

CEDAM

RIVISTA DI  
**DIRITTO PROCESSUALE**

FONDATA NEL 1924 DA  
**G. CHIOVENDA, F. CARNELUTTI e P. CALAMANDREI**

GIÀ DIRETTA DA  
**E.T. LIEBMAN, G. TARZIA e E.F. RICCI**

DIRETTORI

**C. PUNZI e B. CAVALLONE**

COMITATO DI DIREZIONE

**M. ACONE - G. BONGIORNO**

**V. COLESANTI - L.P. COMOGLIO**

**C. CONSOLO - G. COSTANTINO**

**C. FERRI - R.E. KOSTORIS**

**S. LA CHINA - S. MENCHINI**

**G. MONTELEONE - R. ORIANI**

**N. PICARDI - A. SALETTI**

**B. SASSANI - F. TOMMASEO**

**N. TROCKER - R. VACCARELLA**

**Luglio-Ottobre**  
**2016**

[edicolaprofessionale.com/RDP](http://edicolaprofessionale.com/RDP)



Wolters Kluwer

## I RIMEDI CONTRO L'INGIUSTIZIA DELLA SENTENZA NEL DIRITTO ROMANO (1)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La struttura del processo romano. – 3. *La in integrum restitutio*. – 4. *La infitatio* e la *revocatio in duplum*. – 5. L'azione contro il giudice *qui litem suam fecerit*. – 6. *La intercessio*. – 7. *La intercessio* come impugnazione. – 8. Rapporti tra *intercessio* e appello. – 9. Sviluppo e caratteristiche dell'appello. – 10. L'appello come strumento per fare valere sia l'ingiustizia che i vizi della sentenza. – 11. Conclusioni.

1. – L'Autore, che viene onorato con questa raccolta di scritti, ha dedicato pagine indimenticabili allo studio del ruolo e della responsabilità del giudice, con grande attenzione all'evoluzione storica ed ai suoi riflessi sugli istituti vigenti.

Da qui la scelta di dedicargli uno studio, che intende approfondire e inquadrare in modo sistematico la nascita dell'appello nel diritto romano, un istituto che presenta risvolti di stringente attualità, a causa dei numerosi, immeritati attacchi ai quali viene sottoposto e che hanno indotto, addirittura, a proporre la sua abolizione.

L'argomento prescelto è stato definito dal Picardi «il più antico e diffuso strumento di revisione della sentenza» e, secondo l'A., risponde all'esigenza, da un lato, di offrire maggiori garanzie alle parti e, dall'altro, di ripartire la responsabilità del giudizio tra più organi (2).

La disamina storica mette pure in evidenza che l'appello è collegato ad altri temi di grande importanza, che sono stati trattati con maestria dal Picardi: segnatamente, la responsabilità civile del magistrato, nonché il ruolo del giudice nell'ordinamento giuridico (3), temi che meriterebbero un autonomo approfondimento e che in questo scritto saranno soltanto accennati.

2. – In origine la struttura del processo era tale da escludere forme di controllo interno tanto che è stato autorevolmente affermato che nella Roma antica «ciascun magistrato era sovrano nel suo grado» (4); ma vedremo tra poco che, a ben guardare, vi erano numerosi strumenti che consentivano di attaccare o di annullare la sentenza.

---

(1) Il presente articolo è destinato agli Scritti in onore di Nicola Picardi.

(2) N. Picardi, *Manuale del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2010, 406 s.

(3) I richiami appaiono superflui: valga ricordare, per tutti, N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in questa *Rivista* 2007, 283, ed ivi ampi richiami ai precedenti scritti dello stesso Autore.

(4) L. Mortara, voce *Appello civile*, in *Dig. it.*, III, 2, Torino 1890, 381.

Il processo *per legis actiones* e il processo formulare (che iniziò a svilupparsi nel III secolo a.C.) erano suddivisi in due fasi: *in iure* e *apud iudicem*<sup>(5)</sup>. La prima si svolgeva davanti al magistrato che, a fare data dal 367 a.C., in virtù delle *leges Liciniaie Sextiae*, era il pretore, salve competenze minori di altri magistrati.

Al termine della fase *in iure*, il pretore nominava il *iudex* o *arbiter*, un soggetto privato che di solito era scelto dalle stesse parti all'interno di un'apposita lista. Questa prima fase si concludeva con la *litis contestatio* ed era caratterizzata da un notevole formalismo: in essa veniva individuata l'azione proposta dall'attore<sup>(6)</sup>. Nella seconda fase, venivano raccolte le prove e, all'esito, il giudice emetteva la decisione.

Nel sistema dell'*ordo iudiciorum privatorum*, che comprendeva sia il processo *per legis actiones* che il processo formulare, la decisione veniva pronunciata dal *iudex privatus* ed acquistava, per il solo fatto della pronuncia, la forza di cosa giudicata<sup>(7)</sup>.

Non mancavano, però, accorgimenti diretti a ridurre il rischio di abusi da parte dei decidenti: un primo importante limite ai poteri del magistrato era costituito dalla durata annuale della carica, che riduceva il rischio di arbitri da parte del singolo magistrato<sup>(8)</sup>, il quale, al termine del mandato, poteva essere chiamato a rispondere del suo operato<sup>(9)</sup>.

Altra importante garanzia era costituita dal fatto che il pretore, come gli altri magistrati, doveva pubblicare in un apposito editto, all'inizio di ogni anno di carica, i principi e le regole che avrebbe applicato nelle materie che rientravano nella sfera delle sue competenze<sup>(10)</sup>.

<sup>(5)</sup> Per richiami M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, vol. I, 1984, 82 ss.

<sup>(6)</sup> S. Satta, *Il formalismo nel processo*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, 46, ricorda l'episodio, richiamato da Gaio (*Institutiones*, 4.11), dell'attore che perse la causa per avere usato le parole *vitibus succissis*, invece di *arboribus succissis*.

<sup>(7)</sup> R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1966 (ristampa della 2<sup>a</sup> ed. del 1953), 97. Come è noto, con riguardo al processo *per legis actiones* e a quello formulare si suole parlare di *ordo iudiciorum privatorum* perché la sentenza veniva emessa da un giudice privato.

<sup>(8)</sup> L. Mortara, voce *Appello civile*, cit., 382; L. Chiazzese, *Introduzione allo studio del diritto romano privato*, Roma 1931, 141.

<sup>(9)</sup> T. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. V, Parigi 1896, 390.

<sup>(10)</sup> P. De Francisci, voce *Editto*, in *Enc. it.*, vol. XIII, Roma 1932, 476, ricorda che, a fronte dell'editto pubblicato all'inizio di ogni anno, detto *edictum perpetuum*, vi erano editti che il pretore poteva emanare per il singolo caso, *prout res incidit*, che gli studiosi designano col termine di *edicta repentina*. Una *lex Cornelia* del 67 a.C. stabilì espressamente che i pretori dovessero seguire i loro editti perpetui, affinché l'editto costituisse una reale garanzia per i cittadini. L'incarico di riordinare il diritto pretorio fu affidato dall'imperatore Adriano al giurista Salvo Giuliano intorno al 130 d.C.: L. Chiazzese, *Introduzione allo studio*, cit., 150.

Vi erano inoltre altri diversi rimedi, che potevano condurre alla revoca della sentenza o comunque potevano paralizzarne gli effetti. Questi rimedi non vennero subito soppiantati dall'appello e in maggior parte restarono attivi per tutto il corso del principato (che contrassegnò il periodo compreso tra il primo secolo a.C. e il terzo secolo d.C.); alcuni di essi continuarono ad operare anche successivamente.

3. – Un primo strumento, che l'*Edictum perpetuum* attribuiva alle parti per ottenere la dichiarazione di nullità della sentenza, era la *in integrum restitutio*, istituto di diritto pretorio, che veniva concesso dal magistrato nel caso di iniquità della sentenza. La *in integrum restitutio* era regolata nella parte preliminare dell'editto, relativa all'introduzione del processo, in quanto si estrinsecava nella restituzione o nella *denegatio* di un'azione. L'istituto era basato sulla finzione che non si era verificato un certo fatto, come la scadenza di un termine o la *litis contestatio* <sup>(11)</sup>. Nel tempo, si svilupparono una serie di ipotesi elencate dall'editto, che consentivano di chiedere al pretore la *in integrum restitutio*.

Il rimedio in questo modo perse le caratteristiche originarie di concessione da parte del pretore: mediante l'editto, la *in integrum restitutio* veniva regolata dal magistrato come autonoma forma di tutela. Il rimedio poteva trovare applicazione in molte ipotesi: ad esempio nel caso di sentenza dovuta ad assenza della parte, o a violenza sul giudice o su una delle parti o a falsità di testimonianze o documenti <sup>(12)</sup>. Attraverso questo strumento era pure possibile ottenere la riduzione di condanne eccessive o sollevare per la prima volta eccezioni, che non erano state proposte nella fase *in iure* <sup>(13)</sup>.

La *in integrum restitutio* travolgeva sia la *litis contestatio* che la eventuale sentenza emessa dal giudice.

Da quanto esposto agevole dedurre che l'ambito di applicazione di questo rimedio era molto vasto: da un lato, consentiva di attaccare sen-

<sup>(11)</sup> Era quindi una azione c.d. fittizia: G. Grosso, voce *Restitutio in integrum*, in *Enc. it.*, Roma 1936, vol. XXIX, 137.

<sup>(12)</sup> R. Orestano, *L'appello civile*, cit., 111; Cicerone, *Pro Flacco*, 21.49.

<sup>(13)</sup> Segnatamente, il rimedio *de lite restituenda* consentiva pure di ottenere la riduzione di condanne eccessive e di proporre per la prima volta eccezione perentorie, che non erano state rappresentate nel precedente giudizio: O. Lenel, *Das 'Edictum Perpetuum perpetuum'*. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3<sup>a</sup> ed., Lipsia 1927, 124 ss. V. pure Gaio, 4, 57 e 125: «*reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio*» e «*Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia*».

tenze formalmente corrette, ma affette da vizi che potremmo definire revocatori; da un altro lato, invece, apriva la strada per un riesame del merito diretto a rimediare alla iniquità della decisione.

4. – Altro istituto che veniva in soccorso della parte pregiudicata dalla decisione era la *infittatio*, che poteva essere utilizzata dalla parte condannata per negare la stessa esistenza della *obligatio iudicati*.

Per inquadrare questo istituto, va ricordato che il processo romano *per legis actiones* non conosceva un procedimento esecutivo in senso proprio; per la soddisfazione coattiva dei propri diritti la parte vittoriosa doveva iniziare una nuova azione, detta *legis actio per manus iniectioem*.

Il creditore, che aveva ottenuto la condanna del debitore, doveva quindi convenire nuovamente il debitore, detto *iudicatus*, davanti al magistrato. Il debitore poteva resistere indicando un *vindex*, che lo avrebbe sottratto alla *manus iniectio* e, in caso di soccombenza, avrebbe dovuto pagare il doppio<sup>(14)</sup>. Nel processo formulare, l'azione esecutiva ha preso il nome di *actio iudicati* e l'*infittatio* poteva essere sollevata dallo stesso debitore, che era stato convenuto. Nel caso di soccombenza, restava l'obbligo di pagare il doppio<sup>(15)</sup>.

Non sembra che questo rimedio fosse molto frequente e si ritiene che potesse essere utilizzato soltanto per negare la sussistenza dell'*obligatio iudicati*, ovvero per sostenere che l'obbligazione si era estinta o non era mai sorta a causa della nullità della sentenza<sup>(16)</sup>. Nel diritto romano la

---

(14) Nel testo viene descritto il meccanismo della *manus iniectio iudicati*, diretta ad eseguire un giudicato. Al *iudicatus* era parificato il *confessus*. Nello stesso modo era regolata la *manus iniectio pro iudicato*, che poteva essere esperita in alcune situazioni in cui il credito era riconosciuto *a priori* dalla legge come certo. Vi era pure una *manus iniectio pura*, in casi stabiliti dalla legge: nella *manus iniectio pura* al *damnatus* era consentito difendersi da solo, senza nominare un *vindex* («*reo licebat manum sibi depellere et pro se lege agere*»: Gaio, *Institutiones*, 4.24). Con la *lex Vallia* (di data incerta) anche nelle altre ipotesi di *manus iniectio* fu consentito al convenuto di resistere da solo, senza nominare un *vindex*: M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, cit., 92. Come è noto, la *manus iniectio* consentiva al creditore di condurre il debitore in catene e, dopo il decorso di sessanta giorni, se il debito non era stato estinto il debitore poteva essere venduto come schiavo al mercato. Se nessuno lo acquistava, il creditore poteva venderlo *trans Tiberim* ovvero metterlo a morte: sull'azione esecutiva nel diritto romano e sulla partecipazione di altri creditori sia consentito rinviare a S. Ziino, *Esecuzione forzata e concorso dei creditori*, Palermo 2004, 36 ss.

(15) Il termine *infittatio* può essere tradotto come contestazione o disconoscimento. Sul pagamento del *duplum*, v. per tutti O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 203 ss. e 553. In casi eccezionali non era previsto il pagamento del doppio e si parla di *actio iudicati in simplum*: R. Orestano, *op. cit.*, 101.

(16) M. Marrone, *op. cit.*, 134; L. Orestano, *op. cit.*, 102.

sentenza, pur se nulla, era materialmente esistente e non era suscettibile di sanatoria<sup>(17)</sup>: i vizi della sentenza potevano essere fatti valere attraverso la *infinitatio*, che consisteva nel negare la stessa esistenza del giudicato<sup>(18)</sup>.

Questo rimedio paralizzava l'azione esecutiva e rimuoveva la sentenza, ma non consentiva un riesame nel merito. Inoltre era una misura di carattere meramente difensivo, che il soccombente poteva utilizzare solamente quando fosse stato convenuto nell'azione esecutiva<sup>(19)</sup>.

La *revocatio in duplum* era invece una vera e propria azione, che aveva lo scopo di rimuovere la sentenza nulla. Su questo istituto però abbiamo pochi dati<sup>(20)</sup>: si sa che era diretto ad attaccare la sentenza e il rigetto comportava l'obbligo di pagare il doppio a titolo di pena<sup>(21)</sup>. Esso era utilizzabile nel processo formulare per fare dichiarare la nullità della sentenza, anche dopo che il soccombente aveva adempiuto, in modo da consentirgli di proporre la *condictio indebiti*<sup>(22)</sup>. Utilizzando categorie moderne, la *revocatio in duplum* potrebbe essere considerata un'azione di accertamento negativo, diretta a rimuovere la sentenza a causa dei suoi vizi<sup>(23)</sup>.

5. – Altro istituto diretto a garantire le parti dagli abusi e dagli errori dell'organo decidente era l'azione contro il giudice, o *arbitrator*, il soggetto privato che era chiamato ad emettere la decisione finale all'esito della fase denominata *apud iudicem*: si tratta della azione contro il «*iudex qui litem suam fecerit*».

<sup>(17)</sup> P. Calamandrei, *La Cassazione civile.*, vol. I, *Storia e legislazione*, Torino 1920, 17, nonché R. Orestano, *op. cit.*, 99 ss. e 269 ss.

<sup>(18)</sup> G. Bongiorno, *Il regolamento di competenza*, Milano 1970, 16.

<sup>(19)</sup> L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano 1961, vol. I, 20; R. Orestano, *op. cit.*, 104.

<sup>(20)</sup> R. Orestano, *op. cit.*, 105, nt. 21.

<sup>(21)</sup> F. Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg 1889, 151 ss. Cfr. pure R. Pound, *Appellate procedure in civil cases*, Boston 1941, 7.

<sup>(22)</sup> F. Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, cit., 171. *Contra*, R. Pound, *op. loc. cit.*, il quale, richiamando *Dig.*, XVII, I, 29, 5, ritiene che per sottrarsi all'obbligo di pagare il *duplum* la parte condannata non poteva pagare e poi agire in ripetizione. Nel senso che questo rimedio sarebbe successivo all'*ordo iudiciorum privatorum*, v. B. Biondi, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. IV, Milano 1930, 91 ss. A favore della vigenza del rimedio nell'*ordo*, anche se danno atto dell'opposto orientamento, R. Orestano, *op. cit.*, 106 ss., e L. Raggi, *op. cit.*, 66 ss.

<sup>(23)</sup> In questo senso, P. Calamandrei, *op. cit.*, 23 ss., che richiama un passo del *Libro secundo de appellationibus*, D. XXXIX, 8, 1 pr., che in casi di vizi della sentenza afferma «*licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit*».

Questo istituto va inquadrato nel complesso dei rimedi a disposizione della parte, che riteneva di essere stata lesa da una decisione ingiusta: come erano previsti specifici rimedi contro il magistrato incaricato della fase *in iure*, allo stesso modo non si poteva lasciare la parte priva di strumenti di reazione contro l'operato del *iudex privatum* <sup>(24)</sup>.

In questa sede si darà conto esclusivamente della responsabilità risarcitoria del *iudex* nei confronti delle parti. Ma vi era pure una responsabilità penale del *iudex*, che è menzionata pure dalle XII tavole, che prevedevano gravi sanzioni a carico del giudice che avesse operato con colpa <sup>(25)</sup>. Con il processo formulare la pena fu sostituita da una azione risarcitoria in favore della parte e contro il giudice che «*litem suam fecerit*» <sup>(26)</sup>.

Per quanto riguarda l'operato del *iudex privatus*, l'origine e la funzione dell'azione contro il giudice (così in avanti indicheremo l'azione contro il *iudex qui litem suam fecerit*, senza tradurre il testo latino, il cui esatto significato appare ancora incerto) vanno compresi ed inquadrati all'interno dello schema del processo formulare. Il giudice era un cittadino privato, solitamente scelto dalle stesse parti. Contro le decisioni (o l'inerzia) del giudice, non erano previste forme di controllo di tipo gerarchico. Tuttavia l'ordinamento non poteva tollerare errori grossolani e neppure iniziative del giudice in contrasto con le istruzioni che erano state date dal pretore nella *formula* <sup>(27)</sup>.

A sostegno delle parti venne lo stesso pretore, che concesse un'azione contro il giudice. Secondo la ricostruzione del Lenel, l'editto perpetuo conteneva una sezione dedicata a questa azione, che poteva essere propo-

<sup>(24)</sup> Cfr. E. Perrot, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*, Paris 1907, 11 ss.; R. Orestano, *op. cit.*, 114 ss.; L. Mortara, voce *Appello civile*, cit., 382; R. Pound, *Appellate Procedure in Civil Cases*, cit., 7. Sull'influenza del diritto romano e in particolare della azione contro il *iudex qui litem suam fecerit* sulla legislazione successiva: J.P. Dawson, *The oracles of the law*, Ann Arbor 1968, 135 ss. E. Metzger, *Remedy of Prohibition Against Roman Judges in Civil Trials*, in *Aa.Vv., Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law*, Cambridge 2012, 177 ss. e spec. 191. Sui rapporti tra responsabilità risarcitoria professionale e responsabilità disciplinare cfr. N. Picardi, A. Giuliani, *Modelli storici della responsabilità del giudice*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano 1979, I, 526 ss. e spec. 535 ss.

<sup>(25)</sup> Aulo Gellio, *Noctes atticae*, 20.1.7, racconta che era prevista la pena capitale per il giudice corrotto. Lo stesso Aulo Gellio fu nominato giudice e racconta che dopo la nomina dovette acquistare alcuni libri per comprendere come doveva operare: cfr. *Noctes Atticae*, 14.2.

<sup>(26)</sup> G. Mac Cormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, II, 14, Berlino 1982, 3 ss.; D.N. MacCormick, *Iudex Qui Litem Suam Fecit.*, in *Acta Juridica* 1977, n. 149, 151; P.B.H. Birks, *A new Argument for a narrow View of Litem Suam Facere*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (The Legal History Review)* 1984, n. 52, 373 ss.

<sup>(27)</sup> Per tutti: D.N. MacCormick, *op. cit.*, 151.

sta «*Si iudex litem suam fecerit*»<sup>(28)</sup> ed è menzionata sia nelle *Istituzioni* di Gaio che in quelle di Giustiniano.

Le *Istituzioni* di Giustiniano trattano la obbligazione del giudice che *litem suam fecerit* tra le obbligazioni *quasi ex maleficio* (*Ist.* 4.5. pr.). L'azione contro il giudice non era collegata ad un comportamento doloso e poteva essere promossa in ipotesi, che vanno inquadrare nella semplice colpa<sup>(29)</sup>. Esempi specifici di responsabilità del giudice sono forniti da altri testi, i quali confermano che la responsabilità non era collegata al dolo e neppure al solo diniego di giustizia<sup>(30)</sup>.

Nelle *Istituzioni* di Gaio troviamo un importante accenno alle responsabilità del giudice per violazione della formula<sup>(31)</sup>. Le fonti riportano pure altri casi di responsabilità e considerano *litem suam facere* il comportamento del giudice che ometteva di presentarsi per decidere la causa ovvero ometteva di fissare la data e l'ora in cui il giudizio avrebbe dovuto proseguire se ciò determinava la perdita dell'azione<sup>(32)</sup>.

6. – È giunto il momento di esaminare un rimedio, che ha avuto grande importanza nel successivo sviluppo e che ha portato alla nascita dell'appello: l'*intercessio*. In questo caso il controllo sulla sentenza non è più rimesso al pretore, ma è attribuito ad un organo diverso e si estende agli atti emessi dal magistrato nel corso del processo.

Già dal tempo dei primi re di Roma, le fonti menzionano diversi episodi in cui le parti, dopo la decisione, si rivolgevano ad altra autorità: i tribuni<sup>(33)</sup>. Si tratta, quindi, di un istituto antichissimo, che si fonda su una importante caratteristica delle cariche nell'antica Roma: la collegialità delle magistrature<sup>(34)</sup>. Poiché le cariche erano collegiali, ciascun *magistratus* aveva il potere di porre il proprio veto agli altri *magistrati* di pari o

<sup>(28)</sup> O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 167 ss.

<sup>(29)</sup> Il richiamo alla colpa è confermato da alcuni passi del *Digesto*: Dig. 44.7.5.4 (Gaio, 3 *aur.*); Dig. 50.13.6 (Gaio, 3 *rer. cott.*).

<sup>(30)</sup> Nel senso che inizialmente la *actio* fosse prevista soltanto contro il giudice che avesse ommesso di provvedere, A. d'Ors, *Litem suam facere*, in *St. Doc. Hist. et Jur.*, XLVIII, 1982, 368.

<sup>(31)</sup> Gaio, *Institutes*, 4.52.

<sup>(32)</sup> Macrobio, *Satur.* 3.16.15; *Antinoopolis Papyrus* 1.22: su questi testi, per tutti, D.N. MacCormick, *op. cit.*, 154 ss. Per altre ipotesi di responsabilità, cfr. le *Istituzioni* di Giustiniano, 4.17, e D.N. MacCormick, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(33)</sup> Episodi di *intercessio* o *provocatio* sono ricordati da Cicerone, nel *De Republica*, II, 31 e da Tito Livio, *Ad urbe condita*, I, 26 e III, 56 (relativo al processo contro il vincitore dei Curiazi). Su questi richiami, v. G. Pisanelli, in Pisanelli, Scialoja e Mancini, *Commentario del codice di procedura civile*, cit., vol. VI, 30.

<sup>(34)</sup> T. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. I, cit., 30 ss. e 305 ss.



minore potestà ovvero, se l'atto era già stato compiuto, poteva proibire che esso producesse i suoi effetti: il verbo *intercedere* equivaleva a *prohibere, vetare, impedire* e le fonti più antiche usano promiscuamente i diversi termini <sup>(35)</sup>.

Questo potere fu attribuito, a partire dal V secolo a.C., ai tribuni della plebe, che poterono esercitarlo nei confronti di qualsiasi altro magistrato <sup>(36)</sup>.

L'*intercessio*, dunque, non era un istituto nato nel processo, ma un mezzo generalissimo diretto a evitare abusi o errori da parte dei magistrati <sup>(37)</sup>.

Condizione necessaria per l'intercessione era la richiesta di *auxilium* avanzata da parte degli interessati, che prendeva il nome di *appellatio*: se non erano *appellati*, i tribuni non potevano intervenire <sup>(38)</sup>.

Grazie a questo rimedio, le parti potevano rivolgersi ad altri *magistrati* muniti di *par potestas* o di *maior potestas* per contestare tutti gli atti compiuti dal pretore. Destinatario della richiesta di *intercessio* poteva essere un altro pretore <sup>(39)</sup>, ovvero altro *magistratus* munito di *maior potestas* e le fonti richiamano numerosi episodi in cui questo istituto era stato utilizzato nel corso di processi civili, a partire dal 380 a. Cr. <sup>(40)</sup>.

La *intercessio* poteva essere richiesta sia dall'attore che dal convenuto. Vi sono testimonianze di *intercessio* da parte dei Consoli <sup>(41)</sup>, ovvero da

<sup>(35)</sup> Il termine *intercessio*, a differenza degli altri, evidenzia un aspetto fisico e richiama, secondo la sua etimologia, il mettersi in mezzo, il frapporsi del tribuno della plebe, con la sua persona, tra il magistrato e il cittadino che aveva invocato il suo aiuto.

<sup>(36)</sup> U. Coli, voce *Intercessio*, in *Nov. dig. it.*, vol. VIII, Torino 1962, 788, ritiene che la intercessione dei tribuni della plebe, che per i romani era la *intercessio* per eccellenza, non fosse ricollegata alla *par maiorve potestas*, ma si spiega piuttosto con la natura di *potestas sacro sancta* del potere del tribuno: si trattava di una *summa coercendi potestas*. La *intercessio* dei tribuni della plebe verrà meno con la perdita di potere dei tribuni, a decorrere dalla dittatura di Cesare e verrà definitivamente meno nel I secolo dopo Cristo. Sul punto v. pure F. Fabbrini, voce *Tribuni plebis*, in *Novissimo dig. it.*, XIX, Torino 1973, 792 e 812 ss.

<sup>(37)</sup> Così R. Orestano, *L'appello civile*, cit., 82.

<sup>(38)</sup> U. Coli, *op. cit.*, 789.

<sup>(39)</sup> I pretori esercitavano normalmente le loro prerogative in modo individuale: si è quindi dubitato che si trattasse di un organo collegiale. Tuttavia i pretori erano più di uno (il loro numero è variato nel tempo) e le fonti dimostrano che vigeva il principio secondo il quale un pretore poteva esercitare l'*intercessio* nei confronti dei colleghi: cfr. P. De Francisci, voce *Intercessione*, in *Enc. it.*, vol. XIX, Roma 1933, 373.

<sup>(40)</sup> T. Mommsen, *op. cit.*, 313 ss.; F. Fabbrini, *op. cit.*, 792.

<sup>(41)</sup> La intercessione dei consoli nei confronti del pretore verrà meno nel corso degli anni: E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, vol. II, Bologna 1927, 31; U. Coli, *op. cit.*, 787, il quale rileva che tale *intercessio* non è mai stata espressamente abrogata, ma è caduta in disuso in favore della intercessione tribunitaria.

parte di un pretore nei confronti di un altro pretore, ma le maggiori testimonianze riguardano l'intercessione tribunizia<sup>(42)</sup>.

Attraverso l'*intercessio* potevano essere paralizzati gli *interdicta* (ordini emessi dal pretore) e i provvedimenti sullo svolgimento del processo, ma si poteva pure bloccare la dazione della *formula*, per ottenere la sua modifica; si poteva impugnare il decreto che concedeva la *bonorum possessio* nei beni del defunto e si poteva bloccare la *addictio* del debitore<sup>(43)</sup>.

Il magistrato, che aveva subito la *intercessio*, doveva adeguarsi al punto di vista del magistrato intercedente<sup>(44)</sup>. L'ordinamento romano prevedeva specifiche sanzioni contro il magistrato che si opponeva alla *intercessio* e il tribuno della plebe poteva pure farlo arrestare<sup>(45)</sup>.

7. – Per la prima volta, nel caso di *intercessio* al tribuno ci troviamo di fronte ad una impugnazione: la parte può contestare un provvedimento giurisdizionale davanti ad un organo diverso. Questo strumento, inoltre, appare di straordinaria attualità, perché consentiva di impugnare anche provvedimenti che erano stati emessi nel corso del processo, senza la necessità di attendere la decisione finale: poteva operare nei confronti di tutti gli atti avvertiti come iniqui o inopportuni da parte dei cittadini, sicché in materia processuale permetteva un intenso controllo esterno sull'attività del magistrato<sup>(46)</sup>.

La presenza di questo controllo esterno – reso possibile anche dalla pubblicazione dell'editto e dall'obbligo del pretore, prescritto dalla *lex*

<sup>(42)</sup> Per richiami, oltre a T. Mommsen, *op. loc. ult. cit.*, v. R. Orestano, *op. cit.*, 83 ss. F. Fabbrini, *op. cit.*, 802; e, di recente, S. Sciortino, 'Denegare actionem', *decretum e intercessio*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo*, vol. LV, Torino 2012, 659 ss. e spec. 663, il quale segnala che la *intercessio* nei confronti del pretore urbano poteva essere esercitata dal pretore peregrino.

<sup>(43)</sup> Cicerone, *Pro Tullio*, 38, ove si ricorda che Marco Tullio aveva chiesto al pretore di aggiungere nella formula la parola *iniuria* e in seguito al rifiuto decise «*tribunos pl(ebis) appellare*» per fare valere la *praetoris iniquitatem*.

<sup>(44)</sup> In questo senso, tra gli altri, S. Sciortino, *op. cit.*, 699; L. Wenger, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano 1938, 209 ss. Secondo R. Orestano, *op. cit.*, 86, la *intercessio* poteva avere invece soltanto un effetto negativo. Nello stesso senso G. Olivieri, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli 1999, 12. Di contro, va segnalato che negli episodi riportati da Cicerone il pretore si era adeguato alla *intercessio* e altra parte della dottrina ha segnalato che vi era un obbligo del *magistratus* di adeguarsi all'*intercessio*: vedi *infra*,

<sup>(45)</sup> Le sanzioni erano la *prensio* e la *ductio in vincula* nonché pene pecuniarie. Per richiami ai poteri coercitivi dei tribuni e alle correlative sanzioni, T. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. I, cit., 169 ss. e 292 ss.; F. Fabbrini, *op. cit.*, 792; U. Coli, *op. cit.*, 788; A. Sacchi, voce *Tribuno della plebe*, in *Dig. it.*, vol. XXIII, Torino 1917, 677.

<sup>(46)</sup> In questo senso v. pure S. Sciortino, *op. cit.*, 703.

*Cornelia*, di conformarsi all'editto – conferma che l'ordinamento romano avvertiva con forza la necessità di prevedere forme di riesame dei provvedimenti del magistrato anche nel corso del processo, senza la necessità di attendere la sua conclusione.

La decisione sulla richiesta di *intercessio*, a sua volta, dava vita ad un autonomo procedimento: la successiva decisione poteva essere emessa da un solo tribuno, ovvero dai tribuni riuniti, che operavano in contraddittorio, dopo avere sentito le parti e il loro avvocato, nonché il magistrato che aveva emesso il provvedimento<sup>(47)</sup>. Se vi erano ragioni di opportunità, i tribuni potevano motivare la loro decisione.

Proprio per la sua funzione di garanzia per le parti e come argine ai possibili abusi, argine costituito anche dal solo fatto che i provvedimenti del magistrato potevano essere oggetto di riesame, la *intercessio* era considerata uno strumento fondamentale per un corretto funzionamento del processo, come emerge da alcuni passaggi delle orazioni di Cicerone contro Verre, che era stato propretore in Sicilia dal 73 al 71 a. Cr. ed era stato accusato di concussione (*de pecuniis repetundis*).

In un passaggio delle sue orazioni *in Verrem*, nel 70 a. Cr., Cicerone sottolinea che Verre aveva potuto abusare del suo potere approfittando del fatto che contro gli atti da lui emessi come pretore della provincia siciliana non era consentita la *intercessio*<sup>(48)</sup>. Ed infatti, il propretore in Sicilia era un magistrato monocratico posto a capo di una provincia: tale organo non era soggetto alla *intercessio* di un collega e neppure a quella dei tribuni della plebe, per ragioni territoriali.

A causa della mancanza di strumenti di impugnazione, Verre poteva abusare dei suoi poteri e, in particolare, poteva nominare giudici iniqui e predisporre formule errate<sup>(49)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> Sul contraddittorio in questa fase, v. F. Fabbrini, *op. cit.*, 802, G. Pisanelli, *op. cit.*, 31, e L. Mortara, voce *Appello civile*, cit., 384.

<sup>(48)</sup> *In Verrem*, 2.2.12.30.: “*Dubium nemini est quin omnes omnium pecuniae positae sint in eorum potestate qui iudicia dant, et eorum qui iudicant, quin nemo vestrum possit aedis suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam vestrum petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det quem velit iudicem, iudex nequam et levis quod praetor iusserit iudicet*”.

<sup>(49)</sup> Cfr. M. Genovese, «*Qui cives Romani erant, si Siculi essent... qui Siculi, si cives Romani essent*» (*Cic. Verr.* 2.2.12.31): *nuovi spunti interpretativi e riflessi sulla valutazione dell'esercizio della iurisdictio nel corso della praetura Siciliensis di Verre*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. II, Milano 2009, 228, testo e nt. 29, ed ivi richiami, nonché E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, cit., 33, il quale osserva che in questo brano la «*datio iudicis* fatta dal magistrato, di proprio arbitrio (...) è additata come esempio di illecito esorbitante».

8. – L'istituto dell'appello si sviluppa durante l'età del principato nell'ambito della *cognitio extra ordinem*. Tuttavia non si può ignorare l'esistenza di un forte collegamento tra appello ed *intercessio*, pur nella consapevolezza che il tema relativo ai rapporti tra i due istituti costituisce oggetto di un vivace dibattito in dottrina.

La dottrina tradizionale, che faceva capo a Savigny<sup>(50)</sup> e a Mommsen<sup>(51)</sup>, riportava le origini dell'appello nell'età del principato alla *intercessio*, che era manifestazione dei poteri propri dei tribuni della plebe. In effetti, nell'età del principato la *tribunicia potestas* (che era considerata una *sacrosanctas potestas*) diviene una prerogativa del *princeps*: si assiste in pochi decenni al tramonto dei tribuni della plebe e le loro attribuzioni vengono assorbite dal *princeps*, che rafforza i suoi poteri attraendo a sé la potestà dei tribuni<sup>(52)</sup>.

Studi successivi, in particolare di Orestano, hanno invece sottolineato la novità dell'istituto dell'appello rispetto ai precedenti istituti ed hanno ricollegato il potere di riformare le decisioni di primo grado all'*imperium* del *princeps*, che nella *cognitio extra ordinem* può esercitare le sue prerogative sui funzionari di grado inferiore<sup>(53)</sup>. Non è questa la sede per affrontare la complessa disputa e per risolvere la contrapposizione tra le due teorie. Quel che va sottolineato è che vi sono forti momenti di conti-

<sup>(50)</sup> F.K. Von Savigny, *System des heutigen Roemischen Recht*, vol. VI, appendice XV, Berlino 1847, 495 ss., ritiene la *appellatio* derivi *appellatio* ai tribuni: la invocazione dei tribuni aveva infatti il nome di *appellatio*. Nello scritto sopra richiamato il Savigny riporta molti passi che confermano l'uso promiscuo dei termini *appellatio* e *provocatio*.

<sup>(51)</sup> T. Mommsen, *Le droit pénal romain*, vol. I, Parigi 1907, 305, in nt. 1, il quale sviluppa il pensiero di Savigny e rileva che l'*ordo iudiciarius* del principe è stato fondato dopo la battaglia di Azio (2 settembre 31 a.C.), quando il Senato ha esteso ai territori extraurbani i poteri dei tribuni, che già in precedenza erano stati conferiti al principe. Il potere del principe di decidere gli appelli andrebbe quindi ricollegato alla potestà dei tribuni e per questa ragione viene indicato, tra le prerogative imperiali, come *tribunicia potestas*. La derivazione storica dell'appello all'imperatore dalla potestà dei tribuni troverebbe conferma nel termine di due o tre giorni per proporre appello all'imperatore, che deriva dal termine di tre giorni che era previsto per rivolgersi ai tribuni. Nello stesso tempo, al principe è stato pure conferito, in aggiunta al potere di annullare le decisioni, quello di giudicare: in questo modo è stato introdotto un riesame nel merito. Per ulteriori spunti, in questo senso, T. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. V, cit., 269; Id., *Histoire romaine*, vol. VIII, Parigi 1872, 89. Sui collegamenti tra appello e *auctoritas* del principe v. pure L. Fanizza, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma 2004, 50 ss.

<sup>(52)</sup> Cesare nel 45 a.C. viene dichiarato *sacrosanctus*, prerogativa che in precedenza spettava esclusivamente ai tribuni. Nel 36 a.C. Ottaviano assume la *tribunicia potestas* (anche se limitatamente ad alcune prerogative) e nel 30 a.C. accetta il conferimento della *tribunicia potestas* a vita: F. Fabbrini, *op. cit.*, 816.

<sup>(53)</sup> Anche per richiami, R. Orestano, *L'appello civile*, cit., *passim* e spec. 166 ss.; nonché Id., voce *Appello civile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 708 ss.

nuità tra i due istituti e l'appello non può essere semplicemente ricollegato alla organizzazione gerarchica propria della *cognitio extra ordinem*.

Lo studioso moderno, che esamina i due istituti a distanza di tempo, può avere la sensazione che *intercessio* ed appello siano distinti ed autonomi, ma essi vanno inquadrati nel contesto in cui sono sorti<sup>(54)</sup>.

Sotto questo profilo, il passaggio da un appello che consentiva un «veto» ad un appello che portava ad una nuova decisione può essere considerato come una forma di evoluzione sebbene, a distanza di tempo, possa sembrare che si trattasse di istituti tra loro del tutto autonomi.

Anche la diversità di presupposti del potere del *princeps*, rispetto a quelli dei tribuni, non deve indurre a trascurare la progressiva formazione degli strumenti di tutela delle parti che si erano sviluppati nei secoli. All'epoca del principato l'*intercessio* si era già affermata come importante strumento per controllare l'operato dell'organo giurisdizionale di primo grado: controllo che era sentito come costituzionalmente doveroso e necessario per evitare abusi o errori del magistrato.

La invocazione dei tribuni formò il terreno su cui si è sviluppata la *appellatio* al *princeps* e pertanto la dottrina più recente è tornata a sottolineare la continuità tra *intercessio* ed appello<sup>(55)</sup>.

<sup>(54)</sup> In questo senso, a proposito distinzione che è stata elaborata tra un appello «cassatorio», proprio della *intercessio* tribunitia, e un appello «riformatorio», da ricollegare ai (nuovi) poteri del *princeps*, L. Fanizza, *L'amministrazione della giustizia nel principato: aspetti, problemi*, Roma 1999, 14.

<sup>(55)</sup> Per i legami tra l'appello e i «correttivi repubblicani alla definitività del *iudicatum*», S. Randazzo, *Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'impero*, in Aa.Vv., *Atti del Convegno: Processo Civile e Processo Penale nella esperienza giuridica del mondo antico*, Milano 2011, 245. Sull'importanza della figura del *princeps* per lo sviluppo dell'appello e sulla possibile origine legislativa di questo potere, legata alla lettura di un brano della *Storia Romana* (51.19.5-7) di Dione Cassio, vissuto tra il secondo ed il terzo secolo d.C., che pone a fondamento dell'appello un senatoconsulto del 30 a.C., che – dopo la vittoria su Antonio – aveva attribuito ad Ottaviano Augusto, insieme ad altre prerogative, il potere di decidere gli appelli («?κκλητόν τε δικ?ζειν»), oltre a S. Randazzo, *op. cit.*, 233 ss., v. pure E. Perrot, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*, Paris 1907, 131 ss. Sulle fonti per lo studio dell'appello, oltre agli autori ivi richiamati, cfr. A.H. Greenidge, *The Greek Evidence for the Origin of the Imperial Appeal*, in *The Classical Review*, vol. VIII, No. 4 (Apr. 1894), 142 ss. ed ivi una sintesi delle posizioni che si erano delineate sui rapporti tra appello e istituti precedenti. *Contra*, per una netta frattura rispetto alla *intercessio*, R. Orestano, *L'appello civile*, cit., 88 ss., 149 ss. e 170 ss. e W. Litewski, *Die römische appellatio in Zivilsachen. (Ein Abriß)*, in ANRW, II, 14, Berlino 1982, 63 ss. e spec. 67, testo e nt. 47. Per una critica alla ricostruzione terminologica di Orestano e per la continuità tra i diversi istituti, L. Fanizza, *Autorità*, cit., 49; Id., *L'amministrazione della giustizia*, cit., 29 ss.

9. – La superiore disamina ha consentito di inquadrare l'appello all'interno di un complesso sistema, che aveva riconosciuto l'importanza di istituire diversi articolati rimedi diretti a soccorrere la parte, che era stata ingiustamente pregiudicata dalle attività del magistrato o dalla sentenza. L'origine e lo sviluppo dell'appello vanno ricondotti dal lato politico alla *auctoritas* del *princeps* e, dal lato processuale, ad un diverso sistema di risoluzione delle controversie tra privati. Segnatamente l'appello si innesta nella c.d. *cognitio extra ordinem*, cioè in quell'insieme di forme processuali nuove che si sono modellate nel corso dei primi secoli dell'impero, sin dall'età di Ottaviano Augusto (nato nel 63 a.C.).

Quando ha riconosciuto valore giuridico ai fidecommissi, Augusto ha attribuito ai consoli la competenza a conoscere i relativi giudizi e ha deciso di regolare il processo in questa materia con nuove forme<sup>(56)</sup>. Più tardi Augusto ha istituito altre *cognitiones extra ordinem* e nuovi magistrati chiamati a decidere le relative controversie, come i *praetores fideicommissarii* e il *praetor tutelarius*.

In questi processi viene eliminata la tipica separazione in due stadi del procedimento ordinario. Tutto il processo si svolge davanti al magistrato o al funzionario imperiale competente: il *iudex privatus* non vi ha più parte alcuna e non vi è più la *litis contestatio*. A cominciare da Augusto, prende anche avvio la prassi, secondo la quale il *princeps*, su richiesta degli interessati, interviene nei giudizi privati: dà pareri vincolanti (*rescripta*), ed emana sentenze (*decreta*). Il giudizio che si svolge dinanzi all'imperatore e che si conclude con una sentenza (*decretum*) dello stesso imperatore (o di un suo delegato) è *cognitio extra ordinem*.

Anche nel processo formulare inizia ad essere possibile proporre appello in forza della *auctoritas* del principe. Al riguardo va ricordato che fino all'inizio del ventesimo secolo, la dottrina escludeva che nei procedimenti disciplinati dall'*ordo iudiciorum privatorum* si potesse proporre appello al principe<sup>(57)</sup>.

Successivi studi hanno invece rinvenuto nelle fonti la conferma che l'appello era consentito pure contro le sentenze emesse dal giudice privato<sup>(58)</sup>; residuano contrasti sulle forme che, in questi casi, regolavano il

<sup>(56)</sup> M. Marrone, *Istituzioni*, vol. I, cit., 145.

<sup>(57)</sup> Cfr. T. Mommsen, *Le droit public romain*, vol. V, cit., 273 ss.

<sup>(58)</sup> E. Perrot, *L'appel dans*, cit., 55 ss. Nello stesso senso C. Sanfilippo, *Contributi esegetici alla storia dell'appellatio*, I, *Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare dell'Impero*, Spoleto 1934, 20 ss. Per ulteriori richiami, G. Olivieri, *La rimessione al primo giudice*, cit., 18. Nel senso che l'appello contro le sentenze emesse nell'*ordo iudiciorum privatorum* è divenuto istituto di carattere generale soltanto dall'età di Claudio (primo secolo

procedimento di secondo grado<sup>(59)</sup>. Sta di fatto, comunque, che in forza della sua *auctoritas* il *princeps* poteva decidere le cause civili in prima istanza o, più spesso, in grado di appello. Il *princeps* spesso veniva invocato sin dal primo grado, quale organo munito del potere di giudicare la controversia; in altre ipotesi veniva chiamato per ottenere la revisione di una sentenza già emessa. In entrambi i casi, le fonti parlano di *appellatio*<sup>(60)</sup>.

Quando veniva chiamato a riesaminare precedenti decisioni, il principe era investito della decisione della controversia: non si limitava a porre un veto contro le sentenze già emesse, ma emetteva una nuova decisione. La novità dell'appello al principe consisteva proprio in questa possibilità di una rinnovazione del giudizio, ignota agli schemi processuali dell'età repubblicana.

A causa del considerevole numero di appelli il *princeps* dovette delegare le sue funzioni dapprima al pretore urbano, poi al *praefectus urbi*<sup>(61)</sup>. Dovette inoltre circondarsi di giuristi che potevano coadiuvarlo in questa attività giurisdizionale<sup>(62)</sup>. È questo il periodo in cui la elaborazione della dottrina giuridica romana raggiunge il suo apice<sup>(63)</sup>.

L'appello, inteso come riesame integrale della decisione di primo grado, trova la sua compiuta elaborazione dottrinale all'età dei Severi alla fine del secondo secolo d. Cr., quando vengono redatte le principali opere sull'argomento, ovvero i libri *de appellationibus* di Ulpiano, Paolo, Marciano e Macro.

d.C.) v. invece I. Buti, *La 'cognitio extra ordinem': da Augusto a Diocleziano*, in ANRW, II, 14, Berlino 1982, 54, e R. Orestano, voce *Appello civile*, cit., 710, in coerenza con la tesi che vede nella *cognitio extra ordinem* (più che nella *auctoritas* del principe) il fondamento dell'appello, nonché Id., *L'appello civile in diritto romano*, cit., 133 e 177 (ove l'a. ritiene che, ai fini dell'appello, le cause dell'*ordo* venivano comunque trasportate nel campo della procedura *extra ordinem*).

<sup>(59)</sup> I. Buti, *op. loc. ult. cit.*, ritiene che l'appello contro le sentenze dei giudici privati dovesse svolgersi nelle forme del processo formulare. *Contra* E. Perrot, *op.cit.*, 151.

<sup>(60)</sup> Il caso più noto in cui il *princeps* è chiamato a giudicare in primo grado riguarda, in materia penale, il processo a San Paolo, richiamato dagli Atti degli Apostoli (25.11). L'episodio ci dice che Paolo, quale cittadino romano, chiese di essere processato a Roma dal *princeps* e questa richiesta fu formulata con le parole «*appello Cesare*», in greco «*Κα σαρα επικαλοῦμαι*», dal verbo *ἐπικαλέω*, appellare.

<sup>(61)</sup> Cfr. R. Orestano, *L'appello civile*, cit., 196 e 201; G.C. Burchardi, *Storia dello Stato del diritto romano, Recato in italiano dall'originale tedesco de P. De Conciliis*, Napoli 1858, 170; I. Buti, *op. cit.*, 55; L. Fanizza, *L'amministrazione*, cit., 7.

<sup>(62)</sup> S. Randazzo, *Doppio grado*, cit., 237, e R. Orestano, *L'appello civile*, cit., 72, ricordano che Ulpiano era un giudice di appello.

<sup>(63)</sup> Per tutti: L. Chiazzeze, *op. cit.*, 65 ss.; G.C. Burchardi, *op. cit.*, 209 ss.

10. – Sulla base di una determinata ricostruzione storica dell'appello è stata elaborata la nota distinzione tra azioni di impugnativa e mezzi di gravame, che, seppure oggetto di critiche, ha trovato ampio seguito. Appare opportuno un accenno a questo argomento, che è collegato all'ampiezza della cognizione del giudice di appello.

Come è noto, le categorie delle azioni di impugnativa e dei mezzi di gravame sono state elaborate da Calamandrei, il quale ha utilizzato come primo fondamento della sua ricostruzione il dato storico e, in particolare, la funzione dell'appello nel diritto romano<sup>(64)</sup>.

Senza volerci dilungare sul punto, valga ricordare che la premessa storica da cui parte Calamandrei è basata sulla concezione dell'appello come istituto dello *cognitio extra ordinem* diretto ad impugnare la sentenza *valida* e ad ottenere un nuovo giudizio in fatto e un diritto, presso il giudice superiore. L'appello sarebbe rimasto estraneo al rilievo di vizi formali della sentenza e sarebbe servito esclusivamente per ottenere un nuovo esame nel merito, come prosecuzione del giudizio di primo gravame. L'appello così veniva destinato alla contestazione sul contenuto di merito della decisione e le parti non potevano utilizzare questo rimedio per contestare la validità della sentenza.

La nullità, a sua volta, era la conseguenza di qualsiasi vizio di attività e a questa nullità per vizi «processuali» si aggiunse, nel periodo della *cognitio extra ordinem*, la nullità per errori sull'esistenza della norma di legge, che poteva essere fatta valere senza necessità di proporre appello<sup>(65)</sup>. Calaman-

(64) P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, vol. I, cit., 17 ss. e, per la distinzione richiamata, Id., *La Cassazione civile*, vol. II, Torino, 1920, 201 ss., ove sviluppa le premesse storiche. Sulla «grande ricostruzione storico-dogmatica» contenuta nell'opera dell'illustre a., v., senza alcuna pretesa di completezza, lo stesso P. Calamandrei, *Gli studi di diritto processuale civile nel ventennio fascista*, in *Il pensiero giuridico italiano*, vol. I, Roma 1941, 252; F. Cipriani, *La scomparsa di Carlo Lessona e La Cassazione di Piero Calamandrei (Le acrobatiche piroette di uno scolaro che non dimentica)*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 29; E. Finzi, *Recensione a Piero Calamandrei, La Cassazione Civile*, in *Arch. giur.* 1922, 109 ss., spec. 110, il quale rileva che il primo volume «è dedicato interamente alla ricerca storica. Ricerca ampia e diligentissima che si svolge per quasi ottocento pagine, ben nutrite di informazioni raccolte con nutrito senso critico»; nonché G. Franchi, *La Cassazione secondo Calamandrei. Una rilettura*, in *Quaderni Fiorentini*, vol. VII, Milano 1978, 572 ss., il quale sottolinea che «il fascino dell'opera di Calamandrei sulla Cassazione sta nell'ampia premessa storica» ed aggiunge che tale ampiezza deriva «dalla fede nella distinzione tra gravame e azione di impugnativa, e che la seconda non può intendersi senza ricordare la disapplicazione in diritto romano della sentenza affetta da un vizio tale da farla apparire come non esistente».

(65) P. Calamandrei, *La cassazione civile*, vol. I, cit., 21 ss. e 46 ss. Il tema della nullità della sentenza per contrarietà alla legge, *contra leges et constitutiones*, è tra i più controversi e si ritiene trattarsi di una innovazione introdotta dall'imperatore per rafforzare la propria autorità: anche per richiami, R. Orestano, *op. cit.*, 276 s. Il libro 49 del Digesto, conteneva



drei aggiunge che i diritti germanici, a differenza del diritto romano, non conoscevano l'istituto della nullità della sentenza. Dall'incontro tra i due diritti sarebbe nata la distinzione tra l'azione di impugnativa, di derivazione germanica, diretta a fare valere, entro un dato termine, i vizi di costruzione della sentenza, e il mezzo di gravame, ovvero l'appello, di derivazione romana, che è uno strumento per ottenere una nuova decisione dal giudice superiore, nel caso in cui la sentenza è immune da vizi<sup>(66)</sup>. Sulla base di questa ricostruzione, il mezzo di gravame sarebbe diretto ad ottenere una nuova decisione in una fase ulteriore del processo non ancora chiuso e la sentenza soggetta a gravame nasce perciò in sé non perfetta, ma come atto sottoposto alla condizione sospensiva che non sia emanata una nuova sentenza.

L'azione di impugnativa è invece diretta ad annullare, per la presenza di determinati vizi, una sentenza per sé perfetta (in quanto passata in giudicato)<sup>(67)</sup>. I mezzi di gravame sarebbero mezzi ordinari, mentre le azioni di impugnativa sarebbero mezzi straordinari di impugnazione.

In conclusione, le azioni di impugnativa e i mezzi di gravame, in ragione delle loro origini storiche differenti, avrebbero avuto diverse caratteristiche.

Nella costruzione sistematica appena ricordata, il modello del gravame è costruito intorno all'appello nel diritto romano, quale strumento diretto a fare valere l'ingiustizia della sentenza valida: in altri termini, la categoria del mezzo di gravame deriverebbe dall'appello romano, che in questo modo darebbe una legittimazione alle categorie dogmatiche azione di impugnativa/mezzi di gravame. Secondo la ricostruzione storica di Calamandrei, nel diritto romano «la nullità da una parte e l'appello dall'altra ebbero almeno in teoria campi di efficienza ben separati»<sup>(68)</sup>: segnata-

---

un capo dedicato alle sentenze che possono essere annullate senza bisogno che si interponesse appello (Dig. 49.8.0. *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*). Dopo avere ricordato il caso della sentenza emessa da chi non poteva essere giudice e il caso dell'errore di calcolo (suscettibile di correzione) il Digesto (Dig. 49.8.1.2 Macro, 2 *de appellat.*) richiamava il caso della sentenza emessa *contra sacras constitutiones*: in questo caso l'appello non era necessario. Questa ipotesi ricorreva quando il giudice aveva pronunciato *de iure constitutionis, non de iure litigatoris*: «*Contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat*». La distinzione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, richiamata da Calamandrei nei suoi volumi sulla Cassazione (v. spec., P. Calamandrei, *op. ult. cit.*, 46 ss.) avrebbe avuto molta fortuna negli anni successivi.

<sup>(66)</sup> P. Calamandrei, *La cassazione civile*, vol. II, cit., 87 ss. e 144 ss.

<sup>(67)</sup> Nell'ambito della sua ricostruzione dell'origine della cassazione, in forza di questa distinzione il ricorso in cassazione viene considerato come mera azione di impugnativa della sentenza di appello, con conseguenti limiti alla cognizione che poteva essere rimessa alla Corte di cassazione: v. pure *infra*.

<sup>(68)</sup> P. Calamandrei, *La cassazione civile*, vol. I, cit., 73: l'a. richiama però nelle pagine successive alcune «eccezioni» a questo principio, che avrebbero consentito alla parte di fare

mente, i vizi processuali, che determinavano la nullità/inesistenza della sentenza, non potevano avere accesso in appello.

Questa ricostruzione, seppure abbia trovato parziale adesione in altri studiosi della materia, non sembra avere riscontri nelle fonti. Segnatamente, se è vero che per fare valere la nullità non era necessario proporre appello, non sembra corretto affermare che vi fosse un rapporto di reciproca esclusione tra nullità ed appello. Un titolo del *Codex repetitae praelectionis* era dedicato ai casi in cui non era necessario proporre appello<sup>(69)</sup> e il Digesto, nella parte dedicata all'appello, disciplinava le sentenze che potevano essere rimosse senza bisogno di proporre appello<sup>(70)</sup>.

Tuttavia il principio secondo il quale la nullità della sentenza poteva essere fatta valere in ogni tempo, non consente di inferire che solamente una sentenza valida potesse formare oggetto di appello<sup>(71)</sup>.

Nessun elemento consente, infatti, di affermare che sussistesse un divieto per le parti di utilizzare l'appello per fare valere quelli che oggi consideriamo vizi processuali o motivi di nullità della sentenza.

I testi affermano che l'appello contro una sentenza invalida era considerato *supervacua*<sup>(72)</sup> o *superstitiosa*<sup>(73)</sup> o *sine causa*<sup>(74)</sup>; alcuni autori usano l'espressione *frusta provocare*<sup>(75)</sup>.

valere con l'appello la nullità della sentenza: cfr. Dig. 10.2.41 (Paolo, 1 *decr.*) e Dig. 37.14.24 (Paolo, 1 *imp. sent. i.C.P.*): due casi in materia di divisione ereditaria, in cui il giudice aveva provveduto oltre i suoi poteri, nonché Dig. 48.19.9.11 (Ulpiano, 10 *de off. Procons.*) relativo all'irrogazione ad un centurione di pene corporali, che per legge non potevano essere irrogate ai centurioni (brano considerato interpolato dal Calamandrei).

<sup>(69)</sup> C. 7.64: *Quando provocare necesse non est.*

<sup>(70)</sup> Dig. 49.8: *Quae sententiae sine appellatione rescinditur*: si tratta di numerosi casi: dalla sentenza frutto di errori materiali alla sentenza con oggetto impossibile. Sono inoltre comprese le sentenze affette da numerosi vizi, che sono stati elencati dalla dottrina: P. Calamandrei, *La cassazione civile*, vol. I, 21 e R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, cit., 134 ss.

<sup>(71)</sup> Così invece P. Calamandrei, *op. ult. cit.*, 13 ss. e, in espressa adesione alle sue tesi, nel senso che l'appello era lo strumento per impugnare le sentenze valide, R. Orestano, *op. ult. cit.*, 134 ss. e 269 ss., anche se l'a. sembra consentire l'uso dell'appello per fare valere la nullità, quando afferma che gli interessati cercavano di invocare la inesistenza della sentenza «specialmente quando per una qualsiasi ragione la sentenza non fosse stata da essi tempestivamente appellata» (*op. cit.*, 279): in questa frase l'a. sembra confermare che l'appello poteva essere utilizzato anche per fare valere i vizi della sentenza. Per la appellabilità delle sole sentenze valide, più di recente, W. Litewski, *Die römische appellation in Zivilsachen. (Ein Abriß)*, cit., 69, testo e nt. 66, il quale dà atto che si tratta di tesi minoritaria.

<sup>(72)</sup> Dig. 49.1.12 (Ulpiano, 2 *opin.*). Si ricorda che in latino i termini *appellatio* e *provocatio* sono femminili.

<sup>(73)</sup> CJ.7.64.6.

<sup>(74)</sup> Dig. 49.8.3.1 (Paolo, 16 *resp.*).

<sup>(75)</sup> Dig. 49.1.23.1 (Papiniano, 19 *resp.*)

Nessuna fonte, tuttavia, menziona un divieto di sollevare con l'appello i vizi della sentenza e le fonti riportano casi nei quali l'appellante aveva sollevato vizi processuali ed aveva ottenuto una decisione sull'appello da parte del giudice adito.

Per questa ragione, dottrina successiva agli studi di Orestano e Calamandrei<sup>(76)</sup> ha sottolineato che attraverso l'appello era consentito fare valere anche quei vizi, che le fonti menzionano come causa di nullità della sentenza: non sembra, pertanto, che la struttura dell'appello nel diritto romano rispecchiasse la distinzione tra azioni di impugnativa e mezzi di gravame, che è stata invece elaborata da Calamandrei.

In questo senso, per esempio, le fonti menzionano un processo in cui il *iudex familiae erciscundae* (che aveva competenza soltanto in materia di *res haereditariae* e non poteva decidere sui *liberti*) aveva diviso *liberti* ed alimenti: questa sentenza era viziata da incompetenza e quindi nulla.

L'appello contro questa sentenza, lungi dall'essere dichiarato inammissibile o superfluo, veniva deciso: segnatamente, la divisione degli alimenti veniva confermata, mentre la divisione dei *liberti* veniva dichiarata nulla, perché emessa da un giudice incompetente<sup>(77)</sup>.

Diversi altri casi, rinvenuti nelle fonti, confermano che era possibile proporre appello anche contro le sentenze viziate, mentre non si trovano divieti di appellare le sentenze nulle<sup>(78)</sup>. Da ciò deriva che l'appello veniva utilizzato non soltanto contro le sentenze valide, ma anche contro quelle affette da vizi tali che potevano essere considerate nulle<sup>(79)</sup>, e dunque

<sup>(76)</sup> In particolare vanno richiamati gli studi di L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, cit., 29 ss., 70 ss. e 218, ove l'a., in contrasto con l'autorità di Calamandrei ed Orestano, scrive: «l'utilizzazione dell'appello per la rilevazione delle nullità è un fenomeno tutt'altro che eccezionale ma anzi di ricorrente applicazione». V. pure Id., *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, cit., 241 ss. Nello stesso senso v. pure gli autori che vengono richiamati nelle note successive.

<sup>(77)</sup> L. Raggi, *Studi op. ult. cit.*, 28 ss., ove l'a. esamina Dig. 10.2.41 (Paolo, *1 decr.*) e Dig. 37.14.24 (Paolo, *1 imp. sent. i.C.P.*); su questo brano e per la tesi secondo la quale sentenza era appellabile anche per vizi processuali, v. pure V. Wankel, *Appello ad principem. Urteilsstil und Urteilstchnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, cit., 196 ss.

<sup>(78)</sup> Vanno ricordati i casi dell'appello proposto dall'assente (L. Raggi, *op. ult. cit.*, 36 ss.) o, nei giudizi divisorii, l'appello nella ipotesi di mancata partecipazione al processo di tutti i condividenti (L. Raggi, *op. ult. cit.*, 46 ss.), o avverso la sentenza emessa dal *iudex datus*, che era stato nominato dal *praeses provinciale*, in violazione delle istruzioni ricevute (L. Raggi, *op. ult. cit.*, 72 ss.: in questo caso l'appello è stato definito superfluo, ma la sentenza è stata dichiarata nulla e la causa è stata rimessa al *praeses provinciale*, per la nomina di un nuovo giudice).

<sup>(79)</sup> Nel senso che l'appello era usato «anche per fare accertare la nullità» e che questa tendenza era «largamente diffusa» già sullo scorcio del II secolo, F. Pergami, *L'appello nella*

veniva utilizzato in tutte le occasioni in cui la parte riteneva che la sentenza fosse iniqua o comunque ingiusta o errata. L'appello nasce, quindi, come strumento di carattere generale: esso consente un riesame nel merito, ma anche il rilievo delle nullità, inserendosi all'interno del più ampio complesso di rimedi, che erano sorti dalla esigenza storica di introdurre strumenti diretti a garantire la equità del processo. L'appello grazie alla sua ampia portata, che comprendeva ogni tipo di doglianza, era destinato ad affermarsi agevolmente sugli altri rimedi, che erano basati su casi tipici e pertanto concedevano tutele frammentarie.

11. – È giunto adesso il momento di trarre alcune conclusioni.

L'appello, fondato sulla *auctoritas* del principe, nasce all'esito di un lungo travaglio storico, come strumento di garanzia di giustizia per la parte.

Si tratta di una grande innovazione perché la tutela concessa dall'appello non è più esterna al processo, ma viene recepita al suo interno: la parte non agisce contro il giudice *qui litem suam fecerit*, non cerca un rimedio parziale come nella *intercessio*, non si rivolge ad un altro organo per riaprire il processo, come nella *restitutio in integrum*, e non deve neppure attendere l'azione esecutiva per eccepire la nullità del giudicato, come nella *infitiatio in duplum*. Il rimedio diviene sostitutivo e pieno e consente di ottenere quella medesima tutela che, secondo la parte, è stata ingiustamente negata dal primo giudice.

Il nuovo strumento arriva all'esito di un lungo percorso, che nel sistema dell'*ordo iudiciorum privatorum* aveva saputo costruire varie forme di tutela, che però restavano limitate e non consentivano un pieno riesame della causa. È anche frutto di una profonda esperienza, che aveva compreso l'importanza di strumenti di controllo dell'operato del giudice per *prevenire* gli errori e gli abusi, prima ancora che per correggerli: in questo senso la sapienza di Cicerone, nelle *Verrine*, ci ha ricordato che il giudice, che non teme controlli, è indotto ad operare in modo arbitrario.

---

*legislazione del tardo Impero*, cit., 260. Cfr. pure Id., *La competenza giurisdizionale dell'imperatore nel processo di età tardoimperiale*, in [www.studitaroantichi.org](http://www.studitaroantichi.org); Bethmann, M.A. Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, vol. II, Bonn 1865, 726 s.; M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Monaco 1996, 505 ed ivi ampi richiami. Numerosi autori si limitano a segnalare che l'appello non era necessario, senza esaminare la possibilità di sollevare in appello i vizi della sentenza: cfr., tra gli altri, T. Schwallbach, *Wiederaufnahme des Verfahrens und Urteilsnichtigkeit nach der Reichscivilprozessordnung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 1880, 122 ss. e spec. 125.

L'introduzione dell'appello ha avuto anche altre importanti conseguenze perché esso è stato la base, che ha consentito al *princeps* (e poi agli imperatori) di accentrare l'amministrazione della giustizia nelle mani dei funzionari imperiali e di inserirsi egli stesso, in prima persona, nello svolgimento del processo.

Così l'appello ha due volti: è una tutela a favore delle parti, ma è pure uno strumento per il governo dello Stato e si inserisce in una struttura gerarchica, che nei secoli si è rafforzata sempre più. Oggi occorre sottolineare l'importanza dell'appello come strumento di tutela della parte ed occorre recuperare la sua funzione di garanzia e di rimedio contro ogni possibile vizio o errore della decisione di primo grado.

SALVATORE ZIINO

*Professore associato nell'Università di Palermo*