

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

FRANCESCO D’AGOSTINO, Prof. Em. Università di Roma “TorVergata”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

dal 1868

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Direzione

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

FRANCESCO BONINI, Rettore Università “Lumsa”

MARIO CARAVALE, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA, Pres. Em. Corte Costituzionale

GIUSEPPE DE VERGOTTINI, Prof. Em. Università di Bologna

JAVIER FRANCISCO FERRER ORTIZ, Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI, Ord. Università di Modena e Reggio E.

LUIGI LABRUNA, Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO, Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI, Ord. Università di Bologna

FERRANDO MANTOVANI, Prof. Em. Università di Firenze

PAOLO MENGOZZI, Prof. Em. Università di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID, Cat. Universitat de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO, Cat. Universidad de Huelva

ALBERTO ROMANO, Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore



Archivio giuridico *online* - ISSN 2282 2828
appendice semestrale *open access* di
Archivio giuridico Filippo Serafini

www.archiviogiuridiconline.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2023
Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
e-mail: info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it
indirizzi web: www.mucchieditore.it - www.archiviogiuridiconline.it
facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, gestione sito web: Stem Mucchi Editore (MO)
Pubblicato nel mese di dicembre 2023

Direzione

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Giuseppe de Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna
Salvatore Amato – Università di Catania
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma
Christian Baldus – Università di Heidelberg
Michele Belletti – Università di Bologna
Michele Caianiello – Università di Bologna
Marco Cavina – Università di Bologna
Olivier Echappé – Université de Lyon 3
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano
Herbert Kronke – Università di Heidelberg
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna
Francesco Morandi – Università di Sassari
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata
Gianni Santucci – Università di Bologna
Nicoletta Sarti – Università di Bologna
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carni – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Univ. Cattolica di Milano; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. Gellio); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva delle pagine l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Sergio Alessandri

APPELLO E ATTIVITÀ NORMATIVA DEL PRINCIPE. D. 49.8.1, MACER 2 *DE APPELLATIONIBUS**

1. A partire dal principato di Augusto accanto alla procedura formulare viene ad affermarsi un nuovo sistema procedurale, la *cognitio extra ordinem*, all'interno della quale si registra il superamento del processo bipartito¹. La facoltà di decidere dei soggetti giudicanti (consoli, prefetti, pretori speciali, procuratori) deriva, infatti, oltre che dall'*imperium* proprio di ciascuno di essi anche da una delega imperiale specifica o generica, perpetua o temporanea, espressa o tacita, che ne accresce il potere originario: viene meno la funzione del *iudex privatus*. Muta, pertanto, la posizione dei soggetti rispetto agli organi ai quali è demandata l'amministrazione della giustizia².

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ La nuova procedura si afferma progressivamente in concorrenza con l'*ordo iudiciorum*, appropriandosi e recependo istituti, principi e norme di quest'ultimo, sia pure adattandoli e attribuendo ad essi, di conseguenza, funzioni e valore diversi; v. R. ORESTANO, *Appunti sulla "cognitio extra ordinem"*. *Corso di diritto romano Anno Accademico 1950-1951*, Genova, 1951, p. 97 ss. (= Id., *Scritti, con una nota di lettura di Antonio Mantello*, II. Sezione Prima. *Saggistica*, Napoli, 1998, p. 1033 ss.), con bibliografia; Id., *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università degli Studi di Genova*, Torino, 1953² [1966], p. 27 ss.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I. *Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*. Bologna, 1965 [2004], p. 18 ss.; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem' da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW*, II,14, Berlin-New York, 1982, p. 29 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991², p. 37 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², p. 435 ss.

² L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it.), Milano, 1938, p. 257 ss.; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 10 ss.; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem'*, cit., p. 34 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 38 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il processo civile*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. SCHIAVONE, Torino, 2003, p. 162 ss.

L'appello, concesso alla parte soccombente in giudizio o a quella vittoriosa (ma non completamente soddisfatta), e finalizzato alla revisione della sentenza, si afferma in questo nuovo contesto³. Ciò in considerazione del fatto che la nuova organizzazione giudiziaria trasforma il carattere formale della sentenza, non più atto di un *iudex privatus* ma di un funzionario, inserito in un ordine gerarchico normativamente disciplinato. Si giunge, pertanto, ad introdurre la possibilità del riesame della sentenza da parte di organi giudicanti gerarchicamente superiori a quelli aditi in primo grado e, in ultima istanza, da parte del principe⁴. L'appello diviene l'istituto della *cognitio extra ordinem* che meglio interpreta lo spirito di una società gerarchica, dal momento che la possibilità del riesame di una pronuncia giudiziale non è limitata, come in precedenza, alle sole ipotesi di una sua inesistenza giuridica, ma si estende a tutte quelle in cui sussiste un interesse giuridicamente rilevante ad una nuova cognizione da parte di un organo gerarchicamente superiore: per effetto dell'appello la causa viene devoluta a quest'ultimo, il quale non si limita a confermare o riformare la sentenza precedente, ma ne pronuncia una nuova⁵.

³ La procedura dell'*ordo iudiciorum* offriva alla parte soccombente solo la possibilità di disconoscere l'esistenza di una valida *obligatio iudicati* (*infittatio*), o di ottenere il ripristino della situazione preesistente (*in integrum restitutio*), o, infine, di far accertare l'inesistenza giuridica della sentenza (*revocatio in duplum*); v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 95 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, p. 6 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 30 s.

⁴ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 186 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 7 e nt. 4, dà risalto al fatto che l'istituto dell'appello trovò applicazione non solo nei confronti delle sentenze rese *extra ordinem*, ma anche nei confronti di quelle dell'*ordo iudiciorum*. Analoghe considerazioni valgono per la repressione criminale: possono essere appellate, pertanto, anche le sentenze dei tribunali permanenti (*quaestiones perpetuae*); v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998², p. 219 ss.

⁵ Così L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 23 ss., il quale pone in evidenza la differenza che intercorre tra i rimedi procedurali, che trovano applicazione nel caso di inesistenza giuridica della sentenza, e l'appello, che ne presuppone una valida. Per altro verso, S. RANDAZZO, *Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'Impero*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico: in memoria di A Biscardi. Atti del convegno, Siena 13-15 dicembre 2001*, Milano, 2011, p. 236 s.,

Alla luce di queste considerazioni emerge l'originalità dell'istituto dell'appello, che non presenta nessun rapporto di continuità con precedenti di età repubblicana (come l'*appellatio tribunorum* o la *provocatio ad populum*), ma che va inquadrato nel contesto politico del principato⁶. In passato si è ritenuto che il fondamento costituzionale dell'appello andasse ricercato in una 'filiazione storica' dalla *tribunicia potestas*⁷; o

rileva che la definizione dell'appello, quale rimedio ad una sentenza formalmente valida, meglio si adatterebbe a una fase più matura dell'istituto, coincidente con l'età dei Severi.

⁶ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 175 ss.; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 32 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 502 ss.

⁷ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, 2, Leipzig, 1887³ [Graz 1952], p. 978 ss.; Id., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 260 s., fonda la ricostruzione su di un passaggio di Dione Cassio (Dio 51, 19, 6-7: τὴν τε ἡμέραν ἐν ἧ ἢ Ἀλεξάνδρεια ἔαλω, ἀγαθὴν τε εἶναι καὶ ἐς τὰ ἔπειτα ἔτη ἀρχὴν τῆς ἀπαριθμήσεως αὐτῶν νομίζεσθαι, καὶ τὸν Καίσαρα τὴν τε ἐξουσίαν τὴν τῶν δημάρχων διὰ βίου ἔχειν, καὶ τοῖς ἐπιβουμένοις αὐτῶν καὶ ἐντὸς τοῦ ποιμηρίου καὶ ἔξω μέχρις ὀγδοῦς ἡμισταδίου ἀμύνειν, ὃ μηδενὶ τῶν δημαρχούντων ἐξῆν, ἔκκλητόν τε δικάζειν, καὶ ψῆρον τινα αὐτοῦ ἐν ταῖς δικαστηρίοις ὡσπερ Ἀθηναῖς φέρεσθαι, τοὺς τε ἱερέας καὶ τὰς ἱερείας ἐν ταῖς ὑπὲρ τε τοῦ δήμου καὶ τῆς βουλῆς εὐχαῖς καὶ ὑπὲρ ἐκείνου ὁμοίως εὐχεσθαι, καὶ ἐν τοῖς συσσιτίοις οὐχ ὅτι τοῖς κοινοῖς ἀλλὰ καὶ τοῖς ἰδίοις πάντας αὐτῶ σπένδειν ἐκέλευσαν), in cui si racconta che Ottaviano mediante plebiscito ricevette la *tribunicia potestas* perpetua, la facoltà di offrire protezione a tutti coloro che si fossero rivolti a lui e, infine, il diritto di giudicare in appello (ἐκκλητοῦ δικάζειν), nonché il *calculus Minervae*, cioè il diritto, nel caso di maggioranza per un solo voto nei giudizi penali, di aggiungere quello proprio alla minoranza al fine di determinare l'assoluzione dell'imputato. La facoltà di giudicare in appello secondo Mommsen sarebbe conseguenza di un rafforzamento della *tribunicia potestas*; così ancora I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem'*, cit., pp. 35 e 54. Per R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 183 ss., al passo dello storico di età severiana è stato, però, attribuito un valore maggiore rispetto a quello reale, dal momento che negli *Annali* di Tacito (Tac. ann. 1.2: *Postquam Bruto et Cassio caesis nulla iam publica arma, Pompeius apud Siciliam oppressus exutoque Lepido interfecto Antonio ne Iulianis quidem partibus nisi Caesar dux reliquis posito triumviri nomine consulens se ferens et ad tuendam plebem tribunicio iure contentum, ubi militem donis, populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus magistratum legum in se trahere, nullo adversante, cum ferocissimi per acies aut proscriptione cecidissent, ceteri nobilium, quanto quis servitio promptior, opibus et honoribus extollerentur a novis ex rebus aucti tuta et praesentia quam vetera et periculosa mallent. Neque provinciae illum rerum statum abnuebant, suspecto sentus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratum, invalido legum auxilio quae vi ambitu postremo pecunia turbabantur*), descrivendosi la medesima vicenda, non si fa alcuna menzione né del *cal-*

che la sua origine dovesse essere ricondotta a un atto legislativo: in quello mediante il quale si conferirono i poteri ad Ottaviano nel 30 a.C., o nelle *leges Iuliae iudiciorum*⁸; o, infine, in una delle clausole della *lex de imperio*⁹. Il fondamento dell'appello al principe è il potere imperiale stesso, che è il risultato della somma dei singoli poteri dei magistrati repubblicani, ma anche conseguenza del prestigio personale e politico (*auctoritas*) di Augusto e dei suoi immediati successori: l'origine storica dell'istituto si può ravvisare, pertanto, nella prassi stessa della *cognitio extra ordinem*, senza nessun rapporto di dipendenza da un provvedimento normativo¹⁰. Come la nuova procedura della *cognitio* è il risultato della prassi o di specifici interventi imperiali che disciplinano singoli aspetti procedurali, così deve essersi sviluppato l'appello, che successivamente conosce una progressiva regolamentazione¹¹.

culus Minervae né del potere di giudicare in appello, così come pure non vi è menzione di tali prerogative nelle *Res gestae divi Augusti*: sarebbe, comunque, inaccettabile interpretare la testimonianza di Dione nel senso che sin dal 30 a.C., in un momento ancora lontano dal definitivo consolidamento della posizione di Augusto, si sia potuto attribuirgli il potere di riesaminare in appello tanto le cause criminali quanto quelle civili; v. anche N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 32; S. RANDAZZO, *Doppio grado*, cit., p. 233 ss.

⁸ M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1864, p. 770 ss.

⁹ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I. *Staatsrecht und Rechtsquellen*, Leipzig, 1885, p. 500; E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*. *Thèse*, Paris, 1907, p. 142, ravvisavano in una delle clausole della *Lex de imperio Vespasiani* (CIL VI, 930=ILS I, 24417-21: *utique quaecumque ex usu rei publicae maiestate divinarum, / humanarum, publicarum privatarumque rerum esse / censebit, ei agere, facere ius potestasque sit, ita uti divo Aug(usto), / Tiberioque Iulio Caesari Aug(usto), Tiberioque Claudio Caesari Aug(usto) Germanico fuit*), l'attribuzione all'imperatore di un potere discrezionale generale, in forza del quale sarebbe stato legittimato anche il potere di giudicare in appello. In realtà, come evidenzia R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 189 ss., si tratterebbe di una legittimazione generale di tutti gli interventi giudiziari dell'imperatore e non di una strettamente connessa con i giudizi di appello.

¹⁰ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 195 ss.; J.M. KELLY, *«Princeps iudex»*. *Eine Untersuchung zur Entwicklung und zu den Grundlagen der kaiserlichen Gerichtarbeit*, Weimar, 1957, pp. 91 ss. e 100 ss.; F. FABBRINI, *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*, Milano, 1974, p. 330 e nt. 15; N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 33 ss.

¹¹ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 205 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römisches Zivilprozessrecht*, cit., p. 502 s.

2. Sin dal principato di Augusto sono ricordati casi di appello al principe o a suoi delegati¹², divenuti così frequenti già durante il principato di Nerone che si avvertì la necessità di limitarne il numero, mediante l'introduzione di una penalità a carico degli appellanti soccombenti¹³. Solo in età severiana, però, quando si afferma una visione unitaria della *cognitio extra ordinem*, singole problematiche del processo cognitorio e l'istituto dell'appello, in particolare, diventano oggetto di specifico interesse da parte dei giuristi¹⁴.

¹² Per l'evoluzione storica dell'appello durante il principato, v. M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 503, con bibliografia. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 210 ss., per l'appello durante il principato di Augusto limita il valore della testimonianza offerta da Suetonio (Suet. *Aug.* 33: *Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori delegabat urbano, at provincialium consularibus viris, quos singulos cuiusque provinciae negotiis praeposuisset*), in quanto ritiene che il termine *appellationes* non debba essere inteso in senso tecnico, di giudizi di secondo grado, ma in quello generico di richieste rivolte da privati, relative anche a cognizioni di primo grado; in tal senso N. PALAZZOLO, *Processo civile*, cit., p. 35 s.; F. ARCARIA, *Senatus censuit. Attività giudiziaria ed attività normativa del senato in età imperiale*, Padova, 1992, p. 41 ss.; L. FANIZZA, *L'amministrazione della giustizia nel principato. Aspetti, problemi*, Roma, 1995, p. 40 s.; S. RANDAZZO, *Doppio grado*, cit., p. 235; S. MASUELLI, *Il principe come giudice privato. Modelli di intervento personale del principe nel processo civile romano, in Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2012, p. 93.

¹³ Tac. *ann.* 14.28: *Comitia praetorem arbitrio senatus haberi solita, quoniam acriore ambitu exarserant, princeps composuit, tris, qui supra numerum petebant, legioni praeficiendo. auxitque patrum honorem statuendo ut, qui a privatis iudicibus ad senatum provocavissent, eiusdem pecuniae periculum facerent, cuius si qui imperatorem appellarent; nam antea vacuum id solumque poena fuerat*; su cui v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 218 ss.; W. LIETZKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, in *RIDA*, 13, 1966, p. 278 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 504; F. ARCARIA, *Senatus censuit*, cit., pp. 65 ss. e 78 ss.; U. VINCENTI, *La partecipazione del senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-VI d.C. Oriente e occidente*, Padova, 1992, p. 42; L. FANIZZA, *L'amministrazione*, cit., p. 29 s.; S. RANDAZZO, *Doppio grado*, cit., p. 243 s.

¹⁴ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 45 ss.; G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine*, cit., p. 16 s.; L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*, 54, 1988, p. 165 ss. (= *Id.*, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, p. 103 ss.); D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, p. 489; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il processo civile*, cit., p. 164 s.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2008¹², p.

La prima opera a noi nota dedicata all'appello è il *liber singularis de appellationibus* di Paolo, composto tra la fine del II e gli inizi del III secolo d.C.¹⁵; ne sono rimasti, oltre a una citazione di Macro in D. 49.4.2.3, solo due frammenti: D. 49.2.2 e D. 49.5.7¹⁶.

Di quattro libri è costituito, invece, il *de appellationibus* di Ulpiano, scritto durante il principato di Caracalla (211-217 d.C.) o quello di Eliogabalo (218-222 d.C.)¹⁷; di esso ci sono giunti, tra-

283 ss.; G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, I, Roma-Bristol, 2022, p. 33 s. Opere dedicate alle *cognitiones* sono il *liber singularis de cognitionibus* di Paolo (O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889, [Roma, 2000], col. 958); i *de cognitionibus libri sex* di Callistrato (O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 81-94); i *de omnibus tribunalibus libri decem* di Ulpiano (O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., coll. 992-1001), nei quali, dopo la trattazione del giudizio davanti al pretore urbano e agli altri magistrati titolari di *iurisdictio*, il giurista prende in esame i procedimenti *extra ordinem*.

¹⁵ E. PERROT, *L'appel*, cit., p. XV; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, München-Leipzig, 1912², p. 233, ipotizza che l'opera sia stata composta durante il principato di Commodo (180-192 d.C.) o di Settimio Severo (193-211 d.C.); essa, verosimilmente, rappresenterebbe un'appendice all'*ad edictum* dello stesso giurista; v. anche R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 53; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, cit., p. 298 e nt. 204a; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it.), Firenze, 1968, p. 462; D. LIEBS, *Jurisprudenz, in Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV. Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 177 bis 284 n. Chr.*, a cura di K. SALLMANN, München, 1997, p. 168; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo Impero*, Milano, 2000, p. 13; V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul De appellationibus di Emilio Macro*, Napoli, 2017, p. 24. Isolata la posizione di A.M. GIOMARO, *La presenza di Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustiniane*, in *Studi urbinati*, 67, 2016, pp. 43 e 54, la quale è propensa a considerare l'opera monografica come una raccolta apocrifia di testi comunque paolini; v., però, i convincenti rilievi di G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, cit., p. 31 ss., che valuta fragili gli elementi a sostegno di un rifacimento di stampo compilatorio e, per altro verso, esclude l'inclusione dell'opera nel corpo dei commenti all'editto del pretore, ipotizzando la scelta, invece, per una sede *ad hoc*.

¹⁶ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 954; v. G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano, 2018, p. 29 e nt. 55; Id., *Iulius Paulus. Libri singulares*, cit., p. 141 ss.

¹⁷ Dal momento che in D. 49.5.5.3, Ulp. 4 *de app.*, si parla di un *imperator noster Antoninus*, vivente, il riferimento può essere all'uno o all'altro; v. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 379 e nt. 1; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 53. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002², p. 202 s., pro-

mite la tradizione dei *Digesta*, ben quattordici frammenti¹⁸.

Di poco successiva all'opera ulpiana sono i *libri duo de appellationibus* di Marciano¹⁹, di cui sono rimasti solo quattro frammenti²⁰, due tratti dal I²¹ e due dal II libro²².

Al principato di Severo Alessandro va ricondotto, infine, il *de appellationibus* di Macro²³; dei due libri sono conservati tredici

pone, invece, una datazione tra la fine del 216 e gli inizi del 217 d.C. Sui problemi della cronologia delle opere *de appellationibus* di Paolo e Ulpiano, v. le convincenti argomentazioni di F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I. *Politica di governo. Riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, p. 106, la quale ipotizza, con cautela, una precedenza cronologica dell'opera di Ulpiano rispetto a quella di Paolo; diversamente G. COSSA, *Iulius Paulus. Libri singulares*, cit., pp. 35 s. e 146 ss.

¹⁸ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., coll. 379-384. Nella ricostruzione di Lenel sia D. 49.1.1 sia D. 49.2.1 sono suddivisi in tre frammenti, D. 49.4.1 in due, per un totale di diciassette frammenti; infine, il diciottesimo frammento sarebbe costituito dalla citazione di Macro in D. 2.8.15.1, Macer 1 *de app.*

¹⁹ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 639 e nt. 1, ritiene che il *de appellationibus*, come le altre opere del giurista, siano posteriori al 217 d.C.; H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften der römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Halle, 1908² [Osnabrück, 1965], p. 123, ipotizza, invece, che l'opera fu scritta dopo la morte di Settimio Severo. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 55, considera l'opera di Marciano contemporanea di quella di Ulpiano, successiva alla morte di Settimio Severo e composta durante il principato di Caracalla. In considerazione del fatto che Marciano è citato da Paolo e da Ulpiano, mentre non avviene mai il contrario, per R. REGGI, *I libri de appellationibus di Marciano*, in *Studi Parmensi*, 15, 1974, p. 56, sarebbe plausibile una precedenza cronologica di Marciano rispetto agli altri due.

²⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 639-640. Sui *libri de appellationibus* di Marciano, v. R. REGGI, *I libri de appellationibus*, cit., p. 35 ss.; L. DE GIOVANNI, *L'appello*, cit., p. 147 ss. (= Id., *Giuristi severiani*, cit., p. 79 ss.).

²¹ D. 49.1.5; D. 49.1.7.

²² D. 49.6.1; D. 49.11.2.

²³ Dal momento che in D. 49.13.1, Macer 1 *de app.*, si richiamano un rescritto di Severo Alessandro, definito *imperator noster*, vivente, e, in chiusura di frammento, uno di Settimio Severo e Caracalla, i quali sono indicati, invece, come *divi*, si deve ritenere che l'opera sia stata scritta durante il principato di Severo Alessandro, v. A. JÖRS, s.v. «*Aemilius Macer*», in *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I,1, Stuttgart, 1893, p. 568; E. PERROT, *L'appel*, cit., p. XVI; H. FITTING, *Alter und Folge*, cit., p. 126; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 56; D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in *ANRW*, II,15, Berlin-New York, 1976, p. 341; Id., *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopalinischen Sentenzen*, Berlin, 1993, p. 25; Id., (M.?) *Aemilius Macer*, in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*

frammenti²⁴, cinque tratti dal I e otto dal II libro²⁵.

Dall'analisi dei frammenti superstiti si può ritenere che l'interesse dei giuristi fosse rivolto non ad un'elaborazione teorica dell'istituto processuale, così come era andato a strutturarsi in età severiana, quanto piuttosto all'analisi di alcuni peculiari aspetti dello stesso, probabilmente quelli che si erano andati a stabilizzarsi nella prassi, soprattutto alla luce dell'orientamento della cancelleria imperiale, e l'esame dei quali poteva tornare utile agli operatori giuridici del tempo.

Ciò risulta più evidente nell'opera di Macro, l'ultima in ordine cronologico, nella quale il discorso si snoda intorno alle problematiche più rilevanti della procedura d'appello, (l'atto introduttivo, gli atti suscettibili di impugnazione, la legittimazione, i termini, l'obbligo di prestazione di cauzioni, l'ammissibilità dell'appello, le cause estintive del giudizio), divenendo il provvedimento normativo imperiale, né poteva essere diversamente in considerazione dell'origine e natura dell'istituto, l'imprescindibile punto di riferimento di ogni elaborazione. Si può ipotizzare, pertanto, che le opere in materia avessero come destinatari i funzionari imperiali chiamati a esercitare funzioni giudiziarie, quali organi di primo grado o di appello, e che prendessero come punto di partenza il più recente orientamento della cancelleria imperiale e della prassi²⁶.

IV. *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 177 bis 284 n. Chr.*, cit., p. 216; V.M. MINALE, *L'appello*, cit., p. 23.

²⁴ I frammenti noti attraverso la tradizione dei *Digesta* sono tredici; O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 561, suddivide, però, D. 49.1.4, Macer 1 *de app.*, in due distinti frammenti, collocandoli sotto due rubriche differenti: D. 49.1.4pr.-1 sotto la rubrica relativa agli atti che non sono suscettibili di impugnazione, e D. 49.1.4.2-5, invece, sotto quella relativa ai soggetti legittimati a proporre appello. D. 2.8.15 contiene l'unica citazione di Ulpiano, in relazione all'impossibilità di qualificare possessore l'usufruttuario: essa potrebbe essere tratta non dal suo *de appellationibus*, ma, più verosimilmente, dall'*ad Sabinum*; v. S. ALESSANDRÌ, *Aemilius Macer. De officio praesidis. Ad legem XX hereditatium. De re militari. De appellationibus*, Roma-Bristol, 2020, p. 124 e nt. 66. Diversamente, O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 384, ritiene la citazione tratta dal *de appellationibus*, ma non indica una collocazione precisa all'interno dell'opera.

²⁵ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 561 ss.

²⁶ I giuristi dell'epoca, Callistrato, Trifonino, Marciano, Macro, Modestino, pienamente consapevoli del radicale processo di trasformazione che carat-

3. In Macro si può rilevare, pertanto, una visione ormai stabilizzata dell'istituto, soprattutto in considerazione della centralità ad esso attribuita alla problematica relativa alla necessità dell'appello, che alla luce della ricostruzione di Lenel sembrerebbe occupare la parte più consistente del II libro²⁷.

L'attenzione del giurista è volta a precisare la reale portata del principio in base al quale l'appello si configura rimedio solo contro una sentenza formalmente valida²⁸, come si evince da un frammento del secondo libro.

D. 49.8.1, Macer 2 *de app.*: *Illud meminimus: si quaeratur, iudicatum sit nec ne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit. 1. Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: 'Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno': nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. sed et si huius quaestionis iudex sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et viginti quinque fieri centum putaverit, adhuc idem error compu-*

terizza il momento storico, processo che determina il passaggio da un sistema normativo prevalentemente fondato sull'attività rispondente dei giuristi ad uno, invece, che si presenta come il risultato esclusivo dell'attività legislativa imperiale, concentrano, pertanto, la propria attenzione su istituzioni centrali dell'amministrazione imperiale, al fine di fornire agli amministratori imperiali strumenti di facile consultazione, in cui i principi da seguire fossero conoscibili, uniformi e ben definiti. v. A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, pp. 241 s. e 249 ss.; ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017², p. 398, il quale rileva che si trattava di una grande stagione della scienza giuridica romana, l'ultima, avviatasi nel secolo della crisi ma che si caratterizzava per uno straordinario fervore intellettuale e che rivelava un miracoloso equilibrio tra tendenze nuove e sapere tradizionale; v. anche L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 83. Diversamente M. BRETONE, *Storia*, cit., p. 221 s., il quale ritiene, alla luce di D. 36.1.76.1, Paul. 2 *decr.*, che ancora in età severiana i giuristi svolgevano la funzione di consiglieri del principe in un rapporto quasi paritetico, a differenza di quanto sarebbe avvenuto nel periodo successivo.

²⁷ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 563-564.

²⁸ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 135 ss.

tationis est nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species viginti quinque fuisse dixerit, appellationi locus est. 2. Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est. 3. Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant. 4. Si apud eundem iudicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit et iudex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas: non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur. sed magis est, ut appellatio interponatur.

Il frammento, il primo tra quelli collocati da Lenel sotto il titolo *‘quando appellare non necesse est’*²⁹, relativo alle fattispecie in cui non è necessario proporre appello, si apre con l’espressione *illud meminerimus*, propria del linguaggio della cancelleria imperiale: a differenza di quanto ipotizzato in altra sede³⁰, il giurista verosimilmente riporta la risposta del-

²⁹ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 563, in evidente analogia con la rubrica di C.I. 7.64, *‘quando provocare necesse non est’*. Nei *Digesta* il frammento viene, invece, riportato sotto la rubrica *‘quae sententiae sine appellatione rescindantur’*, rubrica composta da tre frammenti, quello di Macro e due frammenti tratti rispettivamente dal II e dal XVI libro dei *responsa* di Paolo.

³⁰ In S. ALESSANDRI, *Aemilius Macer*, cit., p. 19 e nt. 97, ho ipotizzato che si trattasse di uno scolio marginale, penetrato nel testo, che originariamente fungesse da promemoria, escludendosi, per altro verso, che si trattasse di un rinvio da parte del giurista, interno ai libri *de appellationibus*, anche in considerazione del fatto che, alla luce dei frammenti superstiti, è difficile compren-

la cancelleria imperiale ad un quesito posto da un funzionario periferico³¹.

dere in quale altra sede dell'opera egli potesse aver affrontato la problematica dell'inesistenza della sentenza.

³¹ G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano, 1963, p. 357, non ravvisa, invece, nel *principium* la citazione da parte di Macro di un rescritto imperiale. Un indizio significativo in tal senso potrebbe trarsi dal confronto con due risposte di Traiano a Plinio, governatore della provincia di Bitinia Ponto; cfr. *Plin.ep.* 10.32(41), *Traianus Plinio*: [1] *Meminerimus idcirco te in istam provinciam missum, quoniam multa in ea emendanda apparuerint. Erit autem vel hoc maxime corrigendum, quod, qui damnati ad poenam erant, non modo ea sine auctore, ut scribis, liberati sunt, sed etiam in condicionem proborum ministrorum retrahuntur.* [2] *qui igitur intra hos proximos decem annos damnati nec ullo idoneo auctore liberati sunt, hos oportebit poenae suae reddi; si qui vetustiores inveniuntur et senes ante annos decem damnati, distribuamus illos in ea ministeria, quae non longe a poena sint. Solent enim eius modi ad balineum, ad purgationes cloacarum, item munitiones viarum et vicorum dari;* e il rescritto immediatamente successivo, *Plin. ep.* 10.34(43), *Traianus Plinio*: [1] *Tibi quidem secundum exempla complurium in mentem venit posse collegium fabrorum apud Nicomedenses constitui. sed meminimus provinciam istam et praecipue eius civitatis eius modi factionibus esse vexatas. quodcumque nomen ex quacumque causa dederimus iis, qui in idem contracti fuerint, haeteriae <eae> quae brevi fient.* [2] *satius itaque est comparari ea, quae ad coercendos ignes auxilio esset possint, admonerique dominos praediorum, ut et ipsi inhibeant, ac, si res poposcerit, accursu populi ad hoc uti.* A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A historical and social Commentary*, Oxford, 1966, pp. 543 s. e 605, dà risalto al fatto che in entrambi i rescritti, anche con una formulazione invertita, viene introdotta una medesima disposizione, utilizzando il verbo al plurale: il quesito di Plinio viene riproposto e poi emanata la disposizione. Si tratterebbe di una tecnica propria della cancelleria imperiale, e la voce verbale *meminerimus* rivelerebbe un suo preciso intervento, identificandosi la cancelleria in tal modo con la persona del principe. Sul carattere burocratico del linguaggio utilizzato da Plinio e Traiano nel decimo libro dell'*Epistolario*, v. K.M. COLEMAN, *Bureaucratic Language in the Correspondence between Pliny ad Trajan*, in *TAPhA*, 142, 2012, p. 189 ss. Del testo originale del rescritto nel *principium* sarebbe, pertanto, andata perduta l'*inscriptio* che conteneva l'indicazione del principe e del destinatario, indicazione ritenuta, probabilmente, superflua in considerazione del fatto che si intendeva dare valore generale alla risposta della cancelleria. Sul problema della cosiddetta massimizzazione delle costituzioni imperiali, v. E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *La critica del testo, Atti del II congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Venezia, 18-22 settembre 1967, Firenze, 1971, p. 821 ss. (= ID., *Scritti giuridici con una nota di Mario Talamanca*, VI, *Le fonti*, Napoli, 1994, p. 1 ss.), su cui v., però, le obiezioni di N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III se. d.C.)*, in *IURA*, 28, 1977,

Nell'ipotesi di un giudizio pertinente all'accertamento dell'esistenza o meno di una sentenza³²: nel caso in cui il giudice abbia dichiarato che non vi è stato giudizio, si rescinde anche se non sia stato proposto appello³³. La regola, contenuta nella risposta della cancelleria imperiale, presuppone la nozione di appello quale rimedio contro una sentenza formalmente valida: l'inesistenza giuridica di una sentenza poteva essere eccepita senza la necessità di proporre un'impugnazione³⁴.

p. 40 ss.; G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione delle costituzioni imperiali'*, in *SDHI*, 52, 1986, p. 161 ss.; M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in *Fides, Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VIII, a cura di C. CASCIONE, C. MASI DORIA, Napoli, 2007, p. 5767 ss.; O. LICANDRO, N. PALAZZOLO, *Papitrius Iustus. Libri XX de constitutionibus*, Roma-Bristol, 2021, p. 67 ss.

³² P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile, I. Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 27 ss.; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 135 ss.; G. GANDOLFI, *In tema di «auctoritas rei iudicatae» (Giuliano in D. 5, 1, 74, 2)*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino, 1971, p. 143.

³³ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, IV, Milano, 1930, p. 99 (= ID., *Scritti giuridici*, II. *Diritto romano. Fonti - Diritto pubblico - Penale - Processuale civile*, Milano, 1965, p. 514 s.), sulla scia di S. SOLAZZI, *Calculus*, in *RIL*, 58, 1925, p. 307 e nt.1 (= ID., *Scritti di Diritto romano*, III (1925-1937), Napoli, 1960, p. 45 e nt. 1), solleva forti dubbi sulla genuinità del *principium*; v. anche R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 138 e nt. 1, il quale rileva come alla soluzione classica sia stato sovrapposto il concetto di 'rescissione' (*rescinditur*), che si distingue tanto dalla pronuncia *iudicatum sit ac ne* quanto dall'appello. Sul significato del verbo *rescindere* v. L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano, 1965, p. 280 ss., che attribuisce al verbo l'accezione di «dichiarare la nullità della sentenza»; diversamente D. TUZOV, *La rescissio delle sentenze giudiziarie in diritto romano. Intorno ad una teoria della nullità*, in *ZSS*, 128, 2011, p. 174 ss. Per ulteriori dettagli, v. P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di rescindere nell'esperienza di Roma antica*, Torino, 2013, p. 228 ss.

³⁴ Secondo R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 135 ss., il principio dell'inesistenza della sentenza, dovuta esclusivamente alla violazione dei presupposti formali, e la concezione dell'appello quale mezzo di impugnazione solo contro una sentenza formalmente valida sono coesistiti per secoli fino al diritto giustiniano, senza che si avvertisse la necessità di una loro fusione: da una simile duplicità non sarebbe derivato nessun inconveniente, anzi i due principi si sarebbero venuti a completare e integrare.

Una volta richiamata la soluzione della cancelleria imperiale e attribuito ad essa il valore di norma generale³⁵, in forza della quale non è necessario proporre appello avverso una sentenza inesistente, Macro prende in esame alcune fattispecie, che ritiene analoghe a quella dell'inesistenza³⁶.

Nel § 1 viene esaminato il caso in cui sia stato commesso nella sentenza un errore di calcolo³⁷: la presenza dell'espressioni *'ita pronuntiaverit'* e *'cum constet'* induce a pensare che il giurista richiami il disposto di una sentenza piuttosto che una propria *opinio*³⁸. Al riguardo egli introduce una distinzio-

³⁵ In tal senso, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957⁷ [2006], p. 247; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale*, II, cit., p. 62; G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione*, cit., p. 183 s.; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., p. 190; O. LICANDRO, N. PALAZZOLO, *Papirius Iustus*, cit., p. 68, per i quali solo attraverso l'attività di sistemazione dei rescritti nelle opere della giurisprudenza essi hanno acquistato valore di norme generali.

³⁶ I §§ 1-3 sono, infatti, introdotti dall'avverbio *item*, con evidente riferimento ad un'analogia disciplina giuridica.

³⁷ S. SOLAZZI, *Calculus*, cit., p. 308 ss. (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 46 ss.), a differenza di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 48, che riteneva interpolato il passaggio da *nam quoniam* a *corrigitur*, in quanto ripetizione della frase *si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est*, ipotizza che quest'ultima sia una glossa marginale, probabilmente correttiva, e propone, sia pure dubitativamente, di conservare *quoniam error computationis est appellare necesse est*, sopprimendo il *nec* e, di conseguenza, ristabilendo l'armonia con C. 2.5.1 e C. 7.52.2; v. anche W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *RIDA*, 12, 1965, p. 398 e nt. 90.

³⁸ Appare abbastanza agevole ricondurre la fattispecie nel contesto della *cognitio extra ordinem*, dal momento che l'appello esclude il riferimento all'*ordo iudiciorum*, v. S. SOLAZZI, *Calculus*, cit., p. 307 (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 45); B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza*, cit., p. 98 (= Id., *Scritti scelti*, II, cit., p. 514); L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. it.), Milano, 1938, p. 204; M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, a cura di R. RUEDIN, Bale-Genève-Munich, 1999, p. 59 s. (= Id., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, p. 727 s.) il quale, però, non esclude un'estensione anche al giudizio formulare; B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2012, p. 311. TH. MAYER-MALY, *Error calculi*, in *Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg, 1991, p. 100, non esclude che la testimonianza di Macro, in considerazione del tenore testuale, potrebbe riferirsi anche all'*ordo iudiciorum*.

ne tra l'errore di calcolo aritmetico, di natura materiale e, in quanto tale, suscettibile di correzione, dal momento che esso è intrinsecamente e manifestamente scorretto³⁹, e l'errore derivante da un convincimento da parte del giudice, che avrebbe reso necessario proporre appello: così, per la convinzione della sussistenza di un ulteriore debito per altro titolo.

Al § 2, dopo aver affermato egualmente che l'appello non è necessario nel caso in cui un organo giudicante⁴⁰ abbia pronunciato in contrasto con quanto disposto dalle costituzioni imperiali⁴¹, il giurista precisa che la contrarietà di una sentenza sussiste nel caso di errore sulla norma (*contra ius constitutionis*), non di errore relativo al diritto del litigante (*ius litigatoris*)⁴²: solo nel primo caso la sentenza è invalida senza

³⁹ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 45 s.; M. MARRONE, *Contributo alla motivazione*, cit., p. 59 s. (= Id., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 728 s.); A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *CHD*, 2, 1995, p. 28 ss.

⁴⁰ Il termine *iudex* è stato ritenuto sospetto da F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, II. *L'antitesi «Ius-Factum» nelle fonti Giustiniane*, in *AUPE*, 29, 1914, p. 10 e nt. 1 (= Id., *Studi giuridici*, III.1. *Studi di diritto romano (1906-1921)*, Milano, 1960, p. 389 e nt. 1); M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, in *AG*, 97, 1927, p. 231 e nt. 2 (= Id., *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, p. 67 e nt. 13); S. SOLAZZI, *La dispensa del tutore dopo Marco Aurelio*, in *BIDR*, 35, 1927, p. 57 e nt. 1 (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 158 e nt. 7).

⁴¹ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 276 ss., sulla scia di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 55, dà risalto al fatto che la contrarietà alle costituzioni imperiali come motivo di invalidità della sentenza costituiva un principio nuovo, proprio dell'età severiana; v. anche G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Milano, 1962, p. 776 ss. (= Id., *Scritti giuridici scelti*, III. *Diritto romano*, Napoli, 1985, p. 78 ss.); L. RAGGI, *La restitutio in integrum*, cit., p. 319 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 115 ss. Per altro verso, R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, in *AG*, 161, 1961, p. 34, rileva che l'appello, per quanto non fosse necessario, non appariva alla luce del pensiero di Macro, incompatibile con la nullità della sentenza, anche nel caso in cui questa derivasse dalla contrarietà alle costituzioni imperiali.

⁴² *Ius constitutionis*, come rilevato da F. VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit., p. 10 e nt. 1 (= Id., *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 389 e nt. 1), sarebbe un ἄναξ λεγόμενον. Sulla contrapposizione tra '*contra ius constitutionis*' e '*contra ius litigatoris*', v. i rilievi di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 47.

appello, nel secondo caso, essendo valida e produttiva di effetti, contro di essa è necessario proporre l'impugnazione⁴³.

In questo caso, l'estensione analogica della regola richiamata nel *principium* tiene conto probabilmente anche di un preciso orientamento normativo degli inizi del III secolo (o proprio del principato di Severo Alessandro)⁴⁴ che, sancendo l'invalidità della sentenza pronunciata *contra constitutiones*⁴⁵, mira a porre limiti stringenti al potere degli organi giudicanti: inizia ad affermarsi un principio cardine dell'ulteriore tradizione romanistica, quello della subordinazione totale del giudice alla legge, principio che è strettamente connesso con il nuovo orientamento politico introdotto durante il principato, secondo il quale da un lato l'imperatore è l'unica fonte di pro-

⁴³ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 279 s.

⁴⁴ In tal senso, M. LAURIA, «*Contra constitutiones*», Napoli, 1927, p. 21 s. (= *Id.*, *Studi*, cit., p. 81 s.); R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 278 ss.; L. RAGGI *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 19; G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione'*, cit., p. 184 s.; R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'imperatore Severo Alessandro*, Catania, 1974, p. 54 ss.; F. PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 259 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 113 ss.

⁴⁵ Il riferimento a pronunzie *contra ius* o *contra constitutiones* possono ritrovarsi in numerosi provvedimenti della cancelleria di Severo Alessandro, cfr. C.I. 7.64.1, *Imp. Alexander A. Apollinario et alii* (222 d.C.); C.I. 7.64.2, *Imp. Alexander A. Capitoni*; C.I. 7.11.4, *Imp. Alexander A. Felicissimo* (224 d.C.); C.I. 7.21.4, *Imp. Alexander A. Marciano* (228 d.C.); C.I. 7.45.4, *Imp. Alexander A. Severae* (229 d.C.); C.I. 6.36.1, *Imp. Alexander A. Mocino et alii* (233 d.C.). Al riguardo v. le convincenti conclusioni di F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 116 ss., e, in part., p. 125 s., la quale ravvisa un duplice orientamento della cancelleria dell'ultimo dei Severi: se da lato, egli aderisce sostanzialmente a quella tendenza, già tracciata nei tempi precedenti (ma forse applicandola con maggiore rigidità) e finalizzata alla nullità di ogni provvedimento *contra constitutiones*, dall'altro, appare attenuare ogni contrasto con gli organi giudicanti, non insistendo nell'identificazione degli atti normativi con la figura del principe. Conseguentemente, il *contra sententiam pronuntiare* viene fatto ricadere nella fattispecie del *crimen falsi* e non più in quella del *crimen maiestatis*; cfr. C.I. 9.8.1, *Imp. Alexander A. Paulino. Etiam ex aliiis causis maiestatis crimina cessant meo saeculo, nedum etiam admittam te paratum accusare iudicem propterea crimine maiestatis, quod contra constitutionem eum dicis pronuntiasse*. In tal senso, anche I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, p. 179 s. e, in part., nt. 93.

duzione del diritto, dall'altro gli organi giudicanti sono, conseguentemente, svuotati di ogni potere innovativo⁴⁶.

Per meglio esplicitare il principio, viene fatto riferimento alla disciplina delle *excusationes* dai *munera* e dalla *tutela*⁴⁷: mentre viene dichiarata invalida la sentenza⁴⁸, che è stata pronunciata senza ammettere *causae excusationum* previste dalle costituzioni imperiali, deve essere impugnata, invece, quella in cui sono state dichiarate insufficienti le prove presentate da colui che ha richiesto l'esenzione⁴⁹. Ai fini

⁴⁶ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 284 s.; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 118.

⁴⁷ La seconda parte del § 2, non è andata esente dal sospetto di interpolazione per il riferimento ai *munera*, dal momento che per l'esenzione da essi sarebbero previste una competenza e una procedura diversa rispetto a quella per la dispensa dalla *tutela*, v. F. VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit., p. 10 e nt. 1 (= Id., *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 389 e nt. 1); M. LAURIA, *Sull'«appellatio»*, cit., p. 231 e nt. 2 (= Id., *Studi*, cit., p. 67 e nt. 13), il quale riteneva, peraltro, l'espressione *cura muneris* un ὑπαξ λεγόμενον; S. SOLAZZI, *La dispensa*, cit., p. 57 e nt. 1 (= Id., *Scritti*, III, cit., p. 158 e nt. 7); H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schamberg, 1936, p. 93 s.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, in *RIDA*, 14, 1967, p. 381 e nt. 31; G. VIARENGO, *L'excusatio tutelae nell'età del Principato*, Genova, 1996, p. 124. Ritiene interpolata anche l'affermazione contenuta nella parte iniziale del paragrafo P. KOSCHAKER, rec. a H. Apelt, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozeß*, Schamberg 1936, in *ZSS*, 58, 1938, p. 359 e nt. 3. Di parere opposto R. BONINI, *I "Libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Milano, 1964, p. 64 e nt. 26; D. TUZOV, *'Contra ius sententiam dare'. Profili dell'invalidità della sentenza contraria a diritto nella riflessione giurisprudenziale tardoclassica*, in *'Res iudicata'*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2015, p. 283. Rimane, comunque, singolare la distinzione tra *munus* e *tutela*, dal momento che in età severiana la *tutela* viene considerata come rientrante tra i *munera personalia*; v. al riguardo, G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum. 2. In tema di excusationes della cura minorum*, in *BIDR*, 77, 1974, p. 201 s.; T. MASIELLO, *I 'libri excusationum' di Erennio Modestino*, Napoli, 1983, p. 79 ss.

⁴⁸ T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers. With a Palingenesia of Third-century Imperial Rescripts 193-305 AD*, Oxford, 1998², p. 39.

⁴⁹ Ciò troverebbe riscontro in D. 42.1.32, Call. 3 *de cogn.*, in cui è previsto che si debba proporre appello avverso le sentenze *datae contra ius litigatoris* e non avverso quelle *contra constitutiones*, in quanto nulle, e sarebbe confermato da C. 7.64.2, *Imp. Alexander A. Capitoni*, un rescritto di Severo Alessandro, in cui si stabilisce che la sentenza è nulla quando si riconosca la capacità di testare all'impubere e non quando, invece, si sia ritenuto che il testatore abbia raggiunto la pubertà; sul frammento di Callistrato v., da ultimo, S.

dell'individuazione della nullità di una sentenza assumerebbe rilevanza, pertanto, l'apparato motivazionale della stessa, dal momento che esso può evidenziare eventuali motivi d'invalidità⁵⁰. Solo in tal modo, infatti, si potrebbe rilevare l'invalidità di una decisione giudiziale, a fondamento della quale fosse un principio inconciliabile con le norme vigenti⁵¹.

Al § 3 viene affermata, mediante il richiamo all'orientamento seguito dalla cancelleria imperiale, l'invalidità della sentenza di condanna nel caso di mancata o irregolare chiamata in giudizio della parte. Infatti, se l'ordine di compari-

PULIATTI, *Callistratus. Opera*, Roma-Bristol, 2020, p. 242 s. Con riferimento alle testimonianze di Callistrato e di Macro, M. LAURIA, «*Contra constitutiones*», cit., p. 21 s. (= ID., *Studi*, cit., p. 81 s.), dà risalto, però, al fatto che l'assenza di un riferimento esplicito a costituzioni imperiali in materia, rispondeva ad un atteggiamento conservativo dei giuristi, che temevano gli effetti di un'applicazione generale del principio: il loro orientamento non ebbe, tuttavia, fortuna se si considerano gli interventi della cancelleria imperiale, coevi o successivi, che considerano *contra constitutiones* ogni caso di violazione di diritto. Sulla concordanza tra il passo qui in esame e il rescritto di Severo Alessandro, v. anche F. PERGAMI, *L'appello*, cit., p. 261 s., il quale ipotizza che dietro la risposta del principe possa scorgersi l'operato di Macro, che era attivo durante il principato dell'ultimo dei Severi; F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., p. 115 ss. Sull'appello avverso le sentenze che rigettano richieste di esenzione, v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 281 s. e nt. 2; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 476; C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte prima*, Roma, 1994, p. 461; M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 457 s.; A. MAFFI, B.H. STOLTE, G. VIARENCO, *Herennius Modestinus. Excusationum Libri VI*, Roma-Bristol, 2021, p. 174.

⁵⁰ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni*, cit., p. 88 ss., sulla scia di F. VASSALLI, *Miscellanea critica*, cit., p. 12 (= ID., *Studi giuridici*, III.1, cit., p. 390), ritiene che nel passo di Macro assuma rilevanza non l'errore sull'interpretazione e applicazione di una norma, ma quello che scade sullo *ius in thesis*; esclude però, che nella riflessione giurisprudenziale e nella legislazione imperiale i motivi di nullità si siano trasformati in motivi di appello.

⁵¹ Come rilevato da G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, p. 241 (= ID., *Scritti giuridici*, III, cit., pp. 21-22), l'introduzione del principio della nullità della sentenza contraria al diritto contribuì a circoscrivere l'importanza degli effetti, che i giuristi attribuivano all'*iniuria iudicis*, anche se la nullità della sentenza non copriva tutte le ipotesi di quest'ultima, dal momento che essa poteva derivare anche da un vizio relativo al fatto, ipotesi questa che veniva, comunque, tutelata mediante l'appello.

zione emesso dall'organo giudicante (*edictum peremptorium*)⁵² non sia stato emanato o reso noto alla parte assente, la sentenza non produrrebbe effetto, con la conseguenza che non è necessario proporre appello avverso quest'ultima⁵³. Nella riflessione del giurista, dunque, colui che non aveva avuto notizia del processo, perché l'*edictum peremptorium* non era stato pubblicato o non era stata data adeguata pubblicità, non era considerato contumace ma assente⁵⁴. Si registra, pertanto, anche con riguardo alla problematica dell'*absentia*, una posizione diversa rispetto a quella di Ulpiano⁵⁵. Quest'ultimo riteneva, infatti, che nel caso di assenza della parte avverso la sentenza potesse essere concesso il rimedio dell'appello, computando il *biduum* o il *triduum* dal momento dell'effettiva conoscenza della sentenza di condanna⁵⁶: Macro opta, invece, per l'inefficacia della sentenza, principio questo che verrà recepi-

⁵² Veniva detto *edictum peremptorium*, o più semplicemente *peremptorium*, l'ultimo dei quattro successivi ordini emessi dal giudice (i primi tre mediante *litterae* e l'ultimo solenne mediante editto), con cui si intimava alla parte a comparire: se la parte avesse insistito nel non comparire sarebbe stata dichiarata la contumacia.

⁵³ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 273 s.

⁵⁴ Al riguardo v. S. SCIORTINO, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA*, 60, 2017, p. 228 e nt. 186. La differenza tra assente e contumace aveva conseguenze notevoli sull'operatività della sentenza, dal momento che essa diveniva inappellabile da parte del contumace; cfr. C. 7.65.1, *Imp. Antoninus A. Sabino*; D. 5.1.73, *Ulp. 4 de omn. trib.*; PS. 5.5^a.6^a., v. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 357 ss.

⁵⁵ Cfr. D. 49.4.1.15, *Ulp. 1 de app.*: *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 accepimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocaverit, difficile est, ut hic audiatur*. G. BESELER, *Subsiviva*, Leipzig, 1929, p. 14, riteneva l'intero passaggio da *quod a audiatur* interpolato e, perciò, ne suggeriva la soppressione. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 243 e nt. 1, dal tenore testuale, propende per un'annotazione marginale penetrata nel testo: l'espressione *difficile est* non sarebbe, infatti, agevolmente riconducibile né al linguaggio di un giurista né a quello della cancelleria imperiale.

⁵⁶ Secondo R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, cit., p. 45 s., Ulpiano si riferiva alla parte assente al momento della sentenza: sarebbe stato, infatti, equo far decorrere il termine per l'appello dal momento in cui questi ne avesse avuto conoscenza.

to in maniera stabile dalla cancelleria imperiale a partire da Diocleziano⁵⁷.

Il frammento si chiude, al § 4, con la discussione delle problematiche connesse con la fattispecie in cui reciproche pretese creditorie, presentate davanti allo stesso organo giudicante, siano state decise da due sentenze in tempi differenti⁵⁸. A differenza dei §§ 1-3, il discorso non è introdotto dall'avverbio *item*, dal momento che la non obbligatorietà dell'appello è frutto di un'interpretazione del giurista, dedotta dalle costituzioni imperiali che vietavano l'esecuzione del primo giudicato precedentemente alla pronuncia anche in merito all'altra domanda: la non appellabilità non deriverebbe, come nei casi già

⁵⁷ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza*, cit., p. 74 (= Id., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 485). In merito alle scelte normative effettuate in materia dalla cancelleria imperiale durante il III sec. d.C., v. le acute osservazioni di R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, cit., p. 41, il quale rileva come il presunto contrasto, evidenziato da R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 360 e nt. 1, tra due costituzioni di Diocleziano e Massimiano (C. 7.43.7 e C. 7.43.11), sia da ricondurre alla circostanza che i rescritti imperiali, nonostante avessero spesso preso in esame fattispecie differenti, erano stati raggruppati sotto lo stesso titolo dai compilatori. In tema di nullità della sentenza per mancato contraddittorio, v. M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 157, che giudica il principio più recente rispetto a quello che consente all'assente di appellare *ex quo scit* e, di conseguenza, divenuto prevalente in quanto più efficace.

⁵⁸ Il testo tradito risulta profondamente alterato: R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 250 s., ritiene che il passaggio da *quo magis a habeas* costituisca indubbiamente un'interpolazione, dal momento che si presenterebbe come una spiegazione del tutto inutile della precedente affermazione *iudex me priorem tibi condemnavit*. Sospetta, inoltre anche l'affermazione finale da *sed magis a interponatur*; così anche F. EISELE, *Die Compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin, 1876, p. 121 e nt. 55; C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, p. 249 ss.; S. SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano*, Napoli, 1950², pp. 107 e 156 ss., che considerano, peraltro, compilatoria la frase da *si et a usuris fuit*, in quanto scorretta sintatticamente e introduttiva di elementi non rilevanti ai fini della costruzione della fattispecie; diversamente B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, p. 116 s., che giustifica quest'ultima frase, ma sospetta che quella iniziale, da *si apud a invicem petamus*, possa, invece, provenire da Giustiniano, il quale avrebbe introdotto il principio generale della riunione delle reciproche *petitiones* davanti allo stesso organo giudicante; v. anche O. BEHRENS, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen, 1970, p. 200 e nt. 51.

menzionati, da vizio, formale o sostanziale, tale da determinare l'inefficacia della sentenza.

Il primo tema da prendere in esame riguarda l'individuazione della procedura cui Macro fa riferimento: in un primo momento, si è ritenuto che egli si riferisse alla procedura formulare e che proprio i provvedimenti imperiali qui menzionati (*sacrae constitutiones*) costituissero il nesso tra un rescritto di Marco Aurelio⁵⁹ e il regime della compensazione, in quanto, sospendendosi l'esecuzione della prima sentenza in attesa della seconda, si sarebbero contrapposte due *actiones iudicati*⁶⁰. Si è poi sostenuto che la compensazione nell'*actio iudicati* trovasse applicazione solo nella procedura *extra ordinem*, altrimenti non si spiegherebbe la sospensione dell'esecuzione della sentenza disposta dalle *sacrae constitutiones*, nel caso di reciproche *petitiones*⁶¹. In realtà, proprio il riferimento alle *sacrae constitutiones* dovrebbe portare ad essere meno drastici nelle conclusioni e ammettere che il giurista potesse riferirsi anche alla procedura formulare. I provvedimenti imperiali richiamati non prevedevano, infatti, che il giudice – come si è ritenuto⁶² – dovesse porre in essere la compensazione e che, in difetto, si sarebbe potuto proporre appello, previsioni queste

⁵⁹ Si tratta di un provvedimento imperiale ricordato nelle *Istituzioni* di Giustiniano, in cui si consentiva al convenuto di poter eccepire alla pretesa attoria un motivo di compensazione; cfr. *Iust. inst.* 4.6.30; v. B. BIONDI, *La compensazione*, cit., pp. 130 e 145; S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 147 ss.; P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, p. 492; ID., *Da Roma a Bologna: l'evoluzione della nozione di «compensatio ipso iure»*, in *RDR*, 2, 2002, p. 343 ss.

⁶⁰ C. APPLETON, *Histoire de la compensation*, cit., p. 281; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile*, cit., p. 169 e nt. 50.

⁶¹ B. BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 193; v. anche S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 112.

⁶² H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte: mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*, Heidelberg, 1868² [Aalen, 1965], p. 263; O. GEISS, *Theorie der gerichtlichen Compensation*, Tübingen, 1897, p. 150; H. SIBER, *Compensation und Aufrechnung*, Tübingen, 1907, p. 29; v., però, le divergenti opinioni di C. APPLETON, *Histoire de la compensation*, cit., p. 252; S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 107 e nt. 29, condivise da R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 251 e nt. 1.

che avrebbero condotto la fattispecie esaminata da Macro al di fuori dell'*ordo*: essi si limitavano, invece, a sospendere l'*actio iudicati* della prima sentenza in attesa della pronuncia in merito alla richiesta dell'altra parte, senza introdurre modifiche al procedimento, che si concludeva con due distinte sentenze, e che poteva essersi celebrato anche secondo la rigorosa osservanza delle norme dell'*ordo*⁶³.

Quanto alla problematica dell'appello, il giurista non riteneva necessaria l'impugnazione della prima sentenza, perché l'orientamento della cancelleria imperiale era nel senso della sospensione della sua esecuzione, fino a quando il giudice non si fosse pronunciato anche in merito alla seconda pretesa. Ne consegue che Macro escludeva la necessità dell'appello solo in quest'ultima ipotesi, e non anche nei casi in cui sussistessero *aliae causae appellationis*. Sotto questa prospettiva potrebbe essere letta l'affermazione finale, considerata quasi unanimemente interpolata⁶⁴, *sed magis est, ut appellatio interponatur*. Se è pur vero che risulta quanto mai singolare che Macro, dopo aver affermato che l'appello avverso la prima sentenza non fosse necessario, poi concludesse per consigliarlo, non si può escludere che l'affermazione fosse originariamente posta a conclusione di un più ampio e articolato discorso relativo al caso in cui sussistessero *aliae causae appellationis* rispetto al-

⁶³ In tal senso R. ORESTANO, *L'appello*, cit. p. 252 ss., il quale non esclude che tra le *sacrae constitutiones* menzionate da Macro si possa ricomprendere un rescritto di Severo Alessandro (C. 4.31.6=C. 5.21.1, *Imp. Alexander A. Polydeuca*) e che anche all'interno dell'*ordo*, uno stesso giudice potesse essere chiamato a decidere di due controversie tra le medesime parti per reciproche pretese: anzi richiama Quint. *inst.* 3.10, per ipotizzare che sia le parti sia il pretore spingessero in tal direzione, al fine di garantire una più completa cognizione dei rapporti da parte del giudice e una più solerte conclusione dei due giudizi. Conclude, pertanto, che, sia pure a causa nelle difficoltà interpretative dovute al tenore testuale, il frammento di Macro non possa riferirsi alla sola procedura *extra ordinem*.

⁶⁴ C. APPLETON, *Histoire de la compensation*, cit., p. 249; S. SOLAZZI, *La compensazione*, cit., p. 107 e nt. 29; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (III)*, cit., p. 314 e nt. 16.

la prima sentenza: in tal caso, proprio in considerazione di esse, Macro avrebbe consigliato di proporre appello⁶⁵.

4. Una volta ipotizzato che in D. 49.8.1 Macro prenda le mosse da una regola introdotta con un rescritto, si trova un'ulteriore conferma della centralità dell'attività normativa imperiale nel *de appellationibus*: il giurista, infatti, avverte la necessità di armonizzare un corpo di atti normativi che in età severiana doveva essere divenuto di dimensioni rilevanti⁶⁶, ovvero esplicitando le fattispecie rispetto alle quali un determinato principio potesse trovare applicazione. Come nel *de officio proconsulis*, così nel *de appellationibus* il riferimento alle costituzioni imperiali legittima il giurista all'uso dell'analogia⁶⁷: la disciplina prevista per il caso dell'inesistenza della sentenza viene estesa per analogia, pertanto, all'ipotesi di errore di calcolo nella sentenza, all'ipotesi di contrasto tra dispositivo della sentenza e costituzioni imperiali, e infine all'ipotesi di sentenza pronunciata in un giudizio instaurato irregolarmente, per mancata o irregolare chiamata in giudizio della parte.

Con riferimento ad ogni singola problematica Macro introduce l'affermazione del principio generale prendendo le mosse

⁶⁵ Così R. ORESTANO, *L'appello*, cit., p. 255 s., suggerisce che il testo sia stato sunteggiato e modificato a tal punto da far apparire l'affermazione un'aggiunta priva di una giustificazione logica. Non esclude, però, che la frase più che un'interpolazione possa costituire una nota marginale, penetrata nel testo, nella quale l'annotatore, in merito alla presenza di *aliae causae appellandi* relative alla prima sentenza, avesse consigliato di proporre appello; v. anche W. LITEWSKI, *Die römische Appelation in Zivilsachen (IV)*, in *RIDA*, 15, 1968, p. 157.

⁶⁶ Nel *Codex* i compilatori, oltre ai frammenti sparsi in altre sedi, hanno dedicato specificamente all'istituto dell'appello nove titoli del VII libro (dal LXII a LXX): in essi sono conservate solo undici costituzioni di età severiana, ma linguaggio di Macro (D. 49.5.4: *sacris constitutionibus vetatur*; D. 49.5.6: *mandatis cavetur*; D. 42.1.63: *saepe constitutum est*) lascia intendere che i provvedimenti imperiali emanati in materia fossero numerosi e che la loro omissione nella Compilazione potrebbe ricondursi alle riforme, che a partire dall'età diocleziana modificarono sensibilmente la procedura d'appello determinando l'abrogazione delle norme precedenti.

⁶⁷ Un indizio in tal senso è fornito dalla presenza dell'avverbio *item*; v. *supra*, nt. 36.

dalla norma imperiale, ovvero richiamando a conferma e fondamento del principio affermato un provvedimento o, talvolta, un orientamento consolidato della cancelleria⁶⁸. Sotto questa prospettiva va considerato il significato della voce verbale *meminerimus*: essa presupporrebbe, infatti, una o più precedenti risposte di analogo contenuto dispositivo⁶⁹.

⁶⁸ In D. 42.1.63, *Macer 2 de app.*, il principio dell'irrelevanza della sentenza rispetto a terzi è introdotto dall'espressione *saepe constitutum est*, in altri casi il principio da seguire per un particolare aspetto procedurale è affermato in apertura, talvolta introdotto con formulazioni autoritative (*sciendum est, illud sciendum est*) mentre in chiusura di frammento compare il riferimento a uno o più atti normativi imperiali (D. 49.5.6; D. 49.1.9). Anche in D. 2.8.15, Macro originariamente doveva far esplicito riferimento al provvedimento imperiale in materia di *cautiones* dovute dall'appellante, riferimento che può essere stato soppresso dai compilatori, in considerazione del fatto che a seguito della riforma diocleziana non era più richiesta alcuna *cautio*; per ulteriori dettagli, v. S. ALESSANDRI, *Aemilius Macer*, cit., p. 124.

⁶⁹ Ancora una volta può risultare utile il confronto con Plin. *ep.* 10.32(41): anche in questo caso, plausibilmente, la voce verbale *meminerimus* costituirebbe indizio del fatto che Traiano sarebbe già stato consultato su di una medesima questione da Plinio; v. K.M. COLEMAN, *Bureaucratic Language*, cit., p. 201 s.; F. ARCARIA, «*Cognoscere, iudicare, promere et exercere iustitiam*». *Princeps, giudici e iustitia in Plinio il giovane*, Napoli, 2019, p. 9 s., che giungono alla medesima conclusione focalizzando, però, l'attenzione sull'approccio indiretto della richiesta di Plinio, cfr. Plin. *ep.* 10. 31(40).1, *C. Plinius Traiano imperatori: Salva magnitudine tua, descendas oportet ad meas curas, cum mihi dederis referendi ad te, de quibus dubito*.

SERGIO ALESSANDRI, Appello e attività normativa del principe. D. 49.8.1, *Macer 2 de appellationibus*

Come la procedura della *cognitio extra ordinem* è il risultato della prassi o di specifici interventi imperiali che disciplinano singoli aspetti procedurali, così deve essersi sviluppato l'appello, che successivamente conosce una progressiva regolamentazione. Una rilettura di D. 49.8.1 consente di affermare che anche la disciplina prevista per il caso dell'inesistenza della sentenza è stata introdotta attraverso rescritti imperiali.

Parole chiave: Macro, appello, costituzioni imperiali, inesistenza della sentenza.

SERGIO ALESSANDRI, Appeal and regulatory activity of the prince. D. 49.8.1, *Macer 2 de appellationibus*

Just as the procedure of *cognitio extra ordinem* is the result of praxis or of specific imperial rules which order individual procedural aspects, so the appeal must have developed, which subsequently knows a progressive regulation. A new reading of D. 49.8.1 allows us to assume that also the discipline of the non-existence of the sentence was introduced by imperial rescripts.

Key words: Macer, appeal, imperial constitutions, non-existence of the sentence.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 2 2023

Sergio ALESSANDRÌ, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Fabio BOTTA, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Cagliari

Filippo VARI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Europea di Roma

Antonio ALBANESE, Professore associato confermato di Diritto privato, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

Giancarlo CAPORALI, Professore associato di Diritto pubblico e delle istituzioni territoriali, Università degli Studi di Macerata

Giuseppina DE GIUDICI, Professoressa associata di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Cagliari

Maurilio FELICI, Professore associato di Diritto romano e diritti dell'antichità, Libera Università Maria Santissima Assunta (Lumsa), sede di Palermo

Sara GALEOTTI, Professoressa associata di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi Roma Tre

Domenico BILOTTI, Ricercatore di Diritto canonico e diritto ecclesiastico, Università degli Studi *Magna Græcia* di Catanzaro

Luisa BORGIA, Docente di Bioetica, Università Politecnica delle Marche, Presidente del Comitato Sammarinese di Bioetica e membro dello *Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health* (CDBIO) nel Consiglio d'Europa

Dario SANDONÀ, Dottorando di ricerca in Diritto canonico e diritto ecclesiastico, Università degli Studi di Padova

Luca PASSARINI, Dottore in Giurisprudenza, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna

INDICE DEL FASCICOLO 2 2023

<i>Sergio Alessandrì</i> , Appello e attività normativa del principe. D. 49.8.1, <i>Macer 2 de appellationibus</i>	571
<i>Fabio Botta</i> , Ancora in tema di <i>causae accusationis</i> e <i>calumnia</i> nel processo per <i>quaestiones</i>	595
<i>Filippo Vari</i> , A proposito della scomparsa (del progetto costituzionale di promozione) della famiglia	623
<i>Antonio Albanese</i> , Nullità dell'atto e conservazione del fatto nelle successioni <i>mortis causa</i> e nel diritto di famiglia	643
<i>Giancarlo Caporali</i> , Quale democrazia? Scioglimento delle Camere, Presidente della Repubblica e sovranità popolare	689
<i>Giuseppina De Giudici</i> , La legge accomodata. Il codice civile albertino e le «speciali condizioni» della Sardegna	789
<i>Maurilio Felici</i> , Appunti sul vocabolario dei giuristi romani: l'uso di <i>salubritas</i> tra contesti urbani e rurali	815
<i>Sara Galeotti</i> , Perdita del carico e diritto al nolo: considerazioni in tema di ' <i>locatio mercium vehendarum</i> '	831
<i>Domenico Bilotti</i> , Il diritto canonico tra ordine oggettivo e autonomia della coscienza. Riflessioni a margine di una recente lettura	855
<i>Luisa Borgia</i> , I diritti umani oltre la malattia: i sopravvissuti al cancro e il diritto all'oblio oncologico	891
<i>Dario Sandonà</i> , Dalla <i>notitia de delicto</i> all'indagine previa. Note a margine del <i>Vademecum</i> su alcuni punti di procedura nel trattamento dei casi di abuso sessuale di minori commessi da chierici	915
<i>Luca Passarini</i> , Il vincolo di destinazione d'uso del bene culturale a tutela di beni materiali e immateriali: nota all'Adunanza Plenaria 5/2023	957

ARCHIVIO GIURIDICO ONLINE

Filippo Serafini

APPENDICE SEMESTRALE OPEN ACCESS

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

Archivio giuridico Filippo Serafini online è numero speciale della Rivista *Archivio giuridico Filippo Serafini* (ISSN: 0391-5646) per la pubblicazione *open access* di contributi. Tale modalità, come noto, risponde agli *standards* internazionali in ordine all'accessibilità e alla diffusione dei risultati della ricerca scientifica.

Dopo avere superato la procedura di revisione *double-blind peer review*, gli articoli accettati sono pubblicati *in progress*. La pubblicazione definitiva avviene con la fascicolazione semestrale della versione telematica.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Le opinioni espresse negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze sociali e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; Scopus.

