

## Federico Pergami

### *Res iudicata e i limiti del giudicato nel processo romano*

SOMMARIO: 1. La *res iudicata* nel pensiero di Emilio Betti – 2. D. 42.1.63 e le ipotesi di estensione della *res iudicata* ai terzi estranei al processo – 3. *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* – 4. I limiti soggettivi della cosa giudicata – 5. La legittimazione del terzo estraneo all'impugnazione della sentenza – 6. *Appellatio proprio nomine* e *appellatio alieno nomine* – 7. Gli sviluppi della legislazione tardoantica – 8. La legittimazione ad appellare in C.Th. 11.30.57 di Arcadio ed Onorio – 9. Riflessioni conclusive

#### 1. *La res iudicata nel pensiero di Emilio Betti*

La sentenza, in quanto decide sulla ragione fatta valere, nel senso di riconoscerla fondata o di disconoscerla, componendo così il conflitto di apprezzamenti del *quid iuris* (che è la lite), ha un contenuto di accertamento che, essendo vincolante per le parti, è dotato di una propria efficacia normativa, denominata *res iudicata*. Tale efficacia, consistente nel fissare in modo vincolante per l'avvenire l'apprezzamento del rapporto (o stato) già litigioso in conformità di quanto è stato deciso, è limitata anzitutto alla ragione fatta valere: la quale è il profilo tipico, sotto la cui specie venne guardato dalle parti, e quindi dal giudice, il rapporto o stato controverso, in quanto dedotto in giudizio.

Con queste parole, Emilio Betti, apriva la voce dal titolo 'Regiudicata' nel Novissimo Digesto Italiano<sup>1</sup>, ritornando – molti anni dopo la sua pubblicazione – su una tematica, che – con specifico riguardo ai limiti soggettivi della cosa giudicata – era stata il fondamento e la ragione della monografia del Maestro<sup>2</sup>, da cui ho preso le mosse per la redazione del

---

<sup>1</sup>E. BETTI, v. *Regiudicata*, in «Novissimo Digesto Italiano», 15 (1968), p. 216.

<sup>2</sup>E. BETTI, D. 42.1.63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, rist. Efesto, Roma 2021 (ed. or. Stab. Tip. Bianchini, Macerata 1922), pp. 144, 177 e 211 in particolare. Non si possono che condividere le parole con cui Orestano descrive il lavoro del Betti quando, nella monografia sull'appello civile, affronta l'esegesi del passo che dà il titolo all'opera: «... una vasta opera, che è fra le più penetranti e significative

presente intervento: al proposito, non per obblighi di maniera, ringrazio sentitamente gli organizzatori di questo importante Convegno e in particolare l'amico Luca Loschiavo per avermi offerto la felice opportunità di tornare su un argomento che – seppure solo incidentalmente – avevo studiato in occasione delle ricerche sul sistema delle impugnazioni nel diritto romano della tarda antichità<sup>3</sup>.

La breve trattazione enciclopedica del Betti, in verità, può dirsi pressochè interamente incentrata proprio sul tema dei limiti della *res iudicata*, come subito il Maestro riteneva opportuno precisare, dopo le parole introduttive: «Ora l'estensione del vincolo alla *res iudicata* incontra limiti di carattere oggettivo, concernenti la ragione fatta valere, per sé considerata, e limiti di carattere soggettivo, riguardanti le persone per le quali ha valore». Se i primi, precisava Betti, «propongono un problema che riguarda essenzialmente l'identificazione della ragione di cui si è deciso e il raffronto di essa con la ragione che si faccia valere in qualche nuovo giudizio», per i limiti di carattere soggettivo, la questione si presentava, nel concreto svolgimento della vicenda processuale, in modo più articolato, giacché – pur concernendo anch'essi un problema di identificazione della ragione fatta valere in giudizio – per un verso «l'identità oggettiva del rapporto dedotto in giudizio non è sufficiente da sola»; per altro verso, perché talvolta, tale identità «non è neppure necessaria»<sup>4</sup>.

Due, secondo il Betti, i principi che governavano le ipotesi derogatorie della massima ulpiana secondo cui *res iudicata pro veritate accipitur*<sup>5</sup>:

---

della romanistica moderna» (R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Giappichelli, Torino 1966, p. 324).

<sup>3</sup> Ho avuto modo di tornare a studiare il volume di Emilio Betti, che avevo utilizzato in occasione della redazione del volume sulle impugnazioni nel tardo diritto romano (F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del Tardo Impero*, Giuffrè, Milano 2000), in una versione reperita nella biblioteca dell'Università Commerciale 'Luigi Bocconi' di Milano, che reca, sulla copertina, la dedica manoscritta dell'Autore ad Angelo Sraffa, che in Bocconi insegnò il diritto commerciale e che fu Rettore tra il 1917 e il 1924, anche dunque nell'anno in cui la monografia era stata pubblicata: «All'Illustre suo Maestro Prof. Sraffa, Reverente omaggio dell'A.».

<sup>4</sup> BETTI, *Regiudicata*, (cit. nt. 1), p. 217.

<sup>5</sup> D. 1.5.25: *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*, su cui G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in «Enciclopedia del Diritto», 18 (1969), p. 749 ss., che traduce la seconda parte del passo di Ulpiano nel seguente modo «... giacché la *res iudicata* tiene il luogo della *veritas* (oppure vale come la *veritas*)».

l'uno, di carattere negativo, relativo alla circostanza per cui «la decisione emessa fra le parti in causa è giuridicamente irrilevante rispetto a terzi estranei al processo e al rapporto, di cui fu deciso», cioè irrilevante come *res iudicata* ad essi riferibile, ossia opponibile contro di essi o da parte loro<sup>6</sup>; l'altro, di carattere – invece – positivo, giacchè «la decisione emessa ha valore, in quanto *res iudicata inter partes*, anche rispetto a determinati terzi»<sup>7</sup>.

## 2. D. 42.1.63 e le ipotesi di estensione della *res iudicata* ai terzi estranei al processo

Le situazioni soggettive idonee a giustificare un'estensione dell'efficacia della *res iudicata inter partes* nei confronti di soggetti terzi, estranei al processo, che si rinvencono «in ogni ordine di processi», sono classificate dal Betti in una serie articolata di differenti fattispecie: anzitutto, il caso di un terzo che subentra nel rapporto litigioso dopo la *litis contestatio* (D. 44.2.28 e 44.2.29.1); oppure l'ipotesi che attesta il nesso di reciproca interdipendenza intercorrente fra il rapporto del terzo e il rapporto litigioso, giacchè relativo a situazioni fra loro concorrenti e fungibili (D. 8.5.4.3), nonchè la dipendenza unilaterale vincolante il rapporto del terzo al rapporto litigioso, per cui l'accertamento di inesistenza dell'uno escluda l'esistenza dell'altro e viceversa (D. 30.50.1). Infine, l'ipotesi della sostituzione processuale «da parte di persona dotata del potere di dedurre in giudizio quale attore il rapporto del terzo (D. 44.2.11.7) o di contestarne la ragione quale convenuto (Gai 4.82) o, talvolta, anche solo approvata o tollerata, nella condotta del giudizio, dal terzo, di essa consapevole (42.1.63)»<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Il principio, proseguiva l'Autore, poteva assumere due differenti atteggiamenti, a seconda che «venga riferito a terzi i quali siano soggetti di un rapporto praticamente compatibile con la decisione emessa fra le parti, sebbene tali che possano riceverne, di riflesso, un pregiudizio di fatto» ovvero che «venga riferito a terzi, i quali siano soggetti di un rapporto incompatibile con quella decisione e, ciò non pertanto, estranei al rapporto di cui si è deciso» (*Regiudicata* [cit. nt.1], p. 217).

<sup>7</sup> Prosegue, ancora il Betti, precisando che anche tale principio poteva assumere due differenti atteggiamenti «secondo che venga riferito a terzi partecipi del rapporto (o stato) dedotto in giudizio e quindi investito della *res iudicata*, ovvero a terzi ad esso estranei» (*Regiudicata* [cit. nt. 1], p. 217).

<sup>8</sup> Così, BETTI, *Regiudicata* (cit. nt. 1), p. 218 nt. 1. La discussione sulle differenti nozioni di giudicato nei vari sistemi processuali (*legis actiones*, formulare, *cognitio*) è bene tracciata da Pugliese (cit. nt.5), p. 746, ove ampia critica alla posizione di M. MARRONE, *L'efficacia*

A fondamento di tale ultima ipotesi, Betti poneva il celebre passo di Macro, tratto dal libro secondo *de appellationibus*, 42.1.63, che ha dato il titolo alla monografia sui limiti soggettivi alla cosa giudicata:

D. 42.1.63: *Saepe constitutum est res inter alios indicatas 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 adquierit, alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est. Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequentem agere 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 indicatae 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 indicetur, 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.*

### 3. *Res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*

Tralasciando in questa sede le discussioni sulla genuinità del frammento<sup>9</sup>, che costituisce – è stato detto – «uno dei più importanti e difficili del Digesto»<sup>10</sup>, il giurista apre la trattazione con un'enunciazione

---

*pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», 24 (1955), p. 405 ss.

<sup>9</sup> L. MITTEIS, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, Böhlau, Weimar 1935, p. 232 s. In proposito, vedi M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, Manfredi, Palermo 1960, p. 205 nt. 2; ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 323 nt. 1; PUGLIESE, *Giudicato civile* (cit. nt. 5), p. 751 nt. 96.

<sup>10</sup> Così, testualmente, ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 323. La tematica affrontata nel passo in esame è stata oggetto di ampia indagine da parte della dottrina, fra cui, in passato, G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in «Rivista italiana per le

di carattere generale, affermando, sull'autorità di conformi decisioni imperiali (*saepe constitutum est*) che la *res iudicata* non si estende a terzi – *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* – così che la *sententia* non può pregiudicarli, giacché resa *inter alios*<sup>11</sup>.

Il primo caso di applicazione del principio generale dell'indifferenza del giudicato rispetto ai terzi è quello – *rescriptum est*, precisa Macro – di due coeredi (*veluti si ex duobus heredibus debitoris alter condemnatur*): la sentenza di condanna di uno di essi a favore del creditore dell'eredità per la singola quota di debito non pregiudica formalmente l'altro erede, rimasto estraneo al giudizio, anche se l'avvenuto accertamento del debito dell'eredità abbia comportato l'implicito riconoscimento anche della sua posizione debitoria: ma – *etiamsi contra ipsos iudicatum sit* – la sentenza non è a lui opponibile, con la conseguenza che il creditore che voglia ottenere il soddisfo della residua quota deve dimostrare *ex novo*, in un eventuale successivo giudizio, la qualifica di creditore e il titolo su cui si fonda la domanda, non potendosi automaticamente applicare nella nuova sede processuale l'efficacia dell'accertamento effettuato con la prima sentenza.

Analoghi principi debbono applicarsi, prosegue Macro, anche per l'ipotesi di due comproprietari (*item si ex duobus petitoribus alter victus adquireverit, alterius petitioni non praeiudicatur*), qualora uno di essi, che abbia rivendicato il diritto di proprietà sulla propria quota, risultando però soccombente, non avesse interposto gravame avverso la sentenza sfavorevole (*adquireverit*): in questo caso, gli effetti negativi della decisione non pregiudicano il terzo comproprietario estraneo alla vicenda processuale, il quale – infatti – sarà legittimato a fare valere in un nuovo

---

scienze giuridiche», 8 (1933), p. 3 ss.; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* (cit. nt. 8), p. 405 ss. e nella successiva monografia dal titolo *L'effetto normativo della sentenza* (cit. nt. 9), p. 193 ss.; PUGLIESE, *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Giuffrè, Milano 1963, p. 143 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Jovene, Napoli 1985, 87 ss., nonché nella citata voce enciclopedica (*Giudicato civile* [cit. nt. 5], p. 745 ss.), F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1967, p. 361 ss.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, D'Auria, Napoli 1989, p. 101 ss. Da ultimi, P. ZILLOTTO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi: due casi in materia di pegno*, in *Res iudicata* a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli 2015, p. 411 ss. e, in particolare sul passo in commento, V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul De appellationibus di Macro*, Jovene, Napoli 2017, p. 81 ss.

<sup>11</sup> Così, ancora, PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Giuffrè, Milano 1960, p. 225 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti* (cit. nt. 10), p. 5 ss.; ID., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Giuffrè, Milano 1962, p. 765 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti* (cit., nt. 10), p. 67 ss.

giudizio la qualifica di condomino della *res litigiosa*, senza che la prima sentenza sfavorevole sia a lui opponibile<sup>12</sup>.

#### 4. I limiti soggettivi della cosa giudicata

Il principio *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, però, avverte subito il giurista, con un'intonazione tipica delle sue opere<sup>13</sup>, deve essere correttamente interpretato, perchè, se è vero che la *res iudicata* non pregiudica i terzi, neppure nell'ipotesi in cui si sia deciso qualcosa contro di loro (*etiamsi contra ipsos iudicatum sit*), è tuttavia possibile affermare che l'efficacia del giudicato si estenda, in casi ben delineati, anche ai terzi estranei al giudizio, a condizione – peraltro – che questi ultimi siano *scientes* della celebrazione del processo, all'esito del quale è stata emanata la sentenza, del cui valore si discute.

Esistono almeno tre casi, precisa Macro, sull'autorità di precedenti imperiali – *ex multis constitutionibus intellegenda sunt* – in cui l'efficacia del giudicato si estende, infatti, anche ai terzi estranei al giudizio, poiché – pur *scientibus sententia* – hanno deliberatamente deciso di non intervenire a tutela delle proprie ragioni.

Il primo è il caso del creditore pignoratizio (*si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris*), che abbia tollerato che la rivendica della proprietà della *res* pignorata venisse esercitata contro il suo debitore, anziché contro di lui<sup>14</sup>: la conseguenza è chiara, poiché una sentenza che negasse la proprietà della *res* in capo al debitore, travolgerebbe anche la valida costituzione del pegno, pregiudicando il diritto di credito del precedente, nonostante la sua estraneità alla vicenda processuale.

<sup>12</sup> Per il MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza* (cit. nt. 9), p. 221, «è possibile ipotizzare anche il caso inverso: un comproprietario, possessore della sua quota, è convenuto in giudizio mediante rivendica da un terzo che si afferma solo ed unico proprietario della cosa: soccombe, non appella e restituisce al vincitore la sua quota di comproprietà sulla *res*. A questo punto il terzo vittorioso agisce anche contro il secondo comproprietario, che possiede ancora la sua quota: ebbene, l'attore dovrà di nuovo provare di essere unico e solo proprietario del bene contestato, non essendogli sufficiente addurre l'esistenza della prima sentenza a lui favorevole; da detta sentenza il giudice non è vincolato; essa sentenza quindi non pregiudica il secondo condomino».

<sup>13</sup> Sottolinea questo profilo, MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi* (cit. nt. 10), p. 83.

<sup>14</sup> D. 41.3.16: *Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinent, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit*. Sul tema, ZILIOOTTO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi* (cit. nt. 10), p. 413 ss.

La seconda ipotesi ricomprende due fattispecie analoghe: l'ipotesi in cui l'azione di rivendica sia esercitata nei confronti dei costituenti la dote -il suocero o la moglie, nel caso di specie- sebbene i beni dotali siano già stati trasferiti al marito (*maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae*), che - in qualità di possessore dei beni - sarebbe stato legittimato passivamente a contraddire, con la conseguenza che la *res iudicata* fra il rivendicante e i costituenti la dote farà stato anche nei confronti del marito, che era rimasto formalmente estraneo alla lite ovvero, il caso in cui - in caso di vendita di una *res* - il terzo rivendicante esperisca la propria azione contro il venditore, anziché contro il compratore (*possessor venditorem de proprietate rei emptae*), il quale -nel caso di accoglimento della *rei vindicatio*- vedrebbe sacrificata la propria posizione giuridica da una sentenza resa all'esito di un giudizio al quale egli non ha, però, preso parte<sup>15</sup>.

Emilio Betti, dunque, annotava che se, da un lato, la riflessione della giurisprudenza - nel passo di Macro in commento, ma anche in altre occasioni - aveva ribadito l'irrilevanza giuridica della sentenza rispetto ai terzi (*res inter alios indicatas aliis non praeiudicare*)<sup>16</sup>, nei cui confronti non poteva fare stato, dall'altro lato, precisava che la regola potesse trovare formale e piena applicazione esclusivamente nei confronti dei terzi che non soltanto fossero stati estranei al rapporto processuale, ma anche estranei - *rectius*, indifferenti - al rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

Con la conseguenza che se un soggetto, pur formalmente estraneo al rapporto processuale, non fosse del tutto indifferente al rapporto sostanziale sottostante, gli effetti della decisione *inter alios* avrebbero inciso sul terzo, vuoi per la sua 'posizione' rispetto al rapporto in contestazione, perché se questa - in capo ad un soggetto - fosse stata legittimamente dedotta in giudizio da altri, gli effetti della sentenza lo

<sup>15</sup> Sull'ultima parte del passo di Macro, non immediatamente rilevante ai fini della presente ricerca, poiché estranea alla fattispecie della *res inter alia iudicata*, a motivo dell'intervento del patrono in giudizio - che è stato pregiudicato da una sentenza sfavorevole, in cui è stato accertato che il servo o il liberto fossero di un altro - vedi ancora MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza* (cit. nt. 9), p. 213 ss., specialmente a proposito del significato di D. 40.14.5 (*Patronum post quinquennium sententiae pro ingenuitate dicta, non esse praescriptione temporis summovendum temporis*). Un cenno al problema in BETTI, *D. 42. 1. 63. Trattato dei limiti soggettivi* (cit. nt. 1), p. 39.

<sup>16</sup> In proposito, con specifico riferimento alla 'disapplicazione' del principio in commento in D. 20.4.16, ZILLOTTO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi* (cit. nt. 10), p. 441 ss.

avrebbero direttamente investito<sup>17</sup>; vuoi, s'è detto, per la *scientia*, poiché l'aver avuto contezza del giudizio in corso e non essere intervenuto a difesa dei propri interessi, rendeva la *res iudicata inter alios* opponibile al terzo, anche per i casi in cui – diversamente – essa non avrebbe dispiegato effetti nei confronti di quest'ultimo.

##### 5. *La legittimazione del terzo estraneo all'impugnazione della sentenza*

Come ho sopra osservato, il tema della opponibilità ai terzi della *res iudicata* e quello, reciprocamente connesso e interdipendente, dei suoi limiti soggettivi, costituisce una tematica centrale in tutto il sistema processuale romano<sup>18</sup>, non soltanto da un punto di vista sostanziale per quanto attiene alla efficacia della sentenza, bensì – con ancora maggiore rilievo – con riguardo ai profili processuali, se esaminata in relazione alla legittimazione, in capo al terzo estraneo, che ritenesse di essere stato pregiudicato dalla sentenza resa *inter partes*, di interporre gravame avverso la decisione sfavorevole.

Prima di affrontare l'esame delle fonti e, in particolare, il pensiero del Betti a proposito di questo specifico aspetto, va detto, in via preliminare, che – esaminato sotto il profilo della legittimazione ad appellare – la posizione giuridica delle parti non può prescindere dalla valutazione dell'interesse<sup>19</sup>.

Infatti, conformemente al principio riferito dallo stesso Macro in D. 49.1.4.2<sup>20</sup>, secondo cui l'impugnazione spettava a colui che fosse titolare

<sup>17</sup> ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 324, precisa che -in questo caso- «almeno in età classica, nel caso di soccombenza del *cognitor* (e poi del *procurator praesentis*)... l'*actio iudicati*, anziché dirigersi verso il sostituto processuale, veniva concessa...direttamente contro il titolare del rapporto sostanziale». Sull'argomento e, in particolare, su *Frag. Vat.* 317 e 319, vedi C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Giuffrè, Milano 1996, p. 97 e nt. 149.

<sup>18</sup> ORESTANO (*L'appello civile* [cit. nt. 2], p. 320), affrontando il tema dell'appello del 'terzo' interessato, scriveva che si tratta di «uno dei punti più delicati di tutto il problema della legittimazione ad appellare».

<sup>19</sup> BETTI, in particolare, precisa che «prima di venire alla distinzione che Macro istituisce, conviene allora determinare il contenuto dell'interesse giuridico che l'altrui sentenza promuove nei terzi estranei alla lite» (D. 42. 1. 63. *Trattato dei limiti soggettivi* [cit. nt. 1], p. 37).

<sup>20</sup> D. 49.1.4.2: *Alio condemnato is cuius interest appellare potest. Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet.*

di un interesse a rimuovere gli effetti negativi e pregiudizievoli della sentenza, le fonti, di regola, riconoscono, in primo luogo, al soccombente la possibilità di appellare contro una pronuncia sfavorevole<sup>21</sup>.

In verità, l'Orestano, che pure si è occupato *ex professo* del tema, riteneva che tale prerogativa fosse ugualmente attribuita all'altro contraente, precisando che «anche la parte riuscita vincitrice potesse avere talvolta motivi per dolersi della sentenza (quando, ad esempio, avesse visto accolte solo parzialmente o inesattamente le sue domande) e quindi per impugnarla al fine di ottenerne una più favorevole od esatta» e che, pertanto, non avrebbe avuto senso la «distinzione che da alcuni si vorrebbe introdurre fra la posizione della parte vincente e quella della parte soccombente»<sup>22</sup>.

Non credo che tali affermazioni possano essere condivise: se, infatti, non v'è dubbio che la possibilità di interporre gravame spetti, in astratto, ad ognuno dei contendenti, è soltanto all'esito della lite che è possibile individuare colui che abbia interesse alla riforma di una sentenza sfavorevole. Nell'ipotesi particolare, poi, in cui la pronuncia, per usare le parole dell'Orestano, avesse accolto solo parzialmente oppure inesattamente le domande dell'una o dell'altra parte in causa, la legittimazione ad appellare era concessa ad entrambi i contendenti, poiché essi, seppure limitatamente alla parte di decisione sfavorevole, erano stati entrambi pregiudicati dalla pronuncia giudiziale: ma in una simile ipotesi, non credo che si possa parlare di appello proposto dalla parte riuscita vincitrice. Infatti, la parte che vedeva accolte parzialmente le proprie domande era, sotto questo profilo, soccombente e come tale poteva proporre appello, mentre colui che si fosse visto accogliere nella sua intrezza le proprie domande, non avrebbe avuto alcun interesse ad impugnare la sentenza, già di per sé idonea al pieno soddisfacimento delle proprie ragioni.

In tale prospettiva, della possibilità di un appello riconosciuta ad entrambe le parti si ha traccia già in un rescritto dei *Divi Fratres*, riportato da Ulpiano in D. 49.9.1<sup>23</sup>, in cui si fa l'ipotesi che il postulante abbia ricevuto dalla parte appellante il mandato di difenderla *de appellatione, quam Pollia ad eum fecit*, l'ipotesi, cioè che entrambe le parti abbiano la posizione di appellanti.

<sup>21</sup> Dello stesso Macro, vedi anche D. 49.4.2.1. e, in negativo, un passo di Ulpiano (D. 49.5.1) Per questi passi vedi ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 321 e 322.

<sup>22</sup> ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 306.

<sup>23</sup> D. 49.9.1 pr.: *Quaeri solet, an per alium causae appellationis reddi possunt: quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit. Et in rebus pecuniariis sunt rescripta posse agi.*

Al riguardo, non abbiamo ulteriori indizi al riguardo, né la legislazione successiva offre, in proposito, utili appigli, mancando l'enunciazione di autonomi principi in materia.

In linea generale, infatti, le costituzioni imperiali riconoscono esclusivamente al *victus* o al *superatus* la legittimazione ad appellare, ammettendo, seppure in modo implicito, la facoltà di entrambe le parti, qualora ne esistesse l'interesse, a proporre il gravame, mentre l'introduzione di un principio esplicito avverrà esclusivamente con Giustiniano, mediante il riconoscimento della possibilità della proposizione del gravame in via incidentale da parte di entrambi i contendenti per il caso di reciproca soccombenza.

Un primo passo in questo senso era stato compiuto con la c. 10. C. 7.64 dell'anno 529, che consentiva al giudice superiore, per il caso di omessa pronuncia sulle spese del giudizio di primo grado, di provvedere sul punto senza la necessità di un appello da parte di colui che era risultato vincitore: appello, che – anzi – era espressamente vietato.

Più decisamente il nuovo indirizzo si afferma con la c. 39 C. 7.62 del 530, con cui la cancelleria imperiale riconosceva, con ciò anticipando la moderna disciplina dell'appello incidentale e – per quanto specialmente rileva ai nostri fini – innovando rispetto al regime anteriore (*antiquam observationem emendamus*), che anche l'appellato (*adversarius eius*), che non avesse interposto gravame avverso la sentenza di primo grado, potesse – *si quid iudicatis opponere maluerit* – chiedere, a sua volta, la riforma della sentenza. Mi pare evidente che una simile eventualità potesse verificarsi esclusivamente nel caso in cui l'appellato non avesse ottenuto il pieno soddisfacimento delle proprie ragioni in prima istanza, poiché, al contrario, non sarebbe stato legittimato, in quanto privo di idoneo interesse, ad impugnare la sentenza.

Tale disciplina vige anche a favore del contumace, per il quale provvedeva d'ufficio il giudice: *sin autem absens fuerit, nibilo minus iudicem per suum vigorem eius partes adimplere*.

## 6. *Appellatio proprio nomine e appellatio alieno nomine*

Ben più che con riferimento alla possibilità di entrambi i contendenti di proporre gravame, il tema della legittimazione ad appellare nel sistema processuale romano assume, però, rilievo nel duplice profilo dell'impugnazione *proprio nomine* o *alieno nomine*, che contrappone, ai fini della

proposizione di un gravame avverso una sentenza, la posizione del titolare degli interessi pregiudicati dalla pronuncia sfavorevole rispetto a quella di colui che ne aveva sostenuto le ragioni in giudizio<sup>24</sup>.

Qui il problema si pone, in verità, in duplice, seppure reciprocamente interdipendente, prospettiva: una procedurale, relativa al diverso termine, differentemente fissato, per la proposizione del gravame (*biduum vel triduum*)<sup>25</sup>, l'altra con riguardo alla individuazione dei criteri relativi alla legittimazione ad appellare<sup>26</sup>.

Sotto il primo profilo, è noto come nel diritto romano i termini per l'impugnazione erano brevissimi: lo stesso giorno della sentenza se l'appello era proposto oralmente; due o tre giorni – questo è il profilo che interessa qui indagare – a seconda che si appellasse in nome proprio o nell'interesse altrui, se venivano presentati i *libelli appellatorii*.

Quando e come termini così ristretti fossero stato fissati non sappiamo con certezza<sup>27</sup>: nell'età dei Severi, essi sono attesati in due passi, rispettivamente dei *libri appellationum* di Marciano (D. 49.1.5.4)<sup>28</sup> e

<sup>24</sup> Sulla differente posizione fra chi agiva *proprio* o *alieno nomine*, già Gai Inst. 4.82 (*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis*) e Ulpiano 49.4.1.11 (*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 pertinent*).

<sup>25</sup> Con specifico riferimento alla legittimazione ad impugnare, si veda Macro D. 49.4.2.1: *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, qua 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*. Cfr. anche D. 49.1.20.1; 49.4.1.12, su cui ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 308 ss.

<sup>26</sup> MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi* (cit. nt. 10), p. 87 scrive che «l'esercizio del diritto di un individuo ad appellare una sentenza a cui è stato estraneo debba risiedere nel coefficiente di sovrapposibilità giuridica tra il rapporto processuale e il rapporto sostanziale sottostante, oggetto di controversia».

<sup>27</sup> Il Litewski ipotizza che tali termini siano stati introdotti da costituzioni imperiali, come sarebbe confermato dalla Novella 23 di Giustiniano, su cui subito nel testo (W. LITIEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, IV, in «Revue internationale des droits de l'Antiquité», 15 (1968), p. 149 ss.).

Un primo accenno si rinviene in un passo di Giuliano, riportato in D. 49.4.1.14: *Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere Iulianus libro quadragensimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem*.

<sup>28</sup> D. 49.1.5.4: *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin auteme hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandus biduum vel triduum computandum est*.

di Ulpiano (D. 49.4.1.5)<sup>29</sup>, come un dato pacifico e senza alcuna indicazione dell'origine, normativa o consuetudinaria che fosse. Ulpiano richiama solo un'oratio di Marco Aurelio, che aveva precisato doversi computare i termini *quo primum adeundi facultas erit* (D. 49.4.1.7).

Normativamente, i termini vennero stabiliti, sul finire del terzo secolo, dal notissimo editto di Diocleziano (C. 7.62.6)<sup>30</sup>, che peraltro prendeva in considerazione solo il caso dell'appello scritto, *libellos appellatorios offerre*, confermando la duplice misura di uno o due giorni, *eodem die vel altero*, per gli appelli proposti *in causa propria*, di tre giorni se l'appello era proposto da chi *negotium tuetur alienum*.

C. 7.62.6 § 5: *Sin autem in iudicio propriam causam quis fuerit persecutus atque superatus voluerit provocare, eodem die vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supra dicta condicione etiam tertio die provocabit.*

Nessun altro intervento normativo in materia si ha nei secoli successivi: del resto, che i termini per appellare siano rimasti per oltre due secoli quelli indicati dai giuristi tardoclassici e sanzionati dall'editto diocleziano del 294, trova la conferma testuale dalla Novella 23, con cui, nell'anno 536, l'imperatore Giustiniano li modificava.

Nella *praefatio* della Novella si denunciava l'*acerbitas anteriorum legum*, non tanto – però – per la brevità del termine, quanto per la distinzione fra il *biduum* concesso a chi *per se litem exercuerit et fuerit condemnatus* ed il *triduum* previsto *si per procuratorem causa ventilata sit*: distinzione che la *rerum experientia* considerava dannosa, in quanto suscettibile di indurre in errore le parti, per lo più ignare della *subtilitas legum* e portate a ritenere che il termine di tre giorni fosse comune a tutte le impugnazioni, *in triduum provocations porrigendas*. In considerazione di ciò, Giustiniano stabiliva che tutti gli appelli *sive per se sive per procuratores seu defensores vel curatores et tutores ventilentur*, fossero proponibili entro dieci giorni decorrenti dalla *recitatio*

<sup>29</sup> D.49.4.1.5: *Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit.*

<sup>30</sup> Sull'editto di Diocleziano, si veda A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento*, in *Estudios D'Ors*, I, EUNSA. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1987, p. 417 ss. Per qualche cenno, cfr., M. AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Giuffrè, Milano 1960, p. 15 nt. 21; A. CENDERELLI, *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'*, Giuffrè, Milano 1965, p. 34 nt. 38 e p. 73 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München 1966, p. 340 nt. 10; F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero. II. L'organizzazione giudiziaria di Costantino*, in «Studi Urbinati», 18 (1966), p. 198.

della sentenza, con l'intento di dare, così, alle parti il tempo necessario per deliberare con ponderatezza *sive appellandum ei sit sive quiescendum*.

Anche in Occidente, però, un allargamento dei termini per appellare doveva essersi verificato nella prassi, se non attraverso un intervento normativo: lo si desume, infatti, da un passo della *Interpretatio* visigotica alla *Pauli Sententiae*, che stravolgendo il contenuto del testo interpretato (P.S. 5.33.1-8)<sup>31</sup>, enunciava il nuovo principio.

Paolo, o l'ignoto autore delle *Sententiae*, insegnava che, per limitare il ricorso incontrollato all'appello, *ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae*, si erano fissati *et poena et tempora appellatoribus*.

Inoltre, il passo precisava che i *tempora ad cavendum in poena appellationis* erano fissati in cinque giorni, computati *ex die acceptarum litterarum* per l'appellante *morans in eo loco ubi appellaverit*, con l'aggiunta degli ulteriori giorni di viaggio nel caso che si trovasse *longius*. Nell'*Interpretatio*, i cinque giorni fissati per prestare la cauzione sono diventati il termine per appellare: *quicumque iudici, qui causam eius audivit, appellare et ad alium iudicem provocare voluerit, intra quinque dies appellet*. Ma non si trattava di un malinteso o di un errore: l'*Interpretatio* rifletteva, evidentemente, la situazione del tempo in cui veniva redatta: tanto è vero, che il termine di cinque giorni si ritrovava nella *Lex Romana Burgundionum*, la quale aveva recepito l'identico indirizzo della prassi, che aveva trovato espressione nell'*Interpretatio* alle Sentenze di Paolo<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> *Ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, et poena et tempora appellatoribus praestituta sunt. Quod nisi iuste appellaverint, tempora ad cavendum in poena appellationis quinque dierum praestituta sunt. Igitur morans in eo loco, ubi appellavit, cavere debet, ut ex die acceptarum litterarum continui quinque dies computentur: si vero longius, salva dinumeratione interim quinque dies cum eo ipso quo litteras acceperit computantur. 2. Ne quis in captionem verborum in cavendo incidat, expeditissimum est poenam ipsam vel quid aliud pro ea deponere: necesse enim non habet sponsorem quis vel fideiussorem dare aut praesens esse: et si contra eum fuerit pronuntiatum, perdit quod deposuit. 3. Quotiens in poena appellationis cavetur, tam unus quam plures fideiussores, si idonei sint, dari possunt: sufficit enim etiam per unum idoneum indemnitati poenae consuli. 4. Si plures appellant, una cautio sufficit, et si unus caveat omnibus vincit. 5. Cum a pluribus sententiis provocatur, singulae cautiones exigendae sunt et de singulis poenis spondendum est. 6. Modus poenae, in qua quis cavere debet, specialiter in cautione exprimendus est, ut sit, in qua stipulatio committatur: aliter enim recte cavisse non videtur. 7. Adsertor si provocet, in eius modi tertiam cavere debet, quanti causa aestimata est. 8. In omnibus pecuniariis causis magis est, ut in tertiam partem eius pecuniae caveatur.*

<sup>32</sup> L.R.B. 33.3: *Appellationis sane tempora haec sunt, ut pendente sententia quisque appellare voluerit, inter dies quinque per libellos, id est data petitione appellat, contestans, se ad audientiam principis provocare.* In argomento, A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto*

Anche a proposito della decorrenza dei termini entro cui interporre gravame, le fonti prevedono che essi decorrano dal momento della pronuncia della sentenza, sia in relazione all'ipotesi dell'appello orale, come risulta dal passo di Macro, raccolto in D. 49.1.5.4<sup>33</sup>, sia per l'appello scritto, come si ricava implicitamente da quanto scrive Ulpiano (D. 49.4.1.15)<sup>34</sup>: nel caso riferito dal giurista, espressamente relativo all'ipotesi della sentenza resa *adversus absentem*, il termine decorre *ex qui scit*, cioè appunto dal momento dell'effettiva conoscenza della decisione del giudice da parte del titolare degli interessi in contesa, con quanto ne deriva in relazione al profilo, analogamente correlato al tema della *res iudicata*, della legittimazione ad appellare<sup>35</sup>.

Con specifico riguardo a tale aspetto, le fonti tardoclassiche – derogando alla regola generale soprarichiamata in base alla quale legittimato ad appellare era esclusivamente colui che fosse stato parte nel giudizio di primo grado – attestano che anche un terzo, estraneo alla vicenda processuale di prime cure, ma pregiudicato dalla sentenza, quindi titolare di un interesse proprio e diretto, fosse legittimato ad interporre gravame e, per quanto specialmente interessa al discorso che siamo venuti facendo, dimostrano come l'efficacia del giudicato della sentenza incontrasse, anche sotto tale specifico profilo limiti di carattere soggettivo.

Il tema è stato ampiamente studiato in dottrina: l'Orestano distingueva essenzialmente due ipotesi: il caso più frequente e tipico, in cui la legittimazione ad appellare era riservata alle parti del giudizio di primo grado, che avevano assunto tale veste indifferentemente *proprio nomine* o *alieno nomine*, dall'ipotesi di un appello reso a mezzo di un procuratore, in cui era prevista la duplice possibilità, per la parte soccombente di nominare un sostituto processuale al solo fine della proposizione – per

---

*intermedio*, I, Giuffrè, Milano 1967, p. 131 e nota 95.

<sup>33</sup> D. 49.1.5.4: *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.*

<sup>34</sup> D. 49.4.1.15: *Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est.*

<sup>35</sup> Dal tenore del passo di Ulpiano in esame, è possibile ipotizzare, seppure in negativo, che nei casi in cui le parti fossero presenti alla pronuncia, il termine decorresse dalla lettura del dispositivo. Era questo, del resto, il regime adottato da Giustiniano, per il quale, il più ampio termine di dieci giorni per appellare, infatti, decorreva dalla *recitatio* della sentenza alle parti. In proposito, ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 239 ss.; L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*. I, Giuffrè, Milano 1961, p. 118 ss.

suo conto – del gravame (D. 49.5.1 e 49.1.4.5)<sup>36</sup>, riservando a sé la successiva gestione della lite, oppure di affidare ad un terzo la conduzione del giudizio di secondo grado, successivamente alla presentazione materiale dell'impugnazione, effettuata dallo stesso titolare degli interessi in contesa.

Analoga ricostruzione è effettuata dal Litewski, il quale distingue tra una legittimazione primaria (*primäre Legitimation*) e una derivata (*abgeleitete Legitimation*), riferibile ai casi di appello *alieno nomine*, concentrando peraltro la sua attenzione sulle fonti classiche in materia<sup>37</sup>.

Precisato doverosamente quanto sopra, le fonti, in linea generale, confermano che per interporre gravame avverso una sentenza pregiudizievole non era necessario essere stato parte nel giudizio di primo grado, ben potendosi ritenere sufficiente un interesse concreto ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli della sentenza sfavorevole.

Ne danno conferma gli insegnamenti di Macro per cui *alio condemnato, is cui interest appellare potest*, con la precisazione che *Qualis est, qui per procuratorem expertus victus est nec procurator suo nomine appellet* (D. 49.1.4.2) e di Ulpiano, che attesta come *Non solent audiri appellantes nisi hi, quorum interest vel quibus mandatum est vel qui negotium alienum gerunt, quid mox ratum habetur* (D.49.4.2.1 e 2): anzi, precisa lo stesso Macro, la causa condotta da altri in primo grado, veniva considerata *ut propria causa*<sup>38</sup>.

Nella prassi si erano configurati – in materia – una serie di fattispecie particolari, fra cui spicca il caso in cui i terzi siano soggetti all'altrui cosa giudicata «in quanto siano titolari dello stesso rapporto litigioso che è stato legittimamente dedotto o difeso in giudizio da altri» (D. 49.1.4.2 e 3; D. 49.1.4.4) ovvero «in quanto si trovino con una delle parti in causa in rapporto giuridico, il cui contenuto o la cui esistenza – secondo le norme del diritto sostanziale – è necessariamente dipendente dall'accertamento positivo o negativo del rapporto litigioso tra le parti», come avviene nei rapporti obbligatori fra venditore e compratore nel caso di

<sup>36</sup> Il rescritto dei *Divi Fratres*, riportato in C. 2.12(13).2, riferisce del compimento di determinate formalità per la costituzione del procuratore, incaricato di interporre il gravame avverso la sentenza sfavorevole, su cui ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 319.

<sup>37</sup> LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III, in «Revue internationale des droits de l'antiquité», 14 (1967), p. 328 ss.

<sup>38</sup> Per quanto scrivo nel testo, l'affermazione di una «sensazione che ciò di cui parliamo fosse un'eccezione a una regola generale», espressa da MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi* (cit. nt. 10), p. 81 nt. 263, merita, a mio giudizio, qualche ulteriore riflessione.

azione di rivendica (D. 49.1.4.3; 49.1. 5 pr.) oppure nell'ipotesi dei rapporti fra il creditore e i fidejussori del debitore (D. 45.1.116) ovvero, infine, per il caso di rapporto fra l'erede istituito nel testamento, convenuto in forza di *querela inofficiosa* dall'erede intestato, con gli schiavi manomessi con il testamento o con i fidecommissari (D. 5.8.2.16; 5.2.28; 20.1.3)<sup>39</sup>.

### 7. *Gli sviluppi della legislazione tardoantica*

Di questa articolata riflessione della giurisprudenza e della correlata e complessa problematica, le fonti successive a noi pervenute non conservano che poche tracce e deve, pertanto, presumersi che anche in questo settore la legislazione imperiale non abbia sentito la necessità di intervenire, perché la prassi, molto verosimilmente, si riportava ai principi elaborati dalla giurisprudenza.

Conformemente alla permanenza nel Codice Teodosiano di un titolo, il 2.12 *De cognitoribus et procuratoribus*, rimane, anzitutto, valido il principio per cui il *cognitor* ed il *procurator* erano essi stessi parti del giudizio, *ministri* li definisce significativamente la c. 7 del titolo, alla cui eventuale morte subentrava, nel rapporto litigioso, il *dominus litis*<sup>40</sup>:

<sup>39</sup> BETTI, *D. 42. 1. 63. Trattato dei limiti soggettivi* (cit. nt. 1), p. 48 ss. Sull'ipotesi, relativa all'unico caso in cui la legittimazione ad appellare spetterebbe anche a colui che non è soggetto alla cosa giudicata altrui, cioè l'ipotesi di colui che si trovi -con la parte soccombente- in un rapporto di giuridico familiare incompatibile con il rapporto giuridico personale riconosciuto in giudizio come esistente nei confronti dell'avversario, vedi ancora Macro in D. 49.4.2.2 (su cui BETTI, *ibid.*, 53 s., anche per i dubbi sulla natura interpolata del frammento) ovvero per il caso di appello concesso al coerede in caso di dolo o collusione a suo danno (D. 49.1.5 pr.): in proposito, Betti, 46 s.

Per una esegesi delle singole ipotesi, con specifico riferimento al caso del creditore pignoratizio, si veda, di recente, l'approfondita indagine della ZILLOTTO, *Effetti del giudicato rispetto ai terzi* (cit. nt. 10), p. 413 ss. (in particolare su D. 20.1.3. pr.).

<sup>40</sup> *Interpretatio. Procurator est, cui per mandatum causa committitur. Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit. Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus, post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem: nisi tantum sumptuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit: lis vero ad mandatorem redit. Si praesentis procurator vincatur aut vincat, in dominum vel domino, non in procuratorem vel procuratori actio tribuetur indicati. Idem est et in pulsati possessoris procuratore servandum, si aut vincatur aut vincat. Et si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator, et procuratorem ipse pro sua utilitate iam fecerit, similiter exitus rei indicatae dominum respiciet, non actorem.*

CTh. 2.12.7: *Imp. Theodosius a. et Valentinianus caes. Asclepiodoto pf. p. Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime eius quaerantur heredes, ne supervacua domino causae laboris occasio protendatur, sed statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones. Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis causa sumptuum. Nec sane videtur incongruum cognitori, quum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator usus fuerit in iudicio prosperiore fortuna, vel eadem non flante devictus, iudicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino. Et haec quidem in actoris persona de litis ministro edixisse sufficiat; ceterum in rei quoque idem licere, non dubium est, quamvis abunde legum veterum observatione munita sit, quae, si in rem quoque suam cognitor vel procurator quis fuerit ordinatus, simili modo nihil novi requirere patiuntur etc. Dat. xviii. kal. dec. Constantinopoli, Victore v. C. cons.*

La loro posizione processuale, seppure in relazione al giudizio di primo grado, si ricava anche dalla lettura della costituzione di apertura del titolo, secondo cui, infatti, il *procurator* poteva, *utpote dominum litis ... inchoatam litem iurgiumque finire*, cui evidentemente conseguiva, per il caso di soccombenza, la legittimazione ad impugnare la sentenza sfavorevole<sup>41</sup>:

CTh. 2.12.1: *Imp. Iulianus a. Secundo pf. p. Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam, utpote dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum eius, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire: quippe quum et procuratorem posse eum instituire et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres iuris voluerunt conditores. Lecta apud acta prid. non. febr. Iuliano a. iv. et Sallustio coss.*

Con riferimento all'interposizione di un gravame *alieno nomine*, senza effettuare alcuna specificazione sulla posizione processuale assunta dalle parti nel primo grado di giudizio, si ha un solo esplicito riferimento nel sopra richiamato editto diocleziano dell'anno 294 (C. 7.62.6. § 5), nel

<sup>41</sup> *Interpretatio. Qui dominus et procurator de cuiuslibet rei petitione fuerit institutus et susceptam litem vivo mandatore per actionem repetendo fuerit contestatus, etiamsi ille, qui ei mandatum tale fecerat, de hac luce discedat, liceat ei rem, quam repetendam susceperat, sibi et ipsi defensare et alium procuratorem in hac causa, si voluerit, qui repetat, ut dominus ordinare atque actionem ad heredes suos successoresque transmittere: quia sicut in rebus, quae possidentur, procuratores tantum adversus pulsantes nec non et domini possunt firmiter ordinari, ita in rebus, quae repetuntur, dominos procuratoresque facere is, qui pulsat ac repetit, iure permittitur. Solum est, ut mandatum ad vicem donationis factum, actis habeatur insertum.*

quale, al fine di ribadire il differente termine per l'interposizione dell'im-pugnazione, si distingue il caso di colui che abbia perduto una lite in prima persona da colui che *negotium tuetur alienum*.

C. 7.62.6 § 5: *Sin autem in iudicio propriam causam quis fuerit persecutus atque superatus voluerit provocare, eodem die vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supra dicta condicione etiam tertio die provocabit.*

Questi termini non rappresentano, come abbiamo sopra ricordato, una novità, come risulta da tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale che, perlomeno in età severiana<sup>42</sup>, li aveva ormai fissati in maniera precisa<sup>43</sup>. Se una novità c'è, e non certo positiva, è nella mancanza di uno specifico richiamo alla distinzione fra appello orale ed appello scritto. L'editto, infatti, prospetta la possibilità di appellare *eodem die vel altero*, se l'appellante agisca in nome proprio e parla, per entrambe le ipotesi, della necessità di *libellos appellatorios offerre*. Sembra ignorare, quindi, che *eodem die* si poteva appellare anche oralmente.

Non è chiaro se si trattasse di una voluta omissione della possibilità di appello orale: questa, in verità, sembrava essere l'opinione dell'Orestano, il quale scriveva che la disposizione dell'editto testimonierebbe la decadenza dell'appello orale dopo l'età dei Severi<sup>44</sup>.

E che comunque potesse nascere il dubbio circa la possibilità del ricorso all'appello orale potrebbe ricavarsi anche da una successiva costituzione di Costantino, che, espressamente, ne riaffermava la possibilità (c. 7 CTh. 11.30)<sup>45</sup>.

Nessuna delle costituzioni raccolte nei Codici, al contrario, affronta specificamente il problema della legittimazione ad appellare e le poche notizie in proposito possono ricavarsi solo in modo implicito.

<sup>42</sup> Vedi, in particolare, D. 49.1.5.4. Sui sospetti di interpolazione della seconda parte del passo, cfr. R. REGGI, *I libri de appellationibus di Marciano*, in «Studi Parmensi», 15 (1974), p. 46.

<sup>43</sup> Cfr., in proposito, ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 237 ss.; M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 127; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (cit. nt. 30), p. 403; LITEWSKI, *Die römische Appellation*, IV (cit. nt. 27), p. 145 ss., in part. p. 151.

<sup>44</sup> ORESTANO, *L'appello civile* (cit. nt. 2), p. 230 nt. 1.

<sup>45</sup> CTh. 11.30.7: *Imp. Constantinus A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). Litigatoribus copia est etiam non conscriptis libellis ilico appellare voce, cum res poposcerit iudicata. Dat. VIII Ivn. Sirmio Gallicano et Basso Cons.*

Anzitutto, la costituzione 17 CTh. 11.36, *Quorum appellationes non recipiantur*, dedicata, nel dicembre 344, dai figli di Costantino, Costante e Costanzo, a disciplinare il divieto di impugnazione degli *officiali* avverso le sentenze del *proprius iudex*, con l'unica eccezione dei casi relativi alle controversie sul patrimonio, per le quali è esplicitamente ammessa la costituzione di un procuratore:

CTh. 11.36.7: *Idem aa. ad Hieroclen consularem Syriae Coeles. Observare curabis, ne quis homicidarum veneficorum maleficorum adulterorum itemque raptorum argumento convictus, teste superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiat appellans. Ut enim aequum est non convictos neque confessos, quia plerumque accidit, ut fortuna iudicii argumenta conglutinet, quorum similitudine opprimatur reus qui non possit vera ratione convinci, vel adversarii calliditas testes subtrahat, qui veritatem audacia vel acrimonia superet, vel confessos neque convictos, quod saepe vel repentinae formidinis vel impositorum tormentorum cogit immanitas, uti in appellando ceteris etiam rei iure communi: ita et aliena et propria voce depressum non oportet, quod contempserit aequitatem ac moram tantum usurpandae lucis indebitae rursus importunitates arripere. Dat. V id. dec. Leontio et Sallustio cons.*

Ancora più significativa è la successiva c. 50 CTh. 11.30, *De appellationibus et poenis earum et consultationibus*, nella quale Valentiniano, Teodosio e Arcadio statuiscano, nel giugno dell'anno 393, che le conseguenze della violazione dei principi sul divieto di appello *ante sententiam* da parte del procuratore che abbia impugnato la sentenza, gravino sul titolare degli interessi oggetto della controversia, cui deve essere irrogata una *multa praeiudicialis*.

Per quanto specialmente interessa rilevare, la disposizione che conferma la possibilità di nominare un procuratore per la proposizione del gravame, intendeva porre rimedio ad una prassi, che si era andata progressivamente diffondendo, per cui, al fine di evitare le conseguenze della violazione delle regole sull'inappellabilità, le parti autorizzavano soggetti terzi estranei al giudizio di primo grado ad interporre un atto di appello:

CTh. 11.30.50: *Imp. Valentinianus, Teodosius et Arcadius AAA Victorio proconsuli Asiae. Eum, qui procuratorem suum cum appellatione ante sententiam adversum se latam ad iudicium dirigit, iudiciaria auctoritate iubemus praeiudicialis multae excipere ac sustinere iacturam. Emissa prid. non. april. Constantinopoli Theodosio a. III et Abundantio cons.*

Il tema della successione nel rapporto processuale, con specifico riferimento alla morte di una delle parti, è affrontato dalla costituzione unica del titolo 11.35, *Si pendente appellatione mors intervenerit*, con cui Costantino prevedeva che si applicasse anche al processo di appello la disciplina della *reparatio cursus temporis*, in forza della quale agli eredi era concesso un termine di quattro mesi per valutare l'opportunità di proseguire o meno il giudizio di secondo grado<sup>46</sup>:

CTh. 11.35.1: *Imp. Constantinus A. ad Bassum p(raefectum) u(rbi). Post alia. Consulentibus iudicibus, si debeant, cum de appellatione cognoscunt, litigatoris heredibus, qui ante lapsum negotium in lite defecit, nova tempora prorogare an eos cogere intra dies reliquos etiam incognitum negotium perorare, placuit, cum de appellationibus iudicatur, altero ex litigatoribus in lite defuncto menses quattuor innovare et nova tempora prorogari, ne ignorantes negotia vel etiam super adeundam hereditate dubitantes, priusquam aliquod commodum sentiant, damni adfici compellantur. P(ro)p(osita) xiiii kal. Iun. Sirmi Crispo II et Const(ant)ino II cc. cons.*

#### 8. La legittimazione ad appellare in CTh. 11.30.57 di Arcadio ed Onorio

Un discorso particolare sui limiti soggettivi della cosa giudicata, infine, merita la costituzione 57 del titolo 11.30, emanata dagli imperatori Arcadio ed Onorio.

CTh. 11.30.57: *Idem aa. ad Eutybianum praefectum praetorio. Post alia: Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam quos synoditas vocant, per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem vel errore vel gratia cognitoris obpressa putatur esse iustitia; ea condicione, ut sive pro consule, comes Orientis, augustalis, vicarii fuerint cognitores, non tam ad clementiam nostram quam ad amplissimas potestates sciant esse referendum. Eorum enim de his plenum volumus esse iudicium, qui, si ita res est et crimen excegerit, rectius possint punire damnatos. Et cetera. Dat. VI kal. aug. Mnizō Honorio a. III et Eutychiano cons.*

<sup>46</sup> LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III (cit. nt. 37), p. 358.

Dalla lettura del testo, infatti, si ricava l'attribuzione ai chierici di una legittimazione ad appellare per conto del condannato, a cui la legislazione precedente, in particolare quella di Costantino, aveva precluso la possibilità di impugnare le sentenze per i reati più gravi<sup>47</sup>.

A ben vedere, però, la formulazione della costituzione è ambigua e, dopo avere negato ai monaci e ai chierici la possibilità di sottrarre i condannati a morte all'esecuzione della pena capitale, riconosce a determinati soggetti, qui non esattamente individuati, la possibilità di interporre gravame *humanitatis consideratione*.

Nel testo teodosiano della costituzione – che, si badi, è riportato, senza varianti, nella *sedes materiae* del Codice Giustiniano (C. 7.62.29) – non è affatto chiaro se il *quibus*, che inizia la frase, si riferisca agli ecclesiastici o ai condannati<sup>48</sup>.

Ai primi, però, sembra definitivamente riferirsi la disposizione, esaminando una versione molto più ampia del provvedimento, che si rinviene in C. 1.4.6, cioè nel titolo *De episcopali audientia*, parzialmente riproducendo la geminata 9.40.16 del Teodosiano<sup>49</sup>:

C. 1.4.6: *Imperatores Arcadius, Honorius. Addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam, quos synoditas vocant, per vim atque usurpationem vindicare liceat ac tenere, sed reos ad locum poenae sub prosecutione pergentes nullus teneat aut defendat. 1. Sed sciat se cognitor triginta librarum auri multa, primates officii capitali esse sententia feriendos, nisi usurpatio ista aut protinus vindicetur aut, si tanta clericorum aut monachorum audacia est, ut bellum potius quam iudicium futurum esse existimetur, ad clementiam nostram commissa referantur, ut nostro arbitrio mox severior ultio procedat. 2. Ad episcoporum sane culpam ut cetera redundabit, si quid forte in ea parte*

<sup>47</sup> Sull'inammissibilità dell'appello nei processi criminali nella legislazione di Costantino, rinvio a quanto scritto nel volume *L'appello nella legislazione del tardo Impero* (cit. nt. 3), p. 62 ss.

<sup>48</sup> B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III, Giuffrè, Milano 1954, p. 358.

<sup>49</sup> CTh. 9.40.16: *Impp. Arcadius et Honorius aa. Eutybiano praefecto praetorio. Post alia: addictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos nulli clericorum vel monachorum, eorum etiam, quos synoditas vocant, per vim adque usurpationem vindicare liceat ac tenere. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis salutem vel errore vel gratia cognitoris obpressa putatur esse iustitia: ea condicione, ut, sive pro consule, comes Orientis, praefectus augustalis, vicarii fuerint cognitores, non tam ad clementiam nostram quam ad amplissimas potestates sciant esse referendum. Eorum enim de his plenum volumus esse iudicium, qui, si ita res est et crimen exegerit, rectius possint punire damnatos.*

*regionis, in qua ipsi populos christianae religionis doctrinae insinuatione moderantur, ex his, quae fieri hac lege prohibuimus a monachis perpetratum esse cognoverint nec vindicaverint. Quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus.*

Come si vede, qui la frase *quibus in causa criminali... interponendae provocationis copiam non negamus* – separata, com'è, dal contesto precedente – fa un espresso riferimento agli ecclesiastici, che non è scontato avesse nell'originale, confermando, dunque, la legittimazione di terzi estranei al giudizio di primo grado alla proposizione del gravame.

### 9. *Riflessioni conclusive*

Le brevi riflessioni sui limiti soggettivi della *res iudicata* nel sistema processuale romano hanno confermato come gli studi di Emilio Betti costituiscano viatico irrinunciabile per chiunque intenda avvicinarsi a tale settore di studio e testimoniano come i risultati delle indagini del Maestro non siano circoscritti alla disciplina delle vicende del processo di epoca classica, specialmente riflesse nelle opere dei giuristi, ma costituiscano una indispensabile premessa – anche dogmatica – per la ricostruzione del valore della cosa giudicata anche nell'epoca tardoantica e, più in generale, per lo studio del processo in ogni tempo.