

I frammenti tratti dal de appellationibus di Macro in D. 49.1-13 e C. 7.62.6.3: qualche considerazione preliminare

1. All'interno del sistema edificato con il celebre editto diocleziano sull'appello¹, databile con estrema probabilità al 294², che si conserva in C. 7.62.6, ma anche smembrato in 3.3.2.³, 3.11.1⁴ e 7.53.8⁵, il terzo paragrafo, tra i sei di cui è composto⁶, occupa una posizione di notevole importanza⁷.

Non sarà inutile rileggerlo:

Super his vero, qui in capitalibus causis constituti appellaverint (quos tamen et ipsos vel qui pro his provocabunt non nisi audita omni causa atque discussa post sententiam dictam appellare conveniet), id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fideiussoris retentis in custodia reis opinioniones suas iudices exemplo appellatoribus edito ac refutatorios eo-

¹ F. Pergami, *Un editto di Diocleziano in tema di processo*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 11-12 maggio 1995). In onore di Aldo Dell'Oro, Milano 1998, 519-539 (= *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2001, 175-193, che citeremo in questo contributo), a parte Id., *In tema di «appellatio» nella legislazione tardoimperiale*, in *AARC.*, Napoli 1996, XI, 117-147, 120-123 (= *Studi di diritto romano tardoantico cit.*, 127-156, 129-133), ma anche Id., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano 2000, 11-43; inoltre, A. Fernández Barreiro, *Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento*, in *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro D'Ors*, Pamplona 1987, I, 473-481; infine, S. Corcoran, *The Empire of the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, Oxford 2000², 172-173 insieme con T. Honoré, *Emperors and Lawyers. With a Palingenesia of Third-Century Imperial Rescripts 193-305 AD*, Oxford 1994², 165 nt. 323, dove l'autore dell'editto viene identificato nel famoso «secretary n. 20», il quale a sua volta corrisponderebbe a Ermogeniano, il protagonista della stagione iniziale del regime tetrarchico (163 ss.).

² Pergami, *Un editto di Diocleziano cit.*, 175 nt. 4 e Id., *L'appello cit.*, 19-20.

³ Sull'apposizione di argini all'istituzione di giudici pedanei (*De pedaneis iudicibus*).

⁴ Sull'individuazione di termini precisi per l'utilizzo degli strumenti probatori (*De dilatio-nibus*).

⁵ Sulla definizione della figura dell'*exsecutor* (*De executione rei iudicatae*).

⁶ Gli argomenti affrontati consistevano nel principio devolutivo, per cui la causa non avrebbe potuto essere rimessa di nuovo al giudice di primo grado (pr.), in quello novativo, per cui sarebbe stato possibile proporre nuove prove e di conseguenza nuove deduzioni (1-2), in quello limitativo, per cui venivano poste serie barriere agli appelli temerari (4), in quello temporale, per cui occorreva ricorrere entro il secondo giorno dalla sentenza se si agiva per contro proprio ed entro il terzo se per conto altrui (5), infine, nelle *litterae dimissoriae* o *apostoli* – a riguardo, si veda anche C. 7.62.5, appena precedente – e nella *cautio appellationis*, su cui rinviamo alla nota 64 (6): sull'ultimo paragrafo si confronti, inoltre, la testimonianza *Paul. Sent.* 5.34 e 33; Pergami, *Un editto di Diocleziano cit.*, 178 ss. e Id., *L'appello cit.*, 22 ss.

⁷ Pergami, *Un editto di Diocleziano cit.*, 183 ss.

"
"
"
"
"

rum ad scrinia quorum interest transmittant, quibus gestarum rerum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis pro fortuna singulorum sententia proferatur.

Si tratta, come noto, della previsione, in materia di procedimenti criminali per reati punibili con la condanna capitale, di un meccanismo per cui in presenza dell'intenzione di avanzare la domanda di appello lo *iudex a quo* avrebbe dovuto redigere un'*opinio* da sottoporre al soggetto interessato, affinché costui fosse stato posto nella condizione di aggiungere le proprie osservazioni attraverso i c.d. *libelli refutatorii*; gli atti sarebbero stati inviati, evidentemente attraverso una *relatio*, presso lo *iudex ad quem*, rappresentato dal diretto superiore in via gerarchica⁸, investito così della controversia.

La norma mirava a condensare nell'organo giudicante sovraordinato e in ultima istanza nel tribunale imperiale il compito di ammettere il ricorso con quello di valutarne la reale portata nel merito, unificando, quindi, in capo a un solo soggetto il giudizio sia di ammissibilità formale sia di fondatezza sostanziale.

Inoltre, poiché il funzionario locale che amministrava la giustizia, spesso il governatore provinciale, veniva spogliato in questo modo di ogni potere discrezionale diventando un mero esecutore della volontà dell'appellante, la misura era preordinata a una maggiore tutela delle sue eventuali aspettative e insieme a presentare un'immagine del potere centrale degna di fiducia e quasi rassicurante.

Il brano, comunque, fornisce anche altre due indicazioni importanti, la prima sulla circostanza per cui non era lecito proporre le proprie doglianze, sempre nei processi capitali, se non in merito alla sentenza definitiva⁹ (*non nisi audita omni causa atque discussa post sententiam*), la seconda su una particolare manifestazione dell'istituto processuale della *cautio*, che consisteva nella possibilità per l'imputato di ottenere la libertà in attesa della pronuncia finale dietro la corresponsione di una garanzia in danaro (*ut inopia idonei fideiussoris retentis in custodia*)¹⁰.

Forse, il tratto più caratteristico consiste proprio nel rapporto tra pronunce interlocutorie e definitività della decisione finale, contro cui sarebbe stato esclu-

⁸ L. De Giovanni, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 296 e inoltre F. Pergami, *Centralismo e decentramento nell'attività giurisdizionale della tarda antichità*, in *AARC.*, Napoli 2001, XIII, 175-190, 175-176 (= *Studi di diritto romano tardoantico* cit., 221-233, 221-222).

⁹ Su un *excerptum* di Modestino in D. 48.2.18, solitamente richiamato a proposito, si veda Pergami, *Un editto di Diocleziano* cit., 185 nt. 26 e Id., *L'appello* cit., 33 nt. 44.

¹⁰ Rinviamo, ancora, alla nota 64.

sivamente possibile ricorrere per l'appello: proprio lungo una simile traiettoria si è mossa quella parte della scienza giusromanistica che ha creduto di individuare nella norma, vedremo con quali risultati, un'anticipazione di ciò a cui si sarebbe giunti, invece, soltanto in seguito.

2. Riguardo l'intera prescrizione legislativa la questione fondamentale concerne la circostanza, perciò, che abbia potuto rappresentare la tappa intermedia di un ipotetico percorso riguardante aspetti speciali dell'appello e in particolare la *consultatio ante sententiam* e l'*appellatio more consultationis*, l'una premessa insostituibile all'affermarsi del procedimento *per relationem* poi disciplinato sotto Costantino, l'altra una sua derivazione, peraltro dalla natura assai controversa.

Questo aspetto, lo vedremo nelle conclusioni, si intreccia con la questione di un'antiorità originaria del sistema presente nel paragrafo in analisi, da individuarsi verosimilmente nella prassi che si era andata formando in età severiana; altrimenti, avrebbe contenuto aspetti di autentica novità¹¹.

Sembra, comunque, che il riferimento all'organo giudicante competente e non al tribunale imperiale – *ad scrinia quorum interest transmittant*, si legge nel testo – sia un indizio che provi piuttosto una legislazione generale sull'appello, capace anzi di recepire una serie di regole provenienti da un passato abbastanza recente, in cui già sarebbero esistite *in nuce*¹².

Ma è il dibattito sull'*appellatio more consultationis* che nasconde indicazioni ancora più interessanti¹³. La costituzione che viene considerata all'origi-

¹¹ Su questa linea di pensiero, U. Vincenti, «*Ante sententiam appellari potest*». *Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova 1986, 5 ss. (rec. W. Litewski, in *Iura* 37, 1986, 126-130, ma anche G. Provera, in *SDHI*. 53, 1987, 491-494); inoltre, M. Lauria, *Sull'«appellatio»*, in *AG*. 97, 1927, 3-9, 7 (= *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 65-70, 69).

¹² Pergami, *L'appello nella legislazione del tardo impero* cit., 30 e Id., *Appellatio more consultationis*, in *SDHI*. 69, 2003, 165-183, 169 (= *Studi di diritto romano tardoantico* cit., 259-278, 270).

¹³ M. A. von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, Bonn 1866, III, 294 ss. e molto più recentemente W. Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen. IV*, in *RIDA*. 15, 1968, 143-351, 254 ss. insieme con F. De Marini Avonzo, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero. 2. L'organizzazione giurisdizionale di Costantino*, in *Studi Urbinati* 34, 1965-1966, 171-229 (= *Dall'Impero Cristiano al Medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach 2001, 175-235) e J. Gaudemet, *Constitutions constantiniennes relative à l'appel*, in *ZRG*. 98, 1981, 47-76, 64 ss. (= *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain*, Napoli 1992, 105-116, 84 ss.).

ne dell'istituto, CTh. 11.30.18¹⁴ del 19 giugno 329¹⁵, fa riferimento – *servato priscae consuetudinis more* – a un uso, quello dello *iudex a quo* di trasmettere mediante *litterae dimissoriae* o *apostoli*¹⁶ una sorta di relazione allo *iudex ad quem* per investirlo della causa, che ritroviamo anche in un passo di Marciano¹⁷; tuttavia, nonostante il termine *opinio*, affine a *relatio*, appaia sovente nelle statuizioni costantiniane, senza alludere in pratica a nulla di nuovo, gli schemi non risultavano sovrapponibili¹⁸.

Numerosi sono i punti di contatto, invece, tra l'appello e la *consultatio ante sententiam*, che consisteva in una domanda sull'interpretazione di una norma e sulla sua applicazione rivolta da un funzionario in veste di giudice direttamente all'imperatore, il quale rispondeva per via epistolare¹⁹. In effetti, in base a quanto veniva prescritto nelle prime leggi sull'argomento, cioè CTh. 11.30.1 e CTh. 11.29.1, che componevano un'unico provvedimento risalente al 313²⁰, il funzionamento della procedura appare vicino a quello disciplinato in C. 7.62.6.3, con la consegna da parte del giudice alle parti di una copia della comunicazione

¹⁴ *Imp. Constantius a. Anicio Iuliano praefecto urbi. Quotiens rationalis vel officii necessitate poscente vel ex praerogativa rescripti inter privatos iudicaverit, si a sententia fuerit provocatum, non ad nostram scientiam referendum est, sed apostolis datis, quod iuxta observatam rationem postulari sufficet, ad auditorium gravitatis tuae, cui ad vicem nostram delata iudicatio est, partes pervenire oportet, in fiscalibus causis servato priscae consuetudinis more, ut opinione edita universa ad nostram scientiam referantur. Dat. XIII Kal. Iul. Serdicae; proposita VI Kal. Aug. Romae Constantio A. II et Constante Conss.*

¹⁵ O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart 1919 e anast. Frankfurt am Main 1984, 48.

¹⁶ D. 50.16.106 (Modest. *lib. sing. de praescr.*): «*Dimissoriae litterae*» dicuntur, quae volgo apostoli dicuntur. Dimissoriae autem dictae, quod causa ad eum qui appellatus est dimittitur; gli *apostoli* ritornano implicitamente in C. 7.62.6.6.

¹⁷ D. 49.6.1 (Marc. 2 *de appell.*): pr. *Post appellationem interpositam litterae dandae sunt ab eo, a quo appellatum est, ad eum, qui de appellatione cogniturus est, sive principem sive quem alium, quas litteras dimissorias sive apostolos appellant.* 1. *Sensus autem litterarum talis est: appellasse puta Lucium Titium a sententia illius, quae inter illos dicta est.* 2. *Sufficit autem petisse intra tempus dimissorias instanter et saepius, ut et si non accipiat, id ipsum contestetur: nam instantiam petentis dimissorias constitutiones desiderant. Aequum est igitur, si per eum steterit, qui debet dare litteras, quo minus det, ne hoc accipienti noceat.* A riguardo, si legga L. De Giovanni, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI.* 54, 1988, 147-169, 156 ss. (= *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989, 79-108, 91 ss.).

¹⁸ CTh. 11.30.6 (316), 8 (319), 9 (senza data), 11 (senza data) e 14 (327); Pergami, *Appellatio more consultationis* cit., 169 ss. (270 ss.); inoltre, F. Pergami, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano 2007, 64 ss.

¹⁹ Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., 3-92 (ma anche *Studi sulla consultatio ante sententiam*, Bergamo 2005).

²⁰ Seeck, *Regesten* cit., 162.

da inviare al sovrano, l'*exemplum consultationis*, la probabile produzione delle contestazioni, le *preces refutatoriae*, infine, la trasmissione di tutta questa documentazione e degli atti processuali al tribunale supremo²¹: benché sia oggetto di discussione, tuttora, se la decisione provocata rimanesse un semplice parere oppure avesse valore di sentenza definitiva, optando per la remissione totale della causa dal primo al secondo giudice²², occorre ammettere, però, che anche in questo caso i due modelli non coincidevano²³.

Arriviamo, finalmente, al procedimento *per relationem* (ammesso che possa essere considerato autonomamente rispetto alle due figure processuali precedenti). Qui il fattore di intersezione potrebbe consistere nell'elemento, appena evocato, della *relatio*²⁴ ed è indicativo, per esempio, che la sezione del *Codex Theodosianus* dedicata alla *consultatio ante sententiam*, cioè 11.29, sia appunto rubricata in questo senso (*De relationibus*); tuttavia, è un dato incontrovertibile che il coefficiente in cui risiederebbe la forza anticipatoria, consistente nel rinvio dell'intero incartamento all'organo superiore, possiede un'essenza che appare, in effetti, non tanto pregnante²⁵.

Così, segnata la misura che sembra separare la norma tetrarchica sull'appello contro le sentenze capitali definitive da altri procedimenti che sarebbero comparsi in seguito, passiamo a osservare da vicino il sistema precedente a quello diocleziano sulle sentenze capitali attraverso la lente di un giurista al quale finora non è stata dedicata, forse, la dovuta attenzione.

3.1. Procedendo lungo una simile traiettoria di pensiero, dovrebbe rivelarsi utile un confronto con i luoghi del libro quarantanovesimo dei *Digesta*, dedicato dal primo al tredicesimo titolo al tema dell'appello²⁶, tratti dall'opera *De ap-*

²¹ Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., 8 ss.

²² Da ultimo, F. Sitzia, *Consultatio ante sententiam e Nov. 125*, in C. Russo Ruggeri (a c. di), *Studi in onore di Antonino Metro*, Milano 2010, VI, 1-23, ma anche F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milano 2000, 166 ss. e L. Maggio, *Note critiche sui rescritti postclassici. 1. Il c.d. processo per rescriptum*, in *SDHI*. 61, 1995, 285-312 insieme con Id., *Note critiche sui rescritti postclassici. 2. L'efficacia normativa dei rescritti ad consultationem e dei rescritti ad preces emissa*, in *AARC.*, Napoli 2003, XIV, 359-380; non possiamo dimenticare, ovviamente, le fondamentali riflessioni presenti in W. Litewski, *Consultatio ante sententiam*, in *ZSS*. 86, 1969, 227-257.

²³ Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., 42 ss.

²⁴ A.M. Demicheli, *La relatio-consultatio nel regime delle impugnazioni tra il IV e il V secolo d.C.*, in *AARC.*, Napoli 2003, XIV, 323-349, soprattutto le prime pagine.

²⁵ Arcaria, *Referre ad principem* cit., 269 ss. (sui supposti prodromi in età severa del procedimento *per relationem*) e 281 ss. (su C. 7.62.6.3).

²⁶ I restanti titoli sono i seguenti: *De iure fisci* (XIV), *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus* (XV), *De re militari* (XVI), *De castrensium peculio* (XVII) e infine *De veteranis* (XVIII).

pellationibus, in due libri, di Macro²⁷: sono dieci²⁸, quattro abbastanza corposi (1.4, 4.2, 8.1 e 13.1), gli altri molto più brevi (1.2, 1.9, 4.3, 5.4, 5.6 e 9.2), a cui si deve aggiungere il celebre passaggio che concerne il limite soggettivo della *res iudicata*²⁹ in D. 42.1.63, ma anche quanto riportato in D. 2.8.15 e D. 4.1.8.

A parte 1.2 (lib. I)³⁰ e 1.9 (lib. II)³¹, rispettivamente sulla conservazione della forma orale per l'appello³² e sullo stesso in ordine a un giudizio di libertà, è innanzitutto 5.4 (lib. I)³³ ad attirare la nostra attenzione:

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

Non è chi non veda, infatti, in quale misura il frammento, che si occupa del rapporto tra *supplicatio* e *appellatio*, abbia la proprietà di richiamare, alla mente dello studioso, il tema spinoso della *consultatio* all'imperatore³⁴.

²⁷ Oltre a P. Jörs, s.v. *Aemilius Macer*, in *PWRE.*, I, Stuttgart 1894, 567-568, W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, 257 e quindi D. Liebs, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in *ANRW.*, II.15, Berlin-New York 1976, 288-362, 312-315 e Id., *Römische Jurisprudenz in Afrika. Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 1993, 25-27; adesso, F. Nasti, *Ulpiano, Macro e la legittimazione ad appellare*, appendice in *L'attività normativa di Severo Alessandro. I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli 2006, 89-107.

²⁸ O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889 e anast. Graz 1960, I, 561-565.

²⁹ E. Betti, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922; inoltre, R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*, Torino 1953², 323 ss., M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 432 ss., G. Pugliese, *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia di giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, Milano 1965, II, 141-168, F. De Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della «res litigiosa» nel diritto romano*, Milano 1967, 296 e 361.

³⁰ *Sed si apud acta quis appellaverit, satis erit, si dicat «appello»*; *Quo modo appellandum sit*, in Lenel *Palingenesia* cit., I, 561, n. 1.

³¹ *Illud sciendum est neque pupillum neque rem publicam, cum pro libertate iudicatur, in integrum restitui posse, sed appellacionem esse necessariam. Idque ita rescriptum est; Quando appellare necesse non sit*, in Lenel *Palingenesia* cit., I, 564, n. 11.

³² D. 49.1.5.4 (Marc. 1 *de appello*): *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est.*

³³ *Quando appellandum sit*, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 562.

³⁴ V. Arangio-Ruiz, *Una «cognitio» dell'imperatore Caracalla in Siria*, in *BIDR.* 49/50, 1947, 46-57, 56 nt. 2 (= *Scritti epigrafici e papirologici*, a c. di L. Bove, Napoli 1974, 249-257, 257 nt. 28 e Vincenti, «*Ante sententia appellari potest*» cit., 24 ss. e adesso Nasti, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit., 28 ss. quindi F. Pergami, rec. in *Iura* 56, 2006-2007, 304-317, 306 ss.

Non può essere accolto, dice il giurista, l'appello di colui il quale, contrario all'esito di un giudizio (*causam agere frustratur*), abbia interpellato direttamente il sovrano per mezzo di un *libellum* e affermi attenderne la risposta ufficiale.

Dalla rapida esegesi si deduce che nelle more dell'attesa del *sacrum rescriptum*, su un caso dubbio o meglio deciso diversamente dal prognostico formulato dalla parte soccombente nel processo civile e dal condannato nella repressione criminale, l'eventuale richiesta diventasse di per sé irricevibile, secondo una costituzione, non altresì specificata, ma corrispondente a C. 1.21.1 del 1 marzo 232³⁵.

Appare palese, allora, come il brano non realizzi un'ipotesi riconducibile alla *consultatio ante sententiam*, poiché la *supplicatio*, che viene posta in alternativa all'*appellatio*, come si legge in D. 49.5.5.1³⁶, costituiva uno strumento di reclamo da parte di colui il quale si era vista negare l'accettazione della propria domanda di gravame³⁷.

Ancora, offre uno secondo illuminante spunto di riflessione 5.6 (lib. II)³⁸, che probabilmente ineriva a una controversia di natura patrimoniale (*contra fiscum*), stabilendo, tuttavia, un principio generale:

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

Nella circostanza in cui l'appello non fosse stato recepito, si legge, il giudice coinvolto era tenuto a comunicare *confestim per relationem* la propria *opinio* sulla vicenda insieme alle ragioni per cui non avrebbe ritenuto di accogliere la richiesta; in più, egli doveva pubblicare, *mandatis*³⁹, una copia della

³⁵ *Imp. Alexander A. Caperio. Licet, postquam supplicasti, priusquam rescriptum impetrares, praeses provinciae vir clarissimus pronuntiaverit, cum tamen a sententia non provocaveris, rescriptum quo postea secutum esse suggeris, ad retrahenda quae decreto terminata sunt non patrocinatur. D. K. Mart. Lupo et Maximo Conss.: Nasti, L'attività normativa di Alessandro Severo cit., 32 ss.*

³⁶ *Ulp. 4 de appell.: Non recepta autem appellatione, si quidem principem appellari oportuit, principi erit supplicandum: sin vero alius appellabatur quam princeps, ille erit adeundus.*

³⁷ *F. Pergami, La supplicatio nel sistema processuale della tarda antichità, in Annaeus 1, 2004, 298-313 e in Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio, Milano 2004, 311-332 (= Studi di diritto romano tardoantico cit., 295-312) e Id., Amministrazione della giustizia cit., 93-139.*

³⁸ *De appellationibus recipiendis vel non, in Lenel, Palingenesia cit., I, 563, n. 8.*

³⁹ *V. Marotta, Mandata principum, Torino 1991, 99 ss.*

risposta presentata al ricorrente⁴⁰.

In realtà, la seconda parte è chiamata a specificare la prima: il semplice fatto di avere proposto la doglianza, anche invano, comportava che ogni cosa rimanesse nello stato in cui si trovava, mentre il giudice, il quale si sarebbe espresso, intanto, con una *relatio*, avrebbe consegnato al *litigator* una copia, *exemplum*, del documento prodotto; tutta la procedura determinava un effetto sospensivo, chiaramente descritto nel brano ulpiano in D. 49.7.1 pr.-1⁴¹.

Anche qui, più che in presenza di un'embrionale anticipazione del procedimento *per relationem*, ci troviamo di fronte, invece, a un sistema che tendeva a esercitare un controllo – seppure fosse ai suoi albori –, sul potere del giudice locale di decidere in ordine all'ammissione dell'appello, oltre ad attribuire al diretto interessato la facoltà di impugnare l'altrui risoluzione, quando insoddisfacente⁴².

Dello stesso tenore sembra essere 4.3 (lib. II)⁴³, che utilizza la medesima terminologia, in particolare riguardo la copia del documento che il magistrato avrebbe dovuto consegnare all'appellante:

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

Si tratta di un quesito, che pone l'interrogativo sull'eventualità in cui qualcuno, ricevuto l'*exemplum litterarum*, avesse preferito non appellare, ma interrogare il sovrano sempre con una *supplicatio*: di fronte a un rifiuto (*postea contra eum rescriptum*), avrebbe potuto ricorrere basandosi sulle carte prodotte all'inizio dal giudice (*a litteris pridem sibi editis*)?

Se colui il quale aveva avuto la possibilità di opporsi avesse mancato di farlo, sostenendo di essersi fermato per attendere la risposta imperiale, costui non avrebbe potuto usufruire di una seconda occasione, poiché il suo atteggiamento

⁴⁰ Nasti, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit., 63 ss. e Pergami rec. cit., 313 ss., ma anche A.J. Boyé, *P. Oxy. XVII 2130. L'editio opinionis et l'appel en matière de charges liturgiques*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, Milano 1930, IV, 183-202, 189; inoltre, Arcaria, *Referre ad principem* cit., 281 ss.

⁴¹ pr. *Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit. 1. Recepta autem appellatione tandiu nihil erit innovandum, quamdiu de appellatione fuerit pronuntiatum.*

⁴² Pergami, *L'appello* cit., 31 ss. e Arcaria, *Referre ad principem* cit., 271 ss.

⁴³ *De appellationibus recipiendis vel non*, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 563, n. 7.

sarebbe stato considerato una sorta di acquiescenza⁴⁴; l'impressione – l'istanza avverso il rifiuto di ricevere l'appello aveva un valore, ovviamente, interlocutorio: D. 49.1.1.1-2⁴⁵ – è che il brano sia strettamente connesso con i precedenti, per quanto concerne sia la concorrenza tra *supplicatio* e *appellatio* sia l'utilizzo della formula *edere litigatori*, immagine della necessità di comunicare in via ufficiale alla parte interessata le ragioni del mancato accoglimento dell'appello.

3.2. Egualmente rilevanti, anche se legati in maniera meno diretta alla parte dell'editto diocleziano da cui siamo partiti, sono 1.4 (lib. I)⁴⁶ e 4.2 (lib. I)⁴⁷, che dialogano ciascuno con alcune fondamentali espressioni del pensiero ulpiano in 4.1.11-13, ma anche in 1.6, incentrato proprio sul problema della resistenza contro le sentenze capitali, insieme con 4.1 pr.

Riportiamo i brani – completi i due di Macro, recisi gli altri tre – nell'ordine qui sopra prospettato:

pr. *Ab exsecutore sententiae appellare non licet. 1. Sed ab eo, qui sententiam male interpretari dicitur, appellare licet, si tamen is interpretandi potestatem habuit, velut praeses provinciae aut procurator caesaris: ita tamen, ut in causis appellationis reddendis hoc solum quaeratur, an iure interpretatum sit: idque etiam divus Antoninus rescripsit. 2. Alio condemnato is cuius interest appellare potest. Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet. 3. Item si emptor de proprietate victus est, eo cessante auctor eius appellare poterit: aut si auctor egerit et victus sit, non est deneganda emptori appellandi facultas. Quid enim, si venditor, qui appellare noluit, idoneus non est? Quin*

⁴² Arcaria, *Referre ad principem* cit., 276 ss.

⁴⁵ Ulp. 1 *de appell.*: 1. *Quaesitum est, an adversus rescriptum principis provocari possit, forte si praeses provinciae vel quis alius consulerit et ad consultationem eius fuerit rescriptum: est enim quaesitum, an appellandi ius supersit. Quid enim, si in consulendo mentitus est? De qua re extat rescriptum divi Pii πρὸς τὸ κοινὸν τῶν Θμακῶν, quo ostenditur provocari oportere. Verba rescripti ita se habent: «'Ἐὰν ἐπιτείλῃ τις ἡμῖν ἃ διὰ καὶ ἀντιγράφομεν ἡμεῖς ὀτιοῦν, ὑπάρξει τοῖς βουλομένοις ἐπικαλεῖσθαι πρὸς τὴν ἀπόφασιν· εἰ γὰρ διδάξαιεν ἢ ψευδῶς ἢ οὐχ οὕτως ἔχειν τὰ ἐπεσταλμένα, οὐδὲν ὑφ' ἡμῶν εἶναι δόξῃ προδιεγνωσμένον, τῶν ὡς ἐτέρως ἔχουσιν τοῖς γραφεῖσιν ἀντεπεσταλκότων».* [*id est: Si quis nobis quaedam scripserit et ad ea nos quaecumque responsum dederimus, licebit iis quis volent a responso appellare. Nam si docebunt vel falsa esse vel certe aliter se habere ea quae scripta sunt, nihil a nobis praeiudicatum esse videbitur, qui responderimus scriptis alia peponentibus.*]. 2. *Huic consequenter videtur rescriptum a consultatione iudicis non esse appellandum, si quis forte interlocutus fuit principem se consultaturum, cum possit post rescriptum provocare.*

⁴⁶ *A quibus appellare non licet e Qui appellare possint*, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 561, nn. 2 e 3.

⁴⁷ *Quando appellandum sit*, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 561-562, n. 4.

etiam si auctor appellaverit, deinde in causae defensione suspectus visus sit, perinde defensio causae emptori committenda est, atque si ipse appellasset. 4. Idque ita constitutum est in persona creditoris, cum debitor victus appellasset nec ex fide causam defenderet. Quae constitutio ita accipienda est, si interveniente creditore debitor de pignore victus provocaverit: nam absenti creditori nullum praeiudicium debitor facit, idque statutum est. 5. Si procurator, qui iudicio interfuit, victus sit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, videamus, quia constat procuratorem alium procuratorem facere non posse. Sed meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur: et ideo et per procuratorem appellare potest.

pr. Si procuratorio nomine egeris et victus appellaveris, deinde iniusta appellatio tua fuerit pronuntiata, potest dubitari, num secundo die appellare debeas, quia, cum de tua appellatione iniusta pronuntiatum sit, tua interfuisse videtur. Sed rectius dicitur tertia die appellare te posse, quia nihilo minus alienam causam defenderis. 1. Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est cuius interest, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est eum suam causam defendere. Contrarium ei est. Si dicat idcirco sibi licere intra triduum appellare, quia videtur quasi alieno nomine appellare, quando, si velit causam suam alienam videri, semet ipsum excludit, quia in aliena causa ei, qui iudicio expertus non est, appellare non liceat. 2. Si is, qui ex libertinitate in ingenuitatem se defendebat, victus appellare omiserit, an pater eius appellare possit, maxime si dicat eum in potestate sua esse, quaeritur. Sed si potest, quod magis probatur, secunda die, ut propria causa, appellare debet. 3. Si pro eo, qui capite puniri iussus est, necessaria persona appellet, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat. Sed dicendum est hanc quoque personam ut in propria causa secunda die appellare debere, quia qui sua interesse dicit, propriam causam defendit.

11. In propria causa biduum accipitur. Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet. 12. Quare procurator, nisi in suam rem datus est, tertium diem habebit: in suam autem rem datus magis est ut alteram diem observet. At si in partem proprio nomine, in partem pro alieno litigat, ambigi potest, utrum biduum an triduum observetur. Et magis est, ut suo nomine biduum, alieno triduum observetur. 13. Tutores, item defensores rerum publicarum et curatores adulescentium vel furiosi, tertium diem habere debent, idcirco quia alieno nomine appellant. Ex hoc apparet tertio die provocandum defensori, si modo quasi defensor causam egit, non suo nomine, cum optentu alieni nominis suam causam agens tertio die appellare possit.

Non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius

provocare voluerit. Neque distinguitur, utrum necessarius eius sit nec ne: credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere. Ergo et si ipse adquiescit sententiae: nec querimus, cuius intersit. Quid ergo, si resistat qui damnatus est adversus provocationem, nec velit admitti eius appellationem perire festinas? Adhuc putem differendum supplicium.

pr. Si quidem in insulam deportandum adnotaverit praeses provinciae et imperatori scripserit, ut deportetur, videamus, quando sit provocandum, utrum cum imperator scripserit an cum ei scribitur? Et putem tunc esse appellandum, cum recipi eum praeses iubet sententia prolata imperatori scribendum, ut deportetur. Ceterum verendum est, ne sero sit, ut tunc provocetur, cum imperator insulam ei adsignaverit: comprobata enim sententia praesidis tunc solet insulam adsignare. Rursus illud verendum est, si mendaciis apud principem oneravit eum, quem deportandum laborabat, intercludi illi viam provocandi. Quid ergo est? Recte dicitur humanitate suggerente, ut et hoc et illo tempore non frustra provocaretur, quia non adversus principem, sed adversus iudicis calliditatem provocavit. Simili modo et in decurione erit probandum, quem punire sibi praeses permittere non debet, sed recipere eum in carcerem et principi scribere de poena eius.

Emerge con oggettiva evidenza, pure in merito all'intervento del terzo, come il nodo centrale sia quello della corretta individuazione dei soggetti legittimati a impugnare la sentenza, al singolare *is cuius interest* (4.2.1 e 1.4.2)⁴⁸, in connessione con le ragioni alla base delle tempistiche prescritte dalla legge⁴⁹.

La *facultas appellandi* sta in capo a chiunque abbia un interesse relativo alla soccombenza di un determinato soggetto (1.4.2, prima parte), ma anche a chi sostenga che la sentenza sia viziata da un errore e sia nel contempo chiamato a doverla interpretare correttamente, avendo il compito di amministrare la giustizia (1.4.1)⁵⁰; il discorso prosegue sulla questione dell'appello avanzato dal *procurator*, nelle cause civili, mediante una serie di esemplificazioni, su cui non ci soffermiamo (1.4.2, seconda parte, che si ricollega a 4.2 pr.), mentre all'inizio era stata negata la capacità di appellare per l'*executor* (1.4 pr.)⁵¹.

⁴⁸ D. 49.5.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest vel quibus mandatum est vel qui negotium alienum gerunt, quod mox ratum habetur.*

⁴⁹ Nasti, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit., 95 ss.

⁵⁰ Su questo tipo di giudizio di appello, interessantissimo, viene ricordato un rescritto di Antonino Pio; per un'ipotesi che considera la possibilità che si tratti di un'indicazione per il «giudice dell'esecuzione», Pergami, *L'appello* cit. 339 ss.

⁵¹ C. 7.53.8: *Imp. Diocletianus et Maximianus. Executorem eum solum esse manifestum sit, qui post sententiam, inter partes audita omni et discussa lite, prolatam iudicatae rei vigorem ad effectum videtur adducere. Diocl. et Maxim. AA. et CC. (sine die et consule).*

Si continua, quindi, a riflettere sulla distinzione tra l'agire *in causa propria* e *alieno nomine*⁵², ipotesi che avrebbero comportato il termine per la proposizione del gravame, a partire dal momento della conoscenza della sentenza, da una parte in due giorni (*biduum*), dall'altra nello spazio maggiore di tre (*triduum*), i *tempora appellandi* di Modestino in D. 49.1.20.2 (4.2.1); oltre al caso del ricorso su una decisione che avesse riguardato lo *status libertatis* (4.2.2), dobbiamo evidenziare, invece, l'ultimo paragrafo, in cui viene citato Paolo, il quale avrebbe dubitato sul tempo, se due o tre giornate, concesso al familiare di un individuo condannato alla pena capitale, finendo per preferire un'identificazione totale tra la figura del diretto interessato e quella del reale ricorrente (4.2.3).

Il concetto della relazione tra coinvolgimento personale nella causa e termini per l'appello è perfettamente enucleato nel primo frammento di Ulpiano. Nel secondo e nel terzo, però, si dice qualcosa in più, poiché viene fatto riferimento, lo dicevamo, ai procedimenti capitali, secondo un umanitarismo tipico del grande giurista orientale (*humanitatis ratione e humanitate suggerente*)⁵³: in uno trova posto il principio per cui poteva avanzare appello non soltanto il condannato in persona, ma anche chiunque tra i familiari, *necessarius*, avesse agito per conto di lui, mentre nell'attesa del giudizio la pena dovesse andare incontro a una sospensione⁵⁴, nell'altro quello per cui il momento per contestare un provvedimento di deportazione su di un'isola fosse da anticipare all'emissione della decisione del governatore provinciale, anziché rinviarlo a quando sarebbe giunta la risposta imperiale all'interrogazione del magistrato locale.

3.3. Tralasciamo 8.1 (lib. II)⁵⁵ – il testo, relativo prettamente al processo civile, è utile nella prima parte del secondo paragrafo, in cui è contenuta la defi-

⁵² In realtà il *procurator*, di cui si porta ad esempio la figura (4.2 pr.), nel processo non era un rappresentante, bensì un sostituto, secondo lo schema della surrogazione: la linea di demarcazione consisteva, invero, nell'essere stati o meno parti nel giudizio di primo grado, *is qui iudici expertus est* (4.2.1; F. Bonifacio, *Procurator e preclusione processuale*, in *Studi economico-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Cagliari* 38, 1956, 151-176 e Id., *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Napoli 1956, IV, 537-548, ma prima ancora F. Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, 77 ss.); diverso era il caso del terzo interessato, che pure poteva essere ammesso ad appellare.

⁵³ T. Honoré, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002, ma anche M.J. Schermaier, *Ulpian als «wahrer Philosoph»*. *Notizen zum Selbstverständnis eines römischen Juristen*, in M.J. Schermaier, Z. Végh (a. c. di), *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 303-322 e quindi G. Crifò, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York 1976, 708-789, 780 ss.

⁵⁴ Nasti, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit., 102 ss.

⁵⁵ pr. *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

nizione della contrarietà alla legge di una decisione, *cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur* – unitamente a 9.2 (lib. II)⁵⁶ e 4.1.8 (lib. II)⁵⁷, rispettivamente su colui che appella in nome dell'assente⁵⁸ e su un paragone tra il minore e ancora l'assente in un ricorso su una materia che involga la *res publica*, per richiamare 13.1 (lib. II)⁵⁹, che riguarda ancora la repressione criminale:

pr. Appellatore defuncto, si quidem sine herede, cuiuscumque generis appellatio fuit, evanescit. Quod si appellatori heres extiterit, si quidem nullius alterius interest causas appellationis reddi, cogendus non est pe-

*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 computationis 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 habes: 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; Quando necesse appellare non sit, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 563-564, n. 9.*

⁵⁶ *Si procurator absentis appellaverit, deinde rationes reddiderit, nihilo minus ipse respondere debet. Sed an eo cessante dominus litis respondere possit exemplo adolescentis, videamus: magis tamen observatur, ut audiri debeat in causis appellationis reddendis is, cuius absentis procurator appellavit; De causis appellationum reddendis, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 564, n. 13.*

⁵⁷ *Inter minores viginti quinque annis et eos qui rei publicae causa absunt hoc interest, quod minores annis etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilo minus in integrum contra rem publicam restituuntur, cognita scilicet causa: ei vero qui rei publicae causa absit, ceteris quoque qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur; Quando appellare non sit, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 564, n. 10.*

⁵⁸ *L'absens, a differenza del contumax, che perdeva il diritto ad appellare, veniva giustificato avendo fornito dei validi motivi per la sua mancata presenza al processo; R. Martini, *Intorno al cosiddetto «appello dell'assente»*, in AG. 61, 1961, 23-47 e più recentemente L. Fanizza, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma 1992, *passim*.*

⁵⁹ *Si pendente appellatione mors intervenit, in Lenel, *Palingenesia* cit., I, 564-565, n. 14.*

ragere appellationem: si vero fisci vel alterius, contra quem appellatum est, interest, heres causas appellationis reddere necesse habet. Nullius autem interest, veluti cum sine ademptione bonorum relegatus est. Nam si ademptis bonis relegatus vel in insulam deportatus vel in metallum datus provocatione interposita decesserit, imperator noster Alexander Plaetorio militi ita rescripsit: «Quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data tamen etiam de parte bonorum eius sententia proponitur, adversus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, optinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit». 1. Tutor quoque in negotio pupilli appellatione interposita si decesserit, heredem eius causas appellationis reddere necesse est, etiamsi rationes tutelae heres reddiderit, quia sufficit mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt non cogendum tutorem post rationes redditas causas appellationum reddere.

L'appello si estingue con la morte del soggetto appellante, valendo l'adagio che recita *mors omnia solvit*; tuttavia, nel caso in cui fosse sopravvissuto un erede, bisognava capire se imporre o meno la riproposizione della domanda, incombenza inevitabile se vi fosse stato un interesse contrario del fisco imperiale oppure di un terzo.

In particolare, una condanna a una pena – *relegatio, deportatio in insulam e datio ad metalla* – che avesse comportato anche la confisca straordinaria dei beni, l'*ademptio bonorum*⁶⁰, avrebbe avuto una tale conseguenza. A proposito viene riportato un rescritto di Alessandro Severo⁶¹, in cui veniva stabilito che quando in un procedimento criminale la scomparsa del reo avesse posto nel nulla il reato, ma la sentenza aveva toccato aspetti patrimoniali, l'erede avrebbe dovuto dimostrare la sua intrinseca ingiustizia per riuscire a rimetterla in discussione. Chiude il frammento la notizia di un altro rescritto, questa volta di Settimio Severo e Antonino Caracalla, sul caso dell'erede di un tutore che fosse morto dopo avere fatto appello in una causa riguardante un negozio del proprio pupillo.

Infine, gli ultimi due luoghi, D. 42.1.63 (lib. II)⁶² e D. 2.8.15 (lib.

⁶⁰ U. Brasiello, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 324 ss.

⁶¹ Nasti, *L'attività normativa di Alessandro Severo* cit., 92 nt. 128.

⁶² *Saepe constitutum est res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet. Nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coherede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus adqueverit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. Scientibus sententia, quae inter alios data est,*

I)⁶³, concernono alcune eccezioni alla regola per cui gli effetti di una decisione non si trasmettevano ad altri e quella per cui coloro che possedevano beni immobili, catalogati in maniera analitica, non erano obbligati a presentare nessuna garanzia monetaria; sulla cauzione, dobbiamo tenere presente che l'ultimo paragrafo dell'editto diocleziano sull'appello ne aboliva l'utilizzo⁶⁴.

obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. Nam et si libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur. Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium me sciente iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior, quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus iure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus: Quando appellare necesse non sit, in Lenel, Palingenesia cit., I, 564, n. 12.

⁶³ pr. *Sciendum est possessores immobilium rerum satisfacere non compelli. 1. Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est. Eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit. 2. Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam. 3. Si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelleguntur. 4. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet. 5. Tutores, sive pupilli eorum sive ipsi possideant, possessorum loco habentur: sed et si unus ex tutoribus possessor fuit, idem dicendum erit. 6. Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? Et recte dicitur possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit. 7. Possessor autem quis nec ne fuerit, tempus cautionis spectandum est: nam sicuti ei, qui post cautionem possessionem vendidit, nihil obest, ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit; De cautionibus, in Lenel, Palingenesia cit., I, 562-563, n. 6.*

⁶⁴ *Apostolos post interpositam provocationem etiam non petente appellatore sine aliqua dilatione iudicem dare oportet, cautione videlicet de exercenda provocatione in posterum minime praebebenda.* A parte D. 36.3.5.1, un passo ulpiano dove viene ricordato un rescritto di Caracalla, offre utili indicazioni l'*epistula* di Marco Aurelio al popolo ateniese, su cui S. Giglio, *L'epistola di Marco Aurelio agli Ateniesi*, in AARC., Perugia 1981, IV, 547-610, 579 ss. e 597 ss. e 605 ss. (e Id., *L'epistola di Corbulone ai Coi*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Napoli 1989, 519-547, 540 nt. 82), ma anche V. Wankerl, *Appello ad Principem. Urteilsstil und Urteilsstechnik in kaiserliche Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München 2009, 17 ss.; su un altro importante documento epigrafico, H. Nessel-Hauf, *Zwei Bronzeurkunde aus «Munigua»*, in *Madriider Mitteilungen* 1, 1960, 148-154 e A. D'Ors, *Miscelanea epigrafica. Los bronces de Mulva*, in *Emerita* 29, 1961, 203-218; sul verbale d'udienza presente in P. Oxy. XII.1408, infine, si veda E. Cantarella, *La fideiussione reciproca. Contributo allo studio delle obbligazioni solidali*, Milano 1965, 67 ss.

4. Descritti alcuni frammenti tratti dal *De appellationibus* di Macro, siamo in grado di formulare, forse, qualche conclusione che li ponga in connessione con lo schema del ricorso approntato in C. 7.62.6.3, nell'intento di capire se la norma abbia rappresentato, si accennava all'inizio, una novità e non piuttosto l'accoglimento legislativo, più o meno cosciente, di una prassi che andava proseguendo da tempo.

Una verifica del genere è già stata prospettata, almeno in parte, ma non ancora sviluppata a sufficienza⁶⁵: essa, nonostante dovrebbe prendere in considerazione la dottrina espressa anche dagli altri nomi, tutti illustri, presenti nel libro quarantanovesimo – soprattutto Ulpiano⁶⁶, Papiniano⁶⁷, Paolo⁶⁸ e Modestino⁶⁹, ma anche Scevola⁷⁰, Marcello⁷¹, Papirio Giusto⁷², Venuleio Saturnino⁷³, Marciano⁷⁴ e quindi Ermogeniano⁷⁵ – e sicuramente sparsa in ulteriori punti dei *Digesta*, fornisce informazioni, però, che potrebbero rivelarsi di una certa utilità.

L'opera dedicata all'istituto dell'appello – al di là di chi la volle considerare, per il suo carattere monografico, che si pensava fosse sconosciuto alla giurisprudenza classica, appartenente al mondo tardoantico⁷⁶ – risale, probabilmente, a un lustro compreso tra il 230 e il 235⁷⁷ ed è quindi un prodotto della cultura giuridica dell'età dei Severi⁷⁸.

La sua importanza sta nel porsi in colloquio con quella in quattro libri di Ulpiano⁷⁹, del quale sviluppa addirittura certi concetti, giungendo comunque a ela-

⁶⁵ Nasti, *L'attività normativa di Severo Alessandro* cit., 89 ss. e ancora prima De Giovanni, *L'appello nel giurista Marciano* cit. *passim*

⁶⁶ 1.1, 1.3, 1.6, 1.8, 1.10, 1.11, 1.12, 1.13, 1.14, 2.1, 3.1, 4.1, 5.1, 5.5, 7.1, 9.1, 10.1, 11.1, 12.1.

⁶⁷ 1.22 e 1.23.

⁶⁸ 1.25 (in greco), 5.3, 5.7, 8.2 e 8.3. Sul *liber singularis de appellationibus* di Paolo vi sono forti dubbi in merito alla sua autenticità.

⁶⁹ 1.16, 1.17, 1.18, 1.19, 1.20 e 3.3.

⁷⁰ 1.24, 1.28 e 5.2.

⁷¹ 1.15.

⁷² 1.21.

⁷³ 3.2.

⁷⁴ 1.7, 6.1 e 11.2.

⁷⁵ 1.26, 1.27 e 10.2. Su D. 4.4.17, altro passo del giurista tardoantico, sul tema dell'inappellabilità delle sentenze del prefetto del pretorio, si veda Pergami, *L'appello* cit., 318 ss.

⁷⁶ F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953², 257 e Id., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 462.

⁷⁷ D. Liebs, (*M.?*) *Aemilius Macer*, in K. Sallmann (a c. di), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike. IV. Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur 117-284 n. Chr.*, München 1997, 214-216.

⁷⁸ T. Honoré, *The Severan Lawyers. A Preliminary Survey*, in *SDHI*. 28, 1962, 161-232 e più recentemente Crifò, *L'esperienza giuridica nell'età dei Severi*, in E. Dal Covolo, G. Rinaldi (a c. di), *Gli imperatori Severi. Storia, archeologia, religione*, Roma 1999, 11-21.

⁷⁹ Lenel, *Palingenesia* cit., II, 379-384.

borare principî generali dall'analisi casistica⁸⁰; del resto, la snellezza dei lavori che ci sono giunti, seppure estremamente lacunosi, *De iudiciis publicis*⁸¹, che possiede il maggiore numero di frammenti, *Ad legem vicensimam hereditatium*⁸², *De officio praesidis*⁸³ e *De re militari*⁸⁴, ognuno in due libri, testimoniano una mente dedita soprattutto alla pratica e quindi alla soluzione di problemi concreti.

In questo senso, Macro riesce a farsi interprete dei bisogni del tempo: l'appello, in un sistema di *cognitio extra ordinem* che vedeva nell'imperatore il vertice dell'apparato giudiziario, andò sempre più rappresentando un rimedio *frequens quamque necessarius*, per citare le parole ancora di Ulpiano⁸⁵, un vero e proprio *ius* in capo al nuovo cittadino universale romano⁸⁶, rispondendo nel contempo al duplice scopo di sottoporre ogni decisione, potenzialmente, al vaglio del tribunale centrale e di intervenire su ogni situazione di eventuale ingiustizia locale⁸⁷.

Qualsiasi indagine sull'appello durante il lungo periodo che precedette la sua «esplosione»⁸⁸ nel tardoantico è notoriamente impervia, sia per la sostanziale esiguità delle fonti che per la mancanza di una compiuta elaborazione dogmatica da parte della scienza giuridica⁸⁹; a questo scenario non si sottrae neppure il paragone tra C. 7.62.6.3 e i frammenti di Macro raccolti in D. 49.1-13: possiamo,

⁸⁰ Lo studio monografico sull'appello di Macro, in base a quanto desumiamo dai frammenti a nostra disposizione, presentava una certa analogia con quello di Ulpiano, soprattutto in relazione alla disposizione degli argomenti, che fu seguita anche dai compilatori, mentre quello di Marciano si mostra meno omogeneo a causa dell'esiguità dei brani rimasti; De Giovanni, *L'appello nel giurista Marciano* cit. 163 ss. (101 ss.) insieme con R. Reggi, *Il liber singularis de appellationibus di Marciano*, in *Studi parmensi* 15, 1974, 36-72.

⁸¹ Lenel, *Palingenesia* cit., I, 565-570

⁸² Lenel, *Palingenesia* cit., I, 570-571.

⁸³ Lenel, *Palingenesia* cit., I, 571-573.

⁸⁴ Lenel, *Palingenesia* cit., I, 573-574.

⁸⁵ D. 49.1.1 pr.

⁸⁶ D. 1.5.17 (Ulp. 22 ad ed.): *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*; V. Marotta, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. Una sintesi, Torino 2009.

⁸⁷ Per tutti, F. Millar, *The Emperor in the Roman World (31 B.C.-337 A.D.)*, Ithaca (New York) 1977, 328 ss.

⁸⁸ L'espressione riecheggia quella fortunata di Andrea Giardina (*Esplosione di tardoantico*, in *Studi Storici* 40, 1999, 157-180).

⁸⁹ Per alcuni condivisibilissimi ragionamenti, S. Randazzo, *Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'impero*, in *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi*. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano 2001, 231-247 e in J. Sondel, J. Reszczyński, P. Scislicki (eds.), *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of Wiesław Litewski*, Krakow 2003, che non si è avuto modo di consultare.

però, partire dalla considerazione per cui se è vero che la norma tetrarchica si congiungeva ad alcuni sviluppi precedenti, portandoli quasi a compimento, non è detto che lo stesso sia accaduto a proposito di quanto sarebbe apparso in seguito, in particolare riguardo le diverse manifestazioni del procedimento *per relationem*.

Per spiegare con maggiore trasparenza l'idea, diciamo che il provvedimento diocleziano – nella delicata materia dell'appello contro le sentenze capitali, in cui era in gioco la vita del reo – portava a compimento una tendenza che era apparsa nei testi di Macro, del quale furono escerpiti passi che si concentravano, non a caso, sul problema della concorrenza tra *supplicatio* e *appellatio* e su quello della motivazione del rifiuto di accettare la richiesta di gravame; la regolamentazione del procedimento *per relationem*, invece, che avrebbe visto la luce all'inizio del regno costantiniano, sarebbe stata in quest'ottica un avvenimento tendenzialmente isolato e affatto nuovo.

I sintagmi *manifesta relatione* e *confestim per relationem* in D. 49.5.6 e C. 7.62.6.3, allora, parlano della *relatio*, il documento emesso dal giudice di primo grado interpellato sull'appello da consegnare al *litigator* e poi da inviare al tribunale superiore e forse anche all'imperatore, segnando una linea di continuità: diversamente, la legislazione successiva, soprattutto CTh. 11.29.2 (10 febbraio 319)⁹⁰, ma anche tutte le costituzioni costantiniane variamente presenti in CTh. 11.30, da 1 a 17, avrebbe inteso il termine come l'indicatore di un diverso meccanismo, sempre più collaudato, portatore di un «processo di carte»⁹¹.

Le riflessioni del giurista severiano fotografano, con l'eleganza che ne contraddistinse lo stile, una realtà in autentico divenire e rendono meglio intellegibili i processi evolutivi che avrebbero caratterizzato, in merito al diritto processuale, il turbolento passaggio dall'epoca di Diocleziano a quella di Costantino.

Valerio Massimo Minale
(Università 'L. Bocconi' di Milano)
valerio.minale@unibocconi.it

⁹⁰ *Imp. Constantinus A. ad Profuturo p(rae)ff(cto) annonae. Si quis iudicum duxerit essere referendum, nihil pronuntiare, sed magis super quo haesitandum putaverit, nostram consulat scientiam aut, si tulerit sententiam, minime postea, ne a se provocetur, relatione promissa terreat litigantes. Dat. III Id. Feb. Sirmio Constantino A. et Licinio C. Conss.*

⁹¹ Arcaria, *Referre ad principem* cit., 172 ss. Giustiniano abolì questo sistema obbligando i giudici a decidere sempre e comunque, con Nov. 125.1: *Iubemus igitur nullum iudicum ullo modo aut tempore in causis apud eos propositis ad nostram serenitatem rem deferre, sed perfecte examinare causam et quod sibi iustum atque legitimum visum sit iudicare*; G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, 107 ss.