

INTRODUZIONE

Il processo di appello è una tipica creazione dell'età imperiale, che nasce e si sviluppa interamente nell'ambito della *cognitio extra ordinem* presupponendo una situazione costituzionale, un'organizzazione gerarchica e forme di procedura che in Roma cominciarono a delinearci in età augustea.

Esso appare ad un tempo conseguenza e manifestazione tra le più tipiche delle trasformazioni che hanno interessato la struttura e la concezione stessa dello Stato romano, così come dei mutamenti nella posizione degli individui innanzi agli organi deputati all'amministrazione della giustizia ed all'attuazione del diritto.

In ragione dunque della grande importanza rivestita dall'appello nella storia dei sistemi processuali romani, è di tutta evidenza come lo studio anche solo di singoli e specifici aspetti dell'istituto, che contribuisca a ricostruirne la storia e la disciplina generale, possa essere foriero di preziosi spunti di riflessione, spesso utili anche per comprendere dinamiche e problematiche ancora straordinariamente attuali.

Pur senza tralasciare la letteratura più antica¹, la prima orga-

¹ M.V. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, III, Bonn, 1866, pp. 325 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Berlin, 1877, pp. 978 ss.; ID., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pp. 468 ss.; HUMBERT, *Appellatio*, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, I/1, Paris, 1877, pp. 329-330; M. FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, Paris, 1881, pp. 52 ss.; F.L. KELLER, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*. 6 Auflage bearbeitet von A. Wach, Leipzig, 1883, pp. 418 ss. (trad. it., *Il processo*

nica trattazione del tema dell'appello civile in diritto romano si deve a Riccardo Orestano², il cui denso corso di lezioni si pone come fondamentale punto di riferimento per chiunque voglia condurre una ricerca sull'*appellatio*.

La monografia del Litewski, apparsa tra il 1965 ed il 1968 nel-

civile romano e le azioni, Napoli, 1872, pp. 298 ss.); J. MERKEL, *Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts*, II, Über die Geschichte der klassischen Appellation, Halle, 1883, pp. 338 ss.; A. PERNICE, *Der 'ordo iudiciorum' und die 'extraordinaria cognitio'*, in *Festgabe Karl Beseler*, Berlin, 1885, pp. 49 ss. (trad. it., *L'ordo iudiciorum' e la 'cognitio extra ordinem'*, in *AG*, 36, 1886, pp. 116 ss.); F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, Pisa, 1886, pp. 361 ss.; O.E. HARTMANN-UBBELOHDE, *Der 'ordo iudiciorum' und die 'iudicia extraordinaria' der Römer*, I: Über die römische Gerichtsverfassung, Göttingen, 1886, pp. 525 ss.; M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, Leipzig, 1888, pp. 218 ss.; C. LÉCRIVAIN, *L'appel des juges-jurés au Haut Empire*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome*, 8, 1888; ID., *Provocatio*, in DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire*, cit., IV/1, pp. 731 ss.; F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Reiburg, 1889, pp. 181 ss.; V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1894, pp. 384 ss.; T. KIPP, *Appellatio*, in *PWRE*, II/1, 1895, pp. 194 ss.; E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*, Paris, 1907, pp. 151 ss.; BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Serie seconda. Il processo civile*, III, Torino, 1915, pp. 197 ss.; E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, pp. 178 ss.; A. GUARNERI CITATI, *'Exceptio ommissa initio-in integrum restitutio-appellatio'* (C.I. VII, 50, 2), in *Studi in onore di Silvio Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 247 ss.; L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrecht*, München, 1925, pp. 296 ss. (trad. it., *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano, 1938, pp. 305 ss.); G. RIDOLFI, *Appello civile*, in *DI*, III/2, Torino, 1926, pp. 380 ss.; C. FADDA, *Appello penale (romano)*, in *DI*, IV/1, Torino, 1927, pp. 5 ss.; M. LAURIA, *Sull'appellatio*, in *AG*, 97, 1927, pp. 3 ss.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, IV, Milano, 1930, pp. 31 ss.; A. GIFFARD, *Leçons sur la procédure civile romaine*, Paris, 1932, pp. 180 ss.; C. SANFILIPPO, *Contributi esegetici alla storia dell'appellatio. I. Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare dell'impero*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 8, 1934, pp. 315 ss.; E. BALOGH, *Randbemerkungen zur Frage der Appellation*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II, Palermo, 1936, pp. 495 ss.; R. DÜLL, *Zur Frage der Provokation im römischen Zivilprozess*, in *ZSS*, 56, 1936, pp. 1 ss.; H. SIBER, *Provocatio*, in *ZSS*, 62, 1942, pp. 376 ss.

²R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953². Del medesimo autore si vedano anche le voci enciclopediche *Appello* (Diritto romano), in *NNDI*, I/1, Torino, 1957, pp. 723 ss.; *Appello* (Diritto romano), in *ED*, II, Milano, 1958, pp. 708 ss.

la *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*³, ed il lavoro di Federico Pergami dedicato all'appello nella legislazione del tardo impero⁴ rappresentano poi, anche per la grande quantità di fonti considerate, gli studi recenti più completi sulle impugnazioni civili nel diritto romano.

La presente indagine è circoscritta ad un ambito più ristretto rispetto ad opere così vaste, quello della fase del procedimento di appello che si svolgeva innanzi al *iudex a quo*, lo stesso giudice cioè che aveva pronunciato la sentenza impugnata.

Tale aspetto, pur esaminato incidentalmente da alcuni lavori monografici di portata generale, mi pare non abbia mai costituito oggetto di un apposito studio rivolto ad affrontarlo in maniera adeguatamente approfondita e capillare⁵.

In questa sede l'attenzione verrà dunque posta sul ruolo effettivamente ricoperto dal *iudex a quo* ed in specie sui compiti affidatigli, cercando nel contempo di tratteggiare gli esatti contorni dei limiti del suo potere.

Al fine di ricostruire il peculiare intreccio che connota il diritto processuale romano tra giudizio di primo grado e giudizio d'appello, si cercheranno di mettere in luce tutti i passaggi da compiersi sotto la direzione del giudice *a quo* necessari a rendere possibile l'ulteriore svolgimento del procedimento davanti al giudice *ad quem*.

³ W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, I, in *RIDA*, 12, 1965, pp. 347 ss.; ID., *Die römische Appellation in Zivilsachen* II, in *RIDA*, 13, 1966, pp. 231 ss.; ID., *Die römische Appellation in Zivilsachen* III, in *RIDA*, 14, 1967, pp. 301 ss.; ID., *Die römische Appellation in Zivilsachen* IV, in *RIDA*, 15, 1968, pp. 143 ss.

⁴ F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000.

⁵ Limitatamente all'aspetto relativo agli atti da compiere dal giudice di primo grado, una volta recepito l'appello, per rendere possibile l'ulteriore svolgimento del procedimento innanzi al giudice *ad quem*, si veda F. ARCARIA, «*Litterae dimissoriae sive apostoli*». Contributo allo studio del procedimento d'appello in diritto romano, in *LR*, 1, 2012, pp. 127 ss.

In particolare, com'è noto, il giudice di primo grado era chiamato a decidere se recepire o meno l'impugnazione: tale determinazione passava senza dubbio dal preliminare accertamento circa l'assenza di ragioni di improcedibilità; contro l'eventuale diniego, l'appellante aveva facoltà di rivolgersi al giudice *ad quem*, il quale poteva confermare la decisione e dare dunque corso all'esecuzione della sentenza oppure accogliere l'istanza di parte e procedere all'esame del merito della questione.

Tuttavia, secondo la dottrina dominante, radicata essenzialmente sulla scorta dell'opinione dell'Orestano, il giudice *a quo* sarebbe stato investito, almeno fino all'inizio del quarto secolo d.C., di un ulteriore e penetrante potere, quello di bloccare il corso dell'appello qualora egli lo avesse ritenuto manifestamente privo di qualsivoglia fondamento, garantendo in tal modo un più efficace funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

Con questa ricerca, svolta sulla base di testimonianze testuali – fonti giuridiche, letterarie e fondamentali documenti della prassi – esaminate in progressione cronologica, si cercherà di sottoporre a vaglio critico la *communis opinio*, mostrando come sia ipotizzabile uno scenario alternativo, nel quale l'indispensabile funzione di filtro degli appelli – esigenza fortemente avvertita anche dagli odierni legislatori⁶ – fosse affidata all'applicazione di severe misure di natura pecuniaria a carico dell'appellante temerario, figura da tenere ben distinta dal mero appellante soccombente.

Il lavoro è diviso in due parti: una dedicata al periodo che va dagli albori dell'istituto sino all'età diocleziana, la seconda diretta a tratteggiare i contorni della disciplina tardoantica, a cominciare

⁶Basti pensare, per l'Italia, alla recente e molto criticata introduzione dell'art. 348 *bis*, 1° *comma* del c.p.c., che ha incaricato la Corte di Appello di dichiarare inammissibili le impugnazioni che non hanno «una ragionevole probabilità di essere accolte». Sul punto cfr. *infra*, cap. II, § 4, nt. 127.

da Costantino, alla cui legislazione di norma si riconduce un presunto momento di netta discontinuità rispetto al regime vigente.

Anche se non mancheranno accenni alla disciplina dell'appello in materia penale e fiscale, l'oggetto dell'indagine sarà limitato all'*appellatio* civile, allo scopo di potersi muovere «su un terreno di maggior solidità», mutuando un'efficace espressione utilizzata dall'Orestano⁷, che intendeva in tal modo mettere in guardia dai rischi di un uso promiscuo di notizie e fonti riconducibili all'ambito civile e a quello penale.

Il concetto di *temeritas*, e il tentativo di individuarne la portata e l'esatto significato nel contesto del processo di appello, fungerà da filo conduttore, attraversando cronologicamente l'intera ricerca a partire dall'*epistula* inviata nel 79 d.C. dall'imperatore Tito alla comunità municipale di *Munigua*, documento epigrafico – recentemente scoperto ma poi forse sottovalutato dalla letteratura romanistica – di estrema importanza al fine di comprendere meglio la soluzione verosimilmente adottata dai romani per contrastare il fenomeno degli appelli temerari.

⁷R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 67.

PARTE PRIMA
(secoli I-III d.C.)

CAPITOLO I

L'ACCERTAMENTO PRELIMINARE
DEL GIUDICE A QUO

SOMMARIO: 1. L'atto di appello: forma e termini. – 2. Le cause di 'improcedibilità' dell'appello. – 2.1. Le cause di 'irricevibilità' dell'appello. – 2.2. Le cause di 'inammissibilità' dell'appello. – 3. Il giudizio «*utrum recipienda sit appellatio an non sit*». – 4. Il presunto controllo sul fondamento dell'appello. – 4.1. La *communis opinio*. – 4.2. Uno scenario alternativo: le evidenze testuali. – 4.2.1. L'importanza delle *causae appellandi*. – 4.2.2. La renitenza dei giudici inferiori. – 4.2.3. Le *appellationes moratoriae*. – 5. Osservazioni conclusive.

La fase processuale che si svolgeva sotto la direzione del giudice *a quo* rappresenta forse l'aspetto più caratteristico ed interessante dell'appello in diritto romano, poiché, come noto, dall'esame preliminare affidato a colui il quale aveva pronunciato la sentenza di primo grado dipendeva la possibilità per il procedimento di continuare presso il giudice *ad quem*, seguendo così il suo regolare e naturale svolgimento.

Pur non sottacendo le più volte denunciate difficoltà a ricostruire storicamente questa fase procedurale¹, da ascriversi al

¹ Si vedano in questo senso R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953², p. 365 e, negli stessi termini, F. ARCARIA, «*Litterae dimissoriae sive apostoli*». Contributo allo studio del procedimento d'appello in diritto romano, in *LR*,

contenuto numero di testimonianze e al fatto che, riguardo a talune questioni specifiche, il regime classico è stato nelle fonti in qualche misura superato e oscurato da quello postclassico², credo non manchi la possibilità di proporre un quadro di insieme, anche con l'ausilio di preziosi documenti della prassi, dal quale emerge peraltro, nelle linee essenziali, una continuità di disciplina attraverso i secoli, le cui prime tracce risalgono, come vedremo, agli albori dell'appello.

La pronuncia della sentenza del giudice *a quo* segna il momento iniziale dell'*iter* che, avviato con l'atto di appello, termina con la trasmissione della causa al giudice superiore.

L'esatto adempimento delle formalità prescritte viene indicato già nel linguaggio della giurisprudenza classica³ con un'espressione tecnica, «*sollemnia facere*», che ricorre, come vedremo, anche nel dettato delle costituzioni tardoantiche⁴.

L'appello poteva essere proposto oralmente (*voce appellare*) o, assai più di frequente, per iscritto (*libellos appellatorios dare*), ed era finalizzato ad impugnare una sentenza formalmente valida⁵.

1, 2012, p. 128. Più in generale, sui problemi che pone lo studio dell'appello dovuti alla mancanza di un'adeguata elaborazione scientifica dell'istituto da parte della giurisprudenza romana, cfr. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., pp. 18 ss.

² Si veda a riguardo *infra*, cap. II, §§ 2 ss., quanto si dirà a proposito del sistema delle *cautiones*.

³ Cfr. D. 49.1.20.2 (Mod. *lib. sing. de praescr.*) e, per un uso analogo, D. 48.2.18 (Mod. 17 *resp.*). Su questi testi, e sulla loro importanza per definire i '*sollemnia appellationis*', si veda M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964, pp. 122 ss.

⁴ Cfr. *infra*, nt. 41.

⁵ La nozione di appello, lungo tutto il suo svolgimento da Augusto a Giustiniano, rimase circoscritta a tale ambito: l'inesistenza giuridica della sentenza poteva infatti essere sempre opposta anche in assenza di *appellatio*. I testi a conferma di ciò sono numerosissimi, basti pensare ai due titoli della compilazione giustiniana espressamente dedicati all'argomento (C. 7.64 «*quando provocare necesse non est*» e D. 49.8 «*quae sententiae sine appellatione rescindantur*»). A titolo esemplificativo giova rammentare la chiusa di una costituzione di Valentiniano, C. 7.64.4, che esprime assai efficacemente il principio: *non videtur appellandi necessitas, cum sententia iure non teneat*.

1. L'atto di appello: forma e termini

L'appello orale era verosimilmente il più antico, certamente il più coerente con il significato originario del termine «*appellare*» e con le caratteristiche della tradizione processuale romana, basata essenzialmente sull'espressione verbale.

Per il periodo classico, la facoltà di ricorrere a questa forma di appello è attestata da due frammenti, riconducibili rispettivamente a Macro e a Marciano.

D. 49.1.2 (Mac. 1 *de app.*): [...] *si apud acta quis appellaverit, satis erat, si dicat 'appello'*.

D. 49.1.5.4 (Marc. 1 *de app.*): *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit [...]*.

L'atto di appello orale poteva dunque perfezionarsi con la semplice pronuncia della parola 'appello'⁶, e andava presentato nel giorno in cui veniva decisa la causa, in corso d'udienza, sì da consentire un'immediata verbalizzazione⁷; a tal scopo, era buo-

⁶Tale espressione era forse seguita, almeno inizialmente, dall'indicazione dell'autorità superiore cui ci si appellava. Si vedano in tal senso, anche se in una situazione peculiare, non riconducibile *in toto* ad un vero e proprio appello, le parole con cui san Paolo, nel 60 d.C. davanti al Tribunale romano di Cesarea, invocò il giudizio imperiale. Sulla natura giuridica dell'appello di Paolo si veda da ultimo A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli atti degli Apostoli (21.27-28.31)*, Napoli, 2017, pp. 211 ss. e nt. 214. Per un altro esempio di impiego di 'appello' in senso 'atecnico', si veda V. MAROTTA, *La struttura dell'amministrazione provinciale nel quarto libro dei discorsi sacri*, in P. DESIDERI-F. FONTANELLA (a cura di), *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma*, Bologna, 2013, pp. 159 s.

⁷Il termine «*acta*» indica i protocolli ufficiali della causa, nei quali venivano sommariamente registrati il dibattimento e la sentenza, a cura di appositi collaboratori del giudice. Per alcuni esempi di estratti di questi verbali di udienza si veda R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 229, nt. 1.

na norma per il giudice non sottrarsi immediatamente alla vista delle parti una volta comunicata la sentenza, per permettere loro di procedere eventualmente alla contestuale dichiarazione di appello⁸.

Peraltro, pur non venendo meno la possibilità di ricorrere all'appello orale, quantomeno nei casi più semplici o per circostanze particolari⁹, da quanto si evince dalla maggior attenzione ad essa dedicata dai giuristi, la forma di appello scritto doveva essere certamente la più frequente ed utilizzata¹⁰.

In questo caso l'appello veniva proposto mediante appositi documenti, i *libelli appellatorii*, il cui contenuto è precisato da Ulpiano.

D. 49.1.1.4 (Ulp. 1 *de app.*): *Libelli qui dantur¹¹ appellatorii ita sunt concipiendi, ut habeant scriptum et a quo dati sint, hoc est qui appellet, et adversus quem et a qua sententia.*

L'atto di appello scritto doveva necessariamente recare indicazione del nome dell'appellante, del nome della parte contro cui si appellava e della sentenza impugnata: un discorso a parte,

⁸ Cfr. D. 49.4.1.7 (Ulp. 1 *de app.*): [...] *si forte post sententiam statim dictam copiam sui non fecerit is qui pronuntiavit (ut fieri adsolet)* [...]. Cfr. sul testo F. ARCARIA, *Oratio Marci: giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003, pp. 190 ss.

⁹ Cfr. *infra*, cap. III, § 2.

¹⁰ Non va peraltro dimenticato che in origine e a lungo fu invalso l'uso di rivolgere l'appello direttamente all'imperatore, e ciò, nella stragrande maggioranza dei casi non poteva avvenire che per iscritto: cfr. D. 42.1.33 (Call. 5 *cogn.*).

¹¹ Esprime dubbi circa la genuinità dell'espressione «*qui dantur appellatorii*» H. KRÜGER, *Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik*, 10, 1898, p. 250; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 232, nt. 1, suppone che l'originale ulpiano portasse «*dicuntur*» in luogo di «*dantur*», e ascrive l'errore ai compilatori o a qualche amanuense, forse ingannati dalla ricorrente espressione «*libellos dare*». In questo senso anche W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III, in *RIDA*, 14, 1967, p. 383, nt. 11.

sul quale si avrà modo di tornare diffusamente¹², merita il significativo silenzio del frammento ulpiano sui motivi dell'appello, la cui enunciazione non era dunque richiesta.

L'esatta individuazione di colui che propone il gravame, requisito essenziale, assumeva particolare rilievo nel caso in cui vi fossero più condannati, e nell'atto di appello fossero presenti soltanto i nomi di alcuni: Ulpiano chiarisce infatti come, dal punto di vista processuale, la veste di appellanti dovesse spettare solo a coloro che nei libelli erano nominativamente indicati¹³.

Meno stringenti erano invece le regole riguardo agli altri elementi menzionati dal giurista severiano.

L'eventuale omissione del nominativo dell'appellato, ad esempio, non determinava alcuna conseguenza negativa quando l'appellante aveva di fronte a sé un solo avversario, poiché l'esatta individuazione sarebbe avvenuta agevolmente attraverso l'indicazione della sentenza; altrettanto dicasi per le situazioni che oggi definiremmo di 'litisconsorzio necessario': l'impugnazione della sentenza avrebbe prodotto i suoi effetti nei confronti di tutti indipendentemente dai nomi riportati nell'atto di appello¹⁴.

Quanto alla sentenza impugnata, bastava un'indicazione ge-

¹² Cfr. *infra*, § 4.2.1.

¹³ D. 49.1.3.2 (Ulp. 1 *de app.*): *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.* Per un caso analogo si veda anche D. 36.1.83(81). Sul piano sostanziale peraltro, l'appello di uno o più condannati poteva giovare anche agli altri, qualora la *causa defensionis* fosse la stessa per tutti, come si evince chiaramente ancora una volta da Ulpiano, che affronta la questione nei suoi *libri disputationum*: D. 49.1.10.4.

¹⁴ Questo è quanto si ricava dalle parole con cui Ulpiano dà conto di una disputa su questi temi in D. 49.1.3 pr.-1 (Ulp. *lib.* 1 *de app.*): *Scio quaesitum, si quis non addiderit in libellis, contra quam adversarium appellet, an praescriptioni subiciatur: et puto nihil oportere praescribi. Sed et illud cecidit in quaestionem, si plures habuerit adversarios et quorundam nomina libellis sint complexa, quorundam non, an aequae praescribi ei possit ab his quorum nomina comprehensa non sunt, quasi adversus ipsos adqueverit sententiae, et cum una causa sit, arbitror non esse praescribendum.*

nerica, né era necessario alcun preciso riferimento allo specifico *caput* oggetto della doglianza, come si può inferire da un responso fornito da Ulpiano sul caso di specie¹⁵.

D. 49.1.13 pr. (Ulp. 2 *resp.*): *Appellandi nihil obesse quod in libellis a qua parte sententiae appellaret non significavit.*

Strettamente connessa alle forme dell'appello è la questione dei termini per appellare (*tempora appellandi*).

Se, come visto nel già citato testo di Marciano, l'appello orale andava proposto «*ipso die inter acta*», nel caso di appello scritto l'appellante aveva a disposizione due o tre giorni, a seconda che agisse *in causa propria* o *alieno nomine*¹⁶:

D. 49.1.5.4 (Marc. 1 *de app.*): *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.*

D. 49.4.1.5 (Ulp. 1 *de app.*): *Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit.*

I termini, decorrenti dal giorno della pronuncia della sentenza¹⁷, restarono immutati nel diritto tardoantico e fino all'anno 536, quando Giustiniano, con la *Novella* 23, riformò il sistema

¹⁵ Sebbene non esplicitata, la *ratio* alla base della soluzione scelta dal giurista è evidente: l'impugnazione della sentenza nel suo complesso vale come impugnazione di ogni sua singola *pars*, ferma restando la facoltà per l'appellante di precisare e circoscrivere nel corso del nuovo giudizio l'oggetto delle proprie lagnanze.

¹⁶ Distinzione questa che, come vedremo, assumerà notevole rilievo in relazione ai problemi legati alla legittimazione ad appellare (cfr. *infra*, nt. 24).

¹⁷ Faceva eccezione il caso in cui fosse stata assente la parte che intendeva appellare: qualora ricorressero validi motivi, riconosciuti idonei a giustificare l'*absentia*, il termine per impugnare la sentenza decorreva dal giorno in cui l'appellante ne avesse avuto notizia. Chiare in tal senso le parole di Ulpiano, D. 49.4.1.15 (Ulp. 1 *de app.*): *Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est.*

abolendo la distinzione tra appello *in causa propria* e *in causa aliena* e stabilendo per tutti in dieci giorni il tempo per appellare.

2. Le cause di 'improcedibilità' dell'appello

Una volta presentato l'appello, il giudice *a quo* doveva verificare la regolarità, dando il là ad una prima fase processuale il cui scopo è ben sintetizzato da Litewski: «*diese Prozesshandlung hatte zum Ziel, darüber zu entscheiden, ob die eingelegte Appellation den formalen Erfordernissen entsprach*»¹⁸.

La serie di accertamenti preliminari cui era chiamato il giudice di primo grado sfociava nella decisione se ammettere o meno il gravame, se cioè «*recipere appellationem vel non*».

Le fonti non forniscono un'indicazione esplicita di quali fossero i presupposti necessari per recepire l'appello, tuttavia si possono *a contrario* ricavare le ragioni di improcedibilità dalla casistica, servendosi dei testi in cui vengono in considerazione i motivi per i quali il *iudex a quo* ne rifiutava a buon diritto la recezione.

Muovendo da una distinzione efficace dal punto di vista classificatorio, sebbene riconducibile al linguaggio proprio della giustizia amministrativa, si possono distinguere, come già suggerito da Orestano¹⁹, le cause di improcedibilità dell'appello in cause di 'irricevibilità' e cause di 'inammissibilità'.

2.1. Le cause di 'irricevibilità' dell'appello

L'appello era considerato irricevibile per difetto di forma e per inosservanza dei termini.

¹⁸ Cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (Ein Abriss)*. I. *Principat*, in ANWR, II/14, 1982, p. 86.

¹⁹ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 369.

Fermo restando quanto detto a proposito dell'appello orale e dei requisiti prescritti per il *libellus* introduttivo dell'appello scritto, decadeva dallo *ius appellandi* chiunque avesse impugnato la sentenza oltre i *tempora* stabiliti²⁰, fatta eccezione per due casi ben precisi: quando l'appellante fosse stato assente al momento della pronuncia della sentenza per cause a lui non imputabili²¹, ovvero quando i *minores viginti quinque annis* e gli *absentes rei publicae causa* avessero ottenuto, in ragione della loro condizione peculiare, la *restitutio in integrum*²².

2.2. Le cause di 'inammissibilità' dell'appello

Detto degli aspetti formali dell'atto di appello, va preso anzitutto in considerazione il problema della legittimazione ad appellare: ancora una volta le fonti non ne trattano in maniera diretta e sistematica e dunque i principi che regolavano lo *ius appellandi*²³ vanno desunti dalle soluzioni adottate dalla giurisprudenza.

Al giudice *a quo* era demandato l'esame di tutte le questioni relative alla legittimazione dell'appellante: dalla sussistenza di un interesse giuridico ad impugnare la sentenza²⁴ all'eventuale

²⁰ Cfr. *supra*, § 1. Tra le cause di 'irricevibilità' dell'appello rientrava anche l'eventuale errore nell'indicazione del giudice *ad quem* (sul punto cfr. *infra*, nt. 69).

²¹ In questo caso il termine per appellare si considerava decorrente «*ex quo scit*»: si veda *supra*, nt. 17.

²² D. 4.4.7.11 (Ulp. 11 *ad ed.*): [...] *Ei (scil. minor) non provocavit intra diem, subvenitur ut provocet*; D. 4.1.8 (Mac. 2 *ad ed.*): *si vero qui rei publicae causa absit, [...] in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur*.

²³ Sulla possibilità di proporre l'appello, concepita come vero e proprio diritto soggettivo, cfr. *infra*, cap. II, § 4 e nt. 131.

²⁴ La regola fondamentale espressa ripetutamente nei testi di età severiana è: «*is cuius interest appellare potest*» (D. 49.1.4.2; D. 49.4.2.1, Mac. 1 *de app.*) o, in forma negativa, «*non solent audiri appellantes nisi hi quorum interest*» (D. 49.5.1

presenza di cause di esclusione soggettiva dello *ius appellandi*, che lo avrebbero condotto a *non recipere appellationem*.

In questo senso, potevano verificarsi situazioni nelle quali il diritto ad appellare veniva ad essere escluso in concreto da comportamenti o atti posti in essere da chi intendeva impugnare la sentenza.

In specie, le cause di esclusione soggettiva dalla legittimazione ad appellare ricavabili dalle fonti erano quattro.

a) La contumacia²⁵ nel giudizio di primo grado. Il principio in base al quale non può essere ricevuto l'appello dell'*absens per contumaciam*, di colui cioè che, regolarmente citato, è stato vo-

pr., Ulp. 29 *ad ed.*). La facoltà di appellare veniva pertanto riconosciuta alle parti del precedente giudizio, ai 'terzi' che avessero un interesse proprio e diretto e infine, a determinate condizioni, ad un *negotiorum gestor* che agisse nell'interesse di una delle parti. Anche in tema di legittimazione ad appellare assume rilievo il duplice profilo dell'impugnazione *proprio nomine* o *alieno nomine*, non tanto per il differente termine fissato per proporre il gravame (cfr. *supra*, nt. 16), quanto per una serie di ipotesi particolari che possono configurarsi nello svolgimento pratico del giudizio di secondo grado (nel dettaglio, su tutte le problematiche connesse a questa complessa disciplina si veda R. ORESTANO, *L'appello*, cit., pp. 300-344). In particolare, accanto al caso più frequente e tipico, quello in cui la legittimazione ad appellare era riservata alle parti del giudizio di primo grado, a prescindere dal fatto che avessero assunto tale veste *proprio nomine* o *alieno nomine* (sull'esatta nozione di 'parte' in questo contesto cfr. ORESTANO, *L'appello*, cit., pp. 302 ss.), veniva disciplinata l'ipotesi di un appello reso a mezzo di un procuratore, in cui era prevista per la parte soccombente una duplice possibilità: nominare un sostituto processuale che proponesse per suo conto il gravame, riservandosi però la successiva gestione della controversia (cfr. D. 49.5.1 e D. 49.1.4.5), oppure, una volta presentata l'impugnazione, affidare ad un terzo la conduzione del giudizio di secondo grado (D. 49.9.1). Analogamente, Litewski distingue tra una legittimazione primaria, primäre Legitimation, e una derivata, abgeleitete Legitimation (*Die römische Appellation in Zivilsachen*, III, cit. pp. 328 ss.). Sul punto si veda anche I. BUTI, "La cognitio extra ordinem" da Augusto a Diocleziano, in *ANRW*, II/14, 1982, p. 56.

²⁵ Sul tema si vedano L. ARU, *Il processo contumaciale*, Roma, 1934; BONIFACIO, *Contumacia (Diritto romano)*, in *NNDI*, 4, Torino, 1959; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitioes extra ordinem*, I, Milano, 1998.

lontariamente assente²⁶ dal giudizio concluso con la sua condanna, è fissato in un rescritto del 213 dell'imperatore Caracalla:

C. 7.65.1 (Imp. Antoninus A. Sabino): *Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est negotio prius summam perscrutato, appellatio recipi non potest*²⁷.

²⁶ La volontaria e deliberata assenza dal giudizio, che configura appunto la contumacia e rende l'appello improponibile, va tenuta distinta dall'assenza giustificata che invece non lo impedisce. Fondamentali in proposito le osservazioni di R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello dell'assente*, in *AG*, 160, 1961, pp. 32 ss. e di 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, pp. 639 ss. In merito all'ipotesi di assenza giustificata dell'appellante al momento della pronuncia della sentenza di primo grado cfr. *supra*, nt. 17.

²⁷ Sul passo cfr. A. STEINWENTER, *Studien zum römischem Versäumnisverfahren*, München, 1914, pp. 54 s.; B. BIONDI, *Summatim cognoscere*, in *BIDR*, 30, 1921, pp. 245 ss.; L. ARU, *Il processo contumaciale*, cit., pp. 165 s.; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 357; R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., pp. 31 ss.; N. SCAPINI, *Principio del "doppio grado"*, cit., pp. 694 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche*, cit., pp. 114 ss. e 212 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, p. 326 e nt. 70. La regola espressa non è certamente nuova. Cfr. D. 49.1.23.3 (Pap. 19 resp.): *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*; analogamente D. 5.1.73.3 (Ulp. 4 de omn. trib.): *Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur* e D. 42.1.53.1 (Hermog. 1 iuris epit.). Il concetto viene nuovamente ribadito in Paul. Sent. 5.5a(6a): *Ab ea sententia, quae adversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revocari potest*. ORESTANO sottolinea come in quest'ultimo passo è la sentenza contro il contumace ad essere considerata essa stessa inappellabile: questo mostrerebbe, secondo lo studioso, come a partire dalla seconda metà del III secolo d.C. l'originaria struttura del processo contumaciale subì una progressiva trasformazione, in forza della quale «ciò che prima si poneva come un problema di legittimazione ad appellare dell'*absens* veniva a prospettarsi come una "qualità" della sentenza, considerata in se stessa» (*L'appello*, cit., p. 361). Cfr. in tal senso anche C. 7.43.4; C. 7.43.7.

b) La preventiva rinuncia all'impugnazione. La dichiarazione di rinuncia all'appello contro una sentenza non ancora emessa comportava il venir meno dello *ius appellandi*²⁸:

D. 49.2.1.3 (Ulp. 1 *de app.*): *Si quis ante sententiam professus fuerit se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit.*

c) Il *iusiurandum*²⁹ e la *confessio*³⁰. Si configurava un'ipotesi di esclusione soggettiva della legittimazione ad appellare anche nel caso in cui il giudizio di primo grado si fosse concluso con un giuramento decisorio o una confessione giudiziale:

D. 42.1.56 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam, nihil quaeritur post orationem Divi Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur*³¹.

d) L'acquiescenza alla sentenza di primo grado. L'intervenuta accettazione della pronuncia giudiziale³² escludeva la possibilità di interporre gravame contro quella decisione. Tale orientamento è attestato in un rescritto di età diocleziana, C. 7.52.5³³,

²⁸ Sul punto, ed in generale sulle 'subjectiven Ausschiessungen der Appellation', cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III, cit., pp. 360 ss.

²⁹ Cfr. L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958.

³⁰ Cfr. S. DI PAOLA, *Confessio in iure*, Milano, 1952.

³¹ Cfr. sul passo F. ARCARIA, *Oratio Marci*, cit., p. 182, ed ivi ampia bibliografia. Analogo principio è testimoniato da un passo di Scevola (D. 49.1.28.1) ove, dopo l'esposizione del caso (*quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit*), il giurista «*respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium*».

³² Nelle fonti si parla di «*adgnoscere sententiam*» (D. 49.1.10.4; D. 49.1.17 pr.).

³³ Si veda anche C. 7.67.1 del 293, in cui, alla mancata richiesta dell'*auxilium appellationis*, consegue l'acquiescenza alla pronuncia di primo grado. Un'ipotesi particolare è contenuta in un passo di Macro (D. 42.1.63) ove si precisa che, in

in cui la richiesta avanzata dal soccombente dopo la sentenza di una dilazione di pagamento è considerata incompatibile con la volontà di proporre successivamente l'appello, ma non è dubbio che l'ipotesi trovasse attuazione anche nel periodo severiano³⁴.

Ancora, tra le cause di inammissibilità alcune ineriscono alla sentenza, che può essere inappellabile per:

a) la qualità del giudice. Per questa ragione non possono essere impugnate anzitutto ed ovviamente le sentenze pronunciate dall'imperatore³⁵, ma anche quelle del Senato³⁶ e quelle dei giudici dati dall'imperatore con l'espressa indicazione che non si potesse appellare oltre³⁷;

b) l'oggetto è escluso l'appello quando fosse teso a procrastinare il compimento di un atto urgente, come ben sintetizzato da

caso di soccombenza di due parti in uno stesso giudizio, l'accettazione della sentenza di una non pregiudicava lo *ius appellandi* dell'altra (cfr. anche D. 20.4.16).

³⁴R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 363. Naturalmente, gli atti che avevano valore di accettazione della sentenza assumevano rilievo soltanto se posti in essere entro il termine previsto per appellare: diversamente, la pronuncia sarebbe diventata inattuabile per altra via.

³⁵Si veda in proposito l'apertura della rubrica «*A quibus appellari non licet*», D. 49.2. pr. -1 (Ulp. 1 *de app.*): *Tractandum est, a quibus appellari non liceat. Et quidem stultum est illud admonere a principe appellare fas non esse, cum ipse sit qui provocatur.*

³⁶D. 49.2.1.2 (Ulp. 1 *de app.*): *Sciendum est appellari a senatu non posse principem, idque oratione divi Hadriani effectum.* Sul passo cfr. F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria e attività normativa del Senato in età imperiale*, Milano, 1992, pp. 103-108.

³⁷D. 49.2.1.4 (Ulp. 1 *de app.*): *Interdum imperator ita solet iudicem dare, ne liceret ab eo provocare, ut scio saepissime a divo Marco iudices datos, an et alius possit ita iudicem dare videbimus: et puto non posse.* Cfr. F. ARCARIA, *Oratio Marci*, cit., p. 6, nt. 15.