



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Stefano Liva

**Il procedimento d'appello
davanti al giudice *ad quem*:
la disciplina del *novum probatorio***

Numero XIV Anno 2021

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), 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).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

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

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

Il procedimento d'appello davanti al giudice *ad quem*: la disciplina del *novum probatorio*

1. Tra gli studi dedicati all'appello, pochissimi si occupano della fase del giudizio che si svolgeva innanzi al *iudex ad quem*. La circostanza, in particolare con riguardo all'età classica, si spiega agevolmente con la penuria di informazioni rinvenibili nelle fonti: basti pensare che nessuno dei tredici titoli in tema di *appellatio* del libro 49 del Digesto tratta in maniera diretta della parte del procedimento gestita dal giudice di secondo grado, e che in nessuno dei frammenti in essi contenuti vengono enunciate norme relative al suo concreto funzionamento.

La causa veniva devoluta al giudice di appello in esito ad un percorso che vale la pena di richiamare in estrema sintesi¹.

Una volta pronunciata la sentenza, il soccombente poteva appellare subito, se oralmente, ovvero entro due (o tre) giorni per iscritto, con la presentazione di un atto di appello, il *libellus*, che doveva recare l'indicazione del nome dell'appellante, del nome dell'appellato e della sentenza impugnata, ma non necessariamente anche dei motivi (*causae appellandi*)².

Il giudice *a quo* era chiamato a compiere una verifica sul rispetto dei termini e della forma, sulla legittimità ad appellare e sulla appellabilità del provvedimento, in esito al quale si pronunciava sull'ammissibilità dell'impugnazione, dovendo decidere se *recipere appellationem vel non*: in caso di diniego, entro un determinato termine (verosimilmente due giorni) dal ricevimento della relativa dichiarazione motivata, l'appellante

¹ Per un esame dettagliato di questi aspetti concernenti la fase procedurale di competenza del *iudex a quo* – che travalicano i confini di questa indagine – e delle fonti relative, mi permetto di rinviare a S. LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, Torino, 2017, 11-86.

² Si veda a riguardo Ulp. 1 *de app.* D. 49.1.1.4.

poteva ricorrere al giudice di secondo grado attivando il giudizio *'utrum recipienda sit appellatio an non sit'*.

In caso, viceversa, di parere positivo espresso dal *iudex a quo*, l'appellante doveva chiedere (e ricevere) entro cinque giorni le *litterae dimissoriae*, attestanti l'avvenuta ricezione dell'appello, prestare entro cinque giorni dall'*acceptio* la *cautio de exercenda provocatione* e trasmettere i documenti – entro un ulteriore e non meglio precisato termine (forse anch'esso di cinque giorni) – al giudice *ad quem*, il quale prendeva a questo punto in carico il procedimento d'appello regolarmente costituito ed incardinato.

Pur a fronte dei pochi elementi offerti dai testi, Orestano ha proposto una ricostruzione delle linee essenziali della *cognitio appellationis* relativa all'età dei Severi: iscrizione della causa a ruolo, fissazione dell'udienza di trattazione, istruzione della causa, convocazione delle parti, udienza e decisione³.

L'aspetto più interessante da indagare in questa fase processuale riguarda tuttavia una questione particolare ma ancora oggi di estrema attualità, quella legata alla disciplina del *ius novorum*, alla facoltà cioè di avanzare nel giudizio di appello nuove domande, nuove eccezioni e soprattutto nuove prove rispetto a quelle fatte valere nel giudizio precedente.

2. La possibilità di introdurre nuovi elementi di prova nel giudizio di seconda istanza viene espressamente sancito per la prima volta alla fine del III secolo d.C., quasi certamente nel 294⁴, da una costituzione di Diocleziano, parte di un più ampio provvedimento sul quale torneremo:

C. 7.62.6.2: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. DICUNT. Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse*

³ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*², Torino, 1953, 414 ss.; per uno schema compiuto del procedimento presso il giudice *ad quem* si veda anche, con un'indagine che ricalca sostanzialmente l'impostazione di Orestano, ma priva di limiti cronologici, W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, IV, in *RIDA*, 15, 1968, 187 ss.

⁴ Sull'esatta datazione del provvedimento diocleziano si veda per tutti F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 19 s.

poscendas personas, quo apud iudicem qui super appellatione cognoscet veritatem possit ostendere, quam existimabit occultam, hocque iudex fieri prospexerit, sumptus isdem ad faciendi itineris expeditionem praebere debebit, cum id iustitia ipsa persuadeat ab eo haec recognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit. [Sine die et consule].

La costituzione ammette – affinché possa emergere la verità – l'audizione in appello di nuovi testi non proposti nel giudizio di primo grado, con il consenso del giudice *ad quem* e purché le spese di viaggio dei testimoni siano sostenute dalla parte interessata alla deposizione, principio quest'ultimo risalente e valido in ogni causa, civile come criminale, in prima come in seconda istanza⁵.

Quel che è oggetto di discussione è se questa disposizione avesse o meno carattere innovativo: sulla disciplina dell'età classica si è consolidata una dottrina assolutamente maggioritaria, incline ad ammettere l'ammissibilità di nuove prove in appello già in epoca severiana, pur se con il solo conforto di elementi scarsi e di controversa interpretazione⁶.

Credo dunque valga la pena di operare una breve ricognizione delle argomentazioni a supporto dell'opinione dominante, per poi cercare di rivalutare il problema in termini più generali, valorizzando qualche indizio forse non tenuto sin qui in debita considerazione.

3. In linea con un orientamento affermatosi sul finire dell'Ottocento⁷, l'Orestano ha manifestato la convinzione che la deducibilità di nuove prove in appello fosse certamente libera anche prima del provvedimento

⁵ U. VINCENTI, *'Duo genera sunt testium'*. *Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova, 1989, 189, nt. 12.

⁶ Sottolineano l'estrema difficoltà di giungere a conclusioni certe sul punto, in momenti significativamente diversi, M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove domande in appello*, Milano, 1916, 357, nt. 2; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano, 1967, 87; F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 25 s.

⁷ Si veda in tal senso in particolare A. MENGER, *Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen*, Wien, 1873, 21 ss.

diocleziano del 294, sulla scorta essenzialmente di un unico testo, un passo di Ulpiano tratto dal primo libro *de appellationibus*.

Ulp. 1 *de app.* D. 49.1.3.3: *Quid ergo si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.*

Il passo sottolinea come l'appellante non dovesse considerarsi in alcun modo vincolato dai motivi che avesse eventualmente indicato nell'atto d'appello⁸, ben potendo mutarli o integrarli in corso di giudizio.

L'attenzione di Orestano si appunta però sull'espressione di chiusura del frammento, *'persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit'*, che secondo lo Studioso sarebbe da intendersi come chiaro riferimento alla possibilità per chi avesse impugnato la sentenza di «svolgere qualunque attività processuale che fosse utile al riconoscimento del suo diritto»⁹, e dunque anche di presentare nuove prove¹⁰.

Questa interpretazione, come detto, ha finito per affermarsi in seno alla dottrina più recente – che vi si è tendenzialmente uniformata¹¹,

⁸ Cfr. *supra*, nt. 2.

⁹ R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 423.

¹⁰ Così ancora R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 424: «Diciamo anzitutto delle prove. Non ci sembra dubbio che all'età dei Severi, nessuna preclusione vi potesse essere per la loro ammissione in sede di appello: a testimoniare basta il *quibuscumque modis* del passo ulpiano or ora visto».

¹¹ Si vedano in tal senso W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, cit., 228 e nt. 348; N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano*, in *Studi Parmensi*, XXI, Milano, 1978, 12; I. BUTI, *La 'cognitio extra ordinem' da Augusto a Diocleziano*, in *ANRW*, II/14, 1982, 56; J.L. LINARES PINEDA, *Para un estudio de los límites de la apelación romana*, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, 3, 1992, 107; ID., *'Persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit' (Apelación plena y apelación limitada en el proceso civil romano)*, in *Estudios en homenaje al Prof. F. Hernández-Tejero*, II, Madrid, 1994, 343 ss.; V.M. MINALE, *L'appello nell'ultima età dei Severi. Per uno studio sul 'de appellationibus' di Emilio Macro*, Napoli, 2017, 139, nt. 444.

recepandola fideisticamente – a dispetto di un quadro non scevro da ambiguità e privo di univoche basi testuali.

Il tema trattato da Ulpiano è infatti quello della modificabilità innanzi al giudice *ad quem* dei motivi dell'impugnazione inizialmente proposti: in tale contesto, appare più immediato vedere nel '*quibuscumque modis*' un riferimento «alla facoltà di ricorrere a tutti i mezzi argomentativi»¹² necessari per supportare le nuove *causae appellandi*.

Un'espressione così generica, peraltro nell'ambito di una discussione avulsa dal problema del *ius novorum*¹³, non credo ad ogni modo che sia sufficiente per attribuire a questo testo la definizione normativa della indubitabile possibilità di introdurre nuovo materiale probatorio nel giudizio di seconda istanza.

Il medesimo genere di difficoltà caratterizza per il vero anche la tesi contraria alla *communis opinio*, proposta dal Lauria, il quale basandosi a sua volta su un passo soltanto, un frammento escerpito dal *de iure fisci* di Paolo, è giunto a conclusioni sostanzialmente opposte, avendo ritenuto di poter ricavare dal dettato del giurista severiano il principio dell'esclusione di *nova* in appello in età prediocleziana:

Paul. 1 *de iure fisci* D. 34.9.5.12: *Quidam et praesidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiavit, si appellatione intercedente heres scriptus optinuit.*

Secondo Lauria infatti, l'*indignitas* che colpiva il giudice di primo grado la cui sentenza fosse stata riformata in appello, era logicamente spiegabile solo nell'ipotesi in cui il *iudex ad quem* avesse agito in tal senso senza il conforto di nuove prove, «solo in quanto, cioè, l'appello servisse

¹² Così giustamente F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 27; ID., *Effetto devolutivo e 'ius novorum' nel processo romano della 'cognitio extra ordinem'*, in *Studi di diritto romano tardoantico*, Torino, 2011, 385 s.

¹³ Del medesimo avviso M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 38, nt. 2, secondo il quale Ulpiano «dice soltanto che l'appellante può far valere motivi d'appello diversi da quello o da quelli prospettati nell'atto di interposizione d'appello».

a correggere la sentenza, ma non permettesse di instaurare *ex novo* il procedimento»¹⁴.

Anche in questo caso, sebbene il ragionamento non manchi di acume, un singolo testo, nel quale peraltro non v'è alcun riferimento diretto alle prove, non sembra obiettivamente sufficiente per fissare un principio di carattere generale¹⁵; cionondimeno, la teoria di Lauria secondo la quale sarebbe stato Diocleziano, con il suo provvedimento del 294 (C. 7.62.6.2), ad ammettere il *novum* probatorio in appello, innovando sul punto rispetto alla disciplina in vigore sino a quel momento, pur rimasta pressoché isolata in letteratura, è a mio avviso meritevole di maggior attenzione, e nel complesso, come cercheremo di mostrare, tutto considerato la più convincente.

Preso atto dell'impossibilità di avere risposte certe dai testi, pochi e non dirimenti¹⁶, può essere utile cercare di trarre qualche ulteriore indicazione da elementi esterni e di contesto, al fine di meglio comprendere l'essenza del provvedimento legislativo diocleziano e valutarne, con maggior cognizione di causa, l'eventuale portata innovativa.

4. Il primo aspetto da tenere certamente in considerazione è la collocazione del testo con il quale si fissa il principio relativo alle nuove prove: C. 7.62.6.2 è infatti parte di un ampio ed articolato dispositivo

¹⁴ Così M. LAURIA, *Sull' 'appellatio'*, in *AG*, 97, 1927, 7, ora in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 68 s., il quale aggiunge: «Né potrebbe suppersi che, secondo l'opinione dei *quidam*, l'*indignitas* del *praeses* si abbia solo quando la sua sentenza sia stata annullata senza bisogno di nuove prove, giacché di una tale limitazione non si trova alcun accenno, che pure sarebbe stato qui più che mai necessario».

¹⁵ Del medesimo avviso anche F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 27; ID., *Effetto*, cit., 386; ID., *Il processo privato nella legislazione dell'imperatore Diocleziano*, in *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'Impero*, a cura di W. Eck e S. Puliatti, Pavia, 2018, 614 ss.

¹⁶ Rileva questa difficoltà già F. PERGAMI, il quale però si limita a contemplare la teorica possibilità che anche prima di Diocleziano fossero deducibili nel giudizio di appello nuove prove (*L'appello*, cit., 29) e a ipotizzare che, in assenza di un sicuro e preciso orientamento del pensiero giuridico e della prassi nell'età pre-diocleziana, la decisione sull'ammissibilità di nuovi mezzi probatori fosse «verosimilmente lasciata alla discrezionalità del giudice e alla peculiarità del caso concreto» (*Il processo*, cit., 615).

deputato alla disciplina di significativi settori del processo di appello, C. 7.62.6, a sua volta inserito, unitamente a C. 3.3.2, C. 3.11.1 e C. 7.53.8, in un unico atto normativo di portata generale, con il quale il potere imperiale intese regolamentare l'ordinamento processuale¹⁷.

Particolarmente significativa è anzitutto la natura dell'intervento legislativo di Diocleziano: come mostra infatti il *'dicunt'* che ricorre nell'*inscriptio* di tutti i singoli frammenti del provvedimento¹⁸, l'imperatore dalmata scelse di ricorrere, caso più unico che raro nel contesto della sua produzione, ad un editto¹⁹, e la circostanza conferisce indubbiamente importanza e solennità a quanto in esso statuito.

Nel dettaglio, la parte dell'editto dedicata all'appello (C. 7.62.6) si apre con la definizione dei poteri e dei compiti dei giudici *'qui de appellatione cognoscent ac indicabunt'*²⁰, per poi passare ad occuparsi del tema che ci riguarda da vicino, quello dei *nova* nel processo di secondo grado.

Prima del già analizzato passo relativo ai testimoni, la questione è introdotta al paragrafo 1:

¹⁷ Per un'analisi complessiva del testo cfr. A. FERNANDEZ BARREIRO, *Un edicto general de Diocleciano sobre procedimiento*, in *Estudio de derecho romano en honor de A. D'Ors*, I, Pamplona, 1987, 400 ss.; per la parte relativa all'appello si vedano F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 15 ss.; ID., *Il processo*, cit., 601 ss.; F. ARCARIA, *Litterae dimissoriae sive apostoli. Contributo allo studio del procedimento d'appello in diritto romano*, in *LR*, 1, 2012, 165 s.; S. LIVA, *'Temere'*, cit., 79 ss.

¹⁸ Sul punto si veda, con ulteriore bibliografia, F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 17 s.: la costituzione, verosimilmente concepita presso la cancelleria di Diocleziano, era comunque espressione dell'intero collegio tetrarchico.

¹⁹ Si tratta, oltre che di una forma inconsueta rispetto alla copiosa massa del materiale normativo diocleziano, dell'unico esempio di editto menzionato nei Codici in materia processuale, e di diritto pubblico in genere.

²⁰ C. 7.62.6 pr.: *IMPP. DIOCLETLANUS ET MAXIMILANUS AA. ET CC. DICUNT. Eos, qui de appellationibus cognoscent ac indicabunt, ita iudicium suum praebere conveniet, ut intellegant, quod, cum appellatio post decisam per sententiam litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua remittere negotium ad iudicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conveniat, cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo qui de appellatione cognoscit recursus fieri non possit ad iudicem, a quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias remotam occasionem atque exclusam penitus intellegant, cum super omni causa interpositam provocationem vel iniustam tantum liceat pronuntiare vel iustam. [Sine die et consule].*

C. 7.62.6.1: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. DICUNT. Si quid autem in agendo negotio minus se adlegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit persequatur, cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere debere necessaria res forte transmissa non excludenda videatur. [Sine die et consule].*

La disposizione consente a chi ritenesse di aver formulato in primo grado deduzioni a sostegno della domanda proposta carenti o insufficienti²¹, di presentare in appello i fatti rilevanti tralasciati²².

Diocleziano dunque, con C. 7.62.6.1-2, attesta espressamente la facoltà di addurre nuove prove nel corso del giudizio innanzi al *iudex ad quem*²³, e la logicamente conseguente possibilità di allegare nuove circostanze e nuovi fatti²⁴: il *ius novorum*, come emerge dal dettato della costituzione, è da ricondurre alla volontà del legislatore che *nihil aliud in iudiciis quam iustitia locum haberet*.

Dal combinato disposto dei due frammenti scaturisce con evidenza il pensiero diocleziano: la giustizia dovrà costituire il *votum* del suo governo, e al fine di raggiungere l'obiettivo, l'accertamento della verità²⁵, saranno ammesse innanzi al giudice di seconde cure tutte le novità necessarie, inclusi i testimoni non sentiti in primo grado.

²¹ In questo senso, che esclude la possibilità di presentare nuove domande in appello, deve certamente interpretarsi l'espressione '*minus se adlegasse*'. Concordi sul punto tra gli altri M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 38, nt. 2; R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 425; W. LITEWSKI, *L'appello tardoantico*, in *INDEX*, 30, 2002, 455. Di diverso avviso il PERGAMI, il quale, contrariamente a quanto da lui precedentemente ipotizzato (*L'appello*, cit., 25), propende per una lettura meno restrittiva e non esclude che il paragrafo 1 alluda a «qualunque elemento, di fatto o di diritto, non dedotto in primo grado» (*Effetto*, cit., 380), con argomentazioni tuttavia che mi paiono poco persuasive.

²² A riguardo si veda A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 89 e nt. 48.

²³ Quanto alle nuove eccezioni cfr. *infra*, C. 7.50.2.

²⁴ Interessanti considerazioni su questo aspetto, riferite non solamente al diritto romano, in M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 373 s.

²⁵ Altro significativo accenno alla *veritas* nella produzione diocleziana in C. 9.41.8.1, ove vengono fissati i limiti dell'impiego della tortura quale strumento investigativo. Sul passo, interessanti riflessioni in G. COSTA, *L'imperatore dalmata (C. Valerius Diocletianus)*, Roma, 1912, 180.

Il *ius novorum* si erge a strumento per conseguire la *iustitia*²⁶, all'istituto dell'appello si ascrive lo scopo di arrivare ad una decisione giusta e legittima: vengono in tal modo fissati principi che resteranno validi nel tempo e verranno ribaditi dalla legislazione giustiniana²⁷.

La peculiarità dello strumento legislativo adottato e l'attenzione mostrata da Diocleziano nell'indicare e nel ribadire la *ratio* sottesa alla disciplina dei *nova*²⁸ sembrano poter revocare quantomeno in dubbio la certezza, manifestata dalla *communis opinio*, che quanto statuito fosse espressione di regole già pacificamente applicate da tempo.

Queste prime conclusioni trovano peraltro riscontro e si rivelano coerenti con lo spirito innovatore dell'editto, che risulta sia dal confronto con i più significativi precedenti normativi in tema di appello, sia guardando al tenore complessivo del provvedimento.

Anteriormente al 294 sono essenzialmente due le fonti, importanti per carattere e contenuto, dalle quali si possono attingere notizie relative a singoli aspetti dell'istituto: la regolamentazione dell'appello contenuta nell'*oratio Marci*²⁹, e soprattutto i titoli 33-37 del quinto libro delle *Pauli Sententiae*³⁰.

²⁶ Il concetto di *iustitia* intesa quale raggiungimento della *veritas* attraverso l'istanza superiore ricorre anche nella normazione successiva: oltre a C. 7.62.6.1-2 di Giustino, sui cui torneremo più diffusamente (*infra*, § 5), vanno segnalate Nov. 62.1.2 del 537 (... *melius enim ... ius merum et iustitiae lumen invenitur*) e Nov. 126.2 di Giustiniano, ove in un unico periodo sono efficacemente espresse le esigenze poste a fondamento del giudizio di appello. Ancora, per riferimenti alla *iustitia* quale movente per la riforma di una sentenza, si vedano *Int. ad CTh.* 11.31.6 e 11.36.20; *Int. ad Nov. Theod.* 13.

²⁷ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 104 s., nt. 126.

²⁸ Già M. LAURIA, *Sull' 'appellatio'*, cit., 69, coglieva nel bisogno avvertito da Diocleziano di fornire «lunghe giustificazioni» un segnale del fatto che le norme sancite nella sua costituzione fossero delle novità.

²⁹ Cfr. F. ARCARIA, *'Oratio Marci'. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003, 190 ss., il quale sottolinea come Marco Aurelio, mosso dalla consapevolezza della necessità che la determinazione di alcuni momenti procedurali non fosse rimessa alla prassi e alla consuetudine, intervenne normativamente sull'appello al fine di porre rimedio ad eventuali mancanze e distorsioni e di fare chiarezza sui punti controversi.

³⁰ È ormai acclarato e dimostrato il fatto che i titoli delle *Sententiae* relativi all'appello risalgano ad un periodo precedente rispetto al 294: si vedano a riguardo D. LIEBS,

Sebbene in nessuno dei due casi sopracitati troviamo riferimenti di alcun tipo al regime del *ius novorum*, si possono trarre utili indicazioni dalla constatazione di come l'editto di Diocleziano sia tornato su molti degli aspetti in essi trattati, apportando più o meno rilevanti innovazioni rispetto alla disciplina fino a quel momento in vigore.

Nel dettaglio, al di là di C. 7.62.6.3, dedicata all'appello delle sentenze capitali³¹, e degna di nota quale attestazione più risalente di quel particolare procedimento noto come *appellatio more consultationis*³², i paragrafi 4 e 6, relativi a questioni concernenti la *cautio de exercenda provocazione*, gli appelli temerari e la trasmissione delle *litterae dimissoriae* al giudice *ad quem*, sono in tal senso emblematici, poiché introducono importanti novità che semplificano l'*iter* procedurale³³; ancora, il

*Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*², Berlin, 2005, 48 s. e nt. 108; 106 e nt. 246 e I. RUGGIERO, *Ricerche sulle 'Pauli Sententiae'*, Milano, 2017, 27 s., nt. 63, i quali confermano quanto già correttamente ipotizzato da S. GIGLIO, *L'epistola di Corbulone ai Coi*, in *Raccolti di scritti in memoria di A. Lener*, a cura di B. Carpino, Perugia, 1989, 540, nt. 82.

³¹ C. 7.62.6.3: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. DICUNT. *Super his vero, qui in capitalibus causis constituti appellaverint (quos tamen et ipsos vel qui pro his provocabunt non nisi audita omni causa atque discussa post sententiam dictam appellare conveniet), id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fideiussoris retentis in custodia reis opiniones suas indices exemplo appellatoribus edito ac refutatorios eorum ad scrinia quorum interest transmitant, quibus gestarum rerum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis pro fortuna singulorum sententia proferatur. [Sine die et consule].* Intravede punti di contatto tra questa costituzione ed alcuni aspetti disciplinati dall'*oratio Marci* (D. 28.3.6.9) F. ARCARIA, '*Oratio*', cit., 272.

³² Così A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 22 e nt. 31; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation*, cit., 256, secondo il quale in questa disposizione si scorge «der früheste Fall der Anwendung zu einem Appellationsverfahren der Normen, die *consultatio ante sententiam* betrafen»; J. GAUDEMET, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, in *ZSS*, 98, 1981, 84 s.

³³ C. 7.62.6.4: IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. DICUNT. *Ne temere autem ac passim provocandi omnibus facultas praeretur, arbitramur eum, qui malam litem fuerit persecutus, mediocriter poenam a competenti iudice sustinere. [...] § 6: Apostolos post interpositam provocationem etiam non petente appellatore sine aliqua dilatione iudicem dare oportet, cautione videlicet de exercenda provocazione in posterum minime praebeanda. [Sine die et consule].* Per una più ampia disamina di queste problematiche e per un'analisi delle innovazioni apportata dalla legge diocleziana rispetto alla disciplina classica attestata dalle *Pauli Sententiae* rinvio a S. LIVA, '*Temere*', cit., 79 ss.; 90 s.

mancato riferimento all'appello orale, nel contesto del discorso sui termini per appellare in C. 7.62.6.5³⁴, potrebbe denunciare la volontà da parte del legislatore di vietarne l'utilizzo a beneficio della sola forma di impugnazione scritta³⁵.

Questa evidente tendenza del provvedimento di Diocleziano ad introdurre modifiche normative – che non sorprende, giova ribadirlo, attesa la peculiarità della forma edittale³⁶ – interessa peraltro non soltanto la materia dell'appello, ma anche altri profili relativi allo svolgimento del giudizio civile, alcuni di notevole portata³⁷, e ben si attaglia alla figura di un legislatore che ha riservato, nell'ambito della sua attività riformatrice, un posto di assoluto rilievo alla riorganizzazione del processo privato, mostrandosi nello stesso tempo «restauratore e innovatore»³⁸.

³⁴ C. 7.62.6.5: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMILIANUS AA. ET CC. DICUNT. 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. [Sine die et consule].* Per l'epoca classica si vedano in particolare Marc. 1 de app. D. 49.1.5.4 (*Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit, ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est*) e Mac. 1 de app. D. 49.1.2 (*Sed si apud acta quis appellaverit, satis erat, si dicat "appello"*). Anche il tema dei *tempora appellandi* è oggetto della legge di Marco Aurelio: cfr. F. ARCARIA, 'Oratio', cit., 271.

³⁵ Di questo avviso R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 230, nt.1. La possibilità di servirsi dell'appello orale viene riaffermata nel IV secolo dalla costantiniana CTh. 11.30.7 (*Litigatoribus copia est etiam non conscribitis libellis ilico appellare voce, cum res poposcerit iudicata*): il tenore della norma tuttavia legittima il dubbio che vi potesse essere una disposizione precedente di segno opposto. Sul punto si veda F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 85 s.

³⁶ La lunga costituzione diocleziana segna significativamente il ritorno all'impiego di strumenti legislativi di portata generale, dopo un lungo periodo, successivo all'emanazione dell'*oratio Marci*, caratterizzato dall'esclusiva presenza di *rescripta* ed *epistulae*. Si vedano in proposito le considerazioni di F. ARCARIA, 'Oratio', cit., 266 ss.

³⁷ In particolare, per un'analisi approfondita di C. 3.3.2, e del suo possibile impatto sull'organizzazione processuale, si veda S. LIVA, *Il 'index pedaneus' nel processo privato romano. Dalla procedura formulare alla 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 2012, 50 ss., ed ancora 75 ss.

³⁸ L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, 125. Sulle più importanti riforme attuate da Diocleziano si vedano G. COSTA, *L'imperatore*, cit., 178 ss.; W. SESTON, *Dioclétien et la Tétrarchie, I. Guerres et réformes (284-300)*, Paris, 1946, 17 ss.; A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire*

Significativamente, ancora a Diocleziano, e precisamente ad un suo rescritto coevo all'editto, si deve inoltre la prima attestazione esplicita della possibilità di addurre in appello nuove eccezioni³⁹:

C. 7.50.2: *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. ALEXANDRIAE. Peremptorias exceptiones omissa initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam indicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. [VII k. Ian. Nicomediae CC. cons.].*

Dalla seconda parte del testo si evince inequivocabilmente il diritto per l'appellante di proporre eccezioni perentorie non presentate nel corso del giudizio di primo grado. Anche in questo caso non v'è alcun

284-602. *A Social Economic and Administrative Survey*, I, Oxford, 1964, 61 ss.; S. CORCORAN, *The Empire and the Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*, Oxford, 2000, 19 ss.

³⁹ M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 357, nt. 3. L'unico testo precedente riconducibile alla tematica in questione è un rescritto di Gordiano, C. 2.12(13).13 (*Ita demum super lite persequenda, quam tibi mater mandavit, actionem intendere potes, si, cum primo litem contestareris, non est tibi eo nomine opposita praescriptio militiae: quod nec, cum appellatio agitur, tibi obici poterit. Nam si integra res est, ratio perpetui edicti acceptam tibi non permittit alieno nomine actionem intendere*), nel quale si nega la facoltà di opporre in appello la *praescriptio militiae*. Independentemente dalla portata attribuibile alla costituzione in relazione a tutte le eccezioni dilatorie (si vedano a riguardo M. LAURIA, *Sull' 'appellatio'*, cit., 68; W. KOLITSCH, *'Praescriptio' und 'exceptio' ausserhalb des Formularverfahrens*, in *ZSS*, 89, 1959, 294 ss.; L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965, 167, nt. 18), è certamente da respingere l'idea (cfr. in particolare N. SCAPINI, *Il 'ius novorum'*, cit., 18 s.; M. LEMOSSE, *A propos du régime des exceptions dans le procès postclassique*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 243 ss., e le critiche condivisibili espresse da F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 28; ID., *Effetto*, cit., 384) secondo la quale vi si debba ricavare a contrario l'ammissibilità delle eccezioni perentorie, che sarebbero state dunque proponibili *ex novo* già dall'età dei Severi. Anche R. ORESTANO sostiene, coerentemente alla convinzione espressa a proposito delle prove, che in epoca severiana non potesse esserci preclusione alcuna riguardo alle nuove eccezioni (senza distinzione tra dilatorie e perentorie), ma non indicando nessuna fonte in particolare (*L'appello*, cit., 425).

riferimento al regime normativo anteriore⁴⁰; l'imperatore tuttavia, atteso il «solenne tono precettivo»⁴¹, sembrerebbe mosso dalla volontà di affermare il nuovo principio⁴², ed in ogni caso il provvedimento conferma la particolare attenzione dedicata dalla sua cancelleria alla disciplina del *ius novorum*⁴³.

Mi pare dunque che vi siano sufficienti elementi per mettere in discussione l'opinione dominante, secondo la quale l'ammissibilità in secondo grado di nuove prove (e di nuove eccezioni) dovesse certamente ed indiscutibilmente essersi affermata già in età severiana; il ruolo centrale assunto da Diocleziano e la sua verificata attitudine ad apportare modifiche anche su aspetti disciplinari della procedura di appello che erano già stati oggetto di regolamentazione ad opera della legislazione precedente, inducono a ritenere probabile che gli interventi dell'imperatore dalmata in tema di *novum* probatorio abbiano rappresentato una novità, o quantomeno siano stati fondamentali per fissare, con autorevolezza e lucidità, le linee guida di una normativa che sarebbe stata poi recepita nella sua intima sostanza e ulteriormente articolata da importanti provvedimenti di Giustino e di Giustiniano.

5. Di *ius novorum* torna infatti ad occuparsi l'imperatore Giustino nel 520⁴⁴, con una costituzione che, come vedremo tra breve, sarà un punto

⁴⁰ Come giustamente sottolineato da M. LAURIA, *Sull' 'appellatio'*, cit., 69, «C. 7.50.2 non consente illazioni per l'epoca dei Severi».

⁴¹ F. PERGAMI, *Effetto*, cit., 384.

⁴² F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 28; del medesimo avviso M. LAURIA, *Sull' 'appellatio'*, cit., 69.

⁴³ Il regime diocleziano trova conferma, quanto alla ammissibilità delle eccezioni perentorie, in una costituzione di Giuliano del 363, C. 8.35(36).12, su cui cfr. F. PERGAMI, *Effetto*, cit., 385.

⁴⁴ Come ben evidenziato da A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 88 s., con il provvedimento di Giustino viene ammesso lo *ius novorum* anche per l'appello *more consultationis* (*supra*, nt. 32), nel quale, data la forma speciale e la natura di processo scritto, era stata sino a quel momento esclusa l'introduzione di ogni nuovo elemento (si vedano in proposito CTh. 11.30.11 e CTh. 11.30.52). In questo senso anche M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 358 e G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 - 1 agosto 527)*, in *SDHI*, 37, 1971, 175 ss., che si

di riferimento per lo sviluppo successivo della materia fino all'epoca moderna:

C. 7.63.4: IMP. IUSTINUS A. TATIANO MAGISTRO OFFICIORUM. *Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus tam appellatori quam adversae parti novis etiam adsertionibus utendi vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae. 1. Sed et si qua dicta quidem adlegatio monstrabitur vel instrumentum prolatum aliquod, probationes tamen illo quidem defuerunt tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione praebere poterunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis iam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine. [D. V k. Iun. Constantinopoli Rusticio cons.].*

La legge precisa i limiti⁴⁵ entro i quali sono ammessi i *nova* in appello, confermando il divieto di proporre nuove domande⁴⁶.

Entrambe le parti possono far valere nuove affermazioni di fatto (*adsertiones*) e nuove eccezioni non dedotte in primo grado, purché relative ad istanze già avanzate innanzi al *iudex a quo* (*non ad novum capitulum pertinent*)⁴⁷.

Quanto alla facoltà di ricorrere a nuove prove, deve notarsi il riferimento di Giustino allo scopo perseguito con la norma,

sofferma sulle ragioni che giustificano il venir meno della differenze rispetto a quanto previsto già dall'editto di Diocleziano per gli appelli ordinari (sul punto si veda anche, della medesima autrice, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, 92 s.).

⁴⁵ Sottolineano le incertezze che permangono circa gli esatti contorni delle limitazioni, M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 359 e nt. 4; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legislazione*, cit., 178 s. Sul punto cfr. anche U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 172; D. SIMON, *Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess*, München, 1969, 21 s.

⁴⁶ Cfr. *supra*, nt. 21.

⁴⁷ Così la Glossa a proposito di questo precetto: «Dic ergo quod si in causa principali exceptionem non opposui, vel oppositam non probavi: post modum in causa appellationis non oppositam opponam, et oppositam probabo. Caeterum si de alia re vellem disputare, quam prima, quae est in iudicium deducta, non audiat».

assolutamente coincidente con quello dichiarato da Diocleziano nel suo editto ed illustrato con parole analoghe: qualora, al fine di garantire giustizia⁴⁸, sia necessario ricorrere a materiale probatorio non presentato nel giudizio precedente, i giudici imperiali ammetteranno tutto quanto potrà aiutare a giungere alla *'veritatis lumen'*⁴⁹.

Risulta in tal modo delineato il regime normativo del *novum* probatorio in appello in vigore agli albori del VI secolo d.C.⁵⁰, improntato su principii fissati da Diocleziano che hanno influenzato, attraverso passaggi che illustreremo brevemente, i moderni ordinamenti processuali, ed in particolare il nostro codice di procedura civile.

Le vicende che conducono alla disciplina dei *nova* così come prevista nel Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia del 1865 sono caratterizzate dal perdurare nella sostanza dei capisaldi della legislazione romanistica: il giudizio di appello deve corrispondere al giudizio di prima istanza, essendo ad esso connaturale l'identità della controversia, ma può essere differente il materiale di cognizione, grazie al quale il giudice di secondo grado potrà valutare più compiutamente la questione ed arrivare ad una sentenza giusta.

⁴⁸ Si veda quanto detto a proposito di C. 7.62.6.1 (*supra*, § 4).

⁴⁹ Cfr. *supra*, nt. 25. Particolarmente significative per esplicitare, muovendo dal commento dell'espressione *'lumen veritatis'*, la ragione giustificativa dell'ammissibilità in appello di nuovi mezzi probatori, le parole di BALDO (*Commentaria ad Libr. VII Cod., Tit. de temp. et repa. appella., Lex IIII, (f. 339) n. 1*): « ...quod in hac lege vocatur lumen, idem est quod sparsio lucis; alibi appellatur lux, id est substantia luminis creatura ... Et adde similitudinem naturalem: nam sicut in luce perfecte videmus et quando obtenebrescit si videmus animal ambulans et cognoscimus quod est homo tunc nescimus, utrum sit Salustius vel Cicero interdum postea sequuntur tenebrae, quibus nihil videmus, ita est in probationibus: quia probatio obscura nulla est: semiplena ambigua est, quantum ad fidem. Illa autem quae clara et perfecta est, proprie probatio diffinitur: obscuritatem etiam facit aequivocatio ... ». Sul vincolo storico molto forte che lega prova e verità si segnalano le belle pagine di C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico*, Macerata, 2020, 22 ss.

⁵⁰ Confermano la disciplina in vigore anche le due costituzioni di Giustiniano che vi fanno incidentalmente riferimento: C. 7.62.37.4 del 529, che ammette la possibilità di introdurre *novae adsertiones*, e 7.62.39.1 del 530, nella quale si raccomanda che i *libelli refutatorii* indichino soltanto quanto necessario ad illustrare i motivi di appello, *vel aliquid novi continent, vel addere quod derelictum est*.

Vengono dunque recepiti tanto il divieto di nuove domande⁵¹ quanto la facoltà di ricorrere, ove ne ricorressero i presupposti, a *novae adsertiones* e *novae probationes*.

Nel corso dell'alto medio evo, tracce della sopravvivenza dell'appello sono rinvenibili soltanto nell'Italia bizantina e nelle altre regioni che rimasero estranee all'invasione dei barbari. Le poche notizie provengono dalle così dette *Adnotationes Codicum domini Iustiniani*, più comunemente note col titolo di *Summa Perusina*, opera la cui redazione sembra risalire all'ottavo secolo, ma che ebbe lunga fortuna come testimoniano le citazioni in atti giudiziari attestate fino all'XI secolo⁵².

La *Summa*, in tema di *novum* probatorio, rispecchia fedelmente la disciplina del *Codex* giustiniano, e nei rari accenni del *summator* allo scopo dell'appello viene nuovamente evocato il principio della *iustitia*⁵³.

Analogamente, l'ammissibilità di nuove prove è ribadita dal diritto canonico, dalla Glossa⁵⁴, dal diritto statutario, ove, pur se in termini e con formule differenti, era concordemente affermato il *beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi*⁵⁵, ed infine dalla quasi totalità dei Codici di procedura civile preunitari⁵⁶.

Da questa sintetica rassegna dei precedenti storici, emerge dunque con evidenza come la facoltà ammessa dai due ultimi capoversi dell'art.

⁵¹ Per un *excursus* storico sulla preclusione della domanda nuova in appello, dalla regolamentazione prevista dal diritto canonico fino al Codice del 1865, cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 35 ss.

⁵² Sull'opera e sul suo significato, al di là degli indubitabili frequenti fraintendimenti del testo giustiniano, si vedano F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, 1954, 288 ss. e, con particolare riguardo all'appello, A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 214 s.

⁵³ Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche*, cit., 215, nt. 61. Sulla giustizia quale obiettivo da raggiungere anche attraverso l'impiego di nuovo materiale probatorio si veda quanto detto *supra* a proposito di C. 7.62.6.1 (§ 4 e nt. 26).

⁵⁴ Cfr. M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 360 s.; A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II, Milano, 1970, 181 ss.

⁵⁵ Per una rassegna particolareggiata degli Statuti che hanno disciplinato l'impiego di nuovi strumenti probatori si veda M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande*, cit., 361 ss.

⁵⁶ Tra essi, fanno esplicito riferimento a «nuove prove» l'art. 605 del *Codice di procedura civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* del 6 giugno del 1820 e i *Codici di Procedura civile per gli Stati Sardi* del 1854 e del 1859, rispettivamente agli articoli 584 e 550.

490 c.p.c. del Codice del Regno del 1865⁵⁷ di addurre in appello nuove eccezioni e nuove prove, come il contrapposto divieto di avanzare nuove domande, risalgano al diritto romano.

Più complesse, e caratterizzate da continue oscillazioni, sono invece le vicende del Codice di procedura civile del 1942; dopo il ridimensionamento del *ius novorum* nella prima stesura dell'art. 345 c.p.c.⁵⁸, le modifiche intervenute con la legge 581 del 14 luglio 1950 hanno riportato la norma sui *nova* entro i confini delimitati dalla costituzione di Giustino del 520⁵⁹.

Lo spirito della disciplina comincia infine a mutare con le ulteriori e più recenti innovazioni: la riforma del 1990 ha escluso la possibilità di dedurre nuove prove, con l'eccezione di quelle ritenute indispensabili dal collegio⁶⁰ e di quelle precedentemente non proposte per cause non imputabili alla parte; nel 2012, il nuovamente emendato art. 345 c.p.c., impedendo alla parte anche di chiedere l'ammissione della prova indispensabile⁶¹, ha delineato un volto dell'istituto molto diverso da

⁵⁷ Titolo: *Dei mezzi per impugnare le sentenze*. Capo: *Dell'appellazione*. Art. 490: «Nel giudizio d'appello non si possono proporre domande nuove; se proposte, devono rigettarsi anche d'ufficio. Possono domandarsi gli interessi, i frutti, gli accessori scaduti dopo la sentenza di prima istanza, e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Può proporsi la compensazione, e ogni altra eccezione alla domanda principale. Possono dedursi nuove prove».

⁵⁸ Art. 345 c.p.c. 1942: «Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono rigettarsi d'ufficio. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Salvo che esistano gravi motivi accertati dal giudice, le parti non possono proporre nuove eccezioni, produrre documenti e chiedere l'ammissione di mezzi di prova. Può sempre deferirsi il giuramento decisivo».

⁵⁹ In particolare, così si apriva il secondo comma: «Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova ...».

⁶⁰ Interessante notare come fosse richiesta un'analogia valutazione al *index ad quem* nella diocleziana C. 7.62.6.2 (*supra*, § 2) quale condizione per ammettere l'audizione in appello di nuovi testi non proposti nel giudizio di primo grado.

⁶¹ Questo il testo attualmente in vigore dell'art. 345 c.p.c.: « Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio. Possono tuttavia domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori

quello dell'appello del 1865, consegnando agli operatori del diritto uno strumento di impugnazione rispondente ormai al modello della *revisio prioris instantiae*⁶².

ABSTRACT

La fase del procedimento di appello che si svolge innanzi al giudice *ad quem*, pur generalmente trascurata dagli studiosi anche in ragione della scarsità di fonti cui poter attingere, non manca di fornire spunti di un certo interesse. In particolare, questione ancora oggi di estrema attualità è quella legata alla disciplina del *ius novorum*, alla facoltà cioè di introdurre nel giudizio di secondo grado nuove domande, nuove eccezioni e soprattutto nuove prove rispetto a quelle fatte valere nel giudizio precedente. Secondo l'opinione dominante in dottrina, il principio dell'ammissibilità di nuovi mezzi di prova in appello, pur espressamente sancito per la prima volta da un editto di Diocleziano risalente alla fine del III secolo d.C., si sarebbe certamente affermato già all'età dei Severi. Con questa breve indagine si è cercato di sottoporre a vaglio critico la *communis opinio*, mostrando come più di un indizio autorizzi ad ipotizzare uno scenario alternativo: il ruolo centrale assunto da Diocleziano, e la sua verificata attitudine ad apportare modifiche anche su aspetti

maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. Non possono proporsi nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Può sempre deferirsi il giuramento decisorio». Sull'abolizione della deroga che ammetteva la produzione delle prove ritenute indispensabili, si veda A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 488 ss.

⁶² Cfr. per tutti G. BALENA, *Le novità relative all'appello*, in *Le novità in materia di impugnazioni*, Bologna, 2014, 61 ss.

disciplinari della procedura di appello che erano già stati oggetto di regolamentazione ad opera della legislazione precedente inducono a ritenere probabile che l'intervento dell'imperatore dalmata in tema di *novum* probatorio, cui conferiva indubbia solennità l'adozione della peculiare forma edittale, abbia rappresentato una novità nella disciplina, o quantomeno sia stato fondamentale per fissare, con autorevolezza e lucidità, le linee guida di una normativa che sarebbe stata poi recepita nella sua intima sostanza - e ulteriormente articolata - da importanti provvedimenti di Giustino e di Giustiniano.

The phase of the appeal procedure that takes place before the judge *ad quem*, although generally neglected by scholars, also due to the lack of sources to draw on, doesn't fail to provide interesting ideas. In particular, a question that is still extremely topical today is that linked to the discipline of the *ius novorum*, that is, the faculty to introduce new questions, new exceptions and above all new evidence in the second degree trial compared to those put forward in the previous judgement. According to doctrine dominant opinion, the principle of admissibility of new evidence on appeal, although expressly sanctioned for the first time by a Diocletian's edict dating back to the end of the third century AD, would certainly have already been asserted during the Severi age. With this brief investigation, we tried to submit the *communis opinio* to a critical examining, showing how more than one clue authorizes us to assume an alternative situation: Diocletian's central role and his verified attitude to change disciplinary aspects of the appeal process that had already been regulated by the previous legislation, leads us to believe that dalmatian emperor's intervention on the subject of *novum* evidentiary, to which the adoption of the peculiar edictal form conferred undoubted solemnity, represented a novelty in the discipline, or at least it was fundamental to establish, with authority and lucidity, the guidelines of a legislation that would then be implemented in its intimate substance - and further articulated - by Justin's and Justinian's important provisions.

PAROLE CHIAVE

Appellatio; nova; prova

Appellatio; nova; evidence

STEFANO LIVA

Email: stefano.liva@unibs.it

