo alla posizione del *servus* appunto, cui dev'essere prestata particolare attenzione. Non sembra trattarsi, almeno alla luce del dato letterale, di soluzioni dettate dalla particolare benevolenza della Cancelleria Imperiale o espressioni di scelte di politica del diritto, ma, piuttosto, esse sembrano inserirsi sì in una direzione certamente "politica", nel senso che le forme dell'*appellatio* costituiscono una tipica espressione del potere imperiale, ma non sono invece il frutto di un'opzione deliberata o di un mutamento di indirizzo nella trattazione di casi simili. In altri termini, sembra che, consolidatosi l'uso di concedere l'appello contro le decisioni a carattere giurisdizionale, la volontà di ammettere la tutela del *servus* in tali casi, non sembra costituire eccezione alla regola, ma, al contrario, si inserisce in un medesimo disegno, che prevede appunto, accanto alla regola che esclude la capacità dello schiavo di appellare, applicata però a

casi in cui può, o avrebbe potuto farlo, per questi, il *dominus*, casi in cui, come quelli in esame, per dare piena attuazione al principio dell'appellabilità o della tutela processuale, non può non riconoscersi allo schiavo la capacità processuale., in quanto altrimenti sprovvisto di alcuna tutela.

4.5 Ulteriori cause di esclusione della legittimazione ad appellare

Esaurita la trattazione della capacità processuale in tema di appello, occorre vedere più da vicino, per fornire un quadro completo di ciò che emerge dalle fonti sul tema della legittimazione, ulteriori cause che, a diverso titolo, impediscono il riconoscimento dello *ius appellandi*. A differenza delle ipotesi precedentemente trattate, tali impedimenti non hanno a che vedere con principi di carattere generale ed astratto, come la legittimazione del *procurator* o del terzo interessato, e neppure riguardano la capacità processuale del soggetto appellante, ma discendono direttamente da fatti, anteriori o successivi all'impugnanda sentenza, posti in essere dalla persona che intende proporre gravame.

Chiaramente, la categoria di cui si tratta costituisce il frutto della meditazione della messe di fonti che, in maniera eterogenea e alluvionale, riguardano casi in cui il diritto di appellare viene negato sulla base di circostanze che non possono ricondursi ai principi di carattere generale sopra esposti, pena un eccessivo allargamento della categoria dei principi in tema di legittimazione ad appellare, in quanto trattasi di fatti posti in essere unicamente da chi intenda appellare e che, quindi, prescindono completamente dalla sua posizione processuale o da caratteristiche particolari formatesi fuori dal contesto processuale concreto. Benché evidentemente la giurisprudenza non abbia trattato le ipotesi in oggetto in modo organico e sotto una categoria unitaria, pare più corretto riservare a tali questioni uno spazio unitario, certi del fatto che un rischio solo eventuale di dogmatizzazione eccessiva sia agevolmente superato dal presente avvertimento e dal giovamento di tenere distinte tali ipotesi da quelle, per struttura e natura di tipo diverso, relative a principi astratti in tema di legittimazione del soggetto appellante, a prescindere cioè da concreti fatti posti in essere dal soggetto stesso, come quelle relative, appunto, all'interesse ad appellare, o alle ipotesi di appello *suo nomine* o *alieno nomine*.

Attraverso l'esame delle ipotesi appena introdotte, si avrà modo di cogliere, in modo più chiaro rispetto ad altri elementi, alcuni aspetti su cui ha influito l'evoluzione storica dell'*appellatio*, rendendo visibili quegli elementi di discontinuità che permettono di ricostruire l'istituto in una visione diacronica, restituendo la complessità dello stesso che si forma, storicamente, in modo alluvionale, spontaneo e

disorganico, rispondendo, di volta in volta, alle necessità pratiche che affiorano dalla prassi. Partendo da tali istanze, si cerca, attraverso le fonti esaminate, di dar luogo, dapprima, pertanto, all'esposizione dei problemi e alle soluzioni elaborate dalla Cancelleria e dalla giurisprudenza e, quindi, di procedere alla ricostruzione dell'appello in una visione che tenti di restituirlo al suo originario sviluppo storico, evitando di operare una omogeneizzazione degli elementi caratteristici al solo fine di trattare le regole in tema d'impugnazione come una massa indistinta, compiendo un'operazione storica arbitraria, unicamente per una necessità di una semplificazione, anche espositiva, eccessivamente dogmatizzante.

Con il rischio dinanzi accennato, relativo alla difficoltà di una chiara distinzione dei diversi elementi storici che lentamente si sedimentano nell'ordinamento, concorrendo alla formazione spontanea dell'appello, si fa riferimento, ad esempio, alla questione dell'accertamento della possibilità di ricevere l'appello, ovvero se l'appellante sia "*audiendum vel non*". Tale scelta, come si vedrà, spetta esclusivamente al giudice *a quo*, il quale decide se dare o meno corso all'appello, trasmettendo gli atti, in caso positivo, al giudice *ad quem*. L'esame dei requisiti, connessi alla posizione soggettiva dell'impugnante, unitamente al tempo, successivo, in cui tale esame avviene, fa sì che tali problemi possano rientrare nell'alveo delle questioni attinenti alle regole che presidiano la legittimazione ad appellare. Ora, se si considera che tra tali impedimenti vi è, come si vedrà tra poco, la contumacia, che, ad esempio, col tempo, tende a trasformarsi da impedimento legati alla posizione soggettiva, come si è detto, ad un requisito della sentenza¹²³ e pertanto di tipo oggettivo, la quale viene dichiarata "inappellabile", si capisce agevolmente che rispetto ai problemi che si affacciano nella prassi applicativa dell'appello, non si pone unicamente la difficile opera di ricostruzione dei profili principali dell'istituto, ma ulteriormente il delicato compito di far emergere, come nell'esempio proposto, le diverse caratteristiche che si presentano nel corso dell'evoluzione storica. Tali elementi, oltretutto, non dipendono unicamente dalle differenti soluzioni che si rinvergono nella prassi applicativa, ma anche, come per il caso della contumacia, da una diversa collocazione che essi possono assumere con un progressivo, spesso inconsapevole, mutamento della prospettiva entro cui si

¹²³ Come nota R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 351 e ss.

collocano i problemi. Se dapprima, infatti, la contumacia viene considerata un impedimento di tipo soggettivo alla proposizione dell'appello, e poi si trasforma in una qualità della sentenza, la quale viene essa a diventare inappellabile, è evidente che la trasformazione avviene in maniera graduale e talvolta inconsapevole, rendendo così necessario procedere a far emergere tali elementi di diversità non soltanto in relazione allo sviluppo storico, ma anche in relazione alle trasformazioni che assumono incidendo, conseguentemente, sullo stesso modo di concepire determinati principi, come appunto i requisiti soggettivi che si vanno a trattare, che diventano così, col tempo, requisiti oggettivi della sentenza.

Evidentemente lo sforzo appare duplice, nel senso che alla difficoltà di operare alcune distinzioni relativamente allo sviluppo storico delle regole che presidiano l'appello, facendole emergere nel loro originario contesto, si affianca quella di interpretare la corretta prospettiva storica attraverso cui vengono dalla giurisprudenza romana concepiti alcuni profili, che mutano anch'essi, non solo appunto nella regolamentazione (rispetto a cui la situazione si presenta più semplice, avendosi una mera regola diversa), ma anche nella concezione stessa di singoli profili dell'istituto che possono far sì che tale diversa prospettiva muti, per diversa via rispetto a quella "diretta" per opera ad esempio di un rescritto imperiale o di una diversa soluzione suggerita da un giureconsulto, le regole stesse sottese alle varie fattispecie.

Occorre osservare che, tra quelle che si sono definite "ulteriori cause che escludono la legittimazione ad appellare" e che costituiscono l'oggetto dello studio di questa parte, deve essere esaminata, per prima, la contumacia¹²⁴ nel giudizio di prime

¹²⁴ In merito al problema della contumacia nel processo civile e al suo sorgere storicamente, innesstandosi nelle sorti dei giudizi regolati *extra ordinem*, vedansi L. ARU, *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1971; E. CORTESE, s.v. *Contumacia*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962, pagg. 447 e ss.; F. FILOMUSI GUELFU, *Il processo contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873; A. RISPOLI, *Il processo civile contumaciale*, Milano, 1911; P. PETOT, *Le défaut in iudicio dans la procédure ordinaire romaine*, Parigi, 1912; T. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914; S. SOLAZZI, *L'editto qui absens iudicio defensus non fuerit*, in *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917, pagg. 411-431; P. KRÜGER, *Das sommati conoscere und das klassische Recht*, in *ZSS*, XLV, 1925, pagg. 73-83; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, pagg. 113 e ss.; G. CERVENCA, *Osservazioni sulla restituito litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in *IURA*, XII, 1961, pagg. 197-209; E. COSTA, s.v. *Contumacia civile*, in *Nuovo digesto Italiano*, IV, Torino, 1938, pagg. 182 e ss.; F. BONIFACIO, s.v. *Contumacia (diritto romano)*, in *Noviss. Digesto Italiano*, pagg. 170 e ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998. Cfr. anche la recensione a quest'ultimo lavoro, a cura di W. LITEWSKI, *Rec. a A. BELLODI ANSALONI, Ricerche sulla contumacia nelle*

cure, cui s'è dinanzi accennato per dar conto del mutamento di prospettiva che di essa avrà la giurisprudenza che porterà, infine, a trattare del problema in esame come di un requisito inerente alla sentenza di primo grado, svincolandolo, pertanto, dalla figura dell'appellante.

Prima di entrare nel merito del problema della contumacia in senso stretto occorre dar conto del fatto che anche nella giurisprudenza romana si suole distinguerla dall'*absentia*, sulla base del presupposto soggettivo che dà luogo all'assenza della parte al processo, secondo un principio tutt'oggi in vigore. Se alla prima, infatti, si ricollegano determinati effetti in base alla ingiustificata assenza di una parte durante il giudizio, la seconda produce la totale invalidità della sentenza eventualmente emessa, proprio sul presupposto della non imputabilità al soggetto, cui non è stata data notizia del procedimento, circa l'assenza al processo. Accanto a tali due ipotesi, di cui è bene tenere conto ai fini della trattazione dei problemi in esame, vi è poi un terzo caso, che le fonti trattano anch'esso con il termine *absens*, ma che costituisce, in realtà, una situazione in cui la non partecipazione al processo dipenda da un giustificato motivo, tale per cui si ammette il rimedio dell'appello. Per tale ultima questione, tuttavia, occorre notare che l'impugnazione non è tanto rivolta a richiedere un riesame nel merito dei fatti dedotti e oggetto di lite durante il giudizio di primo grado, quanto, evidentemente, per far valere un vizio della sentenza formatasi senza contraddittorio tra le parti.

Dalla prospettiva appena citata può cogliersi la duttilità dell'appello che, in un'ottica parzialmente diversa rispetto agli ordinamenti moderni, rappresenta un istituto più duttile, che rifugge maggiormente dalla dogmatizzazioni odierne, in quanto non deve necessariamente rispondere al principio di legalità cui è informato il nostro sistema, ma che, proprio in virtù di tale maggiore attitudine ad intervenire come mezzo di correzione di una *iniusta sententia*, corregge i vizi di quest'ultima, ponendosi come rimedio di ordine generale, mostrando, una volta di più, la propria formazione spontanea a stretto contatto con la necessità pratica, poggiando la propria legittimazione unicamente sul potere imperiale e sui mutati rapporti tra giudicante e giudicati nei nuovi processi cognitivi. L'aspetto ora trattato costituisce un esempio piuttosto chiaro di come l'ordinamento non si presenta, come ai nostri tempi, come

cognitiones extra ordinem, in ZSS (119), 2002, pagg. 516 e ss, ove ha motivo di approfondire tematiche di interesse relativamente alle fonti trattate dalla Bellodi Ansaloni.

un insieme di regole entro cui occorre cercare di dare risposta alla domanda di tutela da parte dei privati, ma al contrario, è la stessa esigenza di tutela, vagliata alla luce delle decisioni della Cancelleria Imperiale mediante i *rescripta*, che determina la risposta più adeguata a tale istanza, anche a prescindere da un preciso e stringente fondamento normativo.

Prima di presentare le fonti che trattano direttamente dei problemi qui presentati e che rendono testimonianza delle distinzioni, già sul piano terminologico, dei concetti ora introdotti di contumacia e assenza, cui corrispondono diversità anche sul piano degli effetti prodotti sulla validità della sentenza e differenza che, quindi, la giurisprudenza romana non opera unicamente sulla base di motivazioni di precisione linguistica, occorre però avvertire che, nello svolgimento dell'esposizione dei problemi in esame, si farà luce anche sulla relazione tra il primo principio dinanzi introdotto, relativo all'invalidità della sentenza emessa in assenza di una delle parti e il terzo principio citato, relativo invece all'appellabilità della sentenza stessa da parte dell'*absens* per giustificato motivo.

Quanto fin qui è stato detto è per coniugare l'esposizione delle questioni ad un rigore logico che renda più agevole la comprensione del percorso espositivo seguito. Dapprima, infatti, è bene esaminare le fonti che trattano, anche da un punto di vista terminologico i concetti esposti e, in un secondo momento, appare utile approdare all'esame delle ipotesi ivi trattate, cercando di svolgere il problema della relazione logica e dell'apparente contraddizione tra le regole opposte della invalidità della sentenza emessa in assenza di una delle parti e quella della appellabilità, nel medesimo contesto, della sentenza emessa. Si avverte fin d'ora che tale compito fornisce un'occasione ulteriore per ripercorrere il processo di formazione dell'istituto dell'appello che, proprio nell'esame di tali problematiche, permette di cogliere il senso dell'evoluzione delle prospettive da cui i giuristi romani guardano ai problemi che qui occupano.

Prima di cercare di dipanare le questioni che dagli istituti ora introdotti derivano, appare opportuno trattare fin da subito le testimonianze delle fonti in ordine all'uso della distinzione, da un punto di vista terminologico, del binomio *absens-contumax* con il significato sopra descritto, facendo notare che la giurisprudenza ha piena consapevolezza dei distinti presupposti che informano tali

categorie e che, pertanto, attribuisce ad essi un chiaro ed evidente significato di tipo tecnico. Ad esempio, può agevolmente notarsi l'uso di *absentia* in un caso di evidente mancata partecipazione al giudizio per un impedimento non attribuibile alla parte.

D. 42.1.60 Iul. V, dig. [Pal. Iul. 75]¹²⁵

“Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. respondit: morbus soticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. soticus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. potest tamen dici esse aliquam et februm differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum soticum non habere.”

Dal testo emerge chiaramente che la locuzione “*absente eo*” vada letta, senza dubbio, in correlazione ad un impedimento su cui, entro determinati limiti, il soggetto che non partecipa al giudizio non ha alcun potere di dominio. In effetti il caso sottoposto a Giuliano si presenta, per l'estrema pragmaticità della questione, quasi come un dipinto realista che permette di saggiare da vicino la prassi dei tribunali romani, lontana da astrazioni e concettualizzazioni dogmatiche, visto che il tema che occupa il giurista è quello di stabilire, potrebbe dirsi, “*an iure videretur pronuntiasse*”, data l'impossibilità di partecipare alla trattazione della causa (“*litiganti [...] impedimento est*”). In sostanza, si tratta di stabilire, benché non si tratti di un caso in cui sia stato proposto un appello, se la malattia possa costituire un impedimento, tale per cui debba essere considerata invalida la sentenza

¹²⁵ In merito alla fonte in esame cfr. R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto “appello dell'assente”*, in Arch. Giur., 61, 1961, pagg. 23-47; M. BRUTTI, *Op. cit.*; C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di “diritto classico”*, in BIDR, 90, 1987, pagg. 467-541; T. GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990.; W. LITEWSKI, *Die römische Appelltion* [cit.], III, pag. 363 nt. 227; A. WACKE, *Audiatur et altera pars*, in Ars boni et aequi, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, 1993, pag. 381, che semplicemente riporta la fonte in esame chiarendo che essa testimonia il fatto che la sentenza eventualmente emessa contro l'assente sarebbe priva di efficacia. Tuttavia l'autore ritiene di non dover approfondire ulteriormente i problemi ivi connessi.

eventualmente emessa. Ciò che risulta particolarmente interessante nel caso proposto è che il problema deve essere stato talmente avvertito da spingere il giurista ad affermare che “*morbus santicus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt*”, quasi come a voler intendere che, in realtà, è la natura stessa delle cose che imporrebbe il differimento del giudizio, pena il dover, appunto, considerarsi radicalmente invalido il provvedimento eventualmente emesso (“*res non videtur iudicata*”). In tale ottica sembra che si debba leggere, infatti, la costruzione, con l’ablativo assoluto, dell’ “*invitis litigatoribus ac iudice*”, quasi che tale differimento non dipendesse neppure dalla discrezionalità del giudice, benché poco dopo si affermi, comunque, temperando parzialmente tale principio, che “*santicus autem existimandus est*”, riattribuendo così, di fatto, un ampio potere decisionale al giudice procedente. Quanto affermato, nel senso di attribuire quasi, mediante l’uso di una figura retorica, l’azione del rinvio del processo al fatto-accadimento naturale e non alla decisione umana, viene ulteriormente rafforzato, nella fonte, dall’espressione enfatica mediante la quale il giurista si pone retoricamente la domanda “*litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant?*”, nella quale anche l’uso di “*porro*” e “*quid magis*” in relazione al “*contra naturam*” fungono da cornice a quel concetto espresso dal giurista secondo cui l’impedimento determina esso stesso il procrastinamento del processo, quasi a voler affermare che è nella natura delle cose il dovere, per il giudice, benché qui il riferimento non sia espressamente a quest’ultimo, ma si tratti, come si è poc’anzi visto, di una valutazione astratta espressa mediante la locuzione che esprime l’eventuale sanzione alla trasgressione dei principi espressi “*res non videtur iudicata*”, di tenere tali fatti in debita considerazione, al fine di una valutazione

La rigidità del concetto introdotto, il quale evidentemente serve a Giuliano come un artificio retorico per finemente introdurre la risposta alla questione sottopostagli, viene comunque temperata dalla possibilità, né d’altronde poteva risultare diversamente, concessa al giudice di valutare tanto la gravità della malattia (“*santicus autem existimandus est*”, “*potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam*”), quanto la natura della stessa (“*aut si quis tam veterem quartanam habeat*”), lasciando trasparire, appunto, che l’aver affermato che la malattia determina, per se stessa, il rinvio della trattazione, quasi operasse *ipso iure*, è stato, in

realtà, un modo retorico per introdurre il problema e conferire rilievo e importanza al problema dell'impedimento come motivo di invalidità della sentenza eventualmente emessa in assenza di una delle parti affetta da *morbis*.

Se si considera il problema estremamente concreto trattato nella fonte in esame, non pare che l'espressione adoperata da Giuliano sia scevra di significato ai fini che qui interessano. In effetti, il volere attribuire proprio al "*morbis sonticus*" l'azione del "*diem differre*" può portare ad affermare che la valutazione dell'impedimento alla presenza al processo valga, *ex se*, a giustificare la parte non presente. Se si pensa che nella fonte in esame si fa uso, per indicare tale fatto, unicamente dei termini "*absens*", nelle rispettive declinazioni, si può già trarre un primo indizio per cui con l'uso di *absentia* si alluda ad un'accezione di carattere tecnico, benché, finora, in presenza di una sola fonte, non si possa dare ancora tale dato per acquisito.

Dell'utilizzo del termine "*absens*" e "*absentia*" nel senso appena descritto, vi sono ulteriori testimonianze sempre nel Digesto, come ad esempio in D. 2.12.1.1., ove, del resto, si perviene ad un principio analogo a quello ora visto, su cui, peraltro, come già avvertito, occorre tuttavia far luce più diffusamente in seguito, per fugare le perplessità tra la regola dell'invalidità della sentenza e quella, opposta, dell'ammissibilità dell'appello da parte dell'assente. Tale problema potrà essere sciolto, del resto, come anticipato, unicamente sulla base di un esame dello sviluppo storico.

D. 2.12.1.1 Ulp. IV, *de omn. trib.* [Pal. Ulp. 2271]¹²⁶

“Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad iudicium venire, oratione divi marci exprimitur, quia occupati circa rem rusticam in forum compellendi non sunt. Sed si praetor aut per ignorantiam vel socordiam evocare eos perseveraverit hique sponte venerint: si quidem sententiam dixerit praesentibus illis et sponte litigantibus, sententia valebit, tametsi non recte fecerit qui eos evocaverit: sin vero, cum abesse perseveraverint, sententiam protulerit etiam absentibus illis,

¹²⁶ Cfr. R. MARTINI, *Op. cit.*, pagg. 23-47; L. ARU, *Op. et loc. ultt. citt.*; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [cit.], I, pagg. 375-386; III, pag. 362 nt. 225.

consequens erit dicere sententiam nullius esse momenti (neque enim praetoris factum iuri derogare oportet): et citra appellationem igitur sententia infirmabitur."

Ulpiano tratta un caso che ha evidenti analogie con quello preso in esame in precedenza. Oltre ad avere ad oggetto una questione non vertente su un'*appellatio*¹²⁷, quantomeno non direttamente, oggetto di attenzione è, ancora, un problema di estremo momento pratico. Non si tratta, infatti, di stabilire una regola astratta o un principio di sistema, ma il giurista, al contrario, benché debba coniugare il contenuto dell'*oratio divi Marci* che fa divieto di chiamare in giudizio chi sia impegnato "*circa rem rusticam*" con la ricerca di una soluzione al caso in cui sia comunque stata emessa una sentenza in violazione di detto principio, si occupa tuttavia di un caso scevro, fin dal tenore linguistico, di ogni elemento ridondante.

Per quanto attiene più da vicino al problema della terminologia di "*absens*" o "*absentia*" in relazione ad impedimenti cogenti che valgano a giustificare la mancata partecipazione al giudizio, si nota anche in Ulpiano un uso vicino, quanto al significato espresso, a quello già visto nella fonte di Giuliano. Al di là, infatti, della soluzione cui perviene il giurista nel caso in esame, che verrà valutata più avanti per le ragioni più volte dette, da un punto di vista squisitamente terminologico può notarsi l'uso dell'ablativo assoluto "*absentibus illis*" da leggere in relazione, evidentemente, alla non presenza dovuta, appunto, all'impegno della parte convenuta nel raccolto o nella vendemmia durante il tempo del giudizio. Del fatto, poi, che tale assenza risulti giustificata non può aversi dubbio, e non unicamente sulla base della valutazione di Ulpiano, ma in quanto è lo stesso principio dell'*oratio divi Marci* che fornisce il presupposto per addivenire a tale soluzione, stabilendo che "*quia occupati circa rem rusticam in forum compellendi non sunt*". Da tale principio, poi, è lo stesso Ulpiano che fa discendere alcune distinzioni circa la validità della sentenza emessa, in relazione alla presenza o meno delle parti, ma, ai fini che qui interessano, per ora, è bene aver accertato che anche nella fonte in esame l'utilizzo di "*absentia*"

¹²⁷ Benché qui, in realtà, Ulpiano tratti il caso giungendo alla conclusione, partendo dal principio espresso dalla *oratio divi Marci* secondo cui in tempo di vendemmia e di raccolto non può trarsi a giudizio l'avversario, che nel caso di emanazione di una sentenza da parte del giudice, per noncuranza o imperizia da parte del pretore che abbia chiamato chi era impegnato nel raccolto o nella vendemmia, che non occorrerà, ad ogni modo, attaccare la sentenza mediante appello, in quanto colpita da invalidità a prescindere dall'impugnazione, che risulterà così non necessaria ("*et citra appellationem igitur sententia infirmabitur*").

(qui nella forma “*absentibus*”) è stato fatto in un caso, evidente, in cui alla parte essa non può essere addebitata in alcun modo.

Gli esempi ora proposti non costituiscono, in realtà, ipotesi uniche dell’uso di “*absens*”, benché, talvolta, non si abbia la certezza, per la scarsità dei dati rinvenibili dalle fonti, se tale lemma venga utilizzato con esclusivo riferimento alla situazione in cui vi sia un motivo giustificabile che impedisca la partecipazione al giudizio. Tuttavia, la soluzione che ammette l’appellabilità della sentenza in tali casi, benché lasci per ora aperto il dubbio circa la diversità di soluzione rispetto ai casi in cui tale sentenza venga riconosciuta invalida, testimonia il fatto, incontestabile, che, l’assenza debba necessariamente essere stata considerata giustificata nell’ottica processuale. Diversamente la soluzione sarebbe dovuta essere di diverso tipo. Quanto detto, evidentemente, vale anche in assenza di un’esplicita trattazione di un motivo come visto nei casi precedenti, ma, come affermato, la soluzione alla questione non può lasciar dubbio che, benché non si faccia menzione diretta della ragione dell’assenza, l’uso di “*absentia*” sia da ricondurre ad un’ipotesi simile. Si possono vedere alcuni esempi del tipo ora introdotto, relativamente al termine “*absens*” in riferimento ad una situazione da cui emerga un motivo che rende giustificabile l’assenza della parte al processo, alla quale viene così concesso l’appello contro la decisione giudiziale. Un primo caso può essere rinvenuto in

D. 49.4.1.15 Ulp. I, de app. [Pal. Ulp. 8]:

15. “*Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est. Quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit, sic accipimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocavit, difficile est, ut hic audiatur*”.

Nel passo in esame¹²⁸ Ulpiano si occupa, evidentemente, di un tema diverso da quello in oggetto, relativo al termine entro cui possa appellare l’assente, di cui si è

¹²⁸ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 353 e ss.; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 390, ove tuttavia l’autore non tratta il tema direttamente, potendosi rinvenire unicamente l’indicazione che il decorso del termine per impugnare, deve verosimilmente decorrere, nella normalità delle ipotesi, dal momento della lettura della sentenza, in quanto proprio nel passo in esame si ricava, per un’ipotesi particolare, una regola particolare, cioè quella relativa al decorso dal momento della conoscenza da parte dell’assente di una sentenza a sé sfavorevole. Cfr., ancora: L. ARU, *Op. et loc. ultt. citt.*; Cfr. R. MARTINI, *Op. cit.*, pagg. 23-47; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [cit.], III, pagg. 348-367; IV,

detto nella parte dedicata alla trattazione dei termini per proporre gravame. Il problema di cui tratta il giurista, tuttavia, è di qualche importanza per determinare l'uso di "*absens*" nel caso di specie e verificare se possa costituire un esempio di utilizzo del termine in un'accezione diversa rispetto a quella finora incontrata. In realtà, come si appena detto, non pare che possa scindersi in modo netto il problema sostanziale del merito della questione da quello, formale-filologico. Per tentare di ricostruire appieno, infatti, la valenza della proposizione oggettiva "*quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit*", occorre infatti, seppur brevemente, tentare di richiamare l'attenzione su quanto Ulpiano sta affermando. La questione, probabilmente dibattuta, riguarda il caso di dubbio circa il giorno iniziale da cui far partire il computo del termine per proporre appello. Evidentemente, ci si deve essere chiesti da quale momento processuale dovesse essere conteggiato il termine breve di due giorni o quello più lungo di tre all'assente. La questione, non è difficile ad immaginarsi, sorge per il fatto che per lui, non partecipando appunto al giudizio, non possono operare i criteri normali secondo cui, almeno così sembra logico ritenere, debba conteggiarsi il *dies a quo* dalla emanazione della sentenza, in quanto evidentemente non è a conoscenza di questa. Per ovviare a tale situazione, la giurisprudenza stabilisce, in modo pratico, che si debba tenere come riferimento, ai fini del conteggio dei due o tre giorni per appellare, il momento da cui la parte assente venga a conoscenza del provvedimento ad essa sfavorevole. Avverte inoltre Ulpiano "*si non in causa per procuratorem defensus est*": evidentemente di tale interpretazione favorevole della regola del conto del termine del *dies a quo* non può giovare chi sia sostituito processualmente da un *procurator*, in quanto avrebbe dovuto, com'è logico, appellare quest'ultimo ("*nam si ille non provocavit, difficile est, ut hic audiatur*").

Posta una breve premessa circa il profilo di merito della questione di cui si occupa il giurista, con taglio pratico, in quanto non è difficile immaginare che sia sorto il problema di determinare se anche per la parte assente dovessero computarsi i due o tre giorni dal momento dell'emanazione della sentenza, così come si sarà da qualcuno sostenuto che la parte sostituita in giudizio debba essere considerata assente e pertanto applicarsi la regola più favorevole, è facile vedere che tale aspetto si lega

pagg. 150-154; A. BELLODI ANSALONI, *Op. cit.*, pag. 220, nota 65, la quale tuttavia rimanda a quanto detto da Orestano.

in modo inscindibile, in definitiva, alla verifica dei presupposti per designare un soggetto che non partecipa al giudizio con “*absens*”. In primo luogo il fatto che Ulpiano, invero, permetta, e ciò costituisce un dato pacifico su cui il giurista non si intrattiene neppure e che non forma neppure quindi oggetto della sua riflessione, il rimedio dell’appello contro la sentenza emessa “*adversus absentem*” e che, in secondo luogo, non si faccia menzione delle condizioni richieste affinché tale soggetto sia considerato appunto “*absens*” e come tale possa avvalersi dell’*appellatio*, godendo quindi della particolare interpretazione del computo del termine, fornisce un indizio ulteriore del fatto che qui, con ogni evidenza, la parte tecnicamente assente sia da considerarsi quella che unicamente lo sia sulla base di un motivo giustificato o quantomeno giustificabile¹²⁹. Non pare difatti ipotizzabile che colui che volontariamente si sia sottratto alla partecipazione al processo, non adducendo una giustificazione plausibile, possa godere del rimedio impugnatorio e altresì del computo del termine dal giorno della conoscenza del provvedimento contro di lui, posto che egli è già stato posto –trattandosi altrimenti di impedimento giustificabile- nelle condizioni di prendere parte al processo.

In sostanza, giungendo alla conclusione delle considerazioni svolte circa il passo ulpiano, sembra potersi affermare che l’uso del termine “*absens*”, da un punto di vista linguistico, sia del tutto omogeneo rispetto a quello già visto in altre fonti di giuristi diversi, avvalorando pertanto l’ipotesi che debba trattarsi, se non di un uso tecnico, quantomeno di un utilizzo, almeno stando alle fonti sinora esaminate, dedicato esclusivamente ai casi in cui la parte risulti non presente a causa di un motivo giustificato dall’ordinamento stesso, secondo le regole prudenziali, o attraverso una delibazione ad opera del giudice¹³⁰.

E’ un’altra fonte dello stesso Ulpiano che, tuttavia, riveste un ruolo di importanza ancora maggiore rispetto a quelle sin qui esaminate per il tema oggetto dell’attuale attenzione. Con tono perentorio, il giurista documenta in modo cristallino le distinte ipotesi dell’assenza e della contumacia, attingendo quest’ultimo termine

¹²⁹ La differenza tra motivo giustificato o giustificabile non si rinviene, invero, nelle fonti, ma costituisce la proiezione di una categoria concettuale del nostro ordinamento. Tuttavia pare di una qualche utilità ai fini delle questioni *de quibus*, non determinando, in sostanza, una deformazione del quadro entro cui pare debbano leggersi le fonti sin qui trattate.

¹³⁰ Si ricordi, infatti, la locuzione di Giuliano in D. 42.1.60 “*sonticus autem existimandus est*” come esempio di discrezionalità accordata al giudice che ha così il potere di operare una valutazione nel merito del motivo alla base dell’assenza.

dal lessico comune, che non lascia alcun dubbio circa la diversità delle due situazioni.

D. 5.1.73.3, Ulp. IV, de omn. trib. [Pal. Ulp. 2275]:

3. “*Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur.*”

Il passo¹³¹ si occupa direttamente del problema della concessione dell'appello a chi sia stato condannato in sua assenza, stabilendo in modo netto che non vada accordato a chi non abbia partecipato al giudizio (“*ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum*”), salvo specificare che ciò debba valere unicamente nei casi in cui l'assenza sia dovuta “*per contumaciam*”¹³².

Ciò che risulta piuttosto chiaro, benché la dottrina in realtà non si soffermi su tale particolare, è il fatto che, se da un lato si trova l'attestazione, *claris verbis*, della

¹³¹ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 353, che si limita tuttavia a citare il passo come esempio di fonte in cui si rinviene “*il principio dell'ammissibilità dell'appello della parte che fosse stata “absens” per un motivo di giustificazione riconosciuta*”; R. MARTINI, *Op. et loc. ultt. citt.*; D. SIMON, *Summatim conoscere. Zwölf Exegesen*, in ZSS, 83, 1966, pagg. 142-218; L. ARU, *Op. et loc. ultt. citt.*, L. FANIZZA, *Op. cit.*; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 327 si limita ad osservare che la fonte in esame costituisce una testimonianza del fatto che esiste “*la distinzione fra la volontaria e deliberata assenza dal giudizio, che configura, appunto, la contumacia, rendendo improponibile l'appello e l'assenza giustificata che, invece, non lo impedisce*”, nulla dicendo, in realtà, dal punto di vista linguistico e filologico né accennando al fatto se il giurista si stia riferendo all'impossibilità di appellare fin da subito o a seguito di una nuova constatazione del fatto che in primo grado il soccombente sia stato deliberatamente assente. A tale ultima concezione aderisce invece la Bellodi Ansaloni, per il pensiero della quale si rimanda alla nota 132; N. SCAPINI, *Principio del “doppio grado di giurisdizione” e inappellabilità di alcune sentenze nel diritto giustiniano*, in Studi in onore di Cesare Sanfilippo, V, Milano, 1984, pagg. 693 e ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Op. cit.*, pagg. 214 e ss. che ricorda che la locuzione “*ex peremptorio*” si riferisce certamente al contumace, avendo acquisito il termine di “*peremptorius*” una valenza di tipo tecnico; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [cit.], III, pagg. 364-368; IV, pagg. 167-169.

¹³² In realtà A. BELLODI ANSALONI, *Op. cit.*, pagg. 214 e ss., svolge una considerazione in ordine alla soluzione offerta nel passo, affermando che, invero, il giurista non nega *sic et simpliciter* la possibilità di appello, ponendo in evidenza che “*la corretta comprensione della portata del divieto di appello s'incentra sul significato del verbo «audire», che può, a sua volta, essere ricollegato al «recipi» del rescritto di Caracalla in C.I.7.65.1. A ben veder, infatti, il giurista severiano non nega che il contumace possa presentare appello. Egli, anzi, contempla proprio il caso in cui costui impugni la sentenza: “si appellet”, dice infatti Ulpiano. Il non comparso può, allora, avanzare l'atto di impugnazione, spiegando i motivi della mancata comparizione, ma si sappia – ammonisce il giurista – che qualora dovesse nuovamente risultare che per “contumaciam defuit” non dovrà essere ascoltato: «non esse audiendum». In caso contrario “(si minus), audietur”*”. In realtà non pare che sia decisivo l'uso della locuzione “*si appellet*”: in effetti, ciò di per sé non significa che al contumace sia permesso di appellare, quanto allude piuttosto alla circostanza che egli, di fatto, proponga tale appello. Maggiore importanza assume, nell'argomentazione dell'autrice, l'espressione “*ex peremptorio absens*” che indica già di per sé, come peraltro afferma ella stessa, che il giurista si stia riferendo al contumace e non già al semplice assente.

diversa portata linguistica del termine “*absens*” rispetto a “*contumax*”¹³³, riservando il primo, in definitiva, anche qui all’ipotesi di assenza giustificata¹³⁴, tuttavia pare di potersi affermare che Ulpiano non usi i due termini in un’accezione tecnica. Innanzitutto, un indizio in tal senso può essere ricavato dal fatto che egli esordisce con una statuizione di portata generale, ricollegando l’inappellabilità, come forma di sanzione, all’assenza nel giudizio, mancando pertanto, almeno su un piano formale, di ricondurre al termine in esame il significato preciso su cui si sta indagando. In secondo luogo, conseguenza naturale di tale primo assunto, appare decisivo il fatto che l’espressione “*per contumaciam*” venga utilizzata, nella fonte in esame, per indicare chi, appunto, non si sia presentato per un motivo apprezzabile. L’uso di un complemento di causa indica in modo piuttosto chiaro che Ulpiano non si sta riferendo altro che ad un soggetto risultato assente a causa di un fatto che indica con il termine, evidentemente tratto dal linguaggio comune¹³⁵, di “*contumacia*”. Quanto affermato dal giurista vale a dire, in sostanza, che la parte non si è presentata a causa del proprio “rifiuto”, della propria “ostinazione”, traendo chiaramente tale ultimo significato dal linguaggio comune¹³⁶. Se, infatti, si fosse voluto attribuire al termine

¹³³ Per una definizione puntuale del termine “*contumax*” vedasi *Idem*, pagg. 2 e ss. ove, compiendo un’analisi di tipo lessicale che risale al significato primo del termine in esame, l’autrice significativamente afferma che ““*contumacia*” è la violazione dell’ “*obsequium*” dovuto a qualsivoglia autorità, e giunge pertanto ad abbracciare ogni rifiuto di ubbidienza nei settori più disparati. L’impiego tecnico-processuale del vocabolo si diffonde solamente nell’età del Principato, ma anche quando viene trasportato nel mondo dei tribunali esso non isola univocamente la fattispecie del rifiuto di presentarsi in giudizio, ma designa indifferentemente tutta una varietà di comportamenti processuali tra loro assai eterogenei, accomunati soltanto sotto il profilo della disubbidienza.” Tale prospettiva, relativa ad un impiego del termine che tradisce chiaramente la derivazione dal lessico comune costituisce, del resto, anche l’esito della presente indagine in merito alle fonti del libro XLIX del Digesto, ove emerge piuttosto chiaramente l’idea di un comportamento di contrapposizione e disobbedienza. Per l’etimologia della parola cfr. A. WALDE-J.B. HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1965 (rist.), pag. 267, ove il termine viene tradotto con “caparbio, ribelle, ricalcitante”. Ancora, G. SEMERANO, s.v. *Contumax*, in *Le origini della cultura europea. II. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee. Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 1994, pagg. 374 e ss., ove ricorda che “*contumax*” era in origine “*colui che odia e sfugge la cotrizione, i ceppi*”.

¹³⁴ Né, d’altronde, l’espressione particolare usata qui da Ulpiano vale a scalfire tale affermazione: è pur vero che il giurista usa qui l’“*absentia*” quasi come una categoria generale, entro cui distinguere, poi, chi non abbia preso parte al giudizio “*per contumaciam*”, ma occorre comunque dire che, in sostanza, vi è in ogni modo la contrapposizione netta tra assente e contumace, che si riflette inevitabilmente sul diverso tipo di situazione processuale. Ulpiano riconosce, infatti, nel primo caso la possibilità di appellare la sentenza, mentre, per il secondo, stabilisce “*ex peremptorio [...] non esse audiendum*”.

¹³⁵ In ordine a tale aspetto linguistico si vedano le considerazioni, con la bibliografia ivi indicata, *sub* nota 133.

¹³⁶ Per attestare l’uso del termine in tal senso basti ricordare, esemplarmente, Cic., *Verr. 4,5*, ove si nota l’uso dell’espressione “*contumacia ac superbia*” per indicare un ostinato orgoglio; ciò costituisce

in esame un'accezione di tipo tecnico, non sarebbe stata utilizzata, con ogni probabilità, la preposizione “*per*”, introducendo così un complemento di causa che, chiaramente, è sintomo tipico dell'uso atecnico del termine, che serve, invece, infatti, a restringere il campo della portata della categoria generale dell'assenza, anch'essa, come visto, adoperata in un'accezione di tipo non tecnico .

La considerazione che potrebbe farsi, alla luce del passo ulpiano, potrebbe essere quella di porre in dubbio la validità, visto l'uso atecnico dei termini, di quanto sin qui sostenuto. Occorre dire subito, tuttavia, che non pare che ciò possa scalfire la validità dell'assunto proposto, in quanto, se è pur vero che non si può parlare di un linguaggio tecnico in senso stretto, vi sono due ordini di considerazioni da farsi. Quanto al profilo sostanziale della questione, che certamente interessa maggiormente il percorso logico del giurista romano, da un punto di vista pratico la soluzione non è diversa: tutela, mediante concessione dell'appello, a chi sia stato assente, mentre nessun rimedio è previsto per chi sia stato contumace¹³⁷.

Alla luce di quanto sin qui si è potuto apprezzare, pertanto, evidentemente, benché non si possa ancora probabilmente parlare della formazione di un uso tecnico dei termini, la soluzione cui perviene il giurista non fa dubitare circa la distinzione già in essere tra l'essere assenti e l'essere contumaci. Da un punto di vista formale, relativo all'aspetto squisitamente linguistico, occorre aggiungere a quanto già detto che il riferimento alla categoria generale dell'assenza non può di per sé escludere che con ciò ci si riferisca alle ipotesi di mancata partecipazione al giudizio per un motivo giustificato, proprio in quanto Ulpiano si affretta subito a distinguere, all'interno del concetto ampio, i distinti casi in cui ciò avvenga, appunto, “*per contumaciam*”.

Benché le fonti esaminate finora attestino un uso sostanzialmente uniforme dei termini in questione, è bene, ad ogni modo, verificare ora se esistano anche altre fonti ove, al contrario, si faccia un uso speculare del termine “*contumax*” per alludere alla condizione della parte che, in modo ingiustificato, non si presenti al processo, producendo, in tal modo, l'effetto dell'inappellabilità della sentenza emessa come

un indizio ulteriore del fatto che, anche nella prassi fin dai tempi di Cicerone, si trova attestato un uso del termine con il significato ora visto. Tale fatto può far ritenere che l'uso del termine, come si vedrà, di “*contumacia*” sia un uso dapprima attinto al linguaggio comune e poi, per estensione, abbia assunto più tardi una valenza tecnica, a prescindere evidentemente, quantomeno in modo stringente, da quell’ostinazione”, “rifiuto” cui originariamente s’allude.

¹³⁷ Si fa un uso dei termini qui, evidentemente, unicamente ai nostri fini, nelle accezioni moderne.

sanzione dell'ordinamento. Ovviamente, per completezza e rigore logico, occorre accertare dapprima se la terminologia in esame venga usata in modo tecnico, alludendo non genericamente all'assenza della parte, ma designando tale situazione unicamente qualora si accompagni anche la mancanza di un motivo giustificabile, come, si è visto ad esempio essere, la malattia o l'esser chiamati in giudizio nel tempo della vendemmia o del raccolto.

Si è già visto in D. 5.1.73.3¹³⁸ l'attestazione dell'uso del termine “*contumax*” nel significato in esame, relativo cioè all'assenza dovuta al rifiuto di presentarsi in giudizio o, comunque, non a causa di un motivo giustificato.

Ancora, può citarsi una fonte del *Codex Iustinianus*, C. 7.65.1, ove può attestarsi l'utilizzo, ancora una volta, della parola in esame in un significato assolutamente analogo, benché, come visto nel caso precedente, ancora in un'accezione di tipo non tecnico, ma, al contrario, derivante dal significato primo, da cui, solo in seguito, deriva con ogni evidenza il concetto ancor oggi presente negli ordinamenti moderni.

Cl.7.65.1: Imperator Antoninus

“Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.”

Il caso appare piuttosto piano e coinvolge, ancora una volta, un problema in tema di appello del soggetto assente. Il fatto che la Cancelleria utilizzi la locuzione “*qui per contumaciam absens*” tradisce la circostanza che, verosimilmente, la contumacia non si è ancora affermata come un concetto di tipo tecnico, ma tuttavia, per le ragioni che si sono già più volte esaminate, tale circostanza nulla toglie alla validità del discorso in esame, relativo cioè al significato di tale termine nel senso della sua riconducibilità a tutte le ipotesi in cui l'assenza non sia giustificata da motivi apprezzabili¹³⁹. E' evidente, perfino nella soluzione fornita, in linea peraltro

¹³⁸ D. 5.1.73.3: “*Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur.*”

¹³⁹ Si ricordi che il significato primo di “*contumacia*” è sicuramente quello di “ostinazione, rifiuto, alterigia” in senso, solitamente, negativo. Oltre alla già citata Cic., *Verr.*, 4,5 ove Cicerone parla di “*contumacia ac superbia*” si tenga a mente anche l'uso, in una fonte non giuridica, di Tacito, *Tac. Agr.*, 42,3: “*non contumacia neque inani iactatione libertatis famam fatumque provocabat*” che fornisce un quadro cristallino dell'accezione negativa di “rifiuto, ostentazione, inflessibilità” che si riannoda al termine in esame. Ora, l'indicare l'assenza in giudizio con l'espressione “*per*

con quelle sin qui prese in considerazione, che le posizioni di chi non si presenti al giudizio esponendo valide ragioni e chi, al contrario, risulti non presente rifiutandosi o non adducendo giustificazione alcuna, siano radicalmente contrapposte. E' opportuno, da ultimo, svolgere una considerazione finale in merito all'espressione "per contumaciam" in riferimento ad entrambe le ipotesi di "rifiuto di presentarsi in giudizio" e "mancata partecipazione dovuta ad un motivo ingiustificato". Se oggi, e probabilmente in alcune fonti viste, il secondo significato appare quello più ricorrente nella prassi, l'uso originario del termine "contumacia" induce a far ritenere che, verosimilmente, l'utilizzo di tale terminologia sia invalso, quantomeno in un primo momento, per indicare i casi in cui il convenuto opponesse un vero e proprio rifiuto, per qualsivoglia ragione, a partecipare al processo per tutelare i propri interessi. Da tale ipotesi, cui non v'è dubbio che si riferisca la parola "contumax", in modi e forme di cui non ci è conservata testimonianza, si deve esser cominciato a riferirsi, oltre che strettamente a tali determinati casi, anche a tutti gli altri in cui, pur in assenza di un "rifiuto" in senso stretto, si sia deciso di non attribuire giustificazione alcuna alla mancata presenza della parte per un qualsiasi motivo, anche a prescindere da un rifiuto formale di questa alla partecipazione. Nel modo ora descritto il concetto si è esteso quindi, verosimilmente, a tutte le ipotesi ingiustificate di assenza, benché nel significato originario del termine resti ancora pregnante il concetto del rifiuto.

Esaurita la trattazione dell'uso dei termini "absens" e "contumax" nelle accezioni viste, e dei relativi derivati, occorre tornare al problema sostanziale, cui si era accennato al principio del paragrafo, relativo alla soluzione della apparente contraddizione fra il principio della invalidità della sentenza emessa in assenza di una delle parti, visto ad esempio in D. 42.1.60¹⁴⁰, e il principio, opposto, secondo cui alla parte assente per un motivo giustificato –pertanto, alla luce dell'analisi

contumaciam absens" indica in modo chiaro che, in realtà, la Cancelleria attinge, con il complemento di causa, a tale significato che restringe il campo del termine "absens" a cui detto complemento si accompagna.

¹⁴⁰ D. 42.1.60: "Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. respondit: morbus santicus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. santicus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum santicum non habere."

terminologica svolta, non contumace- è riconosciuto il potere di appellare la sentenza resa, visto incidentalmente, ad esempio, in D. 49.4.1.15¹⁴¹.

Il tema in esame richiede, più che ogni altro, un'analisi attenta, da un punto di vista diacronico, delle diverse fonti che, direttamente o indirettamente, lo trattano, onde evitare possibili fraintendimenti dovuti ad una visione dogmatizzante che, appiattendolo la prospettiva storica, rischia di far emergere i tratti caratteristici dell'istituto dell'appello come elementi già cristallizzati, prescindendo dal loro progressivo formarsi in modo fluido, alluvionale e spontaneo. Se tale rischio, solitamente, si trasforma in uno studio metodologicamente errato, quantomeno da un punto di vista storico, nel caso della legittimazione all'appello della sentenza emessa nei confronti dell'assente o, all'opposto, della sua totale invalidità, con conseguente non necessità di gravame, il problema assume contorni ancora più gravi e importanti, non permettendoci di sciogliere la questione, con l'evidente difficoltà a coniugare due principi che risultano contraddittori tra loro. Infatti, o la sentenza emessa non spiega i propri effetti nei confronti dell'assente, oppure a questi viene riconosciuto il potere d'appello nei confronti di essa. La coesistenza di fonti che apparentemente enunciano il vigore dei due opposti principi esige di far luce su tali questioni, dovendo indagare sugli effetti stessi del provvedimento emesso in assenza di una delle parti, risultando chiaro che all'ammissibilità dell'appello è sotteso il fatto che l'assente risenta degli effetti della sentenza, in aperto contrasto con quanto affermato, ad esempio, in D. 42.1.60.

Avverte chiaramente Orestano¹⁴² che, al fine di ricostruire tale problema, occorre cominciare dalle fonti più risalenti, fatto che pare d'altronde ragionevole, per cercare di capire se, in definitiva, i due opposti principi siano in realtà l'uno un punto di approdo, di un mutamento di indirizzo in un contesto, come quello dell'istituto dell'appello, la cui storia si svolge nel corso di un periodo lungo diversi secoli.

E' bene, pertanto, verificare cosa enuncino le fonti più antiche in merito al problema che si sta trattando e che si sono brevemente introdotte al principio di tale paragrafo in seno alla trattazione delle questioni riguardanti la terminologia

¹⁴¹ D. 49.4.1.15: "*Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est. Quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit, sic accipimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocavit, difficile est, ut hic audiatur.*".

¹⁴² R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 354.

adoperata dai giuristi per indicare i soggetti assenti nel corso del giudizio. Si prenda, ad esempio, l'interessante passo di Giuliano contenuto in D. 42.1.60¹⁴³, che tratta, come si è visto, del caso in cui sia stata pronunciata sentenza a carico di un soggetto rimasto assente a causa di un motivo giustificabile, quale viene ritenuto l'essere malati il giorno della trattazione dell'udienza.

D. 42.1.60, Iulianus V, digest. [Pal. Iulianus 75]:

“Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse. respondit: morbus santicus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. santicus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. potest tamen dici esse aliquam et febrium differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum santicum non habere”.

Il giurista si occupa di un caso già parzialmente trattato, in cui occorre valutare se sia giustificabile rimanere assenti al processo a causa di un impedimento quale la malattia. All'ovvia risposta affermativa si pone l'obbligo per il giudice, tuttavia, di valutare la gravità della stessa alla luce di criteri pragmatici e discrezionali (*“santicus autem existimandus est”*).¹⁴⁴ Ai fini che qui interessano occorre notare che, tuttavia, nel passo in esame non si fa cenno al regime con cui sia possibile far valere l'invalidità della sentenza emessa. Giuliano si limita, infatti, a presentare il problema, stabilendo che l'impedimento debba essere tenuto sì in considerazione, ponendosi infatti la questione *“an iure videretur pronuntiasse”*, ma non entrando mai nel problema del rimedio accordato a chi veda pronunciarsi nei di lui confronti sentenza nonostante l'assenza giustificata da malattia¹⁴⁵.

¹⁴³ Per la cui bibliografia si rimanda alla nota 125.

¹⁴⁴ Per le ulteriori considerazioni, al fine di non ripetere quanto già detto, si rimanda alla trattazione contenuta alle pagg. 117 e ss.

¹⁴⁵ Così, ad esempio, R. ORESTANO, *Op. et locc. ultt. citt.*, afferma che “si poneva soltanto la questione *“an iure videtur pronuntiasse”* il giudice, nel caso che uno dei *“litigatores”* si fosse allontanato prima della sentenza, perché febbricitante.”. Tuttavia, se è vero che Giuliano non tratta esplicitamente il

Allo stesso modo appena visto, Paolo, in un'altra fonte, D. 42.1.47¹⁴⁶, non rende testimonianza, al di là dell'enucleazione della regola secondo cui l'assenza, giustificata –si potrebbe dire, non *per contumaciam*–, non permette di emanare validamente la sentenza, del rimedio offerto a chi sia stato condannato nonostante il principio espresso. Non dice, in altri termini, se il provvedimento emesso dal giudice in assenza delle parti sia invalido oppure occorra aggredirlo con un'impugnazione.

D. 42.1.47 Paulus V, sent. [Pal. 2030]:

“De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet. Qui apud fiscum causam defendere saepius conventi neglexerint, rebus iudicatis subiciendi sunt. quod eo apparet, si saepe conventi praesentiam suam facere noluerint.”

Il passo, come si vede, in effetti nulla aggiunge, in relazione al problema se la sentenza sia o meno appellabile o sia piuttosto invalida a prescindere da qualsiasi impugnazione, a quanto non si sia potuto già vedere nel passo di Giuliano. Sembra invece che l'espressione usata dal giurista operi una limitazione degli effetti del giudicato alle parti presenti (*“aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet”*), ma da ciò non si può ricavare alcun dato che possa suffragare la validità di uno dei due principi, tra loro opposti, oggetto del presente esame¹⁴⁷. In sintesi, se può dirsi che il problema della possibilità di emettere sentenza, in assenza di una delle parti, è già presente anche in queste fonti più risalenti, è pur vero che non si dispone di una testimonianza certa in ordine al rimedio concesso per far valere, in caso di infrazione alla regola che impone di non poter giudicare in tale situazioni, tale vizio. Si è probabilmente ancora in una fase in cui l'istituto dell'appello non si è ancora affermato, nella sua interezza, come lo si conosce per i secoli successivi, e pertanto, trattandosi ancora di una fase in cui molti suoi aspetti non sono ancora ben definiti, non stupisce che, nei casi in esame, non si dica espressamente che viene concesso

tema del rimedio accordato al soggetto condannato in sua assenza, è pur vero che l'espressione *“res non videtur iudicata”* pare indicare l'invalidità della sentenza a prescindere da un qualsiasi mezzo di impugnazione, anticipando quindi una soluzione molto più tarda, che si vedrà nel proseguio, a conclusione del tentativo di ricostruzione dei profili in esame.

¹⁴⁶ Su cui vedasi R. MARTINI, *Op. cit.*, pagg. 23-47, che dedica la trattazione ai problemi dell'appello dell'assente.

¹⁴⁷ Si ripropone, parzialmente, anche qui il problema cui si è già accennato, per la fonte di Giuliano, nella nota 145.

l'appello in tali situazioni, in quanto, verosimilmente, ancora una regola in merito non si è formata, quantomeno in modo cristallizzato .

Se si affronta, invece, un passo ulpiano, il problema di come l'*absens* può far valere le proprie ragioni, essendo stata pronunciata sentenza, è trattato compiutamente e indica, senza dubbio, che gli viene concessa la possibilità di appellare. La fonte, contenuta nel Digesto, è già stata trattata¹⁴⁸ precedentemente in merito al problema terminologico dell'uso di "*absens*" rispetto a "*contumax*", ma, evidentemente, occorre qui rivederla alla luce della questione ora affrontata.

D. 49.4.1.15 Ulp. I, *de app.* [Pal. Ulp. 8]:

15. "*Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est. Quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit, sic accipimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocavit, difficile est, ut hic audiatur*".

Il passo esprime chiaramente, a dispetto dei precedenti, un nuovo concetto: nella situazione in cui l'assente venga condannato in sua assenza, potrà chiaramente avvalersi del mezzo dell'appello per far rilevare l'errore del giudice nell'emettere la sentenza. Il problema di cui si occupa Ulpiano è, come si è visto, quello di stabilire il momento da cui occorre effettuare il computo del termine entro cui deve essere proposta l'*appellatio*. Il ragionamento di Ulpiano è, peraltro, assai sottile, in quanto chiarisce che il termine, intendendolo chiaramente *biduum* nel caso in cui appellasi *in causa propria*, *triduum* se *in causa aliena*, sia da conteggiare dal momento della conoscenza della sentenza ("*ex quo scit*") ed inoltre ritiene di dover specificare che per "assente" non può ovviamente intendersi chi abbia visti i propri interessi difesi da un altro soggetto, quale il *procurator* ("*si non in causa per procuratorem defensus est*"). Se il passo segna pertanto un punto di chiarimento in ordine al momento del computo del termine, stabilendo un principio di giustizia sostanziale, in quanto non sarebbe giusto poter opporre all'assente la scadenza di esso senza che questi abbia avuto contezza di una sentenza a suo carico pronunciata in sua assenza, d'altro lato, ai fini che qui interessano maggiormente può dirsi che si ha una prima testimonianza dell'emersione del rimedio dell'*appellatio* avverso una sentenza emessa in spregio al

¹⁴⁸ Cfr. pagg. 35 e ss.; per la bibliografia cfr. la nota 128.

principio che vorrebbe che il giudice non decidesse in presenza di un motivo giustificato che abbia impedito alla parte di presentarsi in giudizio. Da tali premesse è logico intuire che, quantomeno al tempo di Ulpiano, non è ancora operante il principio, introdotto all'inizio del presente paragrafo, secondo cui la sentenza pronunciata contro l'assente –da intendersi nell'accezione più volte ricordata- sia di per sé invalida, senza bisogno alcuno ed ulteriore di aggredirla con un'impugnazione. E' necessario, in altri termini, proporre appello avverso di essa, benché si abbia il cosiddetto *favor diei* relativamente al computo di questo. Osserva Orestano in modo assai cristallino che se la sentenza “*fosse stata invalida, ciò si sarebbe verificato pel fatto della pronunzia “adversus absentem”, indipendentemente dalla scientia o meno del condannato, e questi avrebbe poi potuto in qualunque momento opporre contro l'eventuale esercizio dell'actio iudicati l'inesistenza di un giudicato valido: verteremmo semmai in materia d'“infitiatio”, non già d'appello*”¹⁴⁹. Da quanto ora affermato può trarsi la conclusione che, quindi, la sentenza, se non oggetto di appello da parte del soggetto interessato alla sua riforma, esplica appieno i propri effetti, dando pertanto vita ad un giudicato rispetto al quale la parte risultata vincitrice, unica presente, potrebbe chiedere l'esecuzione in forma coattiva mediante l'*actio iudicati*.

Il fatto che una sentenza emessa in assenza di una parte debba essere impugnata e non sia di per sé invalida, anche a prescindere dalla proposizione dell'appello, è un aspetto che si lega a doppio filo con la concezione della posizione dell'appellante ai tempi in cui scrive Ulpiano. Ciò che emerge, infatti, è la considerazione implicita che il vizio in esame non afferisca tanto sul provvedimento emesso, di per sé valido, ma costituisca, al contrario, un motivo su cui la parte soccombente possa fondare la propria *appellatio*. Corollario di tal principio è la constatazione che il giudice *a quo* si incarichi di verificare se colui che intenda appellare abbia legittimazione in tal senso, verificano, appunto, se sia stato assente volontariamente, benché legittimamente chiamato in giudizio, ovvero se sia stato impedito per un qualche motivo. La prospettiva ora indicata, cioè quella secondo cui la sentenza debba essere appellata, relativamente alla posizione soggettiva dell'assente-soccombente, non costituisce pertanto unicamente un distinto modo di porre un problema all'interno dell'ordinamento, il quale deve naturalmente offrire

¹⁴⁹ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 356.

tutela a colui che si sia visto condannare in caso di assenza giustificata, ma si riflette sullo stesso regime di tale appellabilità, mutando radicalmente il modo di affrontare la questione, che fa sì che il vizio procedurale non si riverberi tanto sull'atto-sentenza rendendola di per sé invalida, ma, al contrario, diventi occasione per giustificare la legittimazione all'appello della parte soccombente.

Il quadro della situazione ora descritto può essere ancor meglio compreso se si pone mente infatti al principio, operante anche ai tempi in cui scrive Ulpiano e testimoniato in due distinte fonti, secondo cui l'assenza nel giudizio fa perdere il diritto all'impugnazione, se ovviamente essa si sia verificata volontariamente e nonostante la ritualità della citazione.

Una prima testimonianza nel senso ora indicato si ha dallo stesso Ulpiano in D. 49.1.14.1.

D. 49.1.14.1, Ulp. XIV, ad ed. [Pal. 503]¹⁵⁰:

1.: *“Quotiens herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. et hoc divorum fratrum epistula continetur ad Domitium in haec verba: “quod absente possessore nec quoquam nomine eius respondente pronuntiatum est, non habet rei iudicatae auctoritatem nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit. quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere”*”.

Il passo in esame tratta di un interessante caso in cui si pone il problema se i titolari di una situazione soggettiva nascente dal testamento, come coloro che acquisiscono la libertà o i fidecommissari o legatari, possano risentire negativamente in virtù dell'assenza dell'erede che sia stato assente durante il giudizio. Ulpiano fornisce un esempio, inoltre, anche in ordine al problema su cui si sta indagando: è espresso, infatti, il principio che la sentenza non esplica i propri effetti se non a

¹⁵⁰ In merito cfr. *Idem, Op. cit.*, pag. 356 e ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Op. cit.*, pag. 190, su cui vedasi quanto si afferma sub nota 152; ancora, P. STARACE, *D.40.7.29.1: l'interpretazione di Aristone*, in *Labeo*, 46, 2000, pagg. 393-394 cita incidentalmente il passo affermando che tratterebbesi, secondo l'opinione di H. ANKUM, *Pap. D.20.1.3.pr.: “res iudicata” and full and bonitary ownership*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid, 1988, pag. 1123, di un'eccezione al princio dell'efficacia vincolante per i legatari della sentenza formulare.

carico dell'erede assente che non si sia curato di essere presente. Appare tuttavia curioso il fatto che sia lo stesso Ulpiano che adoperi l'espressione "*non habet rei iudicatae auctoritatem*" sembrando, quantomeno ad una prima lettura, escludere, alla luce di tale locuzione, che per coloro che siano stati assenti non per negligenza (cioè "*qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt*") occorra impugnare con appello, dato che la sentenza non potrebbe comunque essere sottoposta all'*actio iudicati*¹⁵¹. Ad ogni modo, il giurista severiano non dipinge certamente con toni univoci i contorni del rimedio che viene concesso a tali soccombenti¹⁵²; può tuttavia trarsi la convinzione che, verosimilmente, venisse concesso l'appello dall'espressione "*et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere*" che, se posta in relazione alla precedente "*non habet rei iudicatae auctoritatem nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit*" rende testimonianza del fatto che l'*appellatio* viene accordata unicamente, come si diceva poc'anzi, a chi non sia stato assente per volontà o noncuranza proprie.

Un ulteriore esempio del principio in parola, che nega la legittimazione ad appellare a chi non si sia presentato senza addurre alcuna valida giustificazione, si rinviene in D. 49.1.23.3, ove è riportato un caso di sicuro interesse, in cui una parte

¹⁵¹ Interessante è notare che lo stesso R. ORESTANO, *Op. et locc. ultt. citt.*, non fa menzione di questo problema di congruità logica con quanto affermato dallo stesso Ulpiano in D. 49.4.1.15 in merito al computo del termine per l'appello "*ex quo quis scit*". L'autore, infatti, come si vedrà compiutamente tra breve, tende a ricostruire la questione nel senso di affermare che all'età dei Severi non è ancora operante il principio secondo cui la sentenza resa nei confronti dell'assente sia invalida a prescindere dall'impugnazione, mentre tale ultima soluzione appare, secondo la stessa ricostruzione, solo in epoca più tarda. Occorre aggiungere che, sebbene le fonti in esame, sembrino nel complesso avvalorare la soluzione dell'Orestano, restano comunque alcuni dubbi in merito ad alcune espressioni viste, quella ora in esame usata dallo stesso Ulpiano, quella adoperata da Giuliano in D. 42.1.60 "*res non videtur iudicata*" di cui *sub* nota 145 e quella, infine, di Paolo in D. 42.1.47 "*aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet*" di cui *sub* nota 147. Sull'*actio iudicati* occorre ricordare il lavoro di C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, ove possono essere attinte numerose informazioni in merito a diversi profili rilevanti anche per la presente indagine.

¹⁵² Ovviamente si fa uso del termine "soccombenti" nel senso che verso di essi si esplicano pur sempre gli effetti tipici della sentenza, posto che è la questione su cui si interviene il rescritto, prescindendo pertanto dalla presenza al giudizio, benché formalmente la sentenza sia rivolta contro l'erede testamentario. È interessante notare inoltre che A. BELLODI ANSALONI, *Op. cit.*, pag. 190, afferma che "*l'esplicita preoccupazione che muove gli imperatori è precisare che la sentenza contumaciale non deve intaccare gli interessi di terzi ("nihil nocere neque legatis neque libertatibus"). Ma da questo si può anche argomentare, a mio avviso, che il responso ulpiano, seppur relativo ad una vicenda particolare, sia in realtà sintomatico di un atteggiamento più generale che vuole che la sentenza acquisti forza di giudicato solamente nei confronti del "contumax", che ha voluto non presentarsi in giudizio ("qui adesse neglexerit")*". In realtà appare evidente già dalla lettura della fonte che la preoccupazione, nel caso di specie, è la tutela dei terzi che, verosimilmente, avviene mediante la concessione dell'appello (così sembra il senso di "*et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere*"). Non può dirsi tuttavia con certezza se ciò sia indice di una tendenza universale che "*vuole che la sentenza acquisti forza di giudicato solamente nei confronti del "contumax"*"

non si presenta in giudizio, pur a conoscenza della citazione avvenuta mediante *edictum peremptorium*, nel corso del giudizio di prime cure.

D. 49.1.23.3 Papin. XIX, resp. [Pal. 748]¹⁵³:

3. “*Eum, qui cognovit edictum peremptorium, secundum ordinis causam dati placuit non recte provocasse, cum in eius potestate fuerit ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere.*”

Il caso presentato da Papiniano non necessita di particolari chiarimenti, risultando di agevole lettura il fatto che l'appello non viene accolto, in quanto il soggetto assente ben avrebbe potuto far valere le sue ragioni contro la citazione in seno al giudizio di prime cure (“*cum in eius potestate fuerit ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere*”). In merito alla fonte in esame occorre aggiungere un'unica notazione con particolare riferimento al tenore letterale con cui Papiniano introduce la subordinata causale appena citata, che non può lasciare dubbio circa il motivo che determina il respingimento dell'appello; oltre alla chiara espressione, da ultimo riportata, che ricorda che il soggetto avrebbe avuto la possibilità di far valere le proprie lagnanze in una fase precedente, anche il tono perentorio del giurista che esordisce con la relativa “*eum, qui cognovit edictum peremptorium*”, conferma che la ragione del mancato accoglimento è unicamente la mancata presentazione al giudizio. Il passo in esame costituisce pertanto, alla luce di quanto sin qui affermato, una seconda testimonianza dell'operatività della regola, già ai tempi in cui scrive Ulpiano, della perdita del diritto all'impugnazione in caso, come si è ricordato, della volontaria non partecipazione al processo, in presenza di una regolare chiamata in giudizio. Se, infatti, quantomeno nei primissimi secoli, si è visto che pare doversi escludere l'operatività dell'invalidità della sentenza emessa nei confronti del soggetto assente anche a prescindere da un'eventuale impugnazione, pur nell'esigenza di dover procedere ad alcune distinzioni che si sono svolte circa talune espressioni adoperate dai giuristi più risalenti¹⁵⁴, occorre tener presente che, tuttavia, rimane in vigore il

¹⁵³ Per una guida bibliografica cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 357; A. BELLODI ANSALONI, *Op. cit.*, pagg. 213 e ss. ove richiama il passo come esempio da cui può cogliersi “*il carattere sanzionatorio del rifiuto di accogliere l'appello –rimedio creato e concesso dall'imperatore- presentato dal contumace –che l'imperatore ha spregiato -[...]*”.

¹⁵⁴ Cfr. nota 151.

principio secondo cui il soggetto che non partecipi volontariamente al giudizio decade dal diritto ad impugnare la sentenza. Le due questioni sono infatti diverse. Se la prima, in effetti, riguarda la necessità-possibilità di proporre gravame avverso un provvedimento di condanna all'esito di un processo cui una parte non ha potuto partecipare, la seconda attiene alla perdita del diritto di proporre appello in tutti i casi in cui un soggetto non abbia preso parte volontariamente, *per contumaciam*, al giudizio. In altri termini, anche a prescindere dalla soluzione del primo e complesso problema, da leggere, come detto a principio dell'esposizione delle questioni in esame, in relazione allo sviluppo storico dell'appello, il principio emergente dalle ultime fonti di Ulpiano D. 49.1.14.1 e Papiniano D. 49.1.23.3 opera fin da principio, rendendo necessaria la partecipazione al giudizio, se non giustificata, ai fini della proposizione dell'*appellatio*.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, è bene ricordare che anche due ulteriori fonti già esaminate, C. 7.65.1¹⁵⁵ e D. 5.1.73.3¹⁵⁶, confermano, una volta di più, quanto sin qui si è detto relativamente al regime dell'appellabilità, che risulta esclusa, appunto, nei casi, a lungo esaminati, di assenza *per contumaciam*. Occorre tuttavia osservare un ulteriore punto critico che emerge nella discussione di tali problemi. Se, infatti, tali testi confermano il principio ora esaminato, è bene riannodare tali elementi ora in nostro possesso allo sviluppo del problema principale relativo alla soluzione dell'apparente contraddizione tra necessità di appello avverso la sentenza emessa in assenza della parte e invalidità della stessa a prescindere da qualsiasi impugnazione. Le fonti in esame, una relativa al tempo di Antonino Caracalla, l'altra di Ulpiano, confermano che in un primo momento è ancora in vigore il regime che pone in capo al soccombente l'onere di appellare per rimuovere gli effetti della sentenza. L'espressione contenuta in C. 7.65.1 "*appellatio recipi non potest*" testimonia l'esigenza, agli inizi del III secolo d.C., di proporre appello contro la sentenza, la quale è di per sé perfettamente produttiva di effetti, benché il giudice si sia pronunciato in violazione del principio che lo obbligherebbe a rinviare l'udienza. Parimenti, nel passo ulpiano dinanzi citato, può trovarsi un'ulteriore

¹⁵⁵ C. 7.65.1: "*Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.*".

¹⁵⁶ D. 5.1.73.3: "*Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur.*"

conferma di quanto affermato. Lo stile chiaro, sobrio e puntuale del giurista non lascia dubbio alcuno in ordine al rimedio da utilizzare (“*sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur*”).

Può a tal punto affermarsi, con un grado elevato di verosimiglianza, che nei primi secoli, almeno nell’età severiana, pur con le considerazioni che si sono svolte circa l’uso di talune espressioni che possono quantomeno far dubitare su alcuni punti trattati, la regola generale vede la necessità di proporre appello avverso la sentenza emessa contro l’assente. Occorre tuttavia fin da subito avvertire, benché si procederà ad un esame più approfondito con il prosieguo della trattazione, che può attestarsi l’uso di alcune espressioni, attraverso i testi da ultimo esaminati, che rimandano ad un concetto tecnico del rigetto dell’appello proposto ad opera del giudice *a quo* e non già di quello *ad quem*¹⁵⁷.

Dalle premesse sin qui poste attraverso l’analisi delle fonti più risalenti e di età severiana, oltre alla regola più volte citata, può trarsi, alla luce, probabilmente, anche dell’esame dell’ultima questione in merito alle locuzioni “*appellatio recipi non potest*” e “*si appellet non esse audiendum*” in relazione ai profili di legittimazione all’appello sin qui trattati, che, in realtà, il problema dell’appellabilità della sentenza non si pone tanto sotto la prospettiva di una qualità della sentenza, bensì della legittimazione, appunto, della parte, che, in talune circostanze, come nel caso di assenza *per contumaciam*, viene in tal modo esclusa.

E’ interessante a tal punto notare che, a conferma di quanto si è qui esposto, Orestano cita un’ulteriore fonte¹⁵⁸, relativa ad un rescritto di Gordiano e riportato nel *Codex Iustinianus*, in C. 7.43.3.

¹⁵⁷ Anche R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 358, avverte che le espressioni “*appellatio recipi non potest*” e “*non esse audiendum*” hanno un preciso significato tecnico, indicando “*non il rigetto dell’appello ad opera del giudice ad quem, bensì la dichiarazione di improcedibilità da parte dello stesso giudice a quo, pronunciata in faase di valutazione preliminare*”. Su tale punto non si può che concordare, risultando evidente, fin dal tenore letterale, che lo stesso significato del verbo “*recipio*” nella forma dell’infinito presente passivo “*recipi*” allude chiaramente al significato di “*ricevere*” che, senza dubbio, è da ricollegare al giudice *a quo* che riceve l’impugnazione contro la sentenza da lui emanata. Per quanto attiene la diversa espressione “*non esse audiendum*”, potendosi riferire, almeno astrattamente, ad entrambi i giudici, nell’un caso riannodando il significato di “*audiendum*” con riferimento all’udienza di appello, nell’altro caso, verosimile, nel significato che non gli si concede l’*appellatio*, si vedrà che, tuttavia, in realtà, è anch’essa da porsi in collegamento con l’attività del giudice rimettente.

¹⁵⁸ Vedi *Idem*, *Op. cit.*, pagg. 359.

CI.7.43.3: Imperator Gordianus

“Ab eo iudicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si ubi primum cognovistis, non ilico de statutis querellam detulistis. ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus adsensus.”

Benchè, in effetti, il caso riportato dalla costituzione in esame presenti elementi di affinità rispetto a quelli sin qui trattati, potendovi rinvenire, infatti, la necessità della proposizione di un'impugnazione avverso una sentenza resa in assenza di una parte, non si può notare, tuttavia, che molti sono invece gli aspetti di diversità rispetto alle fonti viste in precedenza. E' lo stesso Orestano che avverte che l'espressione *“querelam deferre”* è più vaga rispetto a quella di *“appellare”* e che *“può anche significare atto di appello, ma forse più probabilmente sta ad indicare una qualsiasi doglianza che fosse sufficiente a dimostrare la non acquiescenza alla sentenza”*¹⁵⁹. Proprio partendo da tali premesse, lo studioso indica che la circostanza ora indicata potrebbe essere un segnale dell'attenuazione della necessità dell'appello formale contro tale sentenza, volendo intendere che, in realtà, la fonte in esame si porrebbe idealmente a cavaliere, in termini di soluzione proposta, tra il periodo più risalente, contraddistinto dal principio visto nelle fonti trattate, ancora in vigore in età severiana e relativo alla necessità d'appello avverso la sentenza resa nei confronti dell'assente -e non già del contumace-, e quello in cui si viene progressivamente affermando l'opposto principio dell'invalidità della sentenza eventualmente emessa su tali presupposti, senza bisogno alcuno, quindi, di proposizione di *appellatio*. Ora, accertate le analogie del rescritto con le fonti già conosciute, non si può tuttavia non constatare che il fatto che qui ci si imbatte in un caso di una sentenza emessa nei confronti della parte che addirittura ignorava l'esistenza del giudizio (*“quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum”*) dovrebbe far sospettare che qui, in realtà, la situazione si presenti in modo assai diverso. Non sembra di poter condividere quanto afferma Orestano, infatti, in particolar modo quando egli afferma, con riferimento al fatto che l'espressione *“querelam deferre”* è un concetto più vago, da attribuirsi ad ogni manifestazione di doglianza nei confronti

¹⁵⁹ *Ibidem.*

del provvedimento emesso, che “*ciò può indicare un’attenuazione della necessità dell’appello formale contro una tale sentenza. La sentenza pronunciata a carico di absentes (e non già contumaci; ma addirittura ignorantes) continua infatti ad essere considerata in questo rescritto come un giudicato che la mancata impugnazione nel momento in cui è conosciuto può render valido; ma la volontà di non soggiacervi può ora esser manifestata anche in modo diverso dall’appello*”¹⁶⁰. Se, infatti, può riconoscersi con Orestano che il “*querelam deferre*” possa indicare, in effetti, qualsiasi tipo di rimostranza avverso la sentenza, non necessariamente quindi correlato con un atto di appello in senso formale, non sembra tuttavia che tale fonte possa per ciò solo rappresentare il punto di rottura con il principio fino a tal momento in vigore, trattandosi, invero, di un caso in cui la sentenza necessita comunque di essere impugnata, benché non necessariamente con un atto di appello, nonostante il fatto che essa sia rivolta, come peraltro osserva lo stesso studioso, contro *ignorantes*. In altri termini, pare di poter constatare che, in assenza di ulteriori elementi che depongano per una tesi di segno contrario, non possa qui intravedersi quell’elemento di novità avvertito da Orestano, in quanto se si fosse davvero preso atto di un cambiamento all’interno della logica del principio che impone di impugnare le sentenze rese contro la parte assente, parrebbe quantomeno curioso che il nuovo principio, che in realtà stabilisce, come si è accennato e si vedrà appresso in modo più puntuale, che la sentenza in tali circostanze è di per sé invalida e non produttiva di effetti, non fosse presente proprio nel caso in parola, in cui, si ricordi, si tratta sì di un caso di “*querelam deferre*”, ma avverso una sentenza resa addirittura nei confronti di un soggetto assente a causa della mancata conoscenza del giudizio in corso. Tale circostanza, in cui il soggetto assente risulta ancor “più giustificato” in quanto, appunto, non solo impedito da un motivo contingente come la malattia, ma addirittura “*ignorans*” rispetto al giudizio in corso, se si considerasse che la fonte rappresentasse già un punto di avvicinamento alle nuove istanze che vogliono la sentenza, nei casi di assenza giustificata, improduttiva di effetto alcuno, dovrebbe dar sicuramente testimonianza del nuovo principio, atteso che, in realtà, non vi è giustificazione più seria che l’assente potrebbe addurre che non quella di ignorare, senza sua colpa, l’esistenza del procedimento a suo carico. Nel caso di

¹⁶⁰ *Ibidem.*

specie, invece, potrebbe dirsi che addirittura ci si trova di fronte ad un esempio in cui è comunque richiesta l'esposizione di manifestazione della volontà di aggredire il provvedimento, benché non sia necessario farlo, e qui si può convenire con Orestano, mediante un'*appellatio* in senso formale. Sorge a tal punto spontanea la questione del motivo per cui nel caso in esame sia sufficiente, come si è detto, un "*querelam deferre*". In assenza di ulteriori spunti che possano far deporre per una diversa tesi, la ragione di ciò potrebbe in realtà trovarsi proprio nella natura diversa, -ma, in effetti, tale è una solo verosimile ipotesi- del motivo dell'assenza che, proprio in quanto trattasi della non conoscenza del processo in corso, potrebbe aver condotto la Cancelleria a considerare valide anche ulteriori forme di impugnazione avverso la sentenza comunque emanata.

Quali siano le ragioni viste relativamente al modo di impugnazione parzialmente diverso rispetto a quelli sin qui trattati, occorre comunque tener presente, ai fini che qui occupano, che si ha ancora un esempio di validità della sentenza emessa in assenza di una parte giustificatamente assente, addirittura in un caso in cui tale parte ignora il promuovimento di un giudizio nei suoi confronti. Non si possono, tuttavia, ricavare ulteriori informazioni sulle precise modalità che valgano a distinguere l'impugnativa vista in tale fonte, con quella dell'*appellatio* tipica delle precedenti. Benchè il rimedio qui proposto sia sostanzialmente diverso, non si può ancora affermare finora, ad ogni modo, che vi si possano intravedere segnali forti di cambiamento nel senso sopra descritto, cioè verso l'affermazione del principio, recepito sicuramente qualche anno più tardi, dell'invalidità della sentenza a prescindere da qualsiasi gravame, risultando decisivo il fatto che nel rescritto di Gordiano, come dinanzi spiegato, la validità della sentenza è piena nonostante il fatto che sia stato condannata una parte a sua insaputa. In tale senso, concludendo, può ancora affermarsi, al contrario, che essa rappresenti un esempio del principio in vigore ancora all'età severiana e attestato da Ulpiano nei passi esaminati relativo alla necessità dell'impugnazione, legittimando quindi la parte soccombente alla proposizione del gravame, a poco rilevando che, in realtà, l'elemento del "*querelam deferre*" "sia un concetto che può attestare che "*la volontà di non soggiacervi può ora esser manifestata anche in modo diverso dall'appello*"¹⁶¹.

¹⁶¹ *Ibidem*, già citata.

Esaurita la trattazione dei problemi relativi alla fonte del rescritto di Gordiano, si può tornare a ripercorrere le tappe dello sviluppo storico che vede l'avvicinarsi dei due principi in parola, contraddistinti da soluzioni antitetiche che permettono, agli occhi dell'osservatore moderno, di vedere in filigrana la formazione dell'istituto dell'*appellatio* lungo il volgere dei secoli, anche attraverso i mutamenti di ordine politico-costituzionale ad esso sottesi. Una prima sicura testimonianza del nuovo principio, al di là delle incertezze della fonte da ultimo analizzata, è fornita da due rescritti di qualche anno più tardi ad opera dell'imperatore Filippo, in cui può rinvenirsi, appunto, una mutata sensibilità rispetto alla validità della sentenza emessa in assenza di una delle parti. Occorre pertanto verificare, prima di poter stabilire che vi sia stato, in effetti, un cambiamento della regola della necessità dell'impugnazione di tale sentenza, se ci si trovi di fronte ai medesimi presupposti che si sono precedentemente visti – assenza giustificata, in presenza di una citazione irregolare o di un impedimento cogente- e si possa parlare, pertanto, a ragione, di un'inversione di tendenza nel trattamento dei problemi in parola.

Una prima fonte¹⁶² può rinvenirsi senz'altro nel *Codex*, come accennato, che attesta inequivocabilmente un nuovo principio, che tuttavia va vagliato anche alla luce di un'analisi filologica che tenga conto di possibili divergenze rispetto ai presupposti dinanzi presi in considerazione.

CI. 7.43.7:

“Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam ex more conventos, iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est.”

La fonte, piuttosto chiara, riporta il caso dalla prospettiva di chi sia risultato vittorioso contro la parte assente (*“quae statuuntur adversus absentem non per contumaciam”*) potendo lasciar intendere che probabilmente il problema che ha funto da presupposto all'emanazione del rescritto sia stato quello del soggetto che si è visto accogliere la domanda giudiziale e che verosimilmente abbia voluto agire esecutivamente avverso il soccombente, il quale avrà eccepito l'invalidità della sentenza a prescindere da una sua impugnazione. In effetti, la Cancelleria sembra

¹⁶² Su cui vedasi R. MARTINI, *Op. cit.*, pagg. 23-47, che riporta il problema non tanto in chiave di evoluzione dei principi in parola, quanto da quello, soggettivo, dei rimedi concessi all'assente.

avvalorare tale ultima soluzione, stabilendo chiaramente che coloro che siano stati giudicati in un processo contro una parte assente non contumace, non ottengono l'autorità di *coisa giudicata* (“*Ea, quae statuuntur adversus absentem non per contumaciam [...] iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est*”). Il tono letterale, peraltro, appare piuttosto perentorio (“*certum est*”), benché probabilmente ad esso non sia da attribuire eccessiva importanza, potendo costituire, in realtà, solamente un modo con cui la Cancelleria si esprime, conferendo solennità alla soluzione proposta al caso concreto. Più interessante risulta, invece, che, come detto, la prospettiva da cui il problema viene posto non è tanto quella della necessità o meno di appellare da parte del soccombente, ma quella del valore, o meno, di cosa giudicata della sentenza che ha ottenuto la parte vittoriosa. Oltre al fatto chiaro, di cui occorre prender coscienza, di una nuova soluzione che si affaccia, il ribaltamento della prospettiva ora indicata, di considerare cioè le problematiche sottese dal punto di vista della *firmitas rei iudicatae* potrebbe costituire, ad un'analisi attenta, l'inizio di quel percorso che, come accennato, porta progressivamente a mutare il problema in esame da una questione di legittimazione ad appellare del soccombente-assente avverso la sentenza emanata contro di lui nonostante la regola che vieta di giudicare l'*absens non per contumaciam* alla questione, parzialmente diversa, della qualità della sentenza, che diventa essa appellabile o meno.

Poste in luce le differenze della fonte codicistica con le soluzioni precedentemente elaborate dalla giurisprudenza, risulta chiaro almeno un paio di considerazioni: da un lato, si assiste ad un mutamento della regola sostanziale che ora non richiede più alcuna impugnazione avverso la sentenza eventualmente emessa a carico dell'assente, d'altro lato vi è un cambiamento della prospettiva nella trattazione della questione, riflettendo sugli elementi in esame non più come un problema di legittimazione, ma come qualità della sentenza rispetto alla quale, quindi, la Cancelleria stabilisce che la parte vittoriosa “*iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est*”, con un'espressione distante, quindi, tanto nel merito della soluzione proposta che nella prospettazione del problema, dalle fonti precedenti in cui si affermavano princìpi ormai superati¹⁶³.

¹⁶³ Basti ricordare, esemplificativamente, il problema di cui trattava Ulpiano relativamente al momento del computo del termine per appellare “*Quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit*” in D. 49.4.1.15 che, evidentemente, oltre a sottintendere una soluzione assolutamente

La soluzione di merito ora esaminata e proposta dalla Cancelleria non è, del resto, l'unica testimonianza di tale regola che si affaccia, per la prima volta, solamente a partire dalla metà del III secolo d.C. E' bene dar conto ora, infatti, delle ulteriori fonti che offrono una regola analoga per il caso in esame, passando poi a riprendere e trattare con maggior profondità il ragionamento relativo al mutamento di prospettiva che si avverte nelle fonti medesime, verificando se esso sia, invero, la conseguenza o la causa del nuovo principio in parola che viene affermandosi, che stabilisce l'invalidità della sentenza emessa nei confronti dell'assente.

In un passo delle *Pauli Sententiae* può infatti rinvenirsi un principio che può leggersi quasi in parallelo con quello appena esaminato.

Paul. Sent., V.5a.5¹⁶⁴:

“Ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum iudicatarum non obtinent”.

La fonte tratta dall'Epitome paolina non può che essere letta come un'affermazione di quanto si è già visto a proposito del rescritto dell'imperatore Filippo. Anch'essa, infatti, ribadisce quanto già espresso, nel merito, dalla costituzione imperiale, nulla aggiungendo al riguardo. Anche in essa, inoltre, può apprezzarsi, nello stile semplice e lineare tipico delle *Pauli Sententiae*, un nuovo modo di prospettazione del problema, che, anche qui, non si configura più in termini di legittimazione ad appellare del soccombente, ma come una questione, al contrario, di esplicazione degli effetti di giudicato della sentenza (*“vim rerum iudicatarum non obtinent”*).

Accanto al passo da ultimo citato, occorre trattare, seppure in modo incidentale e prima di ripercorre il filo conduttore delle questioni in esame, una fonte, situata nelle medesime *Pauli Sententiae*, che costituisce un corollario al principio dell'invalidità della sentenza emessa nei confronti dell'assente come cosa giudicata.

diversa, essendo chiaro, infatti, che il giurista ragiona trattando l'*appellatio* nei confronti della sentenza come presupposto del proprio discorso, altrimenti non avrebbe senso chiedersi da quando parta il computo del termine per appellare, d'altro canto vi è una prospettiva radicalmente diversa, essendo piuttosto esplicito che la questione non sia affrontata nei termini per cui la sentenza sia o non sia valida, ma, piuttosto, come un problema di legittimazione ad appellare per il soccombente, rispetto al quale, appunto, si ritiene che il termine sia da computare, quanto al *dies a quo*, dal momento che egli viene a conoscenza dell'esistenza della sentenza che lo ha condannato. Un altro esempio che è bene ricordare è quello presente in D. 49.1.14.1, ove sempre Ulpiano afferma *“: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere”* rispetto al quale valgono le medesime considerazioni appena svolte, essendo chiari sia la soluzione che il presupposto posto alla base del ragionamento ivi svolto.

¹⁶⁴ Su cui vedasi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 360 e ss.

Anche nell'ultima fonte presa in esame, infatti, il giurista si preoccupa di esaminare il problema dal punto di vista della qualità della sentenza, che non assume, appunto, la forza di giudicato (è chiara, infatti, l'espressione "*vim rerum iudicatarum non obtinent*" da riferirsi a chi sia risultato vittorioso in un giudizio "*altera parte absente*"). Ebbene, da tali premesse, accanto quindi all'affacciarsi della nuova soluzione nel merito e al nuovo modo di proiettare la questione, con il mutamento da un'indagine circa la legittimazione all'appello ad una circa la qualità della sentenza, appellabile, inappellabile o priva di effetti di giudicato che sia, sorge, per un effetto immediato, un nuovo principio anche in tema di contumacia. Può, infatti, leggersi, nella medesima Epitome paolina, una fonte che, come si è accennato, sembra costituire un corollario dell'ultima esaminata, in quanto ben si iscrive nella nuova logica con cui vengono trattati tali problemi, attestando anch'essa, dal punto di vista del profilo del contumace, il passaggio dal regime della mancanza di legittimazione della parte *absens per contumaciam*, principio che si è visto in vigore fino a questo momento storico, a quello dell'inappellabilità della sentenza da parte del contumace stesso. Anche qui, quindi, il problema è proiettato non più soggettivamente come un tempo, quando si negava la legittimazione, ma dal punto di vista del provvedimento giudiziale, che diviene inappellabile.

Paul. Sent., V.5a.6a:

"Ab ea sententia, quae adversus contumaces lata est neque appellari neque in duplum revocari potest".

Se è chiaro, infatti, che nel merito poco cambia, per il caso del contumace, con il mutamento, per il caso del semplice assente, della regola degli effetti della sentenza che da appellabile diventa invalida, non idonea a costituire cosa giudicata, e pertanto anche qui, in sostanza, pur nella diversa prospettiva dell'inappellabilità della sentenza anziché della mancanza di legittimazione del soccombente, il concetto sostanziale è piuttosto analogo, appare curioso il fatto che ciononostante il principio espresso nella fonte in esame abbia a riferimento la sentenza stessa. In altri termini, pur in assenza di un mutamento, nel caso di specie, della disciplina sottesa, -al contrario del caso dell'assente-, in quanto comunque il contumace non riceve tutela alcuna, né d'altronde la riceveva prima, ad ogni modo si trova qui un'attestazione del

principio in parola non più dal punto di vista della legittimazione, ma di quello della sentenza.

Esaminati gli elementi di novità della nuova disciplina, tanto nel merito che nel modo di concepire i problemi sin qui espressi, resta unicamente da chiarire, per le tre fonti che in argomento si sono fin qui esaminate, se, in realtà, il mutamento più volte citato che imposta la questione non più in termini di legittimazione all'appello, sia in realtà la causa del mutato regime o ne sia, al contrario, una conseguenza diretta. Occorre infatti interrogarsi se, alla luce di quanto si è visto, una nuova sensibilità giuridica che ritiene di dover accordare una tutela maggiore, attraverso il mancato riconoscimento della “*vim rerum iudicatarum*” alla parte soccombente condannata e impedita da un giustificato motivo, sia ascrivibile ad un nuovo modo di considerare la violazione del divieto di procedere nel giudizio in assenza di una parte impedita, come elemento idoneo ad inficiare la validità della sentenza ovvero se, posta la regola della mancanza di effetti di questa, si sia radicalmente cambiato anche il modo di concepire il problema in esame, non più in termini di soggetto legittimato o meno, ma nei termini di ritenere la sentenza viziata e non produttiva di effetti.

E' bene osservare che, in merito alla questione appena posta, Orestano sembra prendere una posizione quando afferma che “*ciò che prima si poneva come un problema di legittimazione ad appellare dell'absens (legittimazione ammessa in caso di absentia per contumaciam) viene ora a prospettarsi come una “qualità” della sentenza, considerata in se stessa. Ciò porta ad una duplice conseguenza. [...] che la sentenza contro l'absens (giustificato) è ormai, per una specie di inversione del principio precedente, considerata direttamente in sé stessa e senza bisogno di alcun appello come invalida e totalmente inesistente, sicché indipendentemente da ogni impugnazione essa non acquisterà mai forza di cosa giudicata [...]*”¹⁶⁵ Appare pertanto chiaro che, per lo studioso, il diverso regime intervenuto e attestatoci, per la prima volta, nel rescritto dell'imperatore Filippo, sia conseguenza del mutamento della prospettiva attraverso cui vengono visti i problemi in esame. Non ponendosi più, secondo la sua ricostruzione, una questione di legittimazione ad appellare dell'assente, ma esaminando la questione dal punto di vista della “*qualità della*

¹⁶⁵ R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 361.

sentenza” ecco che muta anche la disciplina: non più necessità di appello, ma inattitudine del provvedimento giudiziale ad esplicare effetti di giudicato.

Pur in assenza di elementi precisi e certi, la ricostruzione di Orestano ora presa in esame non appare del tutto convincente. Se, in effetti, è vero e inconfutabile che le fonti smettono di trattare la fattispecie come una questione di legittimazione, è pur vero che non pare che ciò solo possa portare ad un cambiamento della regola sostanziale. Ricostruendo lo sviluppo storico dell’istituto dell’*appellatio* attraverso il succedersi delle diverse fonti che ne mutano elementi perfino strutturalmente così importanti, può ragionevolmente affermarsi che, semmai, deve essere accaduto il contrario. E’ pur plausibile, infatti, che la nuova sensibilità giuridica può aver indotto a trattare la sentenza come un atto, con i propri attributi di efficacia-inefficacia, validità-invalidità, ma ciò solo non sembra che possa aver determinato il cambiamento di una regola sostanziale che, in sostanza, si tramuta in un trattamento di maggior favore per il soccombente-assente, che ora non necessita più di impugnare –e si ricordino i tempi brevi entro cui ciò deve essere fatto, benché temperati dalla regola ulpiana del “*biduum vel triduum ex quo scit*”- ma potrà opporre, in sede esecutiva, la mancanza degli effetti tipici del giudicato della sentenza in forza della quale la parte vincitrice intende agire. Al contrario, ammesso che in effetti vi sia una nuova sensibilità giuridica, benché di certo non con intenti dogmatizzanti, nei confronti delle caratteristiche della sentenza come atto, appare tuttavia più verosimile che vi sia comunque da leggere una volontà, nella nuova regolamentazione, da parte della Cancelleria Imperiale, di accordare maggiore tutela all’assente. Con ciò, evidentemente, non si vuole comunque sminuire la forza innovatrice della nuova concezione degli elementi della sentenza, e perciò non pare di poter affermare che essa sia meramente una conseguenza diretta della volontà di riservare un trattamento più favorevole al soccombente, -che nei casi in esame non si vedrà più costretto ad impugnare-, ma, del resto, non si ritiene neppure di dover riconoscere al profilo della valorizzazione della qualità della sentenza un ruolo di fattore determinante nel produrre il nuovo regime esaminato.

Esaurita la trattazione del problema della contumacia come causa di esclusione della legittimazione ad appellare, oggetto del presente paragrafo, è bene dar ora conto di quali siano le cause ulteriori che valgano ad escludere una parte, non

riconoscendole tale legittimazione ad appellare, benché esse, a differenza della contumacia sin qui trattata, rivestano un ruolo di minor importanza e siano foriere di problemi, a ben vedere, di più agevole soluzione. In realtà, occorre avvertire che la scelta di inserire tali ulteriori motivi nel presente paragrafo corrisponde ad un'esigenza di organicità e rigore logico rispetto all'esposizione dei problemi in esame, in quanto, in vero, le fonti non operano tale tipo di "dogmatizzazione", ma, con detta avvertenza, non pare fuorviante darne conto in questa sede, in quanto, anche da un punto di vista sistematico, essi possono essere meglio posti in relazione alle questioni relative alla legittimazione all'*appellatio* sin qui trattate. Occorre infatti far riferimento anche alla cosiddetta rinuncia all'appello da parte del soccombente, che, secondo quanto riferitoci da una fonte ulpiana, esclude la possibilità di ricorrere all'impugnazione in un momento successivo.

D. 49.2.1.3 Ulp. I, de app. [Pal. 2]¹⁶⁶:

“Si quis ante sententiam professus fuerit se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit.”

Come si evince fin dal dato letterale che Ulpiano fornisce, in realtà la rinuncia a voler proporre l'*appellatio*, in merito alle cui cause non può conoscersi alcunché –il giurista si limita ad informare che *professus fuerit se a iudice non provocaturum*- non presenta alcun elemento di analogia con le questioni trattate in tema di contumacia, non foss'altro che essa costituisce, in termini di ricostruzione dei principi sottesi alla legittimazione, cause che la escludono.

La fonte costituisce un unico esempio, nel Digesto, in cui viene riportato un caso di espressa rinuncia ad impugnare; benché non si sia in possesso di alcun elemento ulteriore che possa dare certezza in merito, può sospettarsi che alla base del principio ivi espresso vi sia l'esigenza di dare certezza al rapporto sostanziale oggetto del giudizio, non permettendo un ripensamento alla parte soccombente.

¹⁶⁶ Sul passo in esame cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 362, H. OMERZU, *Der Prozeß des Paulus. Eine exegetische und rechtshistorische Untersuchung der Apostelgeschichte*, Berlin, 2002, pag. 85. Occorre avvertire che, tuttavia, i due testi si limitano a citare la fonte senza apportare particolari commenti. Il primo, in particolare, la inserisce tra gli elementi che escludono la legittimazione ad appellare, citandola come caso di espressa rinuncia all'impugnazione, mentre il secondo avverte unicamente che durante il periodo postclassico è possibile la rinuncia all'appello, tanto prima della proposizione che in un tempo successivo: *“Verzichtserklärungen auf das Recht der Appellation waren sowohl vor einem Urteilsspruch als auch danach möglich”*, rimandando, in nota, alla fonte in esame.

Oltre al fatto della rinuncia, assumono rilievo, ai fini dell'esclusione dalla legittimazione ad appellare, anche alcune ulteriori ipotesi relative sempre all'attività della parte nella fase giudiziale e precisamente il *iusurandum* e la *confessio* del convenuto. In particolare, la regola può essere apprezzata, in primo luogo, in un passo ulpiano collocato nel libro XLII del Digesto, ove il principio viene espresso in modo chiaro, stabilendo che la confessione tiene luogo del giudicato, precludendo così, di fatto, la possibilità di proporre l'impugnazione in un momento successivo.

D. 42.1.56 Ulp. XXVII, ad ed. [Pal. 794]¹⁶⁷:

“Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur.”

Ai fini del problema in esame, può notarsi che, come anticipato, Ulpiano poggia la propria riflessione sul fatto che la confessione sostituirebbe il giudicato, quasi a stabilire che il principio espresso nella fonte non costituisse, in realtà, il frutto di un'opzione che si pone all'interprete in merito al fatto di non permettere a colui che abbia confessato di proporre appello, ma costituisse, al contrario, quasi un corollario dei principi che presiedono alla *confessio in iure*. Ad ogni modo, la fonte lascia intendere in modo inequivocabile che, a seguito dell'*oratio divi Marci*, non può esservi più alcun dubbio in ordine al fatto che il soccombente, dopo aver effettuato giuramento decisorio o aver giudizialmente confessato, non può più impugnare la sentenza a lui sfavorevole¹⁶⁸. Tale ordine di idee, se qui viene posto ad un livello, per così dire, ancora astratto, quasi in forma di regola, di questa la dottrina¹⁶⁹ ritiene possa aversi un esempio di concreta applicazione in D. 49.1.28.1¹⁷⁰, ove Scevola interviene in una *quaestio* avente ad oggetto la possibilità o meno di proporre appello avverso la sentenza emessa a seguito di *iusiurandum*, rispondendo che, appunto, ciò non è possibile, dovendosi negare tale ipotesi.

¹⁶⁷ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 362.

¹⁶⁸ In realtà, come si vede, il passo non cita espressamente la perdita di legittimazione ad appellare, ma, chiaramente, il giurista si sta riferendo a tale possibilità quando afferma che coloro che abbiano confessato sono considerati come se nei loro confronti fosse stata emessa sentenza (*“quia in iure confessi pro iudicatis habentur”*).

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Su cui vedansi, oltre al citato R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 362, F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 288, in merito al quale vedansi le considerazioni sub nota 172.

D. 49.1.28.1 Scaev. XXV, dig. [Pal. 112]

1. *“Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatam, quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, cum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio. quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit. respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium.”*

Il passo di Scevola, come si evince dalla lettura del testo, sembra riportare un’ipotesi di applicazione pratica della regola affermata da Ulpiano, negando infatti l’appello nel caso di specie. Occorre comunque dar conto di alcuni problemi sottesi alla fonte in esame riguardanti, appunto, la natura della causa del *“denegandum esset appellationis auxilium”*. Orestano afferma, infatti, trattarsi di un caso emblematico in cui viene in rilievo l’applicazione pratica della regola suesposta circa la mancanza di legittimazione ad appellare nel caso in cui si sia avuto un *iusiurandum* o una *confessio*, sulla scorta di quanto affermato nel passo ulpiano del libro XLII. Egli afferma, infatti, che *“per un denegato appello dopo il iusiurandum v. Scaev. Dig. 49.1.28.1 ove, dopo l’esposizione del caso, “quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponete possit”; al che il giurista “respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationem auxilium”¹⁷¹*. Se, in effetti, come si è anticipato poc’anzi, tale fonte può essere presa ad esempio in quanto riporta il caso di un *iusiurandum* e di una successiva mancanza di legittimazione all’appello, è pur vero che qui pare che la *ratio* sottesa alla soluzione offerta da Scevola sia quella di escludere il soccombente dall’*appellatio* in ragione del suo ingiustificato comportamento di non voler produrre la documentazione richiesta (*quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat*). Non può infatti non notarsi che il *iusiurandum* viene posto in essere dall’attore che intende far produrre alla controparte i documenti richiesti, ma il convenuto, anziché adempiere in tal senso, pur in presenza del *iurandum* dell’attore stesso mediante il quale egli giura il proprio interesse alla produzione (*“cum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset”*), il convenuto viene condannato in quanto non ottempera, lasciando di fatto il primo

¹⁷¹ *Ibidem.*

privo del mezzo di prova. La soluzione del giurista arriva, in modo piuttosto perentorio, ad affermare addirittura che non solo va negato l'appello, ma non sarà nemmeno necessario giustificarne le ragioni (“*respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium*”). Non può non vedersi che, in realtà, il *iusiurandum* cui fa probabile riferimento Ulpiano in D. 42.1.56 come causa di esclusione della possibilità di appellare è ben diverso da quello in esame. Nel primo caso, infatti, la regola scaturisce probabilmente dalla constatazione che la sentenza è emessa sul presupposto di un fatto su cui si è deferito giuramento e che, quindi, è stato posto alla base della decisione giudiziale, impedendo *ipso facto* di addivenire ad un'impugnazione, in quanto, concretamente, verrebbe altrimenti a giudicarsi nuovamente su un fatto oggetto del giuramento stesso, perdendo, in qualche modo, la sua funzione tipica di prova. Non pare ragionevole, infatti, che la parte che ha effettuato il *iusiurandum* sia poi ammessa ad appellare la sentenza emanata sulla base di ciò che la parte stessa ha affermato *in iure*. Diversamente, nel caso di specie, occorre constatare che il *iusiurandum* è effettuato dall'attore relativamente al mezzo di prova richiesto (la documentazione che viene evocata mediante l'espressione “*instrumentorum gratia*”) e non ha affatto ad oggetto un fatto, decisivo nel merito per la soluzione della controversia, ma unicamente, e pur comunque assai importante, il valore che l'attore attribuisce alla produzione dei documenti da parte del convenuto. Alla luce di tali considerazioni, che peraltro sono suffragate anche dal dato letterale che evoca la contumacia come motivo della mancata produzione in giudizio delle prove richieste (lo stesso Scevola afferma “*quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat*”), non può essere obliterato il fatto che la *ratio* sottesa alla soluzione in esame non è quella di *denegare appellationem* per non tornare a giudicare su un fatto introdotto dalla parte stessa che poi intenderebbe contestare mediante l'impugnazione, ma piuttosto quella di non concedere l'appello al soggetto assente *per contumaciam*. Né, d'altronde, sembra che occorra attribuire eccessiva importanza all'espressione “*quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit*”, in quanto il “*post iusiurandum*” va letto in senso temporale e non causale, altrimenti non si spiegherebbe la ragione per cui andrebbe negata l'*appellatio* ad un soggetto che, in realtà, non ha effettuato *iusiurandum*¹⁷².

¹⁷² E' interessante notare che F. PERGAMI, *Op. et locc. ultt. citt.*, probabilmente sulla scorta di

5. Attività del giudice a quo nel procedimento d'appello

5.1 Introduzione ai problemi

Si è avuto modo di vedere¹⁷³, seppur incidentalmente, che la fase del procedimento d'appello segue un *iter* del tutto peculiare rispetto a quello cui oggi siamo abituati, coinvolgendo non solamente la parte appellante e il giudice *ad quem*, che dovrà pronunciarsi nel merito nel giudizio di seconde cure, ma anche il giudice *a quo*, il quale fornisce una prima valutazione circa la possibilità che tale procedimento segua il proprio corso. In altri termini, benché occorra svolgere alcune considerazioni in rapporto allo svolgimento storico dell'istituto che caratterizza molti aspetti in relazione al tema trattato, facendo emergere alcune differenze di non poca importanza, in una fase, per così dire preliminare, davanti al giudice che ha emesso l'impugnata sentenza, si svolge un esame che investe diversi profili. In primo luogo, sono oggetto di valutazione da parte del giudice *a quo* la forma e i termini per appellare, in secondo luogo, come si è visto, la legittimazione ad appellare e l'idoneità del provvedimento¹⁷⁴ e, da ultimo, viene vagliata la fondatezza dell'appello.

Se, ai fini della ricostruzione dei problemi emergenti dalla prassi giurisprudenziale in tema d'appello, non può prescindersi dal tentativo di ricostruzione del procedimento davanti al giudice *a quo*, in quanto l'importanza di questo non si esaurisce in una semplice successione di regole, per così dire, procedurali, ma si intreccia inevitabilmente ai princìpi, di carattere generale, che

Orestano, cita il passo di Scevola, dopo aver spiegato che la confessione costituisce un'ipotesi esclusione soggettiva della legittimazione ad appellare, affermando: “*Per l'ipotesi del giuramento, vale un principio analogo: ciò è testimoniato, per l'età tardo classica, da un passo di Scevola (D. 49.1.28.1), nel quale si nega l' "auxilium provocationis post iusiurandum"; per l'età giustiniana dai paragrafi 1° e 3 della lunga costituzione 4 del titolo "De rebus crediti set de iureiurando", IV.1.12, emanata nel 529: in essa, infatti, si nega l' "auxilium o il remedium provocationis" a chi abbia prestato giuramento nel corso del giudizio di primo grado.*” Sembra, pertanto, che anche l'autore aderisca all'opinione di Orestano; tuttavia, egli porta, a suffragare la propria (e dell'Orestano) tesi, relativa al fatto che la fonte in esame come esempio del principio che il iusiurandum reso esclude la possibilità di appello, proprio una costituzione del Codex in cui, tuttavia, l'appello è negato proprio alla parte che ha prestato giuramento nel corso del giudizio. In definitiva, pertanto, non si può trarre neppure dalle meditazioni dell'autore più recente alcun elemento che possa sciogliere il problema di giustificare la negazione dell'appello alla parte che non ha prestato giuramento, ma che è stata contumace non producendo i documenti richiesti.

¹⁷³ Cfr. pagg. 113 e ss.

¹⁷⁴ Su cui ci si è intrattenuti diffusamente relativamente al problema del contrasto tra i princìpi, apparentemente contraddittori, dell'invalidità della sentenza emessa nei confronti del soggetto assente e della possibilità di appellare per il soggetto che sia risultato assente per un motivo giustificato.

presiedono ai profili più delicati in tema, come quelli relativi alla legittimazione, all'oggetto dell'impugnazione e alla fondatezza, nel rito e nel merito dell'atto prodotto, occorre tuttavia avvertire che il compito non è facile. Alla naturale difficoltà di ricostruzione degli elementi caratteristici del procedimento, connessa alla eterogeneità delle fonti in materia, si somma, infatti, un problema importante nel far riemergere i frutti di una formazione dell'istituto, in termini diacronici, variamente stratificata.

Appare evidente, infatti, che, ad esempio, il fatto che il giudice che ha emesso sentenza, avverso la quale il soccombente intende proporre l'appello, sia il medesimo che giudichi relativamente al fondamento di tale impugnazione, costituisce una questione di non poco rilievo, presentando una seria di difficoltà, in quanto l'ampia discrezionalità lasciata al giudicante che finisce per effettuare una valutazione sul proprio operato, ha costituito evidentemente una regola che, con il passare del tempo, ha subito diverse trasformazioni, fino a scomparire, restringendo così la possibilità per le parti soccombenti e appellanti di diventare vittime di arbitrii perpetrati ai loro danni in virtù dell'ampia discrezionalità concessa ai giudici remittenti. D'altro canto, occorre tener presente che, quantomeno in una fase iniziale, si pone l'esigenza di contenere, quantitativamente, il numero di appelli proposti avverso le sentenze di primo grado, chiaramente al fine di non appesantire eccessivamente il funzionamento dell'amministrazione della giustizia e far sì che, contemporaneamente, la parte vincitrice non attenda invano unicamente a vantaggio degli scopi dilatori del soccombente. E' quindi naturale che le funzioni del giudice *a quo*, in tale ambito, si siano progressivamente ridotte in modo sempre maggiore fino all'età postclassica, in cui ormai ogni procedimento, purché ritualmente proposto, deve essere esaminato¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Già ai tempi di Costantino viene emanata una costituzione che stabilisce che tutti gli appelli ritualmente proposti e rivolti contro provvedimenti appellabili, sono da ammettere: Cfr. C.Th. 11.30.4: "*Officii cura est, ut omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae solemniter, curet accipere.*"

5.2 Accertamento dei requisiti, del fondamento e relative problematiche

E' bene, dunque, cominciare ad indagare le regole che presiedono allo svolgimento della fase del procedimento nei primi secoli di formazione dell'istituto dell'appello, così come si ritrova nella messe di fonti contenute nel Digesto, per la gran parte del tempo in cui vive Ulpiano sotto la dinastia severiana, per far poi cenno ai futuri mutamenti avvenuti fino all'età giustiniana ove si assiste, come anticipato, ad un regime radicalmente nuovo in materia. Attraverso l'esame delle problematiche attinenti al procedimento d'appello possono essere colti, in uno con queste, numerosi altri problemi connessi all'esercizio del potere politico attraverso i mutamenti costituzionali e all'esercizio della giurisdizione, per così dire, in concreto, ove si affacciano copiose questioni, con un evidente collegamento alle problematiche del mondo contemporaneo, relative alla responsabilità del giudice, all'esercizio dei poteri discrezionali, alla definizione dei gradi di giurisdizione. Ancora una volta, pertanto, può dirsi che l'analisi delle questioni dei principi in tema di *appellatio* costituisce un osservatorio privilegiato per far luce su numerosi profili della storia costituzionale romana e sull'intreccio tra potere politico e ordinamento giuridico, in cui l'ingerenza del primo si fa sempre più pressante con lo svolgersi dei secoli, mediante una regolamentazione minuziosa di molti profili dell'istituto oggetto della presente indagine.

Si è visto che, con la trasformazione del principio del rincoscimento della legittimazione ad appellare in capo all'assente a quello, opposto, che rinosce l'invalidità della sentenza emessa nei confronti di tale soggetto, si assiste, contemporaneamente, anche ad un mutamento di prospettiva dalla quale la problematica in oggetto viene esaminata. Se, infatti, sotto il vigore del primo principio può parlarsi, in via speculare, della mancanza di legittimazione del contumace, sotto il vigore del secondo, si pone un problema di inappellabilità della sentenza. Contemporaneamente si è avuto modo di osservare che le fonti, quando si ritiene di dover rigettare l'appello per le cause ora accennate, fanno uso delle espressioni "*appellatio recipi non potest*" e "*si appellet non esse audiendum*"¹⁷⁶, che –si è detto– assumono una precisa valenza tecnica. Esse si riferiscono, infatti, ad una precisa attività del giudice *a quo*, che, come detto, non si limita, almeno in un primo

¹⁷⁶ Vedi quanto affermato *sub* nt. 157.

momento, ad emettere sentenza di primo grado, ma accerta, attraverso un esame preliminare, l'esistenza dei presupposti atti a far sì che l'appello possa transitare innanzi al giudice *ad quem*. Purtoppo le fonti non attestano in modo preciso ed univoco quali siano le condizioni necessarie ai fini dell'accoglimento dell'appello, fornendoci un'indicazione unicamente in negativo, testimoniando, ancora una volta, il carattere spontaneo ed alluvionale della formazione dell'istituto e, per converso, un potere di ampio apprezzamento da parte del giudicante che, come anticipato, ha determinato con l'evolversi del tempo una trasformazione di tale principio che ben si esponeva a possibili soprusi o, quantomeno, ad una valutazione viziata da pregiudizio in quanto effettuata proprio dal medesimo giudicante che aveva emesso il provvedimento che il soccombente intendeva impugnare. Tra i motivi che possono essere d'impedimento alla procedibilità dell'impugnazione, possono distinguersi requisiti di ordine formale, relativi all'atto in sé considerato e al rispetto dei termini prescritti, e condizioni che attengono, invece, alla legittimazione dell'appellante o all'oggetto dell'appello, che determinano, anch'esse, l'impossibilità di procedere all'accoglimento dell'atto.

Per quanto attiene alla forma dell'appello, che qui in rileva in quanto, chiaramente, il difetto dei relativi requisiti comporta il rigetto dell'impugnazione, occorre far luce sulle fonti che distinguono tra appello proposto oralmente e appello scritto. Per quanto riguarda il primo, basta qui ricordare che le fonti accennano alla possibilità che la volontà di impugnare la sentenza venga espressa semplicemente mediante la parola "*appello*". D'altronde, come giustamente nota la dottrina¹⁷⁷, lo stesso significato del verbo "*appellare*" si ricollega ad un esercizio di tale potere che rimanda chiaramente ad un modo orale.

Sulla scorta delle premesse appena fornite, possono apprezzarsi alcune fonti poste, per esigenze di rigore logico nella trattazione della materia, al principio del libro XLIX, contenute, appunto, nel titolo I.

D. 49.1.2, Macer I, *de app.* [Pal. 1]¹⁷⁸:

¹⁷⁷ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 227.

¹⁷⁸ Cfr. *Idem*, pag. 228; W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [cit.], I, pag. 350, il quale afferma che alla medesima funzione assolve la pronuncia della parola "provoco", benché il giurista si riferisce, evidentemente, all'uso più frequente.

“*Sed si apud acta qui appellaverit, satis erit si dicat “appello”*”.

Anche Marciano attesta, confermando la notizia fornitaci da Macro, che l'appello può avvenire oralmente, introducendo tuttavia un elemento ulteriore, relativo al termine di tale impugnazione che, come si vedrà a breve, costituisce una notizia importante ai fini degli elementi che possono determinare il rifiuto dell'accoglimento dell'*appellatio* da parte del giudice *a quo*.

D. 49.1.5.4, Marcianus I, de app. [Pal. 1]¹⁷⁹:

4: “*Si quis ipso die inter acta voce appellaverit, hoc ei sufficit.*”

Accanto all'enunciazione della possibilità di appellare *voce* che, come si è detto, deve essere stata la forma più risalente di impugnazione, in quanto l'etimologia del verbo induce a ritenere in tal senso, vi è la testimonianza di due ulteriori elementi, rispettivamente racchiusi nelle espressioni “*inter acta*” e “*ipso die*”. Per quanto riguarda la prima, infatti, il giurista si sta riferendo, evidentemente, agli atti di causa, dicendo, in altri termini, che chi non intenda accettare il disposto della sentenza dovrà esprimere la volontà di impugnare oralmente facendone direttamente menzione in detti atti di causa, mediante annotazione nei verbali di udienza. L'espressione “*ipso die*”, invece, ci porta direttamente al problema in esame, in quanto la mancanza del requisito in oggetto determina l'impossibilità ad accogliere l'appello. In altri termini, quindi, chi voglia appellare oralmente, ha l'onere di farlo immediatamente, nello stesso momento in cui viene a conoscenza del dispositivo della sentenza.

Trascorso, quindi, il termine anzidetto, la parte soccombente ha la possibilità di proporre il proprio appello avverso la sentenza che non intende accettare, unicamente mediante un'impugnazione scritta, mediante cioè i cosiddetti *libelli appellatorii*, i quali, evidentemente, contengono anch'essi alcuni requisiti richiesti a pena di improcedibilità, che Ulpiano riporta in un passo tratto dai *libri de appellationibus*.

D. 49.1.1.4, Ulp. I, de app. [Pal. 5]¹⁸⁰:

¹⁷⁹ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 229; W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [cit.], I, pag. 320.

¹⁸⁰ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 232; W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [cit.], I, pag. 325.

4: “*Libelli qui dantur appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellat, et adversus quem et a qua sententia*”.

Il passo in realtà non presenta difficoltà esegetiche particolari, limitandosi a riportare gli elementi necessari richiesti per i cosiddetti *libelli appellatorii*, che sono appunto il nome dell'appellante (“*hoc est qui appellat*”), di colui contro il quale si impugna (“*adversus quem*”) e la sentenza impugnata (“*et a qua sententia*”)¹⁸¹. Chiaramente il difetto di uno di detti requisiti determina l'irricevibilità dell'appello pronunciata da parte del giudice *a quo* nell'alveo dell'indagine circa i presupposti formali. E' interessante, a tal proposito, che Ulpiano, probabilmente con l'intenzione di attenuare la rigidità di tale formulazione, ammetta l'appello anche in difetto dell'indicazione della parte avversaria.

D. 49.1.3.pr., Ulp. I, de app.[Pal. 6]¹⁸²:

pr: “*Scio quaesitum, si quis non addiderit in libellis, contra quem adversarium appellet, an praescriptioni subiciatur: et puto nihil oportere praescribi.*”

Il giurista sembra aderire, con la sua decisione, ad una concezione più sostanziale del problema in esame, in quanto, concretamente, pur in assenza dell'indicazione della parte avversa, la domanda giudiziale appare definita in tutti i suoi aspetti. Se si considera che la ragione dell'onere di rispettare i requisiti in esame risiede nella necessità di poter procedere, chiaramente, all'identificazione del *petitum* e della *causa petendi*, Ulpiano non può che riconoscere, sostanzialmente, che la *ratio* della regola trova comunque soddisfacimento anche stemperandone il rigore dell'indicazione esaustiva di tutti gli elementi descritti. Pertanto, alla luce del passo in esame, può affermarsi che colui che abbia omissso di far menzione del nome della parte contro cui intende proporre appello, non patisce, per ciò solo, alcuna

¹⁸¹ Cfr. anche, in merito a tale ultimo punto, oltre alla bibliografia già citata *sub* nota 180, R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 369; W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [cit.], III, pag. 383 che cita la fonte in esame come esempio di enucleazione di determinati requisiti dell'atto di appello.

¹⁸² Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 369 che, tuttavia, la cita unicamente ai fini di evidenziare un esempio in cui Ulpiano mitiga la rigidità della regola in esame, senza entrare in ulteriori dettagli. Cfr. altresì W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [cit.], III, pag. 384, che aderisce a quanto già detto da Orestano.

conseguenza, non essendo soggetto alla possibilità che gli venga eccepito tale fatto coem ostativo¹⁸³.

Oltre ai cosiddetti difetti di forma, se si vuole indicare una categoria, ai soli fini sistematici, entro cui contenere gli ulteriori presupposti in assenza dei quali l'appello diviene irricevibile, può dirsi che l'inosservanza dei termini costituisce una ragione per la quale il giudice *a quo* non accetta l'*appellatio*. Si sono ampiamente esaminate le questione relative al rispetto del *dies* in relazione agli interessi calati in causa, con la caratteristica bipartizione tra *biduum-triduum*, in merito alle quali occorre far menzione delle difficoltà che nella pratica si verificano, in quanto il giudicante non solo è tenuto a controllare il rispetto di detto termine, ma, ulteriormente, deve operare una valutazione del citato interesse dell'appellante che, chiaramente, costituisce un problema diverso ed ulteriore che si intreccia a doppio filo con i profili della legittimazione ad appellare trattati¹⁸⁴.

Oltre alle ipotesi sin qui trattate relative al difetto di forma e all'inosservanza dei termini, che attengono a vizi di forma dell'atto, vi è poi una serie di cause ulteriori, relative, invece, alla legittimazione ad appellare o all'inappellabilità del provvedimento che il soccombente intende impugnare. Quanto alla prima categoria, qui riportata per esigenze di organicità, si è avuto modo di verificare, da vicino, quali siano le complesse problematiche, che si ripresentano nella fase davanti al giudice *a quo*, come detto, anche nel caso in cui questi sia chiamato a fornire una valutazione circa gli interessi dell'appellante ai fini di stabilire il termine entro cui occorre che egli appelli. Occorre, invece, trattare della diversa questione dell'inappellabilità di taluni provvedimenti, che emerge da svariate fonti e che può avere la propria ragione o nell'oggetto dell'appello o nella natura del provvedimento impugnato. Le fonti riportano, infatti, numerosi casi di sentenze di per sé inappellabili in quanto emesse da particolari giudici o in quanto trattasi di ipotesi particolari di cosiddette

¹⁸³ Così è da intendere, infatti, l'espressione "*an praescriptioni subiciatur: et puto nihil oportere praescribi*".

¹⁸⁴ Occorre segnalare che R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 370, nella trattazione dei problemi in esame, indica il passo ulpiano contenuto in D. 49.4.1.15, qui già esaminato in merito al problema dell'appello dell'assente nei cui confronti è stata comunque emessa sentenza, segnalandolo come eccezione al principio del rispetto dei termini. In realtà, benché l'autore probabilmente si diriga verso tale opzione mosso anche da esigenze, per così dire, dogmatiche, in quanto la sua opera è rivolta agli studenti di un corso universitario, non sembra si possa parlare di vera e propria eccezione, in quanto la regola ivi introdotta da Ulpiano non costituisce eccezione, di per sé, al termine di due o tre giorni consueto, ma interviene unicamente sul *dies a quo* da cui far decorrere tale computo.

interlocutiones, ovvero provvedimenti di carattere particolare contenenti pronunce parziali o ordini giudiziali.

Al di là delle numerose problematiche che tali fonti sollevano e che riguardano il profilo dell'oggetto dell'appello, ai fini che qui occupano è utile ricordare una fonte di Macro, contenuta in D. 49.5.4 che sembra testimoniare l'esistenza della regola del divieto di appellare avverso un provvedimento, definibile oggi come "ordinanza", di natura, cioè, provvisoria, che costituisce una delle ipotesi in presenza delle quali il giudice *a quo*, chiaramente, rifiuterebbe l'accoglimento dell'impugnazione proposta.

D. 49.5.4, Macer I, de app. [Pal. 5]¹⁸⁵:

“Eius, qui ideo causam agere frustratur, quod dicit se libellum principi dedisse et sacrum rescriptum expectare, audiri desiderium prohibetur: et si ob eam causam provocaverit, appellatio eius recipi sacris constitutionibus vetatur.”

Il passo attesta la regola dell'inappellabilità della sentenza interlocutoria, ma ciò che in questa sede va colto è che, evidentemente, l'inosservanza di tale precetto ha come conseguenza il mancato accoglimento, da parte del giudice *a quo*, dell'appello, in quella particolare fase preliminare di cui ci si sta occupando. Tale aspetto, tuttavia, non può esimere dall'affrontare la questione anche da un punto di vista più sostanziale, cercando di chiarire, dopo aver accertato che essa costituisce una ragione che può portare all'inammissibilità dell'appello, i problemi sostanziali sottesi al principio espresso dal giurista.

Il frammento in esame restituisce un affresco di un problema pratico di rilevante importanza e frequenza: si contrappongono, infatti, due opposte esigenze, ciascuna delle quali appare, almeno sul piano astratto, meritevole di tutela. Durante il

¹⁸⁵ Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 267 e ss. e 361, ove lo studioso tratta brevemente il passo in tema di oggetto dell'appello, affermando che in esso è testimoniata l'ipotesi dell'inappellabilità della sentenza interlocutoria, benché probabilmente la ragione di tale soluzione, secondo la sua prospettiva, "non sembra tuttavia dipender tanto, nell'ipotesi fatta, da un divieto generale di appellare in corso di giudizio, quanto specificamente dal motivo addotto (... "si ob eam causam provocaverit"...); W. LITEWSKI, *Die Römische Appellation* [cit.], II, pag. 322, che conferma che il rifiuto di procedere all'accoglimento dell'impugnazione avviene ad opera del giudice *a quo*; U. VINCENTI, *Op. cit.*, pagg. 24 e ss., il quale tuttavia introduce un problema, su cui qui ci sia sofferma dovutamente, in merito alla portata generale o meno della regola dell'inappellabilità delle cd. *interlocutiones*; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, pag.155, il quale conviene che nel caso di specie trattasi di un'impugnazione avverso un provvedimento emesso *ante sententiam*. Cfr. altresì V. ARANGIO RUIZ, *Testi e documenti*, in BIDR, XL-L, 1947, pag. 56.

giudizio si è infatti presentato il caso in cui una parte sostiene di aver consegnato un libello al *princeps* (“*quod dicit se libellum principi dedisse*”) e, in virtù di ciò, ritiene di aver diritto al differimento della trattazione del giudizio, in quanto in attesa del rescritto imperiale giudizio (“*et sacrum rescriptum expectare*”), e, visto che tale istanza non viene accettata (“*audiri desiderium prohibetur*”), tale parte propone appello avverso tale decisione. Il giurista ricorda in tale frangente che, in base a disposizioni imperiali, è fatto divieto di accettare la suddetta impugnazione. Se da un lato il passo rappresenta un’ipotesi in cui si ha un’attestazione di un possibile esempio in cui il giudice *a quo* rifiuta l’*appellatio* proposta durante quell’indagine di tipo preliminare su eventuali ragioni di irricevibilità, d’altro canto non può dirsi, con sicurezza, se tale ipotesi possa considerarsi regola di ordine generale o limitata al caso di specie. Anche la dottrina, infatti, osserva che il motivo del rifiuto potrebbe risiedere “*non tanto in un divieto generale, ma nel motivo addotto*”¹⁸⁶ o, in altri termini più esaustivi, sembrerebbe che l’intento dilatorio degli appellanti abbia indotto gli imperatori ad emanare *sacrae constitutiones* al fine di impedire che l’appello contro le sentenze interlocutorie possa costituire un motivo di dilazione del giudizio e che, quindi, nell’ipotesi generale, sia stato in origine ammesso l’appello *ante sententiam*¹⁸⁷. In effetti, occorre considerare che Macro fa uso dell’espressione “*si ob eam causam*” facendo supporre che, mediante tali parole, egli voglia intendere che la regola da lui enunciata vada riferita al caso di specie caratterizzato cioè dall’intenzione di voler attendere l’esito del rescritto imperiale e non vada intesa, invece, nel senso di considerare il divieto di appello avverso i provvedimenti *ante sententiam* una prescrizione di carattere generale. A ciò va aggiunto, inoltre, che l’argomento addotto da Vincenti appare piuttosto convincente: se, infatti, quanto sin qui è stato espresso può far ben propendere per la considerazione che ci si trovi di fronte ad un precetto di ordine particolare, la circostanza che proprio l’intento

¹⁸⁶ Così R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 268

¹⁸⁷ Così infatti si esprime, nello stesso ordine di idee, U. VINCENTI, *Op. cit.*, pag. 25: “*dal tenore del passo sembra, però, lecito pensare che si trattasse di disposizioni imperiali aventi a oggetto specifico il divieto di appellare “ante sententiam”, probabilmente in relazione a svariate ipotesi [...], nelle quali, forse, ove tipicamente considerate, era facile rintracciare l’intento dilatorio degli appellanti [...]. Ove si accettasse tale ordine di idee, il testo lascerebbe intendere, al di là della fattispecie concreta, che in età dei Severi [...] almeno in un numero limitato di casi era possibile appellare “ante sententiam”: le “sacrae constitutiones”, tuttavia, attesterebbero che si incominciava ad avvertire l’esigenza di eliminare le “appellationes” contro pronunce a carattere interlocutorio, le quali non presentassero un oggetto tale da escludere un intento meramente dilatorio da parte degli appellanti*”.

dilatorio potrebbe aver spinto la Cancelleria Imperiale a restringere l'ambito di appellabilità delle *interlocutiones* è un argomento che appare più che plausibile nella pratica processuale. All'esigenza, di carattere generale, di approntare una tutela maggiore "*contra iniquitatem iudicantium*", rappresentata dall'apertura sempre maggiore della concessione del rimedio impugnatorio, oggetto della presente indagine, si deve essere avvertita in modo piuttosto pressante la tendenza delle parti ad utilizzare l'impugnazione per fini non unicamente attinenti al merito della questione oggetto del giudizio¹⁸⁸.

Sempre nell'ambito del problema riguardante gli appelli *ante sententiam* contro le *interlocutiones*¹⁸⁹ occorre prendere in esame un'ulteriore fonte, anch'essa contenuta nel Digesto e appartenente ad un'opera del giurista Cervidio Scevola, che sembra esprimere un principio diverso rispetto a quello appena esaminato.

D. 49.5.2, Scaevola, *IV reg.* [Pal. 212]¹⁹⁰:

¹⁸⁸ Del resto, l'istanza avanzata dalla parte relativamente alla sospensione del giudizio, in attesa del rescritto, ben si presta, per la sua natura, ad un uso pretestuoso, potendosi formalmente invocare, infatti, che il rescritto potrebbe portare ad una decisione che contrasti contro quella di proseguire il processo. Appare pertanto verosimile, benché non certo, che l'espansione di tale problema di ordine sostanziale abbia portato la Cancelleria Imperiale ad emanare alcune disposizioni, non pervenuteci direttamente, che stabilissero di non accogliere l'appello eventualmente proposto avverso la decisione di non sospendere il processo. Anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [cit.], II, pag. 322 avverte il problema, affermando che con riguardo alla ripetuta constatazione, attraverso le costituzioni imperiali, dell'infondatezza dell'appello proposto sulla base del motivo del rifiuto di sospensione del giudizio, la proposizione di tali "*appellationes*" venne considerata palesemente infondata, avendo come fine unicamente un rallentamento del processo: "*Angesichts mehrfacher Feststellung durch kaiserliche Konstitutionen der Grundlosigkeit der Appellation, die aus dem angeführten Grund eingelegt worden war, wurde ihre Einlegung als augenscheinlich grundlos und pinzi eine Verzögerung der Sache bezweckend behandelt*".

¹⁸⁹ Occorre segnalare che ai problemi che derivano dalla prassi di tale istituto, regolato per larga parte da costituzioni imperiali contenute nel *Codex Iustinianus*, è dedicata l'opera citata di U. VINCENTI, "*Ante sententiam appellari potest*", Padova, 1986, la quale ripercorre la storia dell'appello avverso le decisioni emesse in corso di causa dalle prime testimonianze letterarie in Plinio e nei primi secoli nell'età antoniana, severiana e diocleziana, esaminando lo sviluppo storico delle questioni attraverso un arco diacronico che da tale età attraversa quella costantiniana fino al regime del *Codex Theodosianus* e, da ultimo, *Iustinianus*.

¹⁹⁰ Si vedano, tra i pochi riferimenti bibliografici, R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 267 e ss., ove lo studioso sostiene che l'incipit "*ante sententiam appellari potest*" sembra escludere la possibilità di appellare se non nei casi espressamente previsti dalla fonte; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [cit.], II, pag. 244 ove l'autore si limita ad affermare, con soluzione esattamente contraria a quella di Orestano, che dal passo può dedursi che l'appello contro la sentenza era la regola. Cfr., ancora, U. VINCENTI, *Op. cit.*, pagg. 11 e ss., che ritiene invece, sulla scia di Litewski, di essere in presenza di una regola a carattere generale, "*come tale applicabile sia nei processi ordinari che nei processi straordinari*". In un tempo più risalente, già T. SHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten*, II, in ZSS, XII, 1892, pagg. 17 e ss. si era espresso, tuttavia, per l'interpolazione del testo, sulla scorta della considerazione che non fosse possibile ipotizzare l'inammissibilità dell'appello proposto avverso un'interlocutoria nel sistema formulare. Da ultimo F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 33, che

“Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit, vel in criminali, si contra leges hoc faciat.”

Il passo tratta di un caso relativo alla possibilità di impugnazione di un provvedimento del giudice che abbia disposto un mezzo istruttorio di tortura nei confronti di una parte nel giudizio civile o fuori dei casi previsti (*“contra leges”*) in un giudizio criminale. La questione che si pone con un maggior grado di problematicità è quella relativa, come si è detto menzionando la relativa bibliografia, al valore da attribuire alla portata della regola menzionata. L’espressione *“ante sententiam appellari potest”* può essere infatti letta come una statuizione di carattere generale o, al contrario, come un’ipotesi particolare da ricondursi ai casi introdotti dal giurista, in cui, evidentemente, emerge l’esigenza, per la delicatezza degli interessi coinvolti che ineriscono alla libertà e all’incolumità fisica di una delle parti, di dar corso all’appello proposto contro il provvedimento istruttorio. Tra le distinte ipotesi avanzate dalla dottrina¹⁹¹, sembra che non possa giungersi, in assenza di ulteriori elementi che conferiscano maggiore certezza, ad una soluzione definitiva. Purtuttavia, l’esordio di Scevola mediante l’affermazione della regola suindicata non pare che debba essere interpretato come un’ipotesi di carattere generale. Il giurista si affretta, infatti, a stabilire fin da subito i casi in cui l’appello è ammesso e, se tale locuzione stesse ad indicare un precetto generalmente valido non si capirebbe il valore della subordinata introdotta dalla congiunzione *“si”* che, evidentemente, al contrario, è indice del fatto che la possibilità di appello avverso un provvedimento di carattere generale non è ipotesi ordinaria¹⁹².

cita unicamente la fonte descrivendola come un caso di accoglimento dell’appello in presenza di una *“decisione del tutto abnorme, quella di applicare la tortura “in civili negotio” o anche “in criminali, si contra leges”*”.

¹⁹¹ In merito alle quali vedansi le considerazioni *sub nota* 190.

¹⁹² E’ interessante notare che U. VINCENTI, *Op et loc. ultt. citt.*, che propende invece per l’operatività generale della regola in parola, introduce un argomento che sembra suffragare la propria tesi, quando afferma che, in realtà, la parola *“quaestio”* non indica automaticamente, a rigore, la tortura, ma annovera, come primo significato, quello di *“interrogatorio”*, potendo far intendere, quindi, che se nella fonte in esame Scevola allude all’interrogatorio, allora le esigenze di ammissibilità dell’appello – che fanno propendere, assieme agli altri indizi, per il carattere speciale della regola in parola – verrebbero meno. Purtuttavia, l’autore, dopo aver richiamato tale ipotesi di significato, aggiungendo addirittura che il termine in questione non indicherebbe *“l’interrogatorio condotto per mezzo della tortura (che propriamente si designa con l’espressione quaestio per tormenta)”*, torna però a ragionare nuovamente sul contenuto della fonte, ammettendo che qui Scevola si sta riferendo alla tortura come mezzo istruttorio.

Trattato il problema dell'inappellabilità del provvedimento in ragione della sua natura, relativamente cioè alle *interlocutiones*, è bene dar conto di ulteriori ipotesi in cui l'*appellatio* non viene accolta in ragione del suo oggetto o del valore della causa, che costituiscono così le ulteriori ipotesi della citata inammissibilità, prima di verificare da vicino le questioni inerenti all'accertamento preliminare del fondamento dell'impugnazione, che, come si è visto nell'introduzione, costituisce un problema ancor più spinoso in quanto introduce una valutazione non unicamente su profili di legittimità, ma su elementi attinenti al merito del gravame.

D. 49.1.10.1, Ulp. VIII disp. [Pal. 162]:

1. “*Si quis, cum una actione ageretur, quae plures species in se habeat, pluribus summis sit condemnatus, quarum singulae notionem principis non faciunt, omnes autem coniunctae faciunt: poterit ad principem appellare.*”

Dal passo in esame¹⁹³ sembra potersi desumere, in effetti, che per cause di un determinato valore non si possa adire il *princeps*, escludendo così, di fatto, la possibilità di appello. Il caso appare chiaro: il soccombente è stato evidentemente condannato, con diversi capi, al pagamento di una pluralità di somme che, congiunte, gli fornirebbero la possibilità di adire la Cancelleria Imperiale per appellare tale sentenza. Ci si chiede se egli possa, pur in presenza di tale frammentazione, proporre il proprio gravame, atteso che la somma delle condanne farebbero rientrare la causa nella competenza del *princeps* (“*quarum singulae notionem principis non faciunt, omnes autem coniunctae faciunt*”). L'espressione “*notionem principis*” non può, del resto, lasciar adito ad alcun dubbio circa il fatto che il giurista si sta riferendo, in effetti, alla competenza dell'imperatore che, per così dire, “rivive” nel caso in cui il soggetto che intenda appellare sia stato condannato al pagamento di una molteplicità di somme che, nel complesso, afferiscono alla *notio* del *princeps*.

¹⁹³ Su cui vedansi R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 371, che unicamente afferma che da esso può trarsi la regola per cui alcune sentenze sarebbero inappellabili per valore. F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 322 che la cita unicamente al fine di portare un esempio di sentenza inappellabile per l'esiguità del valore, dando così per implicita l'esistenza di tale precetto che si ricaverebbe –occorre supporre, in assenza di indicazione dell'autore- dal tenore letterale del testo in esame. Ancora vedasi, A. STAFFHORST, *Vorsatztat und Vergleichsverhalten-Gedanken zu Scaev. D.50.9.6*, in ZSS (123), 2006, pagg. 325 nt. 64 ove l'autore cita il passo in esame come esempio in cui Ulpiano allude ad una limitazione dell'appello in base al valore della causa: “[...]spielt doch Ulpian in einem Digestenfragment auf die streitwertabhängige Appellationsbeschränkung an, Ulp. 8 disp. D.49.1.10.1: [...]”.

E' del giurista Paolo, invece, una testimonianza relativa all'inappellabilità di una sentenza relativamente all'oggetto di questa, che fa sì che il giudice *a quo* si trovi costretto a non dar corso all'impugnazione proposta.

D. 49.5.7.pr., Paulus l.s. de app. [Pal. 25]:

pr.: “*Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellare, velut ne testamentum aperiatur (ut divus Hadrianus constituit), ne frumentum in usum militum, in annonae subsidia contrahatur, neve scriptus heres in possessionem inducatur.*”

La fonte è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina¹⁹⁴ in quanto costituisce un esempio emblematico di divieto di appello dovuto all'oggetto, costituito, nell'esemplificazione paolina, dall'ordine di apertura delle tavole testamentarie, dall'immissione dell'*heres scriptus* nel possesso dei beni ereditari o da quello posto affinché il sussidio dell'annona non venga riunito con quello destinato al sussidio annonario. In sostanza, il divieto di appello trova nella fonte in esame una ragione nella natura stessa della *res*, poiché emerge l'esigenza di garantire altri interessi di tipo poziore, quali sono, ad esempio, la conservazione delle tavole testamentarie.

Accanto ai presupposti sin qui indicati e relativi, cioè, ai requisiti che, con terminologia moderna, si sono definite ragioni di improcedibilità, in quanto attinenti a princìpi di carattere casistico, rimessi, è probabile, dapprima al libero apprezzamento del giudice e poi tramutatisi in regole consolidate, benché comunque non appartenenti a categorie sistematiche, occorre ora trattare, invece, dell'accertamento che lo stesso giudice *a quo* compie relativamente non ai presupposti sin qui visti, ma al fondamento dell'impugnazione. Come anticipato, trattasi di aspetti alquanto problematici, in quanto se già sin qui si è avuto modo di verificare che il giudice dispone di un ampio potere di libero apprezzamento relativamente ai requisiti di ammissibilità, la sua valutazione circa il fondamento dell'*appellatio* coinvolge un giudizio ancora maggiormente esposto, quantomeno in

¹⁹⁴ Cfr. F. PERGAMI, *Op. cit.*, pag. 392, la cita come esempio di inappellabilità della sentenza a cagione del suo oggetto, senza addentrarsi in alcun problema testuale, né fornire indicazione ulteriore alcuna. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 287-288, riporta la fonte paolina come testimonianza di inappellabilità in quanto le *res* oggetto di attenzione del giurista non tollererebbero alcuna dilazione del giudizio, costituendo, pertanto, un esempio di divieto in ragione dell'oggetto.

via potenziale, ad arbitrii del giudicante che, si ricordi, è lo stesso che ha emesso la sentenza che il soccombente intende impugnare. Occorre verificare, infatti, quali siano i casi in cui tale giudice può addentrarsi nell'esame del fondamento dell'appello, stabilendo così la diversità delle sue funzioni rispetto al giudice *ad quem*, che deve comunque riesaminare nel merito, in fatto ed in diritto, quanto è stato oggetto di giudizio durante il giudizio di prime cure. Tracciate tali differenze, è bene dar conto dei problemi emergenti dalla prassi relativamente a tale tipo di esame che coinvolge numerosi aspetti relativi ai motivi dell'impugnazione, in cui, chiaramente, la questione che emerge con maggiore delicatezza appare quella relativa a tenere distinte le ipotesi di riesame nel merito che compete al giudice d'appello e quelle attinenti, al contrario, alla valutazione preliminare di compito del giudice remittente.

In realtà, nel Digesto, si dispone, relativamente al tema in esame, di un'unica fonte ulpiana, che riporta un caso da cui, in negativo, può dedursi la necessità che l'appello contenga almeno un motivo di gravame che lo renda suscettibile di accoglimento.

D. 49.1.13.1 Ulp. II, resp. [Pal. 2418]:

“Non solere improbari appellationem eorum, qui vel unam causam appellandi probabilem habuerunt.”

Un primo problema che si pone in relazione al passo¹⁹⁵ in oggetto è quello di stabilire se il caso riferito da Ulpiano sia da ascrivere all'attività del giudice *ad quem* o a quella di quello *a quo*. Il contenuto della fonte, ad un'attenta lettura, sembra tuttavia far propendere per la seconda soluzione, in quanto una valutazione negativa,

¹⁹⁵ La letteratura intorno al passo non è copiosa: R. ORESTANO, *Op. cit.*, pag. 372; F. PERGAMI, *Op. cit.*, pagg. 67 nt. 36 e 392, ove, in disaccordo con Orestano, ritiene di non condividere la tesi secondo cui il giudice a quo ha il potere di non dar corso all'appello manifestamente privo di fondamento, in quanto tale ordine di idee sarebbe suffragato, nel Digesto, unicamente dalla fonte in esame a cui si opporrebbero, tuttavia, diverse costituzioni imperiali di segno contrario. Occorre avvertire che, tuttavia, è lo stesso Orestano ad affermare che i poteri del giudice *a quo* andranno, con il trascorrere dei secoli, progressivamente a mitigarsi, per far posto poi alle diverse regole, in tema, dettate in età postclassica e, infine, giustiniana (Cfr. R. ORESTANO, *Op. cit.*, pagg. 364 e ss.). Non sembra, pertanto, che la messe di fonti che attesta l'operatività di principi diversi in età posteriore a quella oggetto della presente trattazione, infici la validità del ragionamento dell'Orestano, benché certamente, -qui ha ragione Pergami- la scarsità quantitativa delle fonti non permette di ragionare mai in termini di verità definitive. Occorre segnalare, infine, che U. VINCENTI, *Op. cit.*, pag. 40 nt. 30, trattando incidentalmente il contenuto della fonte in esame, sembra aderire all'opinione dell'Orestano, affermando che “[...] in età severiana, nella quale sembrerebbe che il giudice a quo non potesse dar corso ad appelli che non avessero unam causam appellandi probabilem”.

da parte del giudice di secondo grado, in ordine ad un motivo di gravame, non avrebbe avuto bisogno di alcun intervento da parte del giurista, risultando superflua, in quanto inerente alle funzioni usualmente attribuitegli. Se sembra potersi affermare, dunque, che il caso trattato dalla fonte sia attribuibile all'attività del giudice remittente, occorre indagare sul significato delle statuizione ulpiana. In realtà Orestano vede, nel caso di specie, un'ipotesi da cui "*consegue che doveva essere in facoltà del giudice a quo il non recipere appellationem, quando a suo giudizio nessuna delle causae appellandi gli apparisse probabilis*"¹⁹⁶. Benché non si disponga di ulteriori elementi, alla luce dell'analisi dei dati testuali e del ruolo del giudice *a quo* che evidentemente può subire, in virtù della sua posizione di medesimo giudice che ha emesso sentenza e che presiede alla fase prodromica del procedimento di appello, pare che l'esigenza di enucleare il principio espresso da Ulpiano non derivi tanto da quella di conferirgli una facoltà quanto piuttosto, al contrario, da quella di limitare un potere che egli già detiene. In tale senso pare vada inteso il principio in esame, cioè come un tentativo di stabilire un limite all'esercizio della discrezionalità in presenza di un motivo di gravame che, *prima facie*, appaia suscettibile di rendere l'appello atto a trovare accoglimento presso il giudice *ad quem*.

¹⁹⁶ R. ORESTANO, *Op. et loc. ultt. citt.*

BIBLIOGRAFIA

- AAVV., s.v. *Iniquitas*, in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Tomo III/2, Berlin- New York, 1983 28
- ALBERTARIO E., *Contributi alla critica del Digesto*, Pavia, 1911 70
- AMELOTTI M., *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958..... 93
- ANKUM H., *Der Verkäufer als cognitior und als procurator in rem suam im römischen Eviktionprozess der klassischen Zeit*, in *Mandatum und Verwandtes*, Berlin, 1993, pagg. 285-306 82
- ANKUM H., *Pap. D.20.1.3.pr.: "res iudicata" and full and bonitary ownership*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid, 1988..... 134
- ARANGIO RUIZ V., *Testi e documenti*, in *BIDR*, XL-L, 1947 159
- ARCARIA F., *Recensione critica a Peachin*, *Iudex vice Caesaris. Deputy emperors and the administration of Justice during the Principate* [Heidelberger althistorische Beiträge und epigraphische Studien, 21] Stuttgart, 1996, in *IURA*, XLVI, 1995 27
- ARU L., *Il processo civile contumaciale*, Roma, 1971 114; 119; 121; 124
- ATKINSON K.T.M., *Rome and the Rodian Sea-Law*, in *IURA*, Vol. XXV, 1974..... 27
- BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983 35
- BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, Milano, 1998..... 114; 122; 124; 134; 135; 136
- BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV Heft, Tübingen, 1920 32
- BETTI E., *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922 79; 80; 81; 83; 85; 86; 87; 88; 89; 91; 92; 93; 95; 96; 100
- BIONDI B., *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930 79
- BISCARDI A., *La capacità processuale dello schiavo*, in *Labeo*, 21, 1975 97
- BLEICKEN J., *Zum Regierungstil des römischen Kaisers*, Wiesbaden, 1982 42
- BONIFACIO F., *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi De Francisci*, 4, Napoli, 1956..... 88
- BONIFACIO F., s.v. *Contumacia (diritto romano)*, in *Noviss. Digesto Italiano*..... 114

BIBLIOGRAFIA

- BONIFACIO F., *Studi sul processo formulare romano. I. Translati Iudicii*, Napoli, 195687
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana, I-II*, Milano, 1973.....93; 117
- BUTI I., *Studi sulla capacità patrimoniale dei "servi"*, Napoli, 1976.....97
- BUZZACCHI C., *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996135
- CENDERELLI A., *Il remedium menzionato in Cons. 5,6 e gli effetti della plurispetitio in danno di minori*, in Studi in Onore di Giuseppe Grosso, Vol. II, Torino, 196827
- CERVENCA G., *Osservazioni sulla restituito litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in IURA, XII, 1961 114
- CHIAZZESE L., *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958..... 114
- CORTESE E., s.v. *Contumacia*, in Enciclopedia del Diritto, X, Milano, 1962 114
- COSTA E., s.v. *Contumacia civile*, in Nuovo digesto Italiano, IV, Torino, 1938114
- DEMICHELI A.M., *La relatio-consultatio nel regime delle impugnazioni*, in Atti dell'Accademia constantiniana, XIV, 200335; 38
- DI LELLA L., *Querela inofficiosi testamenti. Contributi allo studio della successione necessaria*, in Pubbl. Univ. Napoli, 123, Napoli, 197291; 100
- DONATUTI G., *Le causae delle conditiones*, in Studi Parmensi, 195191
- DOVERE E., *Rec. a F. PERGAMI, L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, in SDHI (67), 2001.....42
- ERMANN J., *Ius gladii*, in ZSS, (118), 2001 12
- FANIZZA L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, in Studia Juridica, 85, Roma, 1992.....70; 124
- FILOMUSI GUELFI F., *Il processo contumaciale nel diritto romano*, Napoli, 1873...114
- FRESE B., *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in Studi Bonfante, IV98
- FUENTESECA C., *Investigaciones de derecho procesal romano*, In Studia Iuris Romani Salmanticensia, Vol. I.....72
- GIMENEZ-CANDELA T., *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990..... 117
- GIOMARO A.M., *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in Atti del Convegno. Processo civile e processo penale

BIBLIOGRAFIA

- nell'esperienza giuridica del mondo antico, Collana della Rivista di diritto romano, disponibile anche all'indirizzo www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/attipontignanogiomaro.pdf..... 29
- HARTER-UIBOPUU K., *Anlassverfahren für Appellationen an Mark Aurel*, in ZSS (125), 2008..... 16
- HELLWIG H., *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testament des klassischen römischen Rechtes*, Frankfurt am Mein, 1968 91
- IMPALLOMENI G., *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova, 1963 91
- KASER M.-HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht*, II ed., München, 1996 35
- KRÜGER P., *Das sommati conoscere und das klassische Recht*, in ZSS, XLV, 1925 114
- LANZA C., *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di "diritto classico"*, in BIDR, 90, 1987 117
- LEVY E.-RABEL E., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, Böhlau, 1929-35..... 36; 98
- LIEBS D., *Römische Jurisprudenz in Africa, mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, II Ausgabe, 2005 12
- LITEWSKI W., *Rec. a A. BELLODI ANSALONI, Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, in ZSS (119), 2002..... 115
- LITEWSKI, *Die Römische Appellation in Zivilsachen*, I, in Rida 12, 1965; II, in Rida 13, 1966; III, in Rida 14, 1967; IV, in Rida 15, 1968 ...10; 16; 21; 34; 38; 39; 42; 46; 49; 51; 52; 53; 56; 57; 72; 79; 80; 82; 91; 93; 94; 97; 100; 102; 114; 117; 119; 121; 124; 155; 156; 157; 157; 159; 161; 161
- LITEWSKI W., *Consultatio ante sententiam*, in ZSS, Vol. LXXVI, 1969 35
- LOBO DA COSTA, *Origem romana de assistencia*, in Rev. Faculdade Direito Sao Paulo, 59, 1964 80; 93
- MARRONE M., *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, 1960 81
- MARRONE M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955 57; 58; 81; 91

BIBLIOGRAFIA

- MARTINI R., *Intorno al cosiddetto “appello dell’assente”*, in Arch. Giur., 61, 1961
117; 119; 121; 124; 131; 142
- MAYER-MALY TH., *Collusio in Zivilprozess*, in ZSS, 71, 1954 80; 93; 100
- MILLAR F., *The emperor in the Roman World*, London, 197735
- OMERZU H., *Der Prozeß des Paulus. Eine exegetische und rechtshistorische
 Untersuchung der Apostelgeschichte*, Berlin, 2002148
- ORESTANO R., *L’appello civile in diritto romano*, Torino, 1953.....9; 16; 17; 18;
 20; 21; 27; 37; 39; 42; 43; 46; 49; 50; 51; 53; 54; 56; 57; 58; 62; 66; 69; 70; 71; 75;
 80; 81; 83; 87; 89; 91; 92; 93; 97; 98; 99; 100; 102; 107; 113; 121; 124; 129; 133;
 136; 138; 144; 146; 148; 149; 155; 156; 157; 158; 159; 160; 161; 163; 164; 165; 166
- PADOA SCHIOPPA A., *Ricerche sull’appello nel diritto intermedio, II, I Glossatori
 civilisti*, Milano, 1970
- PALAZZOLO N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C*, Milano,
 197434
- PALERMO A., *Studi sull’exceptio nel diritto classico*, Milano, 1956.....81
- PERGAMI F., *L’appello nella legislazione del tardo impero*, MILANO, 2000.. 10; 42; 46;
 79; 80; 82; 89; 97; 121; 124; 149; 151; 161; 163; 164; 165
- PETOT P., *Le défaut in iudicio dans la procédure ordinaire romaine*, Parigi, 1912 114
- PUGLIESE G., *Il processo civile romano, II, Il processo formulare*, Milano, 1963
49;97
- PUGLIESE G., *La “cognitio extra ordinem” e l’efficacia del giudicato*, in Studi in
 onore di Biondo Biondi, II, Milano, 196582
- PUGLIESE G., *La cognitio e la formazione di principi teorici sull’efficacia di
 giudicato*, in Studi Biondi, 2, Milano, 196581
- RAGGI L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano, I*, Milano, 1961 ...159
- REGGI R., *Liber homo bona fide serviens*, Milano, 1958108
- RISPOLI A., *Il processo civile contumaciale*, Milano, 1911.....114
- SCAPINI N., *Il “ius novorum” nell’appello civile romano*, in Studi Parmensi, 21,
 197873; 79
- SCAPINI N., *Principio del “doppio grado di giurisdizione” e inappellabilità di alcune
 sentenze nel diritto giustiniano*, in Studi in onore di Cesare Sanfilippo, V, Milano,
 1984124

BIBLIOGRAFIA

- SCARLATA FAZIO M., *Principi vecchi e nuovi di diritto nell'attività giurisdizionale dei Divi Fratres*, Catania, 1939 70; 75
- SEMERANO G., s.v. *Contumax*, in *Le origini della cultura europea. II. Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee. Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 1994 125
- SHIRMER T., *Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten*, II, in ZSS, XII, 1892 161
- SIBER H., *Präjudizialität feststellender Zwischenurteile*, in ZSS, 65, 1947.80; 81; 100
- SIMON D., *Summatim conoscere. Zwölf Exegesen*, in ZSS, 83, 1966..... 124
- SOLAZZI S., *L'editto qui absens iudicio defensus non fuerit*, in *Studi Simoncelli*, Napoli, 1917..... 114
- SOTTY R., *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977..... 87; 91
- STAFFHORST A., *Vorsatztat und Vergleichsverhalten-Gedanken zu Scaev. D.50.9.6*, in ZSS (123), 2006..... 163
- STARACE P., *D.40.7.29.1: l'interpretazione di Aristone*, in *Labeo*, 46, 2000..... 134
- STEINWENTER T., *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914. 114
- VALINO E., *Actiones utiles*, Pamplona, 1974 88
- VINCENTI U., *“Ante sententiam appellari potest”*, Padova, 1986. 35; 36; 159; 160; 161; 162; 165
- VOCI P., *Diritto ereditario romano. Vol. II*, MILANO, 1963 91
- VOCI P., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero, I*, In *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982 35
- W. LITEWSKI..... 156
- W. LITEWSKI, *Die römische Appellation* [op. cit.], III..... 51
- WACKE A., *Audiatur et altera pars*, in *Ars boni et aequi, Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, 1993 117
- WACKE A., *Ein Siegespreis auf fremden Pferden*, in ZSS (119), 2008 52
- WALDE A.-HOFFMANN J.B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1965 (rist.)..... 125
- WANKERL V., *Appello ad principem. Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München, 2009..... 10

BIBLIOGRAFIA

- WOLF J.G., *Das Stigma ignominia*, in ZSS (126), 2009.....70
- WOLODKIEWICZ W., *I brocardi latini nella pratica giudiziaria polacca. A proposito delle iscrizioni latine sul nuovo Palazzo di Giustizia*, in Rivista internazionale di diritto romano ed antico, IURA, Vol. XLVII, 199627

INDICE DELLE FONTI

CI. 7.43.7	142
CI.7.43.3	139
CI.7.65.1	127
D. 2.12.1.1.....	119
D. 3.3.28.....	87
D. 3.3.61.....	87
D. 5.1.73.3.....	124; 127; 137
D. 5.2.8.16.....	91
D. 5.2.29.pr.	92
D. 9.2.8.1.....	31
D. 17.1.8.8.....	44
D. 17.2.79.....	30
D. 42.1.47.....	131; 135
D. 42.1.56.....	149; 151
D. 42.1.60.....	117; 123; 128; 129; 130; 135
D. 42.1.63.....	82; 84; 95
D. 48.10.7.....	107; 108; 109; 110
D. 49.1.1.1.....	V; 34; 35; 41
D. 49.1.1.4.....	156
D. 49.1.1.pr.	11; 27
D. 49.1.2.....	155
D. 49.1.4.5.....	65
D. 49.1.10.1.....	163
D. 49.1.10.4.....	58
D. 49.1.13.1.....	165
D. 49.1.14.pr.	94
D. 49.1.14.1.....	134; 137; 144
D. 49.1.15.....	97; 98; 101; 102
D. 49.1.18.....	75
D. 49.1.20.1.....	52
D. 49.1.23.3.....	135; 136; 137
D. 49.1.28.pr.	99; 101; 102; 104; 107; 108; 109; 110
D. 49.1.28.1.....	149; 150; 152
D. 49.1.28.2.....	72
D. 49.1.3.pr.	157
D. 49.1.3.2.....	57
D. 49.1.3.3.....	72; 73
D. 49.1.4.2.....	46; 80; 88
D. 49.1.4.3.....	42; 89
D. 49.1.5.pr.	79; 90
D. 49.1.5.1.....	93; 100; 103; 104; 106; 107; 109
D. 49.1.5.4.....	55; 156
D. 49.1.8.....	13
D. 49.2.1.3.....	148
D. 49.4.1.5.....	56
D. 49.4.1.11.....	51

INDICE DELLE FONTI

D. 49.4.1.12	52; 54
D. 49.4.1.15	121; 129; 132; 135; 143; 158
D. 49.4.2.pr.	53; 61; 62
D. 49.4.2.1	46; 49; 66; 68; 78; 80
D. 49.4.2.3	64
D. 49.4.3	38
D. 49.5.1.pr.	47; 63
D. 49.5.2	161
D. 49.5.4	159
D. 49.5.5	14; 17; 18
D. 49.5.6	21
D. 49.5.7.pr.	164
D. 49.6.1	15
D. 49.7.1.pr.	20
D. 49.9.1	70; 73; 74; 75
D. 49.9.2	74
D. 49.13.1.pr.	29; 71
D. 50.16.106	15
Gai IV, <i>Inst.</i> 82	51
Gai. IV, <i>Inst.</i> 86-87	49
Paul. Sent., V.5a.5	144
Paul. Sent., V.5a.6a	145