



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Stefano Liva

Appellationem recipere vel non.
Il 'filtro' in appello

Numero IX Anno 2016
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Redattori

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), N. Donadio (Univ. Milano), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

APPELLATIONEM RECIPERE VEL NON. IL ‘FILTRO’ IN APPELLO

1. Un recente studio condotto sulla *poena appellationis* e sulle altre sanzioni che colpivano l'appellante temerario¹ mi ha fornito lo spunto per provare ad affrontare un tema fondamentale, ma forse non adeguatamente approfondito, quale quello relativo agli effettivi poteri spettanti al giudice *a quo* in merito all'accoglimento delle impugnazioni proposte. Dall'esame preliminare che si svolgeva innanzi al medesimo giudice che aveva pronunciato la sentenza di primo grado dipendeva infatti la possibilità per il procedimento di continuare presso il giudice *ad quem*, seguendo il suo naturale e regolare svolgimento.

Il *index a quo* era chiamato a decidere se ammettere o meno il gravame (*appellationem recipere vel non*): la scelta passava per una verifica che investiva l'appello nei suoi aspetti rituali² e, secondo un'opinione largamente diffusa e consolidata, attraverso un esame preliminare sul fondamento dell'impugnazione proposta, svolto sommariamente e con largo esercizio di poteri discrezionali³.

¹ S. LIVA, 'Poena iniustae appellationis e appelli temerari'. *Contributo allo studio dell'appello in diritto romano*, in *SDHI*, LXXXI, 2015, 209-220.

² Si veda per tutti W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (Ein abriß)*. I. *Principat*, in *ANRW*, II/14, 1982, 86: «Diese Prozesshandlung hatte zum Ziel, darüber zu entscheiden, ob die eingelegte Appellation den formalen Erfordernissen entsprach».

³ La convinzione espressa da R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*², Torino, 1953, 365-366 e 371ss., ha finito per diventare *communis opinio*. Si vedano in tal senso A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano, 1967, 81; N. SCAPINI, *Il problema della*

Nessun dubbio sul fatto che fosse compito del giudice *a quo* accertare l’esistenza dei presupposti di un appello valido: sebbene le fonti non ne facciano espressa menzione, limitandosi a prenderli in considerazione da un punto di vista negativo, cioè come motivi tali da indurre il giudice di prima istanza a rifiutare la recezione dell’impugnazione, è possibile individuare un catalogo ben delineato di ragioni di improcedibilità dell’appello.

Mutuando una efficace classificazione proposta da Orestano⁴, possiamo distinguere le ragioni di improcedibilità in ragioni di ‘irricevibilità’ dell’appello e in ragioni di ‘inammissibilità’. Tra le prime venivano in considerazione le questioni relative ai requisiti formali dell’atto di appello e all’osservanza dei termini; nelle altre rientravano la carenza di legittimazione ad appellare e una serie di casi in cui l’appello non poteva proseguire per la peculiare natura del provvedimento impugnato (sentenze interlocutorie e sentenze di giudici inappellabili) o a cagione dell’oggetto (*res quae dilationem non recipiat*)⁵.

motivazione della sentenza nel diritto processuale romano, in *Studi Parmensi*, XXXIII, 1983, 245-246; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 508 e ntt. 66 e 67; F. PERGAMI, *L’appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 394 ss.; F. ARCARIA, «*Litterae dimissoriae sive apostoli*». *Contributo allo studio del procedimento d’appello in diritto romano*, in *Legal Roots. The International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law*, I, 2012, 128. *Contra* W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, II, in *RIDA*, XIII, 1966, 323 nt. 37.

⁴ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 368-369.

⁵ Qualora, ricorrendo una delle succitate condizioni, il giudice *a quo* avesse dichiarato di *non recipere appellationem*, l’appellante avrebbe potuto ricorrere ad un’autorità superiore aprendo una nuova fase nel normale svolgimento della procedura, un giudizio *utrum recipienda sit appellatio an non sit*. In questo caso si potevano verificare due scenari: se l’autorità superiore avesse respinto il ricorso dichiarando anch’essa improcedibile l’appello, il procedimento si sarebbe chiuso definitivamente e avrebbe avuto luogo l’esecuzione della sentenza di primo grado; qualora invece il ricorso fosse stato accolto, il processo di appello avrebbe ripreso il suo corso regolare con l’apertura del giudizio di merito innanzi al giudice *ad*

Una costituzione di Costantino del 315 chiarisce come tutti gli appelli, purché ritualmente proposti, e salvo che si trattasse di provvedimenti inappellabili, dovessero essere recepiti ed affidati alla cognizione del giudice *ad quem*:

CTh. 11.30.4: *Officii cura est, ut omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae, sollemniter curet accipere [...]*

Per Orestano tuttavia, alla cui tesi aderisce, come abbiamo visto, la quasi totalità della dottrina successiva⁶, quanto previsto nella disposizione costantiniana avrebbe segnato una svolta rispetto al periodo precedente e rifletterebbe un’involuzione dei poteri del giudice *a quo* che, ferma restando la necessaria verifica sulla presenza dei requisiti di procedibilità, avrebbero ricompreso, fino ad allora, anche una valutazione nel merito sulla fondatezza dell’appello⁷.

In altri termini, il giudice di primo grado, per tutto il periodo classico, avrebbe potuto dichiarare, a sua discrezione, di *non recipere* l’appello e di non darvi dunque corso quando lo avesse considerato manifestamente privo di ogni motivo.

Ciò per evidenti ragioni di economia processuale, come esplicitato da Orestano stesso: «Si comprende benissimo quale fosse il fine ultimo cui il sistema si ispirava: ridurre attraverso questo filtro immediato la quantità degli appelli, ottenendo in tal modo una prima e rapida cernita fra quelli che meritavano d’essere presi in considerazione e quelli che per una ragione o l’altra si poteva prevedere sarebbero stati respinti. Il dare a questi ultimi espletamento sino in fondo avrebbe costituito non solo una

quem. Sul punto si veda diffusamente R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 381 ss.; cfr. anche F. ARCARIA, «*Litterae*», cit., 129-130.

⁶ Cfr. *supra*, nt. 3.

⁷ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 365.

gravosa perdita di tempo per la parte riuscita vincente nel precedente giudizio, ma pure un inutile appesantimento e ingombro per l’amministrazione della giustizia, nella sua sempre più complessa e pesante gerarchia»⁸.

2. L’obiettivo della presente indagine è quello di sottoporre a revisione critica l’idea secondo la quale il giudice a *quo* avesse la facoltà di impedire il regolare svolgimento della procedura di appello per ragioni legate alla presunta infondatezza dell’impugnazione, muovendo dalle perplessità non celate neppure da Orestano stesso - «può sorprendere che vi sia stato un tempo in cui funzioni tanto delicate venissero affidate allo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza impugnata»⁹ - e con il conforto delle poche ma significative fonti, anche epigrafiche, a disposizione.

Ferma restando l’indubbia esigenza di limitare il ricorso incondizionato allo strumento dell’appello – tema peraltro di grande attualità attesa la recentissima riforma che ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema di sbarramento, il cd. filtro in appello¹⁰ – si proverà quanto meno ad ipotizzare che l’obiettivo

⁸ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 366.

⁹ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 366.

¹⁰ L’art. 348 *bis*, comma 1, cod. proc. civ., introdotto dalla legge n. 134 del 7 agosto 2012 recita: «Fuori dai casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l’inammissibilità o l’improcedibilità dell’appello, l’impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta». La nuova normativa ha suscitato più di una perplessità, come è possibile evincere dalle incisive parole di Giorgio Costantino (*Le riforme dell’appello civile e l’introduzione del “filtro”*, in Treccani.it, 2012, 16): «Se si potesse prescindere dai possibili effetti dirompenti della disposizione, essa sarebbe comica e risibile: la sua portata precettiva consiste nell’affermare che gli appelli ammissibili e procedibili possono ugualmente essere dichiarati inammissibili se è fastidioso deciderli. Non è, infatti indicato alcun criterio di giudizio, cosicché la valutazione della mancanza di “una ragionevole probabilità” di accoglimento è

potesse essere perseguito per altra via, attraverso un articolato e coerente sistema di sanzioni finalizzate a disincentivare la proposizione per meri scopi dilatori di impugnazioni scientemente e manifestamente infondate, in una parola temerarie.

Se è infatti certamente corretto identificare una *species*, quella degli appelli temerari, cioè manifestamente privi di qualsivoglia fondamento, ben distinta dal *genus* ‘appelli respinti con conseguente conferma della sentenza di primo grado’¹¹ – questione sulla quale in letteratura non è mancata una certa ambiguità – e se del pari è fuor di dubbio che questa categoria più ristretta di appelli fosse quella che si intendeva colpire per garantire un più razionale e corretto funzionamento dei giudizi di secondo grado, non sembra esservi, aldilà delle petizioni di principio, alcun riscontro testuale dal quale si possa evincere in maniera inequivocabile che il giudice

affidata alla discrezione del giudicante e, quindi, anche al mero fastidio di occuparsi dell’impugnazione. Ogni sforzo interpretativo diretto a riempire di contenuti specifici l’aberrante formulazione normativa avrebbe il valore di una mera esortazione». Se, come ovvio, non è nostro compito prendere posizione su queste considerazioni, che naturalmente varrebbero *a fortiori* se si trattasse del giudice di primo grado, va sottolineato che, come ragionevole attendersi, la verifica preliminare sulla non manifesta infondatezza della domanda spetta alla Corte di Appello, in composizione collegiale, e presuppone, ai sensi degli artt. 111 della Costituzione e 101 cod. proc. civ., il contraddittorio con e tra le parti: contraddittorio che può svolgersi oralmente, ma anche, previa istanza delle parti, a seguito del deposito di memorie sulla questione. Così l’art 348 *ter*, comma 1, cod. proc. civ.: «il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l’appello, a norma dell’art 348 *bis*, primo comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi e provvede sulle spese».

¹¹ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 372-373 e 430. Mi pare invece evanescente, e comunque certamente poco significativa, la distinzione tra appelli privi di motivi e appelli dilatori: gli appelli infondati erano *in re ipsa* dilatori; d’altro canto un appello poteva essere meramente dilatorio anche quando proposto scientemente in modo irrituale. Sulle inequivocabili conferme testuali del fatto che gli appelli temerari fossero interessati da una disciplina *ad hoc* si veda S. LIVA, ‘*Poenae*’, cit., 211-214.

a quo fosse investito del compito di bloccare gli appelli a suo parere evidentemente infondati: vi sono al contrario, come vedremo, elementi desumibili dalle fonti ed indizi convergenti che vanno nella direzione opposta.

Prima del già citato provvedimento di Costantino del 315 (CTh. 11.30.4), che per inciso ben difficilmente potrebbe essere idoneo a rivestire una portata innovativa così significativa attese le sue caratteristiche¹², i testi che potrebbero far pensare per il periodo classico al potere per il giudice *a quo* di non dar corso all’appello per ragioni aventi attinenza con il suo fondamento, sono sostanzialmente assenti.

3. Per il periodo classico viene invocato infatti un solo testo, un frammento di Ulpiano, peraltro da riferire al dibattito davanti al giudice *ad quem*¹³.

Ulp. 2 *resp.* D. 49.1.13.1: *Non solere improbari appellationem eorum, qui vel unam causam appellandi probabilem habuerunt.*

Il passo esprime soltanto un principio generale, quello per cui il riconoscimento della bontà anche di una sola *causa appellandi* da parte del giudice di appello avrebbe portato alla riforma della

¹² Si tratta di un testo indirizzato ad un funzionario africano, il *praefectus annonae Africae* Amabiliano: come sottolineato da F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 55-56, la carica del destinatario non giustificerebbe certamente un provvedimento di carattere generale.

¹³ Pur aderendo, come visto, alla *communis opinio*, manifestano qualche dubbio A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull’appello*, cit., 81 nt. 20: «sull’esistenza di poteri del giudice ‘a quo’ nell’accertare, oltre ai presupposti dell’appello presentato, anche il suo fondamento, le testimonianze non sono però esplicite né univoche» e F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 392: «questa tesi era, in verità, fondata su dati testuali piuttosto scarsi».

sentenza impugnata¹⁴: l’interpretazione proposta da Orestano secondo la quale si riferirebbe invece alla fase innanzi al giudice *a quo* - nel senso che questi non avrebbe potuto rifiutarsi di *recipere appellationem* in presenza anche di una sola *causa appellandi* che apparisse probabile - e di conseguenza sancirebbe l’implicita autorizzazione a non ricevere gli appelli che non vantassero almeno un motivo valido¹⁵, oltre che rappresentare una forzatura del dato testuale, mi pare mal si concili con il fatto che l’appellante non fosse tenuto ad esplicitare i motivi dell’impugnazione, le *causae appellandi*, nell’atto di appello scritto.

I *libelli appellatorii* infatti, come precisato da Ulpiano, dovevano contenere soltanto l’indicazione dell’appellante, dell’appellato e della sentenza impugnata.

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

Poiché dunque la presentazione dei motivi poteva essere ritardata fino al momento del giudizio che si svolgeva avanti al giudice *ad quem*¹⁶, diventa difficile immaginare un preventivo controllo sulla fondatezza dell’appello demandato al giudice *a quo*¹⁷.

¹⁴ Interpreta correttamente le parole di Ulpiano già W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, II, cit., 320 e nt. 27.

¹⁵ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 372.

¹⁶ Cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, II, cit., 317 e nt. 21. In tal senso anche J.L. LINARES PINEDA, ‘*Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit*’, in *Estudios en homenaje al Prof. Francisco Herandez-Tejero*, II, Madrid, 1994, 347; *contra*, ma con quella che sembra una petizione di principio, F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 375.

¹⁷ Vanno peraltro considerati anche i tempi assai ristretti previsti per proporre l’impugnazione: due o tre giorni dalla pronuncia della sentenza, secondo che

Un altro aspetto degno di nota e meritevole di riflessione riguarda il ben noto atteggiamento ostruzionistico dei giudici inferiori nei confronti dell’appello: a partire dal IV secolo d.C. sono attestati numerosi interventi normativi diretti a sanzionare severamente la renitenza dei giudici di primo grado ad ammettere l’impugnazione delle loro sentenze¹⁸.

Tali provvedimenti - spesso concernenti espressamente le sole impugnazioni legittime, e non già gli appelli irricevibili per difetto di forma o inammissibili perché sollevati contro una pronuncia interlocutoria - vengono in genere associati al venir meno per i giudici *a quo* del potere di valutare la fondatezza del gravame¹⁹.

In realtà, non mancano notizie di illegittime reazioni dei giudici di primo grado ai danni degli appellanti già per l’età dei Severi.

l’appellante agisse *in causa propria* o *alieno nomine* in caso di appello scritto, *ipso die inter facta* cioè nel giorno stesso della pronuncia della sentenza e addirittura in prosecuzione d’udienza se l’appello era proposto oralmente (Marc. 1 *de app.* D. 49.1.5.4; Ulp. 1 *de app.* D. 49.4.1.5).

¹⁸ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 82-83; F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 51 ss. Sulle ragioni dell’ostilità dei giudici contro l’appello si vedano F. DE MARINI AVONZO, *La giustizia nelle province agli inizi del Basso Impero, II. L’organizzazione giudiziaria di Costantino*, in *Studi Urbinati*, XXXIV, 1965-1966, 219 e U. VINCENTI, “*Ante sententiam appellari potest*”. *Contributo allo studio dell’appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova, 1986, 47.

¹⁹ A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 83: «Il giudice ‘a quo’ non viene privato di ogni potere valutativo riguardo all’appello: a lui, infatti, spetta pur sempre il compito di accertare che l’appello sia proposto nelle forme e nei termini dovuti, e l’obbligo di respingere l’impugnazione di provvedimenti inappellabili. Ciò che gli imperatori si sforzano di modificare, talvolta in seguito ad istanze di privati, è la tendenza diffusa dei giudici a non dar corso ad appelli anche regolari, a sottoporre anzi l’appellante a minacce o a violenze». Giova rammentare come tale mutamento sia ricondotto, dalla dottrina tradizionale che fa capo ad Orestano, alla costantiniana CTh. 11.30.4 (cfr. *supra* § 1).

Marciano riferisce il caso dell'appellante che, vittima della *violentia iudicis*, era stato costretto a proporre l'appello *publice*²⁰; e che non si trattasse di un caso isolato emerge con chiarezza da un intervento successivo dell'imperatore Alessandro Severo, riportato da Paolo, nel quale il principe, dopo aver manifestato il proprio stupore sulla possibilità che i giudici impedissero la proposizione dell'appello, vietava ai governatori provinciali e ai procuratori di servirsi di violenze e ingiurie contro gli appellanti e di ricorrere alla carcerazione per impedire loro di rivolgersi al tribunale imperiale²¹.

Preso atto dunque della diffusione di tale fenomeno anche in età classica, credo si debba evidenziare l'incongruenza di tali comportamenti riprovevoli con l'asserito potere dei giudici di

²⁰ Marc. 1 *de app.* D. 49.1.7: *Cum quidam propter violentiam iudicis non ipsi a quo appellavit dedit libellos, sed publice proposuisset, divus Severus veniam ei dedit et permisit ei causas appellationis agere.* Sul passo R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 261 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, IV, in *RIDA*, XV, 1968, 146 s.; R. REGGI, *I libri 'de appellationibus' di Marciano*, in *Studi Parmensi*, XV, 1974, 48 s.; L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*, LIV, 1988, 159; F. PERGAMI, *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2014, 128.

²¹ Paul. 20 *resp.* D. 49.1.25: *Imp. Alexander communi Graecorum in Bithynia. Appellare quomodo quis prohibeatur a iudicantibus, non perspicio, cum liceat alteram viam ingresso idem faceret ocius ad me pervenire. Iniuria autem et vi uti adversus appellantes et custodia militari eos coercere et ut brevi dicam viam iis ad nos obstruere procuratoribus praesidibusque provinciarum interdicimus, parebuntque huis meae iussioni, cum sciant tanti me facere subitorum libertatem quanti eorum benevolentiam et oboedientiam.* Si vedano sul testo l'ampio commento di E. MEYER, *Die 'Epistula Severi Alexandri' D. XLIX. 1. 25 = P. Oxy. 17.2014*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, Milano, 1930, 339 ss.; B. SANTALUCIA, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, 83 ss.; J.P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévère set les méthodes de création du droit impérial a la fin du Principat*, Roma, 1997, 57 ss.; F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro. I. Politica di governo, riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, 41 ss.; F. PERGAMI, *Nuovi studi*, cit., 128.

primo grado di impedire legittimamente il corso dell’appello dichiarandolo infondato²².

I dubbi sorti alla luce delle considerazioni svolte sono peraltro rafforzati dai dati testuali.

Le uniche testimonianze classiche espressamente riferite ad *appellationes moratoriae* infatti si riferiscono, come riconosciuto dallo stesso Orestano²³, a casi nei quali il giudizio d’appello è regolarmente proseguito e si è chiuso con la sentenza del giudice *ad quem*. Si tratta di due frammenti di Cervidio Scevola²⁴ e di un passo di Modestino, particolarmente utile ai fini della ricostruzione del sistema sanzionatorio previsto per le impugnazioni proposte a scopo dilatorio²⁵.

Mod. 3 *resp.* D. 22.1.41 *pr.*: *Tutor condemnatus per appellationem traxerat exsecutionem sententiae. Herennius Modestinus respondit eum qui de appellatione cognovit potuisse, si frustratoriam morandi causa appellationem interpositam animadverteret, etiam de usuris medii temporis eum condemnare.*

²² Mette in evidenza questa anomalia, pur senza trarne conseguenze, F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 52-53.

²³ R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 373, nt. 1.

²⁴ Scaev. 2 *dig.* D. 4.4.39: *Intra utile tempus restitutionis apud praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt: dicta pro aetate sententia adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellaverunt: praeses in eventum appellationis cetera cognitionis distulit. Quaesitum est: si finita appellationis apud imperatorem cognitione et iniusta appellatione pronuntiata egressi aetatem deprehendantur, an cetera negotii implere possunt, cum per eos non steterit, quo minus res finem accipiat? Respondi secundum ea quae proponuntur perinde cognosci atque si nunc intra aetatem essent; Scaev. 5 *resp.* D. 49.1.24 *pr.*: *Negotiorum gestor vel tutor vel curator bona fide condemnati appellaverunt et diu negotium tractum est: quaesitum est appellatione eorum iniusta pronuntiata an, quia tardius iudicatum sit, usurae principalis pecuniae medii temporis debeantur. Respondit secundum ea quae proponerentur dandam utilem actionem.**

²⁵ Cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, I, in *RIDA*, XII, 1965, 74 nt. 107 e 84 nt. 237.

Il testo fissa una regola speciale molto interessante: il giudice *ad quem* avrebbe potuto condannare il ricorrente al pagamento degli interessi sulla somma dovuta sin dal giorno della pronuncia della sentenza del giudice *a quo* confermata, ove si fosse reso conto del fatto che l'appello era stato presentato con l'unico fine di prendere tempo (*frustratoria morandi causa appellatio*). Il trattamento riservato all'appellante temerario rappresentava una deroga - la cui *ratio* è peraltro agevolmente intuibile - rispetto alla disciplina generale, per cui gli effetti di una sentenza confermata in appello non decorrevano *ex nunc*, ma si producevano piuttosto a far data dalla pronuncia del giudice *ad quem*²⁶.

Un importante e prezioso riscontro di quanto detto ci viene offerto da un documento della prassi, una lettera indirizzata il 7 settembre del 79 d.C. dall'imperatore Tito ai decurioni del municipio latino di Munigua, in Betica²⁷.

*Imp(erator) Titus Caesar Vespasianus Aug(ustus) pontif(ex)
max(imus),
Trib(unicia) potest(ate) VIII, imp(erator) XIII, co(n)s(ul) VII,
p(ater) [p(atriciae), salutem
dicit IIIvir(is) et decurionibus Muniguens(ium).
Cum ideo appellaveritis ne pecuniam quam debebatis Servilio
5 Pollioni ex sententia Semproni Fusci solveretis, poenam iniustae
appellationis exsigi a vobis oportebat, sed ego malui cum in-
dulgentia mea quam cum temeritate > vestra loqui, et sester-*

²⁶ Ulp. 6 ad ed. D. 3.2.6.1; *Sed si furti vel aliis famosis actionibus quis condemnatum provocavit, pendente iudicio nondum inter famosos habetur: si autem omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est: quamvis si iniusta appellatio eius visa sit, hodie notari puto, non retro notatur.* Cfr. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 428-429.

²⁷ Per un'analisi capillare del documento epigrafico cfr. S. LIVA, 'Poena', cit., 211 ss.

*tia quinquaginta milia nummorum tenuitati publicae
quam praetextis remisit. Scripsi autem Gallicano, amico
10 meo proco(n)s(uli), pecuniam quae adiudicata est Pollioni nume-
rassetis, ex die sententiae dictae usurarum vos computa-
tione{m} liberaret.*

*Reditus vectigaliorum vestrorum quae conducta habuisse Pollionem
indicatis in rationem venire aequom est, ne quid*

15 hoc nomine rei publicae apsit.

Dat(um) VII idus Septembr(es)

Vale <te>

Con l’*epistula* l’imperatore, mosso da indulgenza, concede ai *Muniguenses* una serie di benefici tesi a mitigare l’impatto negativo che sarebbe scaturito dalla conferma della condanna subita in primo grado a seguito di un appello giudicato temerario: tra essi, Tito sollevava il municipio dall’obbligo di pagare gli interessi moratori a decorrere dal giorno della pronuncia della sentenza del giudice *a quo*.

Siamo dunque di fronte ad un appello moratorio, come si può indurre dalla perfetta corrispondenza con quanto riferito da Modestino, proposto ‘*cum temeritate*’ e ciò non di meno giunto regolarmente alla cognizione del giudice *ad quem*.

Le pur poche fonti relative a *appellationes moratoriae* cronologicamente antecedenti a CTh. 11.30.4 appaiono dunque perfettamente coerenti con l’indicazione data da Costantino di recepire e trasmettere al giudice *ad quem* tutte le impugnazioni purché ritualmente proposte (*sollemniter*)²⁸.

²⁸ Conferme in tal senso, pur con le peculiarità del caso, si possono trarre da un’*epistula* inviata alla città di Coo, con la quale, il proconsole d’Asia Domizio Corbulone si pronunciava su un appello proposto da un privato contro un provvedimento, fiscale o amministrativo, a lui sfavorevole. Cfr. sul provvedimento TH. MOMMSEN, *Inscription von Kos*, in ZSS, XI, 1890, 34 ss.; R. ORESTANO, *L’appello*

Se sulla scorta di quanto visto è lecito dubitare, anche per il periodo classico, dell’esistenza di un potere di preliminare verifica della fondatezza dell’appello in capo al giudice *a quo*, resta aperto il problema di come potesse essere limitata in qualche misura la facoltà per i soccombenti di impugnare le sentenze di primo grado.

Del resto, che tale esigenza fosse connaturata ed inscindibilmente legata all’introduzione stessa dell’istituto dell’appello si può facilmente inferire dalle parole di Ulpiano, che mostrano quanto fosse diffusa la pratica di rivolgersi al giudice *ad quem*: *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrat*²⁹.

4. Ritengo che una risposta soddisfacente in tal senso possa essere fornita dal sistema imperniato sulla *poena appellationis* che ho cercato di ricostruire nella già citata recente indagine³⁰: prove testuali, significativamente distribuite su un arco di tempo lungo più di due secoli, consentono infatti di individuare un’articolata e ben organizzata struttura di sanzioni - attestata sin dalla seconda metà del I secolo d.C. - diretta a colpire una figura ben precisa ed individuata di appellante soccombente, l’appellante temerario.

civile, cit., 415-416 e nt. 2; M. SEGRE – R. HERZOG, *Una lettera di Corbulone ai Coi*, a cura di G. Pugliese Carratelli, in *La parola del passato*, XXX, 1975, 102-104; S. GIGLIO, *L’epistola di Corbulone ai Coi*, in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, Perugia, 1989, 519-547; S. LIVA, ‘*Poena*’, cit., 216.

²⁹ Ulp. 1 *de appell.* D. 49.1.1 pr. Il giureconsulto, nella seconda parte del testo, non manca di esprimere qualche dubbio sulla reale efficacia dell’appello: *licet nonnunquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est*. Che nel periodo severiano il diritto di impugnare le sentenze si fosse progressivamente definito come ampio ed assai articolato è opinione comune: cfr. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, II, Milano, 1973, 753 e F. ARCARIA, «*Litterae*», cit., 139 ss.

³⁰ S. LIVA, ‘*Poena*’, cit., 209-220.

La già menzionata *epistula* di Tito ai *Municipenses* del 79 d.C. offre una testimonianza diretta del fatto che il giudice *ad quem*, a fronte di un appello valutato *ex post* temerario, fosse solito comminare all’appellante una pena pecuniaria³¹.

Il quadro fornito dal documento epigrafico presenta ancora una volta significativi punti di convergenza con una fonte giuridica, una costituzione di Diocleziano del 294 d.C.:

C. 7.62.6.4: *Ne temere autem ac passim provocandi omnibus facultas praeberetur, arbitrarum eum, qui malam litem fuerit persecutus, mediocriter poenam a competenti iudice sustinere* [a. 294].

La legge è parte di un ampio provvedimento diocleziano diretto a disciplinare vari aspetti dell’appello (C. 7.62.6)³²: nel paragrafo in questione, da ricondurre al problema della temerarietà degli appelli³³, si ribadisce come fosse compito del giudice *ad quem*

³¹ L’esonazione dal pagamento della *poena appellationis* prevista quale sanzione per la temerarietà della condotta dei *municipes* rappresenta il secondo dei *beneficia* (*supra* § 3) concessi dall’Imperatore Tito (l. 5-9). Si veda diffusamente sul punto S. LIVA, ‘*Poena*’, cit., 212-213.

³² Per un’analisi approfondita dei diversi piani normativi che si possono distinguere nell’ampio ed articolato dispositivo, si veda F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 22 e ss.

³³ Cfr. W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, IV, cit., 294; M. BRUTTI, *La problematica*, cit., 756-757; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 508, nt. 68; F. PERGAMI, *L’appello*, cit., 35-36; F. ARCARIA, «*Litterae*», cit., 165 e nt. 120. La sanzione prevista muove dal consolidato orientamento volto a contrastare gli appelli incondizionati. In merito all’espressione ‘*facultas provocandi*’, si rinvia a quanto sostenuto da Orestano circa l’impiego promiscuo ed indifferenziato di ‘*appellatio*’ e ‘*provocatio*’ da parte di autori letterari, giuristi ed imperatori: per lo Studioso, in età imperiale, i due termini «appaiono nel complesso come perfettamente sinonimi» (R. ORESTANO, *L’appello*, cit., 155). Su C. 7.62.6.4 si veda anche *infra*, nt. 40.

applicare una pena congrua all’appellante il cui gravame fosse stato proposto *temere*³⁴.

Tanto nel 79 quanto nel 294 dunque, l’applicazione della *poena appellationis* era diretta conseguenza di un’azione dell’appellante soccombente giudicata temeraria, né vi sono elementi che inducano a ipotizzare nel frattempo mutamenti della disciplina sul punto³⁵.

Accanto alla sanzione principale, abbiamo già avuto modo di mostrare come il giudice *ad quem*, giudicato temerario l’appello proposto, avrebbe preteso dal ricorrente il pagamento degli interessi sulla somma dovuta a far data dalla pronuncia della sentenza di primo grado³⁶. Ancora, sull’appellante temerario gravava l’obbligo di rifondere il quadruplo delle spese di giudizio sostenute dall’avversario³⁷.

³⁴ La costituzione va letta in connessione con C. 7.62.6.6 dove, in ragione della volontà imperiale di rendere più agevole e snella la proposizione del gravame, veniva abolita la *cautio de exercenda provocatione*, il cui versamento da parte dell’appellante fungeva fino a quel momento da garanzia per il pagamento della *poena appellationis* (*Paul. Sent.* 5.33.1). Nella fase introduttiva del processo di appello, l’appellante doveva *postulare* e *accipere* le *litterae dimissoriae* entro cinque giorni, quindi aveva altri cinque giorni per versare la *cautio*. Qualora non avesse completato la procedura con la consegna degli *apostoli* al giudice *ad quem*, sarebbe incappato in una pena (*Paul. Sent.* 5.34.2), la cui *ratio* verosimilmente andava ricercata nell’equiparazione di colui che desisteva all’appellante temerario, essendo comune l’elemento della condotta dilatoria. A riguardo si veda da ultimo F. ARCARIA, «*Litterae*», cit., 158 ss.

³⁵ Conferme sul fatto che la pena pecuniaria fosse riservata ai soli appellanti temerari e non a tutti quelli semplicemente soccombenti possono essere ricavate da documenti epigrafici del I e del II sec. d.C. relativi all’uso delle *cautiones*, sui quali si veda diffusamente S. LIVA, ‘*Poena*’, cit., § 4.

³⁶ In deroga, giova ribadirlo, alla disciplina generale prevista per gli appellanti soccombenti (cfr. *supra*, § 3).

³⁷ *Paul. Sent.* 5.37. Dimostra in maniera convincente, muovendo dal dettato di Ulp. 5 *de off. proc.* D. 5.1.79 pr. (*Eum, quem temere adversarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportebit*), il ruolo fondamentale rivestito dalla *temeritas* nella disciplina della condanna alle spese nel

È possibile dunque intravedere la lucida architettura di un apparato sanzionatorio mirato, la cui applicazione, destinata a fungere da deterrente rispetto alla proposizione di impugnazioni manifestamente infondate e meramente dilatorie, era subordinata alla presenza di un elemento che ricorre in tutte le fonti passate in rassegna: la *temeritas*³⁸.

La proposizione di quegli stessi appelli, che secondo la *communis opinio* andavano bloccati ad opera del *iudex a quo*, veniva disincentivata dal rischio per l'appellante di essere sottoposto a misure punitive³⁹, in una logica, per usare categorie moderne, ‘special preventiva’, come desumibile peraltro dalle parole di Diocleziano, che chiarisce espressamente lo scopo cui tendeva l'irrogazione della pena pecuniaria ad opera del giudice *ad quem*: ‘*Ne temere autem ac passim provocandi omnibus facultas praeberetur*⁴⁰’.

diritto romano classico il Chioevenda, autore di uno studio ancora oggi fondamentale: G. CHIOEVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino, 1901, 39 ss. Sul punto cfr. S. LIVA, ‘*Poena*’, cit., § 5.

³⁸ La *temeritas* qui va intesa, analogamente a quanto previsto nella nostra legislazione, come ‘coscienza dell’ingiusto’ e si configura quando «una questione è talmente vacua, una domanda è talmente infondata, che nessuno potrebbe farsi a sostenerla se non in mala fede». Così G. CHIOEVENDA, *La condanna*, cit., 41; sul punto si veda anche S. LIVA, ‘*Poena*’, cit., 211 nt. 6 e 219 nt. 39.

³⁹ Interessante notare come in letteratura si faccia riferimento ad un non meglio identificato carico di oneri e di sanzioni per gli appellanti rimasti soccombenti quale strumento per contingentare il numero degli appelli, ma solo per il periodo postclassico e giustiniano, allorquando sarebbe venuto meno il presunto potere per il giudice *a quo* di bloccare le impugnazioni palesemente infondate. Cfr. in tal senso R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 367; F. ARCARIA, «*Litterae*», cit., 129.

⁴⁰ Analogò il dettato di *Paul. Sent.* 5.33.1: *Ne liberum quis et solutum haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae, et poenae et tempora appellatoribus praestituta sunt* [...]. Ancor più chiara l'*Interpretatio visigothica* del testo: *Propter superfluum appellatorum licentiam, ne in retractandis vel revocandis sententiis liberum habere arbitrium videantur, et tempora appellationis et poenae constitutae sunt* [...]. Da notare che alla luce della diocleziana C. 7.62.6.4 così si esprimeva Orestano (*L'appello*, cit., 430): «Indipendentemente dalle *cautiones*, non è poi da escludere che il giudice d'appello potesse pronunciare, in una con la

5. Giunti a questo punto possiamo provare a tirare le fila del discorso.

Regolamentare in qualche misura l’utilizzo dell’appello, così da limitare l’inevitabile appesantimento per l’amministrazione della giustizia, è esigenza comune ad ogni ordinamento.

L’obiettivo viene perseguito rivolgendo l’attenzione a quelle impugnazioni che si caratterizzano per essere manifestamente infondate, meramente dilatorie, in una parola, temerarie.

Ciò che diverge è invece la soluzione scelta per far fronte al problema.

Il nostro legislatore, con la riforma dell’appello civile del 2012 e l’introduzione - peraltro molto contestata - del ‘filtro’, ha affidato una preventiva valutazione circa la non manifesta infondatezza della domanda al Giudice di secondo grado, subordinando la prosecuzione del giudizio alla «ragionevole probabilità di accoglimento dell’impugnazione proposta».

La tradizione romanistica, nel solco dell’opinione di Orestano, ha riconosciuto un potere analogo al *index a quo*, il quale avrebbe avuto il compito, per tutta l’età classica, di non ‘recepire’ e non dare dunque corso agli appelli che apparissero palesemente immotivati e dilatori.

L’assenza di riscontri testuali, unitamente alle perplessità suscitate dall’idea di investire di una funzione così delicata lo stesso giudice che pochi giorni prima aveva pronunciato la sentenza di primo grado, credo autorizzino a revocare quanto meno in dubbio le certezze espresse a riguardo dalla *communis opinio*.

decisione di conferma della sentenza impugnata, qualche sanzione a carico dell’appellante temerario». Pare difficile conciliare questa affermazione con la convinzione che fino alla costantiniana CTh. 11.30.4 del 315 gli appelli manifestamente infondati non passassero il filtro del giudice *a quo*.

Le ricorrenti testimonianze, univoche e cronologicamente disposte dal I alla fine del III sec. d.C., relative alla presenza di misure punitive destinate a colpire l’appellante che avesse agito ‘*cum temeritate*’, mi hanno indotto ad ipotizzare uno scenario alternativo.

Gli appelli ritualmente proposti e non affetti da vizi di improcedibilità sarebbero giunti innanzi al giudice di secondo grado, come peraltro attestato dalle fonti, ma qualora il giudice *ad quem*, sulla scorta di una valutazione *ex post*, li avesse ritenuti temerari, avrebbe applicato all’appellante un ‘pacchetto’ di sanzioni che andavano dall’irrogazione della *poena appellationis* fino alla condanna al pagamento degli interessi sulla somma dovuta a far data dalla sentenza di primo grado e all’obbligo di rifondere all’avversario il quadruplo delle spese di giudizio sostenute.

Il timore di incorrere in pesanti sanzioni pecuniarie avrebbe dovuto dunque fungere da deterrente, disincentivando la presentazione di impugnazioni che avessero il solo scopo di procrastinare gli effetti sfavorevoli della sentenza di primo grado, così da garantire un più efficace funzionamento della giustizia in appello.

ABSTRACT

La fase del processo d’appello che si svolgeva innanzi al *index a quo* viveva quale primo e fondamentale momento quello in cui il giudice di primo grado era chiamato a decidere se recepire o meno l’impugnazione. Il naturale svolgimento del procedimento e la sua continuazione presso il giudice *ad quem* era certamente condizionato dal preliminare accertamento circa l’assenza di ragioni di improcedibilità legate a questioni di ordine formale. Secondo l’opinione tradizionale tramandata in dottrina tuttavia, il

giudice di primo grado, per tutta l’età classica, era investito di un ulteriore e significativo potere, quello di bloccare il corso dell’appello qualora lo avesse ritenuto manifestamente privo di ogni fondamento. Con questa indagine si è cercato di sottoporre a vaglio critico la *communis opinio*, mostrando come considerazioni di ordine logico e dati testuali sembrerebbero sufficienti per ipotizzare uno scenario alternativo. Muovendo dai risultati di un recente studio condotto sulla *poena appellationis* e sulle altre sanzioni previste contro l’appellante temerario, si è provato a dimostrare che la necessaria funzione di ‘filtro’ degli appelli, indispensabile per preservare il corretto funzionamento dell’amministrazione della giustizia di secondo grado, fosse svolta non dal *index a quo*, sulla base di una sommaria valutazione circa la fondatezza del gravame proposto, ma prospettando all’appellante il rischio di vedersi applicate severe misure di natura pecuniaria nel caso in cui il giudice *ad quem*, nel respingere l’impugnazione, l’avesse giudicata priva di ogni motivo, proposta a mero scopo dilatorio e dunque temeraria.

Parole chiave: *Appellatio*; *Recipere*; Filtro; *Temeritas*.

ABSTRACT - The phase of the appeals which took place before a *index a quo* had its basic time when the first instance judge was called to decide whether to adopt the appeal or not. The normal conduct of the procedure, and its continuation with the judge *ad quem*, depended on the preliminary control concerning the absence of reasons for nonsuit tied up to matters of formal order. According to the traditional opinion, however, the first instance judge, during the whole classical age, had the further power to stop the appeal when he had considered it without grounding. This study has tried to submit the *communis opinio* to critical analysis, showing how logical considerations and textual data could be

sufficient to assume an alternative background. We try to demonstrate, starting by the results of a recent study on the *poena appellationis* and the other sanctions against the reckless appealing party, that the necessary ‘filter’ function of appeals, essential to preserve the right functioning of the second degree justice administration, was performed not by the *index a quo*, on the basis of a rough assessment about the validity of the proposed appeal, but pointing out the risk of hard pecuniary penalties to the appellant in the event that the judge *ad quem*, rejecting the appeal, had considered it groundless and brought with a purely dilatory aim and then reckless.

Key words: *Appellatio*; *Recipere*; Filter; *Temeritas*

STEFANO LIVA
Ricamatore di Diritto romano
Università degli Studi di Brescia
stefano.liva@unibs.it

