

5. Il caso della 'lis inchoata'.

Diversi sono stati i tentativi degli studiosi per tentare di risolvere l'apparente incompatibilità tra i due principi appena enunciati.

L'Orestano, opponendosi fermamente all'impulso di voler fondere in una «visione sintetica» i diversi dati che emergono dalle fonti a disposizione, ha ipotizzato un'evoluzione storica, che si sarebbe compiuta, in modo radicale, nel corso di poco più di mezzo secolo: la regola, dunque, sarebbe mutata nel – sia pur breve – tempo, ed al primigenio principio della validità della sentenza pronunciata nei confronti dell'assente (l'invalidità della stessa infatti sarebbe stata dichiarata in un primo momento solo a seguito dell'eventuale impugnazione della parte), attestato per l'età dei Severi, in età diocleziana si sarebbe andato a sostituire, attraverso una repentina inversione, quello della sua nullità *ipso iure*⁵⁵.

⁵⁵ L'appello, cit., 353 ss. Diversamente L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965, 344 ss., il quale, pur pensando ad una evoluzione storica, riconduceva al periodo di Gordiano il momento di passaggio dalla regola della «validità e rescindibilità» mediante appello o *in integrum restitutio* della sentenza pronunciata nei confronti dell'assente a quella opposta della sua invalidità. Su posizioni completamente opposte R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 36 ss. (seguito, nelle linee essenziali, da G. PROVERA, *La 'vindicatio caducorum': contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964, 62, nt. 76), secondo

ASSENZA, APPELLO E GIUDICATO*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Diniego del *ius appellandi* al contumace. 3. Tra *absentia ex iusta causa* e *contumacia*. 4. L'inosservanza dei requisiti necessari ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio. 5. Il caso della *lis inchoata*. 6. La testimonianza di Iul. 5 dig. D. 42.1.60. 7. Un'incompatibilità apparente? La correlazione tra il principio del contraddittorio e la *firmitas* del giudicato. 8. Considerazioni finali.

1. Premessa.

Requisito essenziale per l'esistenza di una *res iudicata* era la validità della sentenza pronunciata, in quanto una sentenza di per sé invalida non poteva valere come *res iudicata*. Detto requisito era necessario sia nel sistema del processo formulare, laddove la nullità poteva dipendere soltanto da ragioni processuali, sia nella prassi delle *cognitiones extra ordinem*, laddove invece era prevista anche una nullità per ragioni sostanziali, in un primo momento per l'inosservanza di costituzioni imperiali, poi anche per la violazione di una qualsiasi norma di diritto positivo.

Più specificatamente, nel processo formulare ogni sentenza, in quanto valida, costituiva sin dal primo momento *res iudicata*, e la graduale introdu-

zione in epoca augustea¹, sia in campo civile sia in campo penale², dell'*appellatio* all'imperatore³, sotto

* Il contributo sarà anche pubblicato a breve in un'opera collettanea sul giudicato, a cura di Luigi Garofalo, dal titolo *Res indicata*.

¹ In R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano, Corso di diritto romano*, Genova, 1952, rist. Torino, 1966, 202 ss., si può trovare un'interessante rassegna sul graduale svolgimento storico dell'istituto da Augusto ai Severi. In particolare, lo studioso mette in risalto il periodo di Marco Aurelio (227 ss.) – caratterizzato, più in generale, da un'ampia attività svolta dall'imperatore in materia processuale – come il periodo nel quale questo mezzo processuale inizia ad assumere linee (almeno quelle essenziali) salde e ben precise, soffermandosi nello specifico su Ulp. 31 *ad ed. D.* 17.1.8.8, non solo per il suo assai verosimile riferimento all'appellabilità delle sentenze dell'*ordo* (nonostante il diverso parere di E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum*. *Thèse*, Paris, 1907, 156, nt. 8, che però non tiene conto, fra l'altro, della provenienza del frammento di Ulpiano dai libri *ad edictum* in tema di mandato), ma anche per la dimostrazione evidente ed inequivoca che esso fornisce della 'normalizzazione', e si potrebbe anche dire, della 'stabilizzazione' dell'istituto, tanto da determinarsi in certi casi addirittura una responsabilità a carico di chi, pur potendo ricorrere all'appello, avesse invece consapevolmente ommesso di farlo: *...et hoc ex rescripto divorum fratrum intellegere licet, cuius verba haec sunt: 'Catullo Iuliano. Si hi, qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te'...* Sull'argomento cfr. pure F. ARCARIA, 'Oratio Marci', *Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino, 2003, 125 ss., il quale mette in risalto l'attività di entrambi i *Divi Fratres* più che del solo Marco Aurelio.

Se il meccanismo di citazione non è stato regolare, dunque, e per questo motivo il convenuto non si è costituito in giudizio, la sentenza – stando a quanto sanciscono le costituzioni imperiali – *nullius momenti esse*⁵⁴.

La testimonianza è particolarmente rilevante, perché consente di comprendere la logica alla base della problematica che si sta affrontando. L'invalidità della sentenza pronunciata nei confronti di un assente potrebbe assai verosimilmente derivare dall'inosservanza dei requisiti necessari ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio.

caso di aggiungere che L. ARU, *Il processo*, cit., 91, dalla perifrasi *perinde ac si* ipotizza la concessione di un *actio ficticia* in favore dei legatari, dei fideicommissari e dei manomessi. Cfr. però M. GARCIA GARRIDO, *Legislación imperial y jurisprudencia ('Fictio iuris' y rescriptos imperiales)*, in *AHDE*, XXXII, 1962, 648 s. Sotto diverso profilo, R. FERCIA, 'Querela inofficiosi testamenti' e 'iudicatum': problemi e prospettive tra II e III secolo, in *D@S*, XI, 2013, sottolinea la peculiarità della soluzione voluta dai *Divi Fratres*, riferendo la soluzione stessa non tanto alla pretesa di un legato ad effetti reali, quanto piuttosto a quella di un legato obbligatorio.

⁵⁴ Sull'utilizzo di tale locuzione avverbiale come equivalente di altre espressioni idonee a descrivere la mancata produzione o il venir meno degli effetti giuridici previsti per determinate fattispecie, tra le quali spicca anche l'espressione *nullas vires habere*, frequentemente utilizzata in campo processuale, cfr. in particolare M. BRUTTI, voce *Invaldità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 565, e M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, CI-CII, 1988-89, 15, nt. 65.

nell'attività giurisdizionale dei 'Divi Fratres', Catania, 1939, 146 s., analizzando la fattispecie giudiziale prospettata nell'*epistula*, qui non si discute di una sentenza conclusiva di un processo svoltosi completamente, ma di «un semplice giudicato sulla contumacia del convenuto». Partendo da questo assunto, confermato anche dal richiamo di Ulpiano, che si rinviene nella prima parte del testo, all'*epistula* in discorso, F. ARCARIA, 'Oratio Marci', cit., 38 ss., part. nt. 31, rileva che, poiché era stato impossibile ai terzi beneficiari (danneggiati) far valere in giudizio le proprie ragioni, i *Divi Fratres* erano intervenuti, stabilendo che *salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset iudicatum*, ed anche, di conseguenza (*et ideo*), che *adversus eum qui vicit permittimus eis agere*. Peraltro, si deve pure rilevare che vi sono stati dei sospetti sulla proposizione conclusiva *et...agere*, attraverso la quale si indica come destinatario delle azioni spettanti ai terzi il vincitore della lite di inofficiosità (cioè colui il quale ha acquistato l'*hereditas* in forza del giudicato), sia per la sua superfluità, come sostiene G. BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, in *ZSS*, XLV, 1925, 487, sia per la sua contraddizione con la frase immediatamente precedente (*perinde...iudicatum*), come sostiene invece M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 61, nt. 113. Ma si veda *contra* M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 498, nt. 205, il quale la ritiene genuina in considerazione dello schema concettuale della nullità utilizzato nell'*epistula* (attestato da espressioni quali *nihil nocere*, o *non habet rei iudicatae auctoritatem*, o *perinde ac si nihil esset iudicatum*); ed in particolare, precisa lo studioso, se la proposizione è genuina, «ne risulta un'apprezzabile diversità di funzione tra questo uso della nullità, come nullità parziale che non tocca quanto la sentenza ha disposto tra le parti, e d'altro lato le forme di intervento in prima istanza o in appello dei terzi interessati a rimuovere la decisione giudiziale». Infine, potrebbe essere appena il

² A tal proposito cfr. S. RANDAZZO, *Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'Impero*, in *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems. Studies in Honour of W. Litewski*, II, Krakow, 2003, 75 ss., ora in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno*, Milano, 2003, 230 ss. Sull'appello nei giudizi penali si veda in particolare M. CAMPOLUNGI, *Gli effetti sospensivi dell'appello in materia penale. A proposito di 'Scaev'*. D. 26.7.57.1, in *BIDR*, LXXV, 1972, 151 ss.

³ L'imperatore, come è noto, spesso delegava a magistrati che operavano in suo nome, e che attraverso detta delega erano abilitati a pronunziare sentenze definitive, essendo quello di appello l'ultimo grado di giudizio (cfr. Ulp. 1 *appell.* D. 49.2.1.4). Svetonio, la cui opera è stata ormai da tempo rivalutata nel suo complesso, in *Aug.* 33.3 – un passo, a dire il vero, assai discusso e discutibile – fa riferimento alla delega da parte di Augusto al *praetor urbanus*: *appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praetori delegabat urbano ac provincialium consularibus viris quos singulos cuiusque provinciae negotiis praeposuisset*. Di certo, come osserva M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 621, non abbiamo elementi sicuri per stabilire se si trattasse di un magistrato *ad hoc*, istituito per trattare gli appelli nelle forme della *cognitio* e con un potere delegato dal *princeps*, oppure di un pretore urbano, investito però di un compito assai diverso da quello che istituzionalmente gli era proprio: ciò che invece è evidente è la grossa trasformazione politica e istituzionale in atto in quel periodo, tale da modificare i processi tradizionali, che ruotavano intorno alle formule e alla figura del pretore. Inoltre, come mette in risalto L. FANIZZA, *L'amministrazione della giustizia nel Principato. Aspetti, problemi*, Roma, 1999, 41, è significativo l'uso nel passo del termine *litigatores*, che in questa fase sembrerebbe rappresentare «le sentenze dei *indices* dell'*ordo iudiciorum*, con il limite delle cause private». Per completezza, è appena il caso di aggiungere che lo stesso Augusto aveva

forma di una *cognitio extra ordinem* – della quale il processo di appello manteneva inalterate tutte le caratteristiche anche quando l'impugnazione aveva ad oggetto una sentenza dell'*ordo iudiciorum privatorum*⁴ – non venne a modificare questa regola; ma, se l'*appellatio* era stata proposta tempestivamente ed accolta dal giudice *a quo*, l'efficacia della *res iudicata* rimaneva sospesa fino alla conclusione

conferito la medesima delega, probabilmente stabile, al *praefectus urbi* e, verso la fine del suo impero, forse anche al Senato: in tal senso, secondo un'interpretazione invalsa – ma non senza contrasti – in dottrina, sembrerebbero deporre Cass. Dio 52.21 e 55.34; ma vd. pure Suet. *Ner.* 17. Da questa attività giurisdizionale del Senato (su cui si vedano più approfonditamente, a titolo paradigmatico, F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957, U. VINCENTI, *Note sull'attività giudiziaria del senato dopo i Severi*, in *Labeo*, XXXII, 1986, 55 ss., e F. ARCARIA, *'Senatus censuit'. Attività giudiziaria ed attività normativa del Senato in età imperiale*, Milano, 1992) ebbe anche poi origine un certo numero di senatoconsulti, emanati per risolvere questioni sulle quali erano frequenti controversie giudiziarie. Sul potere dei primi imperatori a giudicare in appello e sul ruolo del Senato quale giudice d'appello si vedano in particolare U. VINCENTI, *'Cognitio senatus' e 'appellatio'*, in *AG*, CCV, 1985, 113 ss., e S. RANDAZZO, *Appello civile e processo fiscale (Suet. Nero 17)*, in *Labeo*, XXXVI, 1990, 337 ss.

⁴ Emblematico è Suet. *Domit.* 8: *Ius diligenter et industrie (imp. Domitianus) dixit. Plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem ambitosae centumvirosum sententiae rescindit*. Sul passo cfr. più dettagliatamente C. SANFILIPPO, *Contributi esegetici alla storia dell' 'appellatio'*, I, Spoleto, 1934, 21.

lasciato la sua eredità per testamento ad un erede estraneo e dei legati, dei fedecommissi e delle libertà ad altri soggetti. Alla sua morte l'erede legittimo, non contemplato nel testamento, aveva impugnato il testamento con la *querela inofficiosi testamenti*; l'erede nominato però non si era presentato in giudizio, sicché il giudice, riscontrata l'assenza, aveva pronunciato una sentenza a favore dell'attore. Di qui la necessità di comprendere la sorte dei legati, dei fedecommissi e delle libertà disposti nel testamento stesso: fatta tale richiesta agli imperatori, questi avevano risposto che le disposizioni in esso contenute erano salve, in quanto la sentenza avrebbe acquistato forza, efficacia di *res iudicata* (sulla locuzione *auctoritas rei iudicatae* che si rinviene nel passo di Ulpiano si veda in particolare F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI*, XLVIII, 1982, 433, il quale richiama pure C. 7.46.4 e C. 7.45.7) esclusivamente tra le due parti in causa. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 356 e nt. 1, interpreta il testo nel senso che la volontaria assenza da un giudizio in cui si fosse stati regolarmente evocati avrebbe fatto perdere ogni diritto all'impugnazione della sentenza pronunciata, con ciò riconoscendone implicitamente la sua validità. Di diverso avviso R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 37, il quale ritiene invece di poter desumere dal passo che già all'epoca di Marco Aurelio la sentenza pronunciata contro l'assente involontario non era ritenuta valida «se si sentiva il bisogno, pur presupponendo l'assenza del convenuto (*absente possessore*), di specificare peraltro *qui adesse neglexerit*». Nello stesso senso anche A. PADOA SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello intermedio*, I, Milano, 1967, 76 nt. 6. Considerando, però, che nel caso in esame la sentenza non avrebbe avuto valore solo per le parti in causa, ma anche per i terzi (i quali avrebbero subito, utilizzando una terminologia attuale sulla quale si discute molto in dottrina, l'efficacia riflessa della sentenza), la decisione non appare ben comprensibile. Orbene, come osserva M. SCARLATA FAZIO, *Principii vecchi e nuovi di diritto privato*

modo⁵², non può essere considerata una sentenza valida⁵³.

⁵² Afferma G. PROVERA, *Il principio*, cit., 189, nt. 11, che la prima ipotesi menzionata nel passo parrebbe individuare «i vizi inerenti alle formalità di pubblicazione del decreto di citazione, la seconda, invece, parrebbe fondarsi sul fatto che esso era rimasto sconosciuto al destinatario, per cui la distinzione ha un senso solo se si presuppone che l'editto perentorio venisse pronunciato *post absentiam adversarii* e cioè dopo che quest'ultimo era stato avvertito, mediante una *denuntiatio* rimasta senza esito, del processo che l'attore intendeva promuovere contro di lui. In effetti ben scarse sarebbero state le possibilità che l'intimazione del magistrato giungesse a conoscenza del convenuto, specialmente se questi fosse stato assente dalla città in cui la citazione sarebbe dovuta avvenire».

⁵³ Speculare è, in un certo qual modo, Ulp. 14 *ad ed.* D. 49.1.14.1, nel quale il giurista severiano riporta fedelmente l'intervento normativo dei *Divi Fratres*, che probabilmente è riferibile alla *querela inofficiosi testamenti* intentata nella forma della *cognitio* (cfr. a titolo paradigmatico G. PUGLIESE, *La 'cognitio' e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, 143 ss., ora in *Scritti*, cit., II, 94, nt. 19, in base alla considerazione che nel *principium* del passo si parla dell'appello come di un rimedio normale): *Quotiens herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis neque libertatibus. et hoc divorum fratrum epistula continetur ad Domitium in haec verba: 'Quod absente possessore nec quoquam nomine eius respondente pronuntiatum est, non habet rei indicatae auctoritatem nisi adversus eum solum qui adesse neglexerit. quare his, qui testamento libertates vel legata vel fideicommissa acceperunt, salvae sunt actiones, si quas habuerunt, perinde ac si nihil esset indicatum: et ideo adversus eum qui vicit permittimus eis agere'*. Il problema prospettato nel passo è il seguente: un tizio aveva

del secondo grado di giudizio⁵, estinguendosi interamente nel caso in cui la nuova sentenza annullava o riformava la precedente, o riassumendo la sua portata originaria nel caso in cui la nuova sentenza la confermava.

Né importanti cambiamenti di sorta vi furono nel momento in cui l'appello venne riconosciuto come rimedio ordinario di impugnazione contro le sentenze definitive. Anche nella prassi delle *cognitiones extra ordinem*, laddove le sentenze pronunziate erano normalmente soggette ad appello, rimase fermo il principio che ogni sentenza avrebbe avuto valore vincolante di *res iudicata*⁶, nonostante la possibilità – ormai più che concreta – della proposizione dell'appello nei brevi termini prescritti: e l'atto di appello aveva, rispetto al *iudicatum*, un effetto sospensivo o impeditivo.

⁵ Cfr. in particolare Macer 2 *de appell.* D. 49.5.6, Ulp. 4 *de appell.* D. 49.7.1.1, *Fragm. de iure fisci* 2.14, C. 7.62.3 (Gord. senza anno), C. 2.4.32 (Diocl. e Max. 294). Come mette in rilievo G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 727 ss., ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1985, 159, nt. 82, una conseguenza della sospensione determinata dall'appello si poteva individuare nella rinnovata possibilità che avevano le parti di transigere la lite, soppressa dalla pronuncia della sentenza.

⁶ Nessuna differenza vi era, in altre parole, tra *sententia* e *res iudicata*, che erano un tutt'uno tra loro. Come osserva G. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., 159, l'espressione *res iudicata*, infatti, «non indicava la sentenza non più modificabile e dotata di valore vincolante o di *auctoritas*, ma la sentenza pura e semplice, guardata nel contenuto e quindi sotto il profilo della controversia decisa».

Fatte queste brevi premesse, il problema che si vuole affrontare nello specifico è quello dell'appello dell'assente, la cui trattazione è strettamente connessa a quella della validità della sentenza pronunciata nei confronti dello stesso⁷.

Dell'assenza di una parte dal processo le fonti danno, in contesti tra loro disparati, nozioni non del tutto univoche. Così, si deve considerare *absens* sia chi non è concretamente raggiungibile e, dunque, non può essere *vocatus in ius*, sia chi, già *vocatus*, non si sia presentato *in iure*⁸.

⁷ Lo studioso che in passato più si è occupato dei problemi relativi alla nullità della sentenza nel processo romano avvertiva infatti la strettissima correlazione tra appello e nullità della sentenza: cfr. H. APELT, *Die Urteilsnichtigkeit im römischen Prozess*, Schramberg, s.d. ma 1936, 89 ss.

⁸ Dell'assenza di una parte dal processo mi sono già occupata in altra sede, alla quale mi sia consentito rinviare. A tal proposito cfr. la mia *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 870 ss. Richiamo comunque qui i passi più significativi in materia. Si tratta di Ulp. 8 *de omn. trib.* D. 50.16.199, dove si trova una definizione dell'*absens*, alla quale i compilatori hanno attribuito una portata apparentemente generale: *'Absentem' accipere debemus eum, qui non est eo loci, in quo loco petitur: non enim trans mare absentem desideramus. et si forte extra continentia urbis sit, abest. ceterum usque ad continentia non abesse videbitur, si non latitet. Abesse non videtur, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur. Absens*, dunque, stando a quanto si legge nel passo, è chi non è concretamente raggiungibile, e perciò non può essere *vocatus in ius*. Ma da un altro passo dello stesso giurista, tratto dal primo libro del suo commento all'editto, in tema di *damnum infectum*, e ri-

Sembra collocarsi sulla stessa linea dei testi in precedenza esaminati anche Macer 2 *de appell.* D. 49.8.1.3⁵¹:

Item cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est neque in notitiam pervenit absentis, condemnatio fit, nullius momenti esse sententiam constitutiones demonstrant.

Nel passo si legge che una sentenza emessa nei confronti di chi non sia stato regolarmente citato, perché l'editto perentorio non è stato affisso in luogo pubblico, oppure perché il chiamato in giudizio non ne ha avuto conoscenza in altro

⁵⁰ A. WACKE, *'Audiatur et altera pars'*. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess, in *'Ars boni et aequi'*, Festschrift für W. Waldstein, Stuttgart, 1993, 379 s., occupandosi dei tre passi in discorso, attraverso i quali si desume il principio della totale invalidità della sentenza pronunciata nei confronti degli *absentes*, rileva l'applicabilità dello stesso principio anche ai processi fiscali. In tal senso deporrebbe in particolare Ulp. 54 *ad ed.* D. 49.14.7: *Si fiscus alicui status controversiam faciat, fisci advocatus adesse debet. quare si sine fisci advocato pronuntiatum sit, divus Marcus rescripsit nihil esse actum et ideo ex integro cognosci oportere.*

⁵¹ Sulla collocazione cronologica delle opere di Macro, ed in particolare su quella del *de appellationibus*, nonché sull'origine e sulle cariche di questo giurista si veda in particolare F. NASTI, *L'attività normativa*, cit., 89 ss., con ampia e dettagliata bibliografia.

voluto evadere il giudizio intenzionalmente⁴⁹, e per questo motivo non potrà essergli opposta⁵⁰.

⁴⁹ Osserva G. CERVENCA, *Studi*, cit., 289, nt. 139, che la genericità della forma dei due rescritti diocleziani fa ragionevolmente ipotizzare che la regola della nullità della sentenza pronunciata nei confronti di un *absens ex iusta causa*, introdotta ufficialmente in modo esplicito per la prima volta, subito dopo i Severi, nel 239 da Gordiano con un rescritto rivolto ad Antistio, riportato in C. 7.43.3 (e poi ampiamente sviluppata dopo pochi anni dal suo immediato successore Filippo nei due rescritti riportati in C. 7.43.4 e 5, sopra richiamati, dove viene stabilita senza mezzi termini l'inefficacia della sentenza contro l'assente per giusta causa al momento della pronunzia), sia ormai di piena ed incontrastata applicazione: *Ab eo iudicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si, ubi primum cognovistis, non ilico de statutis querellam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus adsensus*. Diversamente R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 359, il quale – rilevando l'utilizzo in C. 7.43.3 dell'espressione più vaga *querellam deferre*, che è vero che può anche significare atto di appello, ma che per la sua palese ambiguità ha dato luogo ad interpretazioni differenti in dottrina – affermava invece che nel rescritto di Gordiano ancora si considera la sentenza pronunciata a carico di *absentes* (non contumaci, ma addirittura *ignorantes*) «come un giudicato che la mancata impugnazione nel momento in cui è conosciuto può rendere valido». Solo in caso di acquiescenza, infatti, la sentenza avrebbe raggiunto l'*effectum iuris*. Così, concludeva l'Orestano, con Filippo si viene affermando un nuovo principio che, come già si è accennato in precedenza, avrebbe trovato la sua piena e compiuta espressione nel famoso rescritto di Diocleziano e Massimiano del 290.

Ora, poiché l'*absentia* è una condizione del citando, determinata da criteri oggettivi, senza alcuna qualificazione soggettiva, rispetto ad essa avrebbero dovuto essere valutate diversamente numerose situazioni giustificatrici del comportamento del convenuto (*iustae causae*), alle quali non erano ricollegate, o per lo meno non erano ricollegate tutte, le sanzioni connesse, così da togliere al comportamento del *vocatus* ogni carattere di anti-giuridicità.

portato in D. 39.2.4.5, emerge una prospettiva non del tutto coincidente, nonostante l'analogia di alcuni profili: *Praetor ait: 'dum eum, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam'. abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. sed 'domum in quam degit denuntiari' sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur. quod si nec habitacionem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis*. Dalla sua lettura si desume infatti che per poter considerare assente il legittimato passivo è sufficiente il solo dato di fatto obiettivo della non presenza *in iure*. Lo stesso concetto confluisce nella riflessione di Marciano in 9 *inst.* D. 40.5.51.5, con riferimento (e in relazione) ad una clausola del senatoconsulto Dasumiano – emanato secondo prevalente dottrina tra il 119 e il 123 d.C. – la cui disciplina era tutta concentrata sulla distinzione tra assenza giustificata e assenza ingiustificata in funzione del *ius patronatus*, garantito all'assente giustificato: *abesse autem intellegitur, qui a tribunali abest*. Sia dal passo di Ulpiano di commento all'editto sia dal passo di Marciano sembra, in definitiva, potersi desumere che viene tecnicamente considerato assente non solo chi non è concretamente raggiungibile, e dunque non può essere *vocatus in ius*, ma anche chi, già *vocatus*, non sia presente *in iure*.

In particolare, tra gli altri⁹, si possono individuare il caso dell'*absentia* dell'impubere o di chi aveva un motivo superiore, com'era quello, generico ed indefinito, che aveva l'*absens rei publicae causa*¹⁰, la cui *absentia* non doveva – e non poteva – comportare un danno né per la parte rimasta assente né per altri¹¹: sempre, però, che non vi fosse stato dolo del convenuto. È possibile così arrivare ad individuare una differenza tra la mera assenza e l'assenza determinata da una giusta causa: ed al riguardo è stato affermato che tecnicamente detta differenza si è imposta nel momento in cui si è riconosciuto di dover valutare diversa-

⁹ Si pensi, ad esempio, alle numerose *iustae causae absentiae* riconosciute, con riferimento al processo formulare, in Ulp. 74 *ad ed.* D. 2.11.2.4-8, o ancora a quelle riconosciute in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.1.5. Ma come motivo di giustificazione può talvolta avere anche rilievo la *rusticitas*, cioè quel particolare e grave stato sociale di ignoranza che impedisce la conoscenza delle regole del foro, come testimonia Paul. 1 *ad ed.* D. 2.5.2.1, in relazione alla sanzione pecuniaria comminata a chi non rispetta la *in ius vocatio*: per un quadro generale su di essa cfr. T. MAYER MALY, 'Rusticitas', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 307 ss. In particolare, lo studioso rileva come dalle fonti pervenute si possa evincere che la considerazione della *rusticitas* fosse già affermata nella prassi del II sec. d.C.

¹⁰ La nozione di *absentia rei publicae causa* è infatti molto aperta, non essendovi un elenco tassativo delle situazioni che la individuano.

¹¹ È paradigmatico Ulp. 56 *ad ed.* D. 50.17.140: *Absentia eius, qui rei publicae causa abest, neque ei neque alii damna esse debet.*

Ea, quae altera parte absente decernuntur, vim rerum iudicatarum non obtinent.

Anche se il motivo fondante di detto principio è di facile intuizione, lo stesso viene esplicitato dagli stessi imperatori in un altro rescritto del 291 – quindi di poco successivo a quello in precedenza riportato – in C. 7.43.10⁴⁸:

Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Blaesio. *Cum non voluntatis tuae arbitrio, sed necessitate profectus sis, quidquid contra absentem statutum fuerit, quando absentiae necessaria causa sit, officere tibi iuris ratio non permittit.* PP. III id. Mai Tiberiano et Dione cons.

A prescindere dalla natura o dal contenuto della sentenza pronunciata nei confronti di un *absens ex iusta causa*, in ogni caso la stessa non dovrà essere pregiudizievole per l'*absens*, che non aveva

romain de la mort de Alexandre Sévère à l'avènement de Diocletien, in RHDFE, XLIX, 1971, 214, nt. 34.

⁴⁸ Il rescritto potrebbe essere stato ispirato dal pensiero ulpiano in 56 *ad ed.* D. 50.17.140, già riportato alla nt. 11, laddove si ravvisa un ostacolo a prendere provvedimenti negativi contro l'*absens rei publicae causa*. Mentre, però, Ulpiano individua l'ostacolo in rapporto alla sola *absentia rei publicae causa*, nel rescritto di Diocleziano vi è una estensione ad ogni causa di assenza per giustificato motivo.

Nello stesso senso depone *Paul. Sent.* 5.5a.5, nel quale si afferma – quasi ricalcando, nella sua impostazione generale, il rescritto di Diocleziano e Massimiano appena menzionato – che le sentenze emanate contro l'*absens* non ottengono la *vis*⁴⁶ di *res iudicata*⁴⁷:

cit., 206, nt. 22, il quale trova una conferma del principio ivi enunciato in due rescritti di Alessandro Severo, uno del 222, in C. 7.64.1 (*Datam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis...et citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est sententiae auctoritatem non obtinebit*), e l'altro, privo di data, in C. 7.64.2. pr. (...*sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit*), dai quali si evince che, già in età precedente a quella diocleziana, la sentenza che *nullas vires habet* «sarà priva di effetto senza che sia necessario sottoporla ad appello», peraltro adattando in via analogica detto ragionamento anche all'*in integrum restitutio*.

⁴⁶ Come osserva A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche*, cit., 206 ss., tale *vis* coincide sostanzialmente con la *firmitas* alla quale si fa riferimento nelle altre fonti.

⁴⁷ Al contrario, conseguivano l'efficacia, acquistavano l'*auctoritas* di cosa giudicata – e dunque implicitamente se ne riconosceva la validità – le sentenze pronunziate nei confronti dei contumaci qualora fossero state rispettate le formalità prescritte: cfr. *Paul. Sent.* 5.5a.6(7): *Trinis litteris vel edictis aut uno pro omnibus dato aut trina denuntiatione conventus nisi ad iudicem, ad quem sibi denuntiatum est aut cuius litteris vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet: quin immo nec appellari ab ea potest*. Sul passo si vedano in particolare G. CERVENCA, *Studi*, cit., 285 s., W. LITEWSKI, 'Confessio in iure' e 'sententia', in *Labeo*, XXII, 1976, 254 e 266, e F. WIEACKER, *Le droit*

mente il comportamento di chi non si era presentato in giudizio volontariamente rispetto a quello di chi era stato impedito da un qualche grave motivo¹².

In altre parole, nel corso del tempo, a partire dal periodo del Principato, ed in particolare già dai primi decenni del II secolo d.C., la nozione di *absentia*, che in un primo momento era stata utilizzata per ricomprendere in maniera onnicomprensiva qualsiasi situazione di mancata presenza, andava più specificatamente ad indicare una assenza 'per' un giustificato motivo, e dunque involontaria.

Parallelamente, più o meno nello stesso periodo, iniziava ad affacciarsi la nozione di *contumacia*, che andava ad indicare invece la mancata (volontaria) comparizione di una parte in giudizio, ritualmente *admonita*, e perciò *sciens*, 'senza' un giustificato motivo, acquistando il termine nell'evoluzione temporale una sempre maggiore individualità e specificità¹³.

¹² Così A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla 'contumacia' nelle 'cognitiones extra ordinem'*, I, Milano, 1998, 25 ss.

¹³ Dal vocabolo *contumacia* deriva il termine contumace, la cui definizione tecnico-ristretta, che continuerà a fare scuola anche nei secoli successivi, viene formulata abbastanza tardi, in età diocleziano-costantiniana – quando cioè la *cognitio* aveva già raggiunto un sufficiente grado di assestamento ed un processo formulare che meritasse veramente questa qualifica non esisteva più – da Ermogeniano in 1 *iur. epit.* D. 42.1.53.1, con apparente riferimento al solo convenuto, visto il richiamo esplicito a *qui...evocatus*

Sulla scorta di ciò, in relazione alla problematica dell'appello dell'assente, dalle fonti a noi pervenute, considerate nel loro insieme, la dottrina

(anche se, in effetti, contumace poteva anche essere dichiarato l'attore): *Contumax est, qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, litteris evocatus praesentiam sui facere contemnet*. Contumace è chi, regolarmente citato, spregia di presentarsi in giudizio e di ubbidire all'autorità magistratuale. D'altro canto, nel *principium* dello stesso frammento si ravvisa la contumacia nella disubbidienza di coloro che *ius dicenti non obtemperant: contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur*. Secondo L. CHIAZZESE, *Tusiurandum in litem*, Milano, 1958, 120 s., il passo riprenderebbe una definizione tralatizia ed usuale nella giurisprudenza dell'epoca precedente. Già Ulpiano aveva descritto, con riferimento alla materia penale, in 7 *de off. proc.* D. 48.19.5 pr. i *contumaces* come coloro che *neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent*. Cfr. pure Ulp. 5 *ad ed.* D. 5.1.5, al quale pare ispirarsi la definizione di Ermogeniano, che caratterizza la *contumacia* attraverso l'*animus contemnendi*: *Si quis ex aliena iurisdictione ad praetorem vocetur, debet venire, ut et Pomponius et Vindius scripserunt: praetoris est enim aestimare, an sua sit iurisdictione, vocati autem non contemnere auctoritatem praetoris: nam et legati ceterique qui revocandi domum ius habent in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant privilegia sua allegaturi*. È inoltre appena da rilevare che, in base a quanto si desume dal paragrafo 3 del già richiamato Herm. 1 *iur. epit.* D. 42.1.53, ulteriore presupposto per la dichiarazione di contumacia era la competenza territoriale del magistrato da cui proveniva la chiamata in giudizio: *Contumaces non videntur, nisi qui, cum oboedire deberent, non obsequuntur, id est qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent*. Qualora, infatti, la citazione fosse provenuta da un magistrato territorialmente incompetente, il convenuto non avrebbe potuto essere considerato contumace.

non può valere come *iudicatum*, a prescindere dalla proposizione di qualsiasi mezzo di reclamo, logicamente inutile⁴⁵.

so un ordine illegittimo: a differenza del caso in cui si fossero presentate spontaneamente in giudizio, laddove la violazione del divieto da parte del magistrato sarebbe rimasta priva di ogni conseguenza. Quell'assenza, in altre parole, sarebbe un'assenza giustificata, anzi 'più che giustificata', in quanto dettata da un provvedimento legislativo. Ora, tutto questo ragionamento a me non sembra spostare di molto i termini della questione, così come correttamente impostata dall'Orestano. È vero che la presenza delle parti in un certo qual modo andava a sanare la violazione del divieto da parte del magistrato, rendendo per questo motivo valida la sentenza; ma è anche vero che il motivo fondante della nullità della sentenza era comunque la violazione dell'*oratio* da parte del magistrato, e non l'*absentia* dell'*evocatus*. Certo è che, come osserva F. ARCARIA, *Oratio Marci*, cit., 171, nt. 75, a prescindere dalla corretta interpretazione del pensiero di Ulpiano, «quel che comunque si ricava dal testo è una rigidissima concezione della nullità della sentenza, evidenziata inequivocabilmente dal carattere non necessario dell'appello avverso la pronuncia nulla».

⁴⁵ A tal proposito si veda anche un altro rescritto degli stessi imperatori, del 287, restituitoci da *Ep. Cod. Greg. Wis.* 10.13.1, nel quale si afferma che in base ad un vecchio principio di diritto particolarmente noto, ed evidentemente del tutto pacifico, la sentenza emessa *adversus absentes et indefensos* non acquista alcuna *vis*, è priva di qualsivoglia efficacia, senza che sia necessario proporre alcun mezzo di gravame, avendo il giudice deciso contro una precisa disposizione di legge: *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aeliae Matronae. Sententiam adversus absentes et indefensos ac maxime minores latam nullas vires obtinere notissimi iuris est*. Sul passo si veda in particolare G. CERVENCA, *Osservazioni*,

dem sententiam dixerit praesentibus illis et sponte litigantibus, sententia valebit, tametsi non recte fecerit qui eos evocaverit: sin vero, cum abesse perseveraverint, sententiam protulerit etiam absentibus illis, consequens erit dicere sententiam nullius esse momenti (neque enim praetoris factum iuri derogare oportet): et citra appellationem igitur sententia infirmabitur. Il passo affronta il problema di un magistrato che *per ignorantiam vel socordiam* aveva fatto l'*evocatio* di persone impegnate nei lavori di vendemmia o di mietitura. Il giurista, ragionando sugli effetti della sentenza, distingue due differenti soluzioni, a seconda del comportamento processuale adottato dalle stesse: se queste persone si presentano spontaneamente in giudizio, e altrettanto spontaneamente si prestano al compimento degli atti processuali, la sentenza sarà valida. Nel caso contrario, anche se con il loro comportamento omissivo disattendono consapevolmente la *evocatio*, la sentenza emanata in loro assenza sarà invalida (*nullius momenti*). Difatti, come si legge nel *principium* dello stesso frammento, un'*oratio divi Marci* aveva vietato che queste persone potessero essere citate e soprattutto che potessero essere costrette a comparire in giudizio nel tempo in cui erano impegnate nella vendemmia o nella mietitura: *quia occupati circa rem rusticam in forum compellendi non sunt*. Ora, come osserva R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 354 s., nt. 1, richiamando anche L. ARU, *Il processo*, cit., 192 s., la *ratio decidendi* dell'invalidità della sentenza non sembrerebbe potersi ravvisare nell'*absentia*, quanto piuttosto nella violazione dell'*oratio*, che l'avrebbe resa inesistente in quanto *contra constitutiones*. Replica però R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 39, che, a ben guardare, l'*oratio* non vietava l'emanazione della sentenza contro gli assenti impegnati nei lavori agricoli, ma solo la loro citazione, facendo venir meno in considerazione di ciò l'obbligo per gli stessi di comparire in giudizio. Il punto centrale per il Martini sarebbe infatti questo: la citazione di tali persone era priva di ogni efficacia, con la conseguenza di non poterle considerare contumaci, in quanto le stesse avevano disatte-

ha ricavato l'esistenza di tre principi, due dei quali però sono apparsi in apparente profondo ed insanabile contrasto logico tra loro.

Da un lato, dalla lettura di alcuni testi si è ammessa la proponibilità dell'appello della parte che fosse stata assente dal giudizio per una *iusta causa*¹⁴: principio che ha fatto ovviamente presupporre la validità della sentenza pronunciata nei confronti dell'assente.

Dall'altro, attraverso la lettura di altri testi si è affermata invece la totale invalidità della sentenza pronunciata in *absentia ex iusta causa* di una delle parti, a prescindere da ogni impugnazione¹⁵.

Infine, sulla scorta di testimonianze univoche, è stata comunemente affermata l'inappellabilità della sentenza da parte del contumace¹⁶: né, d'altro canto, dai giuristi è mai stata posta in discussione la questione della validità e dell'efficacia

¹⁴ Cfr. in particolare Ulp. 4 *de omn. trib.* D. 5.1.73.3 e Ulp. 1 *de appell.* D. 49.4.1.15.

¹⁵ Cfr. C. 7.43.7, *Paul. Sent.* 5.5a 5, C. 7.43.10, e Macer 2 *de appell.* D. 49.8.1.3. R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 352, afferma che ai testi richiamati si suole aggiungere anche Iul. 5 *digest.* D. 42.1.60, *Paul. 5 sent.* D. 42.1.47 e Ulp. 4 *de omn. trib.* 2.12.1.1. Ma, come meglio si vedrà in seguito, detti testi potrebbero non essere sullo stesso piano logico di quelli menzionati in precedenza.

¹⁶ Cfr. Papin. 10 *resp.* D. 49.1.23.3, Ulp. 4 *de omn. trib.* D. 5.1.73.3, *Paul. Sent.* 5.5a 6 e C. 7.65.1. R. ORESTANO, *op.loc.cit.*, aggiunge pure C. 7.43.11: ma sulla riferibilità di quest'ultimo testo al principio dell'inappellabilità della sentenza da parte del contumace avrei qualche perplessità.

della sentenza pronunciata nei confronti del contumace, che da subito ha tutta la forza di *res iudicata*.

2. Diniego del 'ius appellandi' al contumace.

Il più agevole da trattare tra i principi appena enunziati è il terzo, che è assai chiaro, e che in un certo qual modo è rimasto isolato rispetto agli altri due: la contumacia nel giudizio di primo grado comporta per il contumace esclusione soggettiva del *ius appellandi*¹⁷.

Nel caso in cui il convenuto contumace, regolarmente citato *ad agendam causam*, e condannato in sua assenza nel giudizio di primo grado, avesse presentato istanza di impugnazione, la stessa avrebbe dovuto essere rigettata.

È quanto afferma espressamente Antonino Caracalla in rescritto del 213, assai noto, riportato in C. 7.65.1¹⁸:

¹⁷ Oltre alla contumacia nel giudizio di primo grado, altre cause di esclusione soggettiva del *ius appellandi*, così come risulta dalle fonti dell'età dei Severi, sono la preventiva rinuncia all'impugnazione, il *iusiurandum*, la *confessio*, e l'intervenuta accettazione della sentenza. Cfr. a tal proposito in particolare R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 352 ss.

¹⁸ Il titolo in cui è collocato il rescritto è espressamente dedicato alle ipotesi di inammissibilità del gravame: *quorum appellationes non recipiantur*. Ed anche un titolo intero del Digesto, il 49.5, è destinato allo stesso argomento: *de appellationibus recipiendi vel non*.

ottengono la *firmitas* del giudicato⁴³, l'autorità di cosa giudicata.

In altre parole, nel rescritto si afferma che la sentenza pronunciata nei confronti dell'assente non ritualmente convocato è invalida totalmente per ragioni processuali⁴⁴, e per questo motivo

spressione *causam cognoscere* che si rinviene nel passo cfr. in particolare R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano, 1960, 19 ss.

⁴³ Attraverso un'analisi dei testi nei quali la cancelleria imperiale del III secolo, a partire da Gordiano, adopera l'espressione *firmitatem non habere* con riferimento ad una sentenza, G. CERVENCA, *Osservazioni sulla 'restitutio litis' a favore dell'assente nella 'cognitio extra ordinem'*, in *Iura*, XII, 1961, 207, nt. 23, ha rilevato che questa espressione viene sempre utilizzata per casi in cui la sentenza stessa è considerata inefficace per un suo difetto intrinseco, a prescindere dalla sua rescindibilità per mezzo dei rimedi tipici dell'appello o della *restitutio in integrum*. Cfr. in particolare C. 7.48.2 (Imp. Gordianus A. Licinia: ...*etiam remota appellatione id quod ab eo statutum est firmitatem non habet iudicati*), C. 7.64.5 (Imppp. Carus, Carinus e Numerianus AAA. Domitiano - a. 283: ...*firmitatem non tenere et sine appellatione posse rescindi*), C. 2.40 (41).4 (Impp. Dioclet. e Max. AA. Stratonicae - a. 294: ...*nec ea quae ab eo gesta sunt ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras...*). Sugli strumenti processuali di rescissione si veda, recente, P. SCIUTO, *Concetti giuridici e categorie assiomatiche: l'uso di 'rescindere' nell'esperienza di Roma antica*, Torino, 2013, 125 ss.

⁴⁴ Sembrerebbe, a prima vista, porsi sullo stesso piano Ulp. 4 *de omn. trib.* D. 2.12.1.1, in vari punti però da alcuni studiosi gravemente sospettato, con ogni probabilità relativo ad un processo cognitorio: *Sed si praetor aut per ignorantiam vel socordiam evocare eos perseveraverit hique sponte venerint: si qui-*

conventus⁴⁰, *iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est*. PP. III k. April. ipsis IIII e III AA. cons.

Le sentenze pronunziate nei confronti di coloro i quali sono stati assenti nel processo non *per contumaciam* – nel caso di specie⁴¹, è opportuno precisarlo, perché la citazione in giudizio non è avvenuta secondo la procedura prescritta⁴² – non

⁴⁰ L'inciso, a ben guardare, potrebbe rappresentare una glossa esplicativa.

⁴¹ Come però afferma G. CERVENCA, *Studi vari*, in *BIDR*, LV, 1972, 289, nt. 139, al caso riportato nel rescritto si può dare un valore meramente esplicativo.

⁴² Cfr. C. 7.43.4-5, dove pure la causa della mancata comparizione del convenuto in giudizio è la mancanza di una idonea citazione, che non consente allo stesso una corretta informazione sull'avvio di un processo nei propri confronti. Più specificatamente, si legge in C. 7.43.4: (Imp. Philippus A. Domitio): *Si, ut proponis, pars diversa die feriato absente et ignorante te ab iudice dato sententiam pro partibus suis, quasi contumaciter deesses, impetravit, non immerito praeses denuo negotium alterius iudicis notioni terminandum commisit*. PP. v. id. Oct. Peregriano et Aemiliano cons. (a. 244). Si legge pure in C. 7.43.5: (Idem A. et Philippus C. Longino). *Si, ut proponis, praeses provinciae, cum certum locum causae cognoscendae dedisset, alibi per obreptionem aditus sententiam adversus te absentem protulit, quod ita gestum est, ad effectum iuris spectare minime oportet* (s.d.). In quest'ultimo caso, addirittura, il convenuto era stato assente dal giudizio in quanto il processo si era svolto a sorpresa (*per obreptionem*) in un luogo diverso da quello precedentemente fissato: nonostante questo però, lo stesso era stato condannato alla perdita dei beni. Ma una simile sentenza, in quanto pronunziata – come nel caso affrontato nel rescritto in precedenza menzionato – nei confronti dell'assente *ignorante*, non può in alcun modo spiegare i suoi effetti e cade, pertanto, nel nulla. Sul problema dell'e-

Imp. Antoninus A. Sabino: *Eius, qui per contumaciam absens, cum ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est negotio prius summatim perscrutato*¹⁹, *appellatio recipi non potest*. PP. non. Iul. Antonino A. IIII et Balbino cons.

¹⁹ B. BIONDI, 'Summatim cognoscere', in *BIDR*, XXX, 1921, 220 ss., ora in *Scritti*, cit., II, 744 s., ritiene interpolata la frase *negotio prius summatim perscrutato*, in considerazione della cognizione sommaria che negherebbe la possibilità di appellare. V. pure ID., voce 'Cognitio summaria', in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1957, 436. Di diverso avviso E. VOLTERRA, *Osservazioni sull'inelegantia iuris nel diritto penale romano. 'Contumacia' nei testi giuridici romani*, in *BIDR*, XXXVIII, 1930, 125, L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma, 1934, rist. anast. Roma, 1971, 165 s., più o meno velatamente L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, 37, nt. 21, e N. SCAPINI, *Principio del doppio grado di giurisdizione e inappellabilità di alcune sentenze nel diritto giustiniano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, cit., V, 1984, 695, il quale, sul presupposto che una condanna pronunziata contro il contumace *negotio prius summatim perscrutato* dovrebbe essere motivo di ammissibilità piuttosto che di esclusione dell'appello, ribadisce fermamente che la frase in questione sarebbe genuina, «alludendosi con essa alla circostanza che il processo contumaciale si basava sulla trattazione unilaterale della causa». In senso analogo già A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Versäumnisverfahren*, München, 1914, 65, il quale affermava: «Die Beweis aufnahme in Versäumnisverfahren wird in C. 7.65.1 *summatim perscrutari* genannt». Si tratta, com'è evidente, di una problematica ben complessa, ma che non rileva ai fini della nostra indagine, e per questo motivo non è il caso di affrontarla in questa sede, rischiando peraltro una dilatazione poco controllabile del discorso.

Il convenuto contumace perde, proprio in considerazione del comportamento assunto nel giudizio di primo grado, il diritto di poter ricorrere in secondo grado contro una sentenza a lui sfavorevole²⁰.

È evidente il carattere sanzionatorio di tale rifiuto, ed il principio ivi stabilito non è sicuramente nuovo. Nello stesso senso era stato già esplicito Papiniano che, con precisa motivazione, nel diciannovesimo libro dei *responsa*, collocato dai compilatori giustinianeici in D. 49.1.23.3, affermava:

Eum, qui cognovit edictum peremptorium, secundum ordinis causam dati placuit non recte provocasse, cum in eius potestate fuerit ante diem praestitutum pro tribunali respondentem aut defensum edicti denuntiationem rumpere.

A chi, avendo ricevuto l'*edictum peremptorium*²¹, ritualmente emesso (*secundum ordinem causae datum*)

²⁰ La sanzione colpisce solo il convenuto contumace. In caso di contumacia dell'attore, invece, la citazione cade nel nulla e il processo si interrompe inevitabilmente. Cfr. in tal senso Ulp. 4 *de omn. trib.* D. 5.1.73.1-2.

²¹ Si tratta di un editto che costituisce il presupposto fondamentale per lo svolgimento del processo contumaciale; le forme attraverso le quali viene portato a conoscenza del convenuto non sono del tutto accertate, ma per certo chiude la serie delle citazioni multiple contumaciali rimaste senza esito (o addirittura, in casi urgenti, stava in luogo di tutte), e costituisce l'ultimo avvertimento a comparire in giudizio – e, dunque, rappresenta una *extrema ratio* – rivolto dall'autorità al convenuto stesso, che verrà dichiarato con-

appellabile, e quindi valida ed efficace³⁸, ed in quanto tale produce tutti gli effetti della *res iudicata*: su di esso, però, è bene ritornare in un momento successivo, dopo aver acquisito ulteriori elementi di valutazione.

4. *L'inosservanza dei requisiti necessari ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio.*

Il principio che si evince dai due passi di Ulpiano appena esaminati è apparso agli studiosi in netto contrasto con quanto è espresso in tono categorico in un rescritto di Diocleziano e Massimiano del 290, riportato in C. 7.43.7, che secondo autorevole dottrina avrebbe introdotto ufficialmente nella nuova forma di processo il principio della totale invalidità della sentenza *adversus absentes*³⁹:

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Marino: *Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam ex more*

³⁸ Non sarebbe comprensibile, altrimenti, il motivo per il quale fissare dei termini per appellare se la sentenza *adversus absentem* fosse stata già di per sé considerata nulla *ipso iure*.

³⁹ In tal senso in particolare R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 360 s. Ma v. *contra*, mi sembra a ragione, R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 40 s., il quale preferisce invece pensare che il principio sia stato stabilito in un momento anteriore.

effettivamente a conoscenza della sentenza stessa. La regola però, come precisa Ulpiano, trova applicabilità solo nei confronti dell'assente che non sia stato difeso in giudizio da un procuratore. In tal caso, infatti, lo stesso non si potrà giovare della riduzione dei termini in quanto, com'è logico, avrebbe dovuto appellare quest'ultimo: i termini per la proposizione dell'appello saranno quelli ordinari, decorsi inutilmente i quali le ragioni del rappresentato non potranno essere ascoltate³⁷.

Anche in questo passo, come in quello in precedenza esaminato, la sentenza pronunciata nei confronti di un *absens ex iusta causa* si presuppone

ad libellos appellatorios dandos biduum vel triduum computandum est. Cfr. pure Ulp. 1 *de appell.* D. 49.4.1.5: *Biduum vel triduum appellationis ex die sententiae latae computandum erit...* Osserva R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 238, nt. 1, che nel computo dei giorni dovrebbe rientrare anche quello stesso di emanazione della sentenza, in considerazione di C. 7.62.6.5, che sul punto non sembra innovare. Impp. Diocletianus et Maximianus 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.

³⁷ Come in 4 *de omn. trib.* D. 5.1.73.3, in precedenza esaminato, anche in questo passo Ulpiano utilizza il verbo *audire*, che tiene su un piano nettamente distinto da quello del *provocare*, usato più volte nel passo stesso: questo perché mentre quest'ultimo verbo indica l'atto con cui l'*absens* richiede l'appello, il primo individua piuttosto l'accoglimento della domanda, con il conseguente svolgimento del giudizio successivo.

e notificato (*qui cognovit edictum*)²², non si sia presentato – pur avendone la possibilità – nel giudizio di primo grado per far valere le proprie ragioni, che poi pretendeva di far valere in appello, viene negata la possibilità di proporre validamente l'appello stesso; il contumace, dunque, perde ogni diritto ad impugnare la sentenza a lui sfavorevole, che rimane valida ed efficace in via definitiva.

Più in generale, si può affermare che il contumace viene punito con quello che Ermogeniano in 1 *iuris epit.* D. 42.1.53 pr. indica come *damnum litis*²³ :

tumace in caso di non ottemperanza, nel giorno in esso indicato, a questo comando. In relazione alla sua qualifica di perentorio si veda la chiara spiegazione fornita da Ulpiano in 8 *disp.* D. 5.1.70: *...quod inde hoc nomen sumpsit, quod peremeret disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergiversari.*

²² Il duplice presupposto viene messo in risalto da F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 327.

²³ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche*, cit., 231, nel mettere a fuoco la potenzialità negativa del *damnum litis*, afferma che questo si sostanzia sia nella prosecuzione di un processo voluto dalla sola parte presente, nel quale la parte non comparsa non ha modo di illustrare le proprie ragioni, sia nella irrimediabile sottoposizione di quest'ultima alla sentenza pronunciata dal giudice, senza la possibilità di ottenerne un riesame. La studiosa, peraltro, in precedenza (171 ss.) aveva messo in evidenza la distinzione concettuale intercorrente tra il *damnum litis* e la *poena contumacis*, di cui si trova espressa menzione nel paragrafo 2 dello stesso passo

Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur.

In conclusione, alla volontà del contumace di non partecipare al giudizio di primo grado, disprezzando con la propria disubbidienza l'autorità imperiale, impersonata in questo caso nell'organo giudicante, corrisponde la sanzione del suo inevitabile assoggettamento al giudicato ivi espresso, in quanto la sentenza resa nei suoi confronti è definitiva ed inimpugnabile²⁴.

di Ermogeniano, che consisterebbe invece in un'autonoma e distinta sanzione di carattere pecuniario – diversamente quantificata dal giudice a seconda dei casi – inflitta al contumace; e questo in contrasto con una *communis opinio* (v. per tutti G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, 185, part. nt. 6, e 191), che invece sosteneva la piena coincidenza tra gli stessi. La stessa studiosa, peraltro, aggiunge pure che il *damnum*, nell'ordine stabilito dal giurista epiclassico, è *litis*, riguarda cioè la lite, mentre la *poena* è *contumacis*, attiene cioè al contumace.

²⁴ La regola classica del divieto di appello per il contumace viene mantenuta inalterata anche nella legislazione successiva, in particolare in quella della fine del IV secolo. È quanto sembrerebbe testimoniare CTh. 11.36.28 del 22 novembre 383 (Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. Euchariorum proconsuli Palaestinae): *Propter neglectorum contumaciam praeceptorum obnoxios beneficio provocationis excluso poenam inferre sine aliqua procrastinatione praecipimus*. Dat. X kal. Dec. Costantinopoli Merobaude II et Saturnino cons. In detta costituzione si stabilisce che colui il quale si sia reso colpevole di contumacia per non aver rispettato le norme di legge sarà escluso dal beneficio dell'appello. Come osserva F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 324 s., in questo intervento normativo (così come negli altri

evidente, si tratta dell'appello in forma scritta, di uso molto più frequente e abituale³⁴, vista peraltro la maggiore attenzione dedicata ad esso dai giuristi³⁵ – non deve essere calcolato dal giorno in cui è stata pronunciata la sentenza, così come avviene di consueto, secondo la regola vigente in materia³⁶, ma dal giorno in cui l'assente è venuto

la, e unificando i termini per appellare in dieci giorni continuativi dalla pronuncia della sentenza.

³⁴ Visto soprattutto l'uso, invalso per molto tempo, di rivolgere l'appello direttamente all'imperatore, questo non poteva avvenire che per iscritto, almeno nella maggior parte dei casi.

³⁵ Diversi sono i termini per la proposizione dell'appello in forma orale, che invece avrebbe dovuto essere fatto *ipso die*, cioè nel giorno stesso della pronuncia della sentenza. Non è dato sapere il momento preciso in cui le due forme si sono differenziate: è certo però che detta distinzione era ancora ben chiara ai giuristi dell'età severiana, mantenendosi inalterata nella legislazione del tardo impero. In tal senso F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 371. Si veda pure L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*, LIV, 1988, 155 s., ora in *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 182, il quale, in un prudente tentativo di fornire (nonostante l'oggettiva esiguità dei frammenti a disposizione, in tutto solamente quattro, divisi in due libri) una ricostruzione complessiva del *de appellationibus* di Marciano, effettuata anche attraverso – ove possibile – una comparazione con altre opere relative alla stessa materia di giuristi più o meno coevi, si sofferma su Macer 1 *de appell.* D. 49.1.2. Sull'opera di Marciano si veda anche R. REGGI, *I libri 'de appellationibus' di Marciano*, in *Studi Parmensi*, XV, 1974, 35 ss.

³⁶ In tal senso cfr. Marc. 1 *de appell.* D. 49.1.5.4: *Si quis ipso die inter acta voce appellavit, hoc ei sufficit: sin autem hoc non fecerit,*

– per proporre appello erano differenti a seconda che l'appello fosse *'in causa propria'* o *'alieno nomine'*, contrappo-
nendosi in tal modo la posizione del titolare degli interessi
pregiudicati dalla sentenza sfavorevole a quella di un sog-
getto differente dal titolare del rapporto dedotto in giudi-
zio, identificabile nel *cognitor*, nel *procurator*, nel *tutor* e nel
curator. Differenza, questa, già messa in luce da Gaio in
Inst. 4.82: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine
aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum o-
lim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere
non liceret, praeterquam ex certis causis*. Come si vede agevol-
mente dalla lettura del passo, però, il giurista antonino non
specifica quali siano i soggetti che invece appellano *proprio
nomine*. Detta nozione viene chiarita successivamente da
Ulpiano in 1 *appell.* D. 49.4.1.11: *In propria causa biduum acci-
pitur. propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et
palam est eam esse propriam causam, cuius emolumentum vel dam-
num ad aliquem suo nomine pertinet*. Non è possibile sapere
con precisione il momento in cui detti termini siano stati
fissati, né quale fosse la loro origine: l'unico elemento a
nostra disposizione è un passo di Ulpiano nel quale si tro-
va un riferimento a Giuliano, così da poter affermare che
la più antica notizia risale all'età adrianea. In tal senso Ulp.
1 *de appell.* D. 49.4.1.14, nel quale si legge: *Si quis suspectum
tutorem faciens non optinuerit, appellare eum intra triduum debere
Iulianus libro quadragesimo (quinto ins. Lenel) digestorum scrip-
sit, profecto quasi pupilli defensorem*. W. LITEWSKI, *Die römische
Appellation in Zivilsachen*, IV, in *RIDA*, XV, 1968, 153, tro-
vando conferma alla sua ipotesi nella Novella 23 di Giusti-
niano del 536, ipotizza che gli stessi siano stati introdotti
da costituzioni imperiali. La differenza si è mantenuta a
lungo immutata nell'esperienza giuridica romana (così co-
me confermato anche da una costituzione di Massimiano e
Diocleziano del 294 in C. 7.62.6), fino alla già richiamata
Novella 23, che aveva riformato tutto il sistema, abolendo-

3. Tra *'absentia ex iusta causa'* e *'contumacia'*.

Maggiore complessità presenta il caso della
sentenza emanata nei confronti dell'*absens ex iusta
causa*, la cui nozione tecnica, come si è detto in
precedenza, aveva iniziato a delinearsi già nei
primi decenni del II secolo d.C., in contrapposi-

che si rinvencono nella *sedes materiae* del Teodosiano) il
termine *contumacia* non è utilizzato nel suo significa-
to di parte assente dal processo, ma piuttosto in quello
più generico di trasgressori di norme di legge: ugualmente,
però, la testimonianza risulta utile ai fini dell'indagine, an-
che per il modo incidentale con cui l'esclusione dall'ap-
pello viene proposta, quasi a voler affermare l'incontra-
stata vigenza di tale principio. Sull'argomento si veda pure
G. DE BONFILS, *Prassi giudiziaria e legislazione nel IV secolo*.
Symm. rel. 33, in *BIDR*, LXXVIII, 1975, 300, il quale af-
ferma che «al concetto di contumacia è sempre connessa
nella legislazione del IV secolo un'idea di *neglegentia*, che
produce l'inosservanza di un dovere e che pertanto porta
ad escludere per il negligente qualunque beneficio, ivi
compresa l'*appellatio*». Non si può tralasciare, infine, la
menzione di *Paul. Sent.* 5.5a.6a, dove in tono categorico si
afferma che il contumace non ha diritto di impugnare la
sentenza pronunciata contro di lui: *Ab ea sententia, quae a-
dversus contumaces lata est, neque appellari neque in duplum revoca-
ri potest*. Solo per completezza di esposizione, si deve anche
osservare che nella famosissima *lex Properandum* del 530
d.C. (riportata in C. 3.1.13), che – com'è noto a tutti – di-
sciplina minuziosamente la contumacia dell'attore e quella
del convenuto, non senza riferimenti espliciti alle relative
conseguenze processuali, non vi è riferimento alcuno al
regime dell'appello.

zione a quella di *contumacia*, che andava invece ad indicare più specificatamente la mancata comparizione in giudizio senza un giustificato motivo.

In relazione a tale caso specifico, infatti, l'atteggiamento degli imperatori e della giurisprudenza è sembrato apparire quanto mai controverso.

Il primo testo da esaminare è Ulp. 4 *de omn. trib.* D. 5.1.73.3, che si ricollega direttamente al rescritto di Antonino Caracalla in C. 7.65.1 in precedenza richiamato:

Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum si appellet non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit: si minus, audietur.

Dal passo, sul quale gravano pesanti sospetti di interpolazione, più che altro di natura formale²⁵, emerge una netta contrapposizione, in ordine

²⁵ Oltre a G. BESELER, *Subsivina*, Leipzig, 1929, 7, cfr. in particolare L. ARU, *Il processo*, cit., 164 ss., e L. CHIAZZESE, *'Yusiurandum'*, cit., 123, il quale ha osservato che l'*absens ex peremptorio* è per definizione l'assente contumace, il cui appello, come si è visto, è improponibile in senso assoluto, con ciò facendo diventare ultronea la distinzione che si legge nell'ultima frase, a seconda che si tratti di *absens per contumaciam* o meno. Detti sospetti sono stati recepiti in pieno da R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello dell'assente*, in *AG*, XXX, 1961, 32 e 46 s. Peraltro, il Martini rileva pure – senza però darvi troppo peso – la non correttezza sintattica dell'inciso *si minus audietur*, consona allo stile postclassico: un classico, aggiunge lo studioso, avrebbe piuttosto scritto *si minus audiendum*. *Contra*, sulla genuinità del

In definitiva, il passo di Ulpiano in discorso presuppone la validità della sentenza pronunciata contro l'assente (anche se giustificato): ragion per cui lo si è accordato con il dettato di un altro passo dello stesso giurista, 1 *de appell.* D. 49.4.1.15³²:

Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est. quod autem dicitur absentem posse provocare ex quo scit, sic accipimus, si non in causa per procuratorem defensus est: nam si ille non provocavit, difficile est, ut hic audiatur.

In caso di *absentia* giustificata di una parte dal giudizio il termine ordinario di due o tre giorni per proporre appello³³ – nel caso di specie, com'è

appellare (legittimazione ammessa in caso di *absentia* giustificata ed esclusa in caso di *absentia* ingiustificata), e non di qualità della sentenza.

³² Dopo gli sforzi di P. KRÜGER, *Histoire de sources du droit romain*, in *Manuel des antiquités romaines*, XVI, Paris, 1894, 293, è ormai certo che l'opera dalla quale è tratto il passo di Ulpiano sia stata scritta probabilmente sotto l'impero di Antonino Caracalla (211-217), o al più tardi sotto Antonino Eliogabalo (218-222), e costituisce la fonte principale utilizzata dai compilatori nella composizione dei titoli del Digesto dedicati all'appello, pur potendosi, comunque, rinvenire altri frammenti del *de appellationibus* sparsi qua e là in altri titoli: cfr. pure R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 52 ss.

³³ Come ci chiariscono meglio anche altri passi (cfr. a titolo paradigmatico Ulp. 1 *de appell.* D. 49.4.1.14, *infra* riportato nella stessa nota, Mod. *lib. sing. de praescript.* D. 49.1.20.1, e Paul. *lib. sing. reg.* D. 49.5.3) i termini ordinari – brevissimi

Orbene, com'è evidente, la negazione del *ius appellandi* al contumace non si sostanzia nell'impossibilità di proporre l'appello, bensì nell'impossibilità dello stesso giudice *a quo* di accogliere quello stesso appello, in quanto improcedibile, mancando del tutto all'assente senza *iusta causa* la legittimazione ad appellare³¹.

eius appellavit. quaesitum est, an appellatio, quam servus interposuit nomine domini, nullius momenti esset. respondit eiusmodi appellatorem non esse observandam. La fattispecie decritta nel passo di Scevola è particolarmente complessa. Un creditore aveva convenuto in giudizio i fideiussori del suo debitore; instaurato il giudizio, e compiuta – io credo più che verosimilmente, trattandosi di un processo *per formulas* – la *litis contestatio*, questo creditore non si era presentato nella fase *apud iudicem*, e i fideiussori erano stati assolti. Contro tale sentenza aveva presentato appello un servo del creditore, e a Scevola viene richiesto un responso sulla validità di detta impugnazione. Il giurista si esprime in senso negativo, certamente per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché si trattava di un'assenza ingiustificata, che impediva all'appellante di proporre impugnazione avverso la sentenza, ed anche in considerazione dell'incapacità processuale dello schiavo. Sul passo si vedano in tal senso, tra gli altri, R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 337 s., W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, III, in *RIDA*, XIV, 1967, 307 s., e A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche*, cit., 222, nt. 72, la quale conclude affermando che ciò che rileva, quindi, nel caso in questione, è la mancata successiva giustificazione dell'assenza. Si vedano pure, conformi, *Materiali per un 'corpus iudiciorum'*, a cura di M. Bianchini, G. Crifò, F.M. D'Ippolito, Torino, 2002, 127, e F.M. SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova 2008, 188, nt. 4.

³¹ È a R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 358 ss., che si deve l'impostazione del problema in termini di legittimazione ad

alle conseguenze processuali, tra chi non è comparso in giudizio per una *iusta causa*, cioè per l'esistenza di motivi riconosciuti validi dall'ordinamento giuridico, e chi non è comparso volontariamente, in mancanza di una *iusta causa*: in caso di proposizione dell'appello, potrà essere infatti ascoltato – instaurandosi in considerazione di ciò il nuovo giudizio – solo chi non è comparso in primo grado per una *iusta causa*, che è possibile dimostrare, e che evidentemente non è stata allegata tempestivamente dalla parte; chi invece *per contumaciam defuit* non potrà essere ascoltato.

All'attenzione del giurista, dunque, vi era il caso di un soggetto che, seppure regolarmente informato del giudizio intentato nei suoi confronti, non si era presentato *in iure*. Il processo si era comunque svolto, arrivando sino alla pronunzia della sentenza: e solo al momento della presentazione dell'atto di appello, a seconda dell'allegazione o meno della *iusta causa*, si veniva a distinguere l'assenza (*ex iusta causa*) dalla *contumacia*, con tutte le relative, differenti, conseguenze.

È opportuno prestare attenzione al lessico estremamente tecnico utilizzato dal giurista severiano: l'esclusione o meno dell'appello trova il suo nodo principale nell'utilizzo del verbo *audire*,

frammento, si veda invece E. VOLTERRA, *Osservazioni*, cit., 122.

che è possibile collocare sullo stesso piano logico del *recipi* (*appellationem vel non*) di C. 7.65.1²⁶.

Detto verbo, infatti, deve essere certamente riferito ad un momento successivo a quello della semplice presentazione dell'atto di appello, laddove il giudice *a quo* in via preliminare, sulla base di quanto addotto nella domanda, sotto la sua personale responsabilità valutava il comportamento tenuto in precedenza dalla persona proponente, vagliando nello specifico le ragioni della non comparizione in giudizio; ed in considerazione di ciò o rifiutava l'accoglimento della domanda stessa, bloccando così – per quanto di competenza – l'ulteriore corso del procedimento²⁷ e devol-

²⁶ Sulla terminologia delle fonti in relazione all'esame preliminare a cui l'appello era sottoposto per decidere se seguire o meno l'ulteriore corso, che investiva l'appello da ben tre punti di vista (quello rituale, quello della legittimazione dell'appellante e della idoneità del provvedimento ad essere oggetto di appello, e quello, sommario, del suo fondamento in relazione ai motivi addotti), si vedano le osservazioni di F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 393 s. Si veda pure D.A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *SDHI*, LXXVIII, 2012, 419.

²⁷ Ben altro, e certamente più grave, problema è quello dell'atteggiamento ostruzionistico dei giudici di primo grado per evitare l'impugnazione delle proprie sentenze attraverso l'instaurazione di un giudizio di appello, spesso testimoniato nelle fonti. Cfr., a titolo paradigmatico, per l'età classica, Marc. 1 *de appell.* D. 49.1.7 e Paul. 20 *resp.* D. 49.1.25, nel quale viene riportato il rescritto di Alessandro Severo indirizzato alla comunità greca di Bitinia. Su en-

vendo il giudizio al giudice *ad quem* per la prosecuzione dello stesso, che culminava con una nuova pronuncia di merito. Per usare una terminologia attuale, il rapporto processuale di impugnazione sorgeva solo nel momento in cui il giudice *a quo* avesse dichiarato di *appellationem recipere*²⁸.

Il convenuto assente, dunque, può proporre appello²⁹; ma nel caso in cui non sia riuscito a dimostrare le ragioni che hanno determinato l'assenza in primo grado, dovendosi per questo motivo considerare a tutti gli effetti contumace, e dunque passibile di sanzione giuridica, il suo appello non potrà essere accolto³⁰.

trambi i passi si veda, *ex variis*, F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I. *Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, 49 ss. Sugli sviluppi successivi all'età classica, ed in particolare sugli interventi di Costantino, si veda per tutti F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 51 ss.

²⁸ Osserva più specificatamente R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 375, che «normalmente il vero e proprio procedimento nasceva dall'incontro di due atti distinti e congiungentisi: l'atto dell'interessato che proponeva appello e l'atto del giudice *a quo* che dichiarava di riceverlo».

²⁹ Anzi, il caso contemplato da Ulpiano nel passo in esame è proprio quello di un convenuto contumace che propone appello avverso la sentenza a lui sfavorevole: è quanto dimostra in maniera inequivocabile il *si appellet*.

³⁰ Sotto un certo profilo, in relazione al problema della rilevanza discriminante che assume la giustificazione dell'assenza ai fini dell'accoglimento o meno dell'appello, può essere utile la lettura di Scaev. 25 *dig.* D. 49.1.28 pr.: *Creditor cum fideiussores egerat: sed post iudicium acceptum ad agendam causam ipse non adfuit et, cum absoluti essent fideiussores, servus*

di conseguenza in quella dell'appellabilità della stessa.

In the essay has been faced the issue of the appeal of the absent, which is strictly connected to the validity of the judgment, for which the doctrine has identified the existence of three principles, two of which are in apparent logic's contrast between their. While the sources are unequivocal in affirming the validity and irrevocably of the judgment against the voluntarily absent from the trial, they are not just those relating to the judgment pronounced against the absent *ex iusta causa*: on the one hand they affirm the validity, of the other the nullity *ipso iure*. Different solutions may however be explained by the regularity or otherwise of the process of summons. Then, it can be assumed that the adversarial principle has assumed a decisive role also in the field of the validity of the judgment against the absent and consequently for the contestation of that.

LAURA D'AMATI

Professore Associato di Diritto Romano
e Diritti dell'Antichità
Università degli Studi di Foggia
E.-mail:laura.damati@unifg.it

Lo studioso stesso avvertiva però che contro il principio formulato in C. 7.43.7 sembrava stare un rescritto degli stessi Diocleziano e Massimiano alla richiesta di Valerio, privo di data, contenuto in C. 7.43.11⁵⁶:

Cum praesentibus partibus litem inchoatam proponas, si, posteaquam contra te licet absentem pronuntiatum est, intra praefinitum diem non appellasti, latam sententiam rescindi postulanti multae sacrae constitutiones refragantur.

Il caso prospettato nella costituzione è quello di un processo iniziato regolarmente, *praesentibus partibus*, ma abbandonato dal convenuto in un momento successivo per qualche motivo non meglio precisato, e che, come di regola, era co-

il quale quella stessa sentenza sarebbe stata invalida già dal periodo di Marco Aurelio.

⁵⁶ *L'appello*, cit., 360, nt. 1. Lo studioso aggiunge pure che la '*ratio decidendi*' del rescritto non è chiara, e l'incertezza degli imperatori sarebbe stata determinata proprio da questa «contumacia a mezzo - presenza all'inizio, assenza in seguito» della parte prospettata nel testo. Nello specifico, l'incertezza riguarderebbe l'applicabilità al caso di specie del principio formulato dagli stessi imperatori in C. 7.43.7, sopra riportato, nel quale si esplicita ufficialmente che le sentenze pronunziate nei confronti degli assenti *non per contumaciam* non ottengono la *firmitas* del giudicato; motivo per il quale Diocleziano e Massimiano ritengono più opportuno attenersi alla precedente disciplina, sancita da *multae sacrae constitutiones* – il cui riferimento, sempre a parere dell'insigne studioso, sembrerebbe portare abbastanza indietro nel tempo, assai verosimilmente al regime dei Severi – che ammetteva l'appello dell'assente condannato.

munque proseguito in via unilaterale, giungendo fino alla pronunzia della sentenza: più in particolare si trattava, come affermano gli stessi imperatori, di una *lis inchoata*, cioè di una controversia già iniziata e correttamente impostata, ma abbandonata dalla parte in un momento del suo svolgimento⁵⁷.

⁵⁷ L'espressione *litem inchoare* è abbastanza frequente nella Compilazione giustiniana. La si ritrova, oltre che nel testo in esame, anche in diversi passi del Digesto e del Codice: in particolare in Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.12, in Pap. 2 *resp.* D. 5.1.44 pr., in Ulp. 14 *ad ed.* D. 5.3.5 pr., in Pap. 2 *resp.* D. 10.1.11, in Marc. *lib. sing. ad form. hypot.* D. 20.1.16.4, in Paul. 3 *resp.* D. 22.1.18 pr., in Pap. 5 *resp.* D. 26.7.39.12, in Paul. 1 *sent.* D. 42.1.54.1, in seguito espressamente trattato, in Ulp. 5 *de cens.* D. 44.7.26, in Scaev. 5 *resp.* D. 46.8.5, in C. 5.54.1 (Sever. e Anton. 197), in C. 7.21.1 (Sever. e Anton. senza anno), in C. 2.21.6 (Diocl. e Max. 294), in C. 5.34.12 (Gratian. Valentinian. e Theodos. 381), in C.2.55.5.3 (Iust. 530), in C. 2.58.2 pr. e 9 (Iust. 531), in C. 3.1.16 (Iust. 531), in C. 3.10.3 (Iust. 532), e in C. 7.63.5.4 (Iust. 529). Ma usuale è anche l'espressione *actionem inchoare*, così come risulta da Paul. 3 *resp.* D. 5.2.21 pr., da Pomp. 38 *ad Quint. Muc.* D. 47.2.77 (76).1, e da Pomp. 16 *ad Sab.* D. 50.17.27, come pure l'espressione *iudicium inchoare*, che si rinviene in Ven. 6 *interd.* D. 42.8.25.4, e in Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.21. Sull'espressione in discorso si veda P. COLLINET, *La procédure par libelle. Etudes historiques sur le droit de Justinien*, IV, Paris, 1932, 225; inoltre ha soffermato in seguito la sua attenzione su di essa, in maniera forse fin troppo critica, S. SOLAZZI, *Litem (actionem, iudicium) inchoare*, in *Atti Acc. Sc. mor. pol. Napoli*, LXIII, 1950-51, 153 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 313 ss.

giudizio, e l'appello verrà accolto, con ogni conseguenza relativa alla formazione del giudicato.

È invece considerata totalmente invalida per ragioni processuali, a prescindere dalla proposizione di qualsiasi mezzo di reclamo, logicamente inutile, la sentenza pronunziata nei confronti dell'assente non ritualmente convocato in giudizio: la violazione del principio del contraddittorio impedisce a quella sentenza l'acquisto della *firmi-tas* del giudicato.

ABSTRACT

Nel saggio è affrontata la problematica dell'appello dell'assente, connessa a quella della validità della sentenza, per la quale la dottrina ha individuato l'esistenza di tre principi, due dei quali in apparente contrasto logico tra loro. Mentre le fonti sono univoche nell'affermare la validità e l'inappellabilità della sentenza pronunziata nei confronti del contumace, volontariamente assente dal giudizio, non lo sono altrettanto quelle relative alla sentenza pronunziata nei confronti dell'assente *ex iusta causa*: da un lato infatti ne affermano la validità, dall'altro la nullità *ipso iure*. Le diverse soluzioni adottate potrebbero però trovare spiegazione nella regolarità o meno del meccanismo di citazione. Si può allora ipotizzare che il principio del contraddittorio ha assunto un ruolo decisivo anche nella disciplina della validità della sentenza pronunziata nei confronti dell'assente e

D'altro canto, a riprova di quello che si è appena detto torna utile il confronto con la disciplina dell'appello del contumace. In questo caso, già dai primi anni del terzo secolo la legislazione imperiale è esplicita nell'affermare non solo la validità della sentenza pronunciata nel primo grado, ma anche la sua efficacia in via definitiva.

Alla volontà del contumace di non partecipare al giudizio, disprezzando con il proprio comportamento l'autorità imperiale, corrisponde, come si è visto, la sanzione del suo inevitabile assoggettamento al giudicato ivi espresso: il contumace, infatti, potrà proporre appello, ma l'appello avverso la sentenza che lo ha condannato, a differenza di quello dell'*absens ex iusta causa*, non potrà essere accolto. Poiché il principio del contraddittorio è stato pienamente rispettato, la validità della sentenza non viene messa in discussione.

Si può a questo punto veramente concludere affermando che, nella prospettiva dei giuristi e della cancelleria imperiale a partire dal terzo secolo in poi, la sentenza può acquistare forza di giudicato solo nei confronti del contumace, che intenzionalmente non si è presentato in giudizio; andandosi poi a distinguere da questo caso quello dell'*absens ex iusta causa* il quale, regolarmente informato, non si è sottratto volontariamente al processo. In tal caso, essendo indiscutibilmente valida la sentenza pronunciata nei suoi confronti, l'*absens* potrà proporre appello, spiegando le ragioni che hanno impedito la sua costituzione in

Ora, nel caso di specie la sentenza emanata era stata sfavorevole alla parte assente, la quale non l'aveva impugnata nei termini previsti, ma solo dopo che gli stessi erano scaduti. Di fronte alla richiesta di Valerio di rescissione della sentenza⁵⁸, gli imperatori – richiamandosi alle *multae sacrae constitutiones* – dichiarano di non poter procedere, opponendosi: la sentenza pronunciata contro quell'*absens* è una sentenza valida e definitiva e, nell'eventualità, deve essere impugnata *intra praefinitum diem*.

In primo luogo, si deve osservare che il caso prospettato è assai particolare: nello specifico, però, non ben è chiaro se nel caso di specie il convenuto avesse abbandonato il processo in una (non meglio identificata) udienza successiva a quella della sua comparizione nel *dies cognitionis*, oppure se la sua assenza si fosse limitata al solo momento della pronuncia della sentenza. Poiché il testo del rescritto non fornisce un'esplicita risposta all'interrogativo, un'ipotesi sicura non può essere formulata⁵⁹. Invero, in dottrina si è data

⁵⁸ M. BRUTTI, voce *Invalidità*, cit., 569, evidenzia come il termine *rescindere* vada ad individuare il momento della rimozione degli effetti.

⁵⁹ Per vero, non si può non tenere in considerazione la circostanza, messa in evidenza da N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*, seconda ed. riveduta e aggiornata, Torino, 1991, 110 ss., dell'impossibilità oggettiva di ricostruire il testo originario dei rescritti imperiali, essendo quelli a noi pervenuti attraverso i Codici o le opere dei giuristi un sunto spesso abba-

per scontata la seconda ipotesi⁶⁰: ed una simile interpretazione potrebbe apparire verosimile.

Ad ogni buon conto, qualsiasi delle soluzioni si decida di accogliere, non possono sorgere dubbi sulla circostanza che l'assente di cui si tratta nel passo (in cui il rapporto processuale è regolarmente costituito) è un assente diverso da quello di cui si discute in C. 7.43.7 sopra richiamato, nel quale invece il riferimento è ad un assente che, seppure informato, è rimasto tale per tutto l'int-

stanza ridotto del testo originario stesso, sicuramente molto più ampio ed articolato, come risulta da alcuni esempi riportati nelle opere letterarie o nei papiri; «una 'massima', avente lo scopo di stabilire la volontà normativa del principe al fine dell'applicazione a casi analoghi o della formulazione teorica della struttura di determinati istituti giuridici».

⁶⁰ Cfr. in particolare L. RAGGI, *Studi*, cit., 38, nt. 21, e R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 42.

Ponendosi in questa prospettiva, si spiega la differente disciplina nel caso in cui un processo si sia svolto nell'assenza di una parte, sia pur giustificata, ma nella regolarità del meccanismo di citazione: in questo caso la sentenza è valida, e appellabile dalla parte che ha subito un pregiudizio; avvicinandosi lo stesso, sotto alcuni profili, al diverso caso in cui il processo sia iniziato regolarmente, *praesentibus partibus*, ma sia stato abbandonato dal convenuto in un momento successivo a quello della sua costituzione in giudizio, ed in considerazione di ciò sia proseguito, come di regola, in via unilaterale, giungendo fino alla pronuncia della sentenza.

Anche la sentenza pronunciata nei confronti di questo particolare *absens* è valida e definitiva, al punto che – così come puntualizzato da Diocleziano e Massimano in un rescritto in C. 7.43.11 – l'eventuale impugnazione della stessa deve essere proposta dalla parte entro i termini consueti. In questa particolare situazione, infatti, il contraddittorio tra le parti è stato assicurato, essendo la controversia già iniziata e correttamente imposta, e non si può configurare, com'è evidente, alcuna violazione del principio del contraddittorio¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Prescindo, deliberatamente, dal diverso principio enunciato in 5 *dig.* D. 42.1.60, laddove la sentenza *non videtur iudicata*, attesa la peculiarità della soluzione giuridica determinata dall'omissione della *diei diffisio*, che andava ad infirmare l'intero giudizio.

trecciandosi tra loro – tutto il processo romano, non solo civile, abbia assunto un ruolo decisivo anche nella disciplina della validità/invalidità della sentenza pronunciata nei confronti dell'assente, e conseguentemente in quella dell'appellabilità della stessa.

Violato detto principio nel primo grado di giudizio, ed essendo stata pronunciata una sentenza laddove il procedere della lite si sia svolto nell'*absentia* – sia pur giustificata e giustificabile – di una delle parti, a causa dell'irregolarità del meccanismo di citazione, detta sentenza non può ottenere la *firmitas* del giudicato, l'autorità di cosa giudicata, in quanto di per sé la stessa non può che essere totalmente invalida, a prescindere dalla proposizione o meno di qualsiasi mezzo di reclamo, logicamente inutile.

Come ancora oggi nel diritto processuale si afferma¹⁰⁶, nessuno può subire gli effetti di una sentenza senza avere avuto la possibilità di essere parte, in condizione di reale parità, nel processo da cui la stessa proviene, così da potersi avvalere degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico per la sua difesa.

¹⁰⁶ A titolo paradigmatico si veda, di ampio respiro, un lavoro collettaneo che bene mette in luce la trasversalità del principio, '*Audiatur et altera pars*'. *Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Milano, 2008. Si veda pure, con più specifico riferimento al processo civile, L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1997, 1 ss.

ro corso del processo⁶¹: ed il merito di questa importante riflessione va al Martini⁶².

Ciò detto, si può affermare che nella particolare fattispecie descritta in C. 7.43.11 gli imperatori hanno voluto dichiarare insufficiente l'assenza della parte in un determinato momento del processo (in ogni caso successivo a quello della costituzione in giudizio, essendosi la stessa regolarmente presentata nel *dies cognitionis*) per considerare invalida la sentenza, ribadendo in considerazione di ciò la necessità di esperire la richiesta di appello *intra praefinitum diem*, così da poter far valere in quella sede, entro un termine prestabilito, le proprie ragioni, pena l'irricevibilità dello stesso. Decorso inutilmente il termine per la proposizione dell'appello, dunque, il giudicato sarebbe diventato intangibile.

⁶¹ A. WACKE, '*Audiatur et altera pars*', cit., 380 s. – partendo dal presupposto che nel caso in cui una parte, presente all'inizio del processo, lo avesse poi abbandonato, avrebbe comunque avuto la possibilità di appellarsi contro una eventuale condanna – sottolinea la peculiarità della fattispecie in discorso, in considerazione della quale sarebbe prevista una deroga alla regola per la '*Versäumnisurteil*', la sentenza contumaciale, normalmente inappellabile da parte del contumace. Una tale impostazione sembrerebbe far ipotizzare la considerazione della fattispecie, da parte dello studioso, come un caso di contumacia che deroga alle regole ordinarie.

⁶² *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 41 ss. Cfr. pure D. TUZOV, *La 'rescissio' delle sentenze giudiziarie in diritto romano: intorno ad una teoria della nullità*, in *ZSS*, CXXVIII, 2011, 195.

Dal testo del rescritto, poi, non sono ben facilmente comprensibili altri due elementi.

Sorge innanzitutto il dubbio se nel caso di specie si stia trattando di un caso di assenza giustificata da legittimo impedimento o meno. Secondo il Provera, la cui opinione potrebbe apparire condivisibile, la presenza nel testo del rescritto della concessiva *licet absentem* sembrerebbe far propendere a favore della prima ipotesi⁶³.

Inoltre, non è neppure ben chiaro da quale momento debbano essere considerati i termini di decorrenza per la proposizione dell'appello. Difatti, come si è già detto in precedenza, da Ulp. 1 *de appell.* D. 49.4.1.15 risulta lineare che in caso di assenza di una parte dal giudizio i termini per appellare decorrono dal momento *ex quo scit*; nella particolare fattispecie rappresentata nel rescritto potrebbe invece anche ipotizzarsi che i termini inizino a decorrere, come di consueto, dal momento *ex die sententiae latae*⁶⁴.

Orbene, tra le due ipotesi, a me sembra più plausibile la seconda⁶⁵, anche in considerazione

⁶³ *Il principio*, cit., 195.

⁶⁴ Cfr. sopra, nt. 33.

⁶⁵ In tal senso cfr. L. RAGGI, *Studi*, cit., 38, nt. 21, il quale osserva pure che «tutta la decisione imperiale appare improntata dall'esigenza d'una sollecita definizione della questione, in vista d'una caratterizzazione dell'assenza al momento della pronuncia di chi si è regolarmente costituito in giudizio come fatto che non può impegnare la posizione dell'interessato se non entro rispetto determinati limiti di tempo». *Contra* G. PROVERA, *Il principio*, cit., 195 s.

infatti, com'è noto, in quest'ultima forma di processo indispensabile – così come lo era invece nelle altre – la partecipazione attiva del convenuto al rito processuale, che ben avrebbe potuto svolgersi anche in via unilaterale, giungendo in ogni caso alla sua naturale conclusione, lo stesso avrebbe dovuto sempre e comunque essere stato messo in condizione di intervenire in giudizio per assumere la propria difesa¹⁰⁴, onde evitare una sentenza pregiudizievole nei suoi confronti¹⁰⁵.

8. *Considerazioni finali.*

In definitiva, mi sembra di poter concludere ipotizzando che il principio del contraddittorio, sul quale è imperniato – con maggiore o minore intensità, a seconda delle diverse forme processuali che si sono susseguite nel tempo, anche in-

bilità di difendersi, con queste parole: *qui statuit aliquid parte inaudita altera, / aequum licet statuerit, haud aequus fuit* (vv.199-200). Ed infatti lo stesso Creonte, alla fine, ascolterà le ragioni di Medea.

¹⁰⁴ Condizione che si intendeva realizzata a citazione avvenuta, nei modi e nelle forme prescritte.

¹⁰⁵ Riporto le emblematiche parole di S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 357, con riferimento al diritto processuale vigente: «La contraddittorietà è il principio ispiratore di tutto il processo civile, non soltanto per quello che attiene alla presenza formale delle parti ed alla garanzia della propria difesa, ma allo svolgimento stesso dell'azione».

ziate contro l'assente *ex iusta causa* non regolarmente citato non possono ottenere la *firmitas* del giudicato, essendo queste totalmente invalide¹⁰². Si tratta infatti di sentenze che si sono formate senza il necessario contraddittorio tra le parti, e la parte che aveva evaso il giudizio non lo aveva fatto intenzionalmente, non essendo stato in concreto raggiungibile.

Principio, quello del contraddittorio, applicabile sia al processo dell'*ordo iudiciorum privatorum* sia alla *cognitio extra ordinem*¹⁰³. Pur non essendo,

¹⁰² R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 33, avanza un dubbio sulla inconciliabilità tra appello e invalidità della sentenza, quanto meno nel senso che a suo parere non tutti i giuristi ne sembrerebbero essere perfettamente consapevoli. È quanto lo studioso deduce in particolare dall'analisi di due passi di Modestino, 1 *resp.* D. 42.1.27, e *l. sing. de enucleatis casibus* D. 49.1.19. Non mi sembra, però, di poter concordare con questa lettura, ravvisando anche in questi passi una logica consequenzialità tra i due fattori, quanto meno in linea teorica. D'altro canto – serve qui solo brevemente richiamarlo all'attenzione – la sentenza invalida, in quanto di per sé stessa giuridicamente inesistente, era del tutto improduttiva di effetti, e quindi gli stessi giuristi non potevano non rendersi conto che non era necessaria alcuna impugnazione per farne constatare l'inesistenza.

¹⁰³ Emblematico è, per ogni forma di processo e senza limitazione temporale alcuna, un passo della Medea di Seneca, ispirata alla più ben conosciuta Medea di Euripide, dalla quale proviene la nota paremia *audiatur et altera pars*. La celebre eroina senecana risponde con molta efficacia al tiranno Creonte, che stava per esiliarla in Coclide dopo aver udito le accuse contro di lei, senza averle dato la possi-

del fatto che tutta la questione della quale si discute verte proprio sulla circostanza dell'avvenuta scadenza dei termini prescritti⁶⁶, più facilmente ipotizzabile nel caso in cui l'assente fosse venuto tardivamente a conoscenza della pronunzia della sentenza e avesse provato ugualmente ad impugnarla: atteggiamento, questo, che potrebbe non richiedere una particolare tutela da parte degli imperatori, in quanto la parte, essendosi regolarmente costituita in giudizio, seppur impedita ad essere presente al momento della pronunzia della sentenza (a voler, come si è detto, accogliere l'ipotesi dell'assenza della parte limitata al solo momento della pronunzia), era comunque perfettamente consapevole dell'esistenza di un giudizio instaurato nei propri confronti e bene avrebbe

⁶⁶ A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche*, cit., 223, richiamando la vicenda descritta in Marcell. 3 *dig.* D. 4.1.7 pr. – nel quale l'assente, in virtù di una richiesta effettuata dal pretore (combattuto tra il rigido principio del processo formulare e l'*aequitas*, sebbene ormai privo, di fatto, di ogni potere discrezionale) aveva ottenuto da Antonino Pio la possibilità di chiedere l'*in integrum restitutio* a suo favore non solo perché l'assenza non era a lui imputabile, ma anche perché aveva presentato le proprie motivazioni *confestim* – afferma, forse però in maniera un po' troppo sbrigativa, che non vi è incertezza interpretativa né mancanza di coordinamento tra i due rescritti imperiali per il solo fatto che nel caso descritto in C. 7.43.11 la lettera della norma è chiara: l'*absens*, pur avendo diritto di appellare, non aveva rispettato i termini prescritti, e per questo solo motivo era rimasto sottoposto al giudicato.

potuto impegnarsi in tal senso, anche – eventualmente – a mezzo di un procuratore.

La decorrenza dei termini per la proposizione dell'appello dal momento della *scientia*, in altre parole, potrebbe qui non trovare quella stessa *ratio* che trovava nei confronti dell'assente indifeso non per propria colpa per tutto il corso del giudizio, nei confronti del quale la sentenza veniva pronunciata a sua totale insaputa.

Sotto diverso profilo, argomentando *a contrario*, non mi sembra che possano invece sorgere dubbi sulla decorrenza dei termini per l'appello dal momento *ex die sententiae latae* nel caso in cui l'assenza della parte fosse stata ingiustificata⁶⁷.

Si deve pure avvertire che della *lis inchoata* si occupa espressamente Paolo in 1 *sent.* D. 42.1.54.1:

Is, qui ad maius auditorium vocatus est, si litem inchoatam deseruit, contumax non videtur.

Colui il quale, convocato presso il *maius auditorium*⁶⁸, disertò una lite già avviata, non sembra potersi considerare contumace.

⁶⁷ In tal senso già G. PROVERA, *Il principio*, cit., 196.

⁶⁸ Il termine (non univoco) *auditorium* veniva spesso utilizzato nelle fonti giurisprudenziali nel senso di sede di amministrazione della giustizia, dove si tenevano i processi e nel quale il principe soleva intrattenersi con i giuristi e i suoi consiglieri; e qui viene indicato come *maius*, ad indicare più propriamente il tribunale imperiale o comunque

omn. trib. D. 5.1.73.3, che considera valida, e perciò appellabile entro i termini previsti, la sentenza emanata nei confronti dell'*absens ex iusta causa* ritualmente convocato in giudizio.

La complessiva disamina condotta ha consentito di ricavare un'immagine articolata e multiforme della problematica dell'appello dell'assente: e, ponendosi in una tale prospettiva, il contrasto che tanto ha animato in passato la dottrina sembrerebbe sfumarsi.

Si potrebbe infatti affermare che, a partire dal terzo secolo, in concomitanza con l'evoluzione di questo mezzo processuale di impugnazione, la giurisprudenza e la cancelleria imperiale seguivano una linea condivisa. Veniva considerata valida, ed in considerazione di ciò appellabile, una sentenza emanata in un giudizio svoltosi nell'assenza giustificata di una parte, che fosse stata però correttamente informata del giudizio stesso; così come veniva considerata valida una sentenza pronunciata nell'assenza giustificata di una parte al solo momento conclusivo del giudizio. Diversamente, si riteneva invalida una sentenza emanata nei confronti dell'assente *ex iusta causa*, che non avesse avuto in alcun modo conoscenza dell'esistenza di un giudizio intentato nei propri confronti.

È opportuno, a questo punto, soffermare l'attenzione sul principio di fondo, costante e indiscusso, emerso dall'esame delle testimonianze pervenute; il principio che le sentenze pronun-

dando a restringere il campo della fattispecie ivi trattata rispetto a quella più generale dell'*absens ex iusta causa*, da intendersi nel suo significato tecnico di parte assente per tutto il corso del processo, del tutto ignara dell'esistenza di un giudizio instaurato nei suoi confronti.

Orbene, non potendosi trovare come punto di raffronto un riferimento diverso da quello del momento della pronuncia della sentenza, mi sembra di dover utilizzare con le dovute cautele uno dei due testi utilizzati dal Martini a supporto della propria ipotesi; si tratta di Iul. 5 *dig.* D. 42.1.60, laddove è vero che si ritrova un'espressione analoga a quella utilizzata in D. 49.4.1.15, ma è anche vero che la peculiarità della soluzione giuridica adottata da Giuliano non consente una completa sovrapposibilità delle due espressioni.

Invece, il passo di Ulpiano, così interpretato, sarebbe perfettamente in linea con il rescritto di Diocleziano e Massimiano in C. 7.43.11, nel quale si afferma la validità della sentenza pronunciata in assenza di una delle parti, al punto che – lo si ripete ancora una volta – l'eventuale impugnazione della stessa avrebbe dovuto essere stata proposta dalla parte soccombente *intra praefinitum diem*.

Comunque, anche a non voler accogliere detta proposta interpretativa, ugualmente si potrebbe considerare, mancando nel passo qualsivoglia riferimento alla mancanza di regolarità nel meccanismo di citazione del convenuto, il passo stesso in linea con quella tendenza, emersa da Ulp. 4 *de*

Come nel rescritto di Diocleziano e Massimiano, anche in questo passo, che con ogni probabilità sembrerebbe collocarsi sullo sfondo della *cognitio extra ordinem* classica⁶⁹, chi abbandona la lite in un momento del processo successivo a quello della costituzione in giudizio, quando ormai la controversia è già iniziata e correttamente impostata, non può essere posto sullo stesso piano del contumace, con tutto ciò che ne consegue rispetto all'ammissibilità dell'appello.

Certo, nel passo di Paolo il raffronto è tra l'*absens*, che pur essendo a conoscenza del processo, in quanto regolarmente costituito in giudizio, in un determinato momento si allontana, e il contumace, che si è voluto sottrarre deliberatamente al giudizio; e, com'è noto, tra la disciplina dell'*absens ex iusta causa* e quella del contumace vi è netta antitesi.

l'organo giudicante, le cui sentenze venivano emesse *vice sacra*. Ampia bibliografia sull'argomento si può rinvenire in A. LOVATO, *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003, 219 ss., e in V. GIODICE SABBATELLI, *Il console giudice nel 'de officio consulis' di Ulpio Marcello. Note minime*, in *Studi in onore di F. Grelle*, a cura di M. Silvestrini, T. Spagnuolo Vigorita e G. Volpe, 2006, 125 e nt. 47.

⁶⁹ In tal senso L. RAGGI, *La 'restitutio'*, cit., 310. Dubitativo invece, pur senza addurre alcun elemento fondante, S. SOLAZZI, *'Litem'*, cit., 317, il quale afferma che, nonostante l'espressione *litem deserere* vada bene sia col giudizio ordinario sia con la prassi della *cognitio extra ordinem*, «non possiamo decidere se nel testo originale *litem inchoatam deseruit* fosse detto per un giudizio *extra ordinem*».

Nonostante questo, però, mi sembra ugualmente importante l'espressa ed autonoma considerazione, da parte del giurista severiano, della problematica relativa alla situazione di chi sia inizialmente comparso, ma poi sia venuto a mancare in un momento successivo del processo per un motivo superiore. Una problematica, questa, evidentemente in grado di suscitare un certo interesse – soprattutto, credo, ai fini della validità della sentenza e, di conseguenza, della proponibilità dell'appello – vista la sua peculiarità⁷⁰.

In conclusione, tornando al discorso dal quale siamo partiti, ponendosi nella prospettiva indicata, non mi sembra che possa ravvisarsi alcun contrasto, neanche apparente, tra i principi enunciati nei due rescritti, avendo gli stessi ad oggetto situazioni processuali del tutto differenti tra loro.

L'invalidità della sentenza pronunciata nei confronti dell'*absens ex iusta causa* non ritualmente convocato rimane, pertanto, un principio ben fermo nella legislazione imperiale, soprattutto quella diocleziana.

⁷⁰ Si deve pure segnalare che Paolo nel *principium* dello stesso frammento del quale si sta discutendo affronta in modo autonomo la problematica dell'*absens rei publicae causa*, evidentemente ritenendo che al caso di specie dovesse essere applicata una differente disciplina rispetto – io credo – a quella del contumace: *Contra pupillum indefensum eumque, qui rei publicae causa abest, vel minorem viginti quinque annis propositum peremptorium nihil momenti habet.*

sto che nell'intero processo¹⁰¹: e questo in considerazione della precisa terminologia impiegata nel passo, dove Ulpiano specificava *si adversus absentem fuerit pronuntiatum* (mettendo con ciò per di più in contrapposizione il momento in cui *pronuntiatum est* con quello *ex quo scit*). Tale proposta interpretativa, afferma lo studioso, potrebbe trovare conforto nella presenza di un'analoga espressione in entrambi i passi nei quali si fa riferimento a quella particolare fattispecie: nel passo di Giuliano in 5 *digest.* D. 42.1.60 si legge infatti *et index absente eo pronuntiasset* e nel rescritto di Diocleziano e Massimiano in C. 7.43.11 *contra te licet absentem pronuntiatum sit*.

Tuttavia, come ho tentato di dimostrare in precedenza, il passo di Giuliano ed il rescritto di Diocleziano potrebbero non essere sullo stesso piano logico. Il primo, legato ad una particolare fattispecie che non può essere generalizzata, sembrerebbe più verosimilmente fare riferimento all'assenza della parte nell'intera fase *apud iudicem*, il secondo soltanto in quello della pronunzia della sentenza.

Nonostante questo, però, l'ipotesi del Martini – sia pure entro i limiti necessariamente imposti dallo stesso studioso – potrebbe avere un certo interesse, nel senso che il *pronuntiatum est* che si rinviene nel passo di Ulpiano potrebbe avere un significato in un certo qual modo limitativo, an-

¹⁰¹ *Intorno al cosiddetto*, cit., 45 s.

no decisivo, in ragione dell'*impedimentum*, l'irritualità del procedimento.

Da un lato, dunque, i giuristi e la cancelleria imperiale si preoccupavano di disciplinare, anche e soprattutto ai fini della proposizione (e del conseguente accoglimento) dell'appello, i diversi casi dell'assenza giustificata di una delle parti dall'intero processo; dall'altro, nelle varie sfaccettature, il caso della sola assenza di una delle parti in un determinato momento del processo, comunque successivo a quello della sua costituzione in giudizio.

È rimasto fuori, volutamente, dal quadro complessivo sin qui tracciato, Ulp. 1 *de appell.* D. 49.4.1.15, dal quale pure si evince la validità della sentenza; potrebbe essere infatti opportuno riprenderne l'analisi, attraverso una diversa angolazione, con l'intento di aggiungere qualche nuovo spunto di riflessione.

Riporto, per comodità di lettura, la parte del passo che qui interessa:

Si adversus absentem fuerit pronuntiatum, biduum vel triduum ex quo quis scit computandum est, non ex quo pronuntiatum est.

Il Martini, pur nella consapevolezza di spingersi nella formulazione della sua ipotesi oltre il dato testuale, ha provato a ricondurre il caso ivi trattato a quello di chi è stato assente nel solo momento della pronuncia della sentenza, piuttosto

6. *La testimonianza di Iul. 5 'dig'. D. 42.1.60.*

La questione dell'assente regolarmente costituito in giudizio è risalente, così come è attestato da un passo di Giuliano, 5 *dig.* D. 42.1.60⁷¹, che per certo è riconducibile alla disciplina del processo formulare⁷²:

Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videretur pronuntiasse, respondit: morbus santicus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. santicus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est. litiganti porro quid magis impedimento est, quam motus corporis contra naturam, quem febrem appellant? Igitur si rei iudicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur iudicata. potest tamen dici esse aliquam et februm differentiam: nam si quis sanus alias ac robustus tempore iudicandi levissima febre correptus fuerit, aut si quis tam veterem quartanam habeat, ut in ea omnibus negotiis superesse soleat, poterit dici morbum santicum non habere.

⁷¹ Il frammento appartiene ad un'introduzione alla parte dell'editto intitolata *De iudiciis*: così O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, rist. anast. con pref. di M. Talamanca, Roma 2000, 328, e ID., *Das 'edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, tit. XIV.

⁷² Afferma testualmente A. STEINWENTER, *Studien*, cit., 61: «D. 42.1.60 berichtet es freilich für das Formularverfahren, doch wird dies im Kognitionprozess wohl auch gegolten haben, da ja auch D. 42.1.54.1 (*Paul. 1 sent.*) der gleiche Gedanke zugrunde liegt».

Al giurista di età adrianea viene chiesto un parere sulla validità della sentenza pronunciata dal giudice in assenza di una parte allontanatasi dal giudizio perché colta da febbre improvvisa⁷³. Ed a tal proposito, Giuliano ritiene di poter applicare al caso di specie, utilizzandola come referente normativo ancora vigente⁷⁴, l'antica norma decemvirale sul *morbus santicus*⁷⁵, che prevedeva la necessità della *diffisio diei*⁷⁶, vale a dire, per utiliz-

⁷³ Peraltro, Giuliano specifica che occorre distinguere tra febbre e febbre, perché nel caso di un uomo robusto e in salute, che accusa qualche grado di febbre (*levissima febris*), oppure in quello di un uomo che da tempo si trascina una leggera febbriciattola (*vetus quartana*), la febbre non è un motivo valido, da prendere in considerazione: valutazione, questa (e solo questa), affidata al giudice, come sembrerebbe potersi desumere dall'espressione *santicus autem existimandum est* utilizzata dal giurista adrianeo nel passo.

⁷⁴ E dunque non superato dalla legge giudiziaria augustea.

⁷⁵ Sul significato che ha qui l'espressione, anche in relazione alle differenze con il semplice *morbus* (Tab. I.3), si veda P. COTTICELLI KURRAS, *Latino 'santicus': una nota tra filologia e linguistica*, in *Athenaeum*, LXXXI.2, 1993, 625 ss. Si vedano pure H. SIEMS, *Bemerkungen zu 'sunnis' und 'morbus santicus'*, in *ZSS*, CIII, 1986, 414 s., e G. ROMANIELLO, *Pensiero e linguaggio. Grammatica universale*, Roma, 2004, 25 s., il quale si sofferma sul valore peculiare del suffisso '*icus*', aggiunto al tema di '*sont*', per formare l'aggettivo derivato '*santicus*', che implicherebbe un'idea di pertinenza o di appartenenza.

⁷⁶ Sintagma che, da un punto di vista puramente lessicale, significa 'fendere, fare a fette il giorno, scinderlo in due': cfr. in tal senso A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, rist. Paris, 1994, voce *Findo*, 235.

rata valida, ed in considerazione di ciò appellabile, previa la verifica dell'esistenza di una *iusta causa* impeditiva della sua partecipazione; qualora invece l'*absens* non sia stato correttamente *vocatus in ius*, la sentenza non può che essere invalida e priva della *firmitas* del giudicato.

Differente problematica è sottesa invece a C. 7.43.11, dal quale pure si ricava la validità della sentenza. L'analisi del rescritto ha mostrato la peculiarità del caso: il convenuto era stato assente solo al momento della pronuncia della sentenza, e detta assenza non era stata sufficiente a metterne in discussione la validità e definitività, a tal punto che l'eventuale impugnazione avrebbe dovuto essere stata proposta *intra praefinitum diem*.

Al contrario, in epoca precedente e con sicuro riferimento al processo formulare¹⁰⁰, Giuliano in 5 *digest.* D. 42.1.60 reputava illegittima e priva di ogni valore la sentenza pronunciata in assenza di una delle parti a causa di una febbre improvvisa; ma questo in considerazione del fatto che l'assenza si era verificata, con ogni probabilità, per tutta l'intera fase *apud iudicem*, e soprattutto del fatto che il caso trattato era assai particolare, in quanto la sentenza era stata pronunciata dal giudice in un giorno che avrebbe dovuto essere automaticamente *diffisus*, così da porre su di un pia-

¹⁰⁰ Circostanza, quest'ultima, non particolarmente rilevante nella prospettiva di R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 44.

più articolato e complesso di quello rigidamente costruito in modo binario.

Significativi punti di riferimento fornisce l'analisi del caso sul quale Ulpiano si pronunzia in 4 *de omn. trib.* D. 1.5.73.3, il primo dei due testi dai quali si desume il principio della validità della sentenza pronunciata nei confronti dell'*absens ex iusta causa*. Il caso discusso nel passo è quello di un soggetto che, seppur regolarmente informato attraverso idonea citazione, non si era presentato in giudizio; il giurista severiano prospetta una distinzione tra l'*absens ex iusta causa*, che potrà essere ascoltato, e il contumace, che non potrà essere ascoltato: e la valutazione delle ragioni, ai fini dell'accoglimento dell'appello eventualmente proposto, sarebbe spettata al giudice *a quo*. La sentenza emanata nei confronti dell'*absens ex iusta causa* ritualmente convocato in giudizio è dunque considerata valida, e appellabile.

Invece, negli altri passi appena sopra menzionati, dai quali si desume la totale invalidità della sentenza, è pacifica l'irregolarità del meccanismo di citazione: ed è proprio questa circostanza che ne causa l'invalidità.

In altre parole, il criterio che determina la validità o l'invalidità della sentenza pronunciata nei confronti dell'*absens* mi sembra assai verosimilmente potersi individuare nel rispetto o meno delle modalità necessarie alla *vocatio in ius*. Qualora l'*absens* sia stato correttamente informato dell'avvio del giudizio, la sentenza deve essere conside-

zare una terminologia moderna – terminologia, in un certo qual modo, di ripiego, dalla quale non ci si deve però lasciar distrarre⁷⁷ – un 'rinvio', un 'aggiornamento' del giorno dell'udienza *apud iudicem*⁷⁸, impedendosi di conseguenza la continuazione del processo in quello inizialmente stabilito⁷⁹.

⁷⁷ Questo perché, come avverte D. MANTOVANI, *La 'dies diffissio' nella 'lex Irnitana'. Contributo alla interpretazione e alla critica testuale del capitolo LXXXI*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli, 2001, 243, «nella locuzione latina, l'accento cade, piuttosto che sulla nuova data, sul giorno originariamente stabilito. È questo *dies* che è *diffissus*, scisso, diviso, a significare che un mutamento – quale, non ci è dato sapere con precisione – è intervenuto nella sua qualità (di giorno d'udienza)».

⁷⁸ Le condivisibili osservazioni di A. CORBINO, *XII tab. 2.2 e la presenza del magistrato nel processo romano dell'epoca decemvirale*, in *Estudios J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, 1183 ss. (ed anche il breve cenno che si trova in C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 58), non lasciano dubbio alcuno sulla riconducibilità del versetto al giorno dell'udienza *apud iudicem*: e questo in considerazione del dettato dell'intero capitolo LXXXI della *lex Irnitana*, che ha per destinatari esclusivi i giudici e le parti (l. 46-48), e di Gell. 14.2.1 e 11, ambientato nella fase *apud iudicem*, ma anche, come osserva ancora D. MANTOVANI, *La 'dies diffissio'*, cit., 242, nt. 78, in considerazione delle diverse testimonianze dirette ed indirette che si riferiscono a Tab. II.2, relative ad impedimenti occorsi in quella fase. Una recentissima edizione della legge è quella di J.C. WOLF, *Die 'lex Irnitana'. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien*, Darmstadt, 2011.

⁷⁹ A tal proposito si veda la *tabula* II.2, a noi pervenuta in forma frammentaria e sicuramente incompleta, che riporto

nella forma adottata da Salvatore Riccobono in *FIRA* 1², 31 (che, per la verità, non si discosta dall'edizione di R. SCHOELL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Leipzig, 1866, 120; ma v. anche la più recente edizione di V. CRAWFORD, *Roman Statutes*, London, 1996, II, 622), dove vengono individuate le due ipotesi di rinvio determinate dal *morbis santicus* (per gravi motivi di salute, capaci di mettere a repentaglio la vita di chi ne è affetto, con riguardo agli stati acuti, diversi da quegli cronici, come già segnalato dall'antica esperienza medica greca) e dallo *status dies cum hoste* (cioè, come si legge in Fest., voce *status dies*, Lindsay, 414, laddove si intende il termine *hostis* nella sua accezione arcaica, prima del mutamento avvenuto in un'epoca successiva alle XII tavole, con riferimento al giorno *qui iudici causa est constitutus cum peregrino*, che è prioritario rispetto al giorno del processo fissato con un *civis*, e perciò indifferibile)...*MORBUS SONTICUS...AUT STATUS DIES CUM HOSTE...QUID HORUM FUIT [VITIUM] IUDICI ARBITROVE REOVE, EO DIES DIFFISUS ESTO*. Non è, infatti, testualmente provato, come ammesso dagli stessi editori che hanno combinato i vari frammenti, che queste cause di rinvio, così congettrate, fossero le uniche contemplate dalle XII tavole: altre infatti, assai verosimilmente, in quella stessa sede ne potevano essere state previste, anche se, ancora ad oggi, una lista completa di cause non si può stabilire con certezza. Sul versetto decemvirale – nel quale il vocabolo *reus* viene utilizzato, come da antica tradizione, anche con riferimento all'attore, come risulta da Fest. voce *reus*, Lindsay, 336: *reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est* – si vedano, a titolo paradigmatico, A. CORBINO, *XII tab.* 2.2, cit., 1179 ss., F.M. D'IPPOLITO, *XII tab.* 2.2, in *Index*, XVIII, 1990, 438 ss., ID., *Forme giuridiche di Roma arcaica*, III ed. riveduta e ampliata, Napoli, 1998, 175 ss., B. ALBANESE, *Sulle cause di 'diffisio diei' in XII tab.* 2.2, in *Brevi studi di diritto romano (II)*, in *AUPA*, XLIII, 1995, 178 ss., V. MAROTTA, *Tutela*

7. *Un'incompatibilità apparente? La correlazione tra il principio del contraddittorio e la 'firmitas' del giudicato.*

Per avvicinarci ad una conclusione, riprendiamo le fila del discorso fin qui svolto.

Attraverso l'analisi di D. 5.1.73.3 e di D. 49.4.1.15, entrambi di Ulpiano, il primo tratto dal *de omnibus tribunalibus* ed il secondo dal *de appellationibus*, sembra evincersi la validità della sentenza pronunciata nei confronti dell'*absens ex iusta causa*, con la conseguente appellabilità della stessa entro i termini previsti.

Detto principio è apparso in letteratura in netto contrasto con quello enunciato in C. 7.43.7, in *Paul. Sent.* 5.5a.5, in C. 7.43.10, e in un certo qual modo anche in Macer 2 *de appell.* D. 49.8.1.3, nei quali si afferma invece che le sentenze pronunciate nei confronti dell'*absens ex iusta causa* – non potendo essere pregiudizievoli per lo stesso, che non aveva voluto evadere intenzionalmente il giudizio – a prescindere dalla loro natura o contenuto, sono totalmente invalide, e per questo motivo non ottengono la *vis*, la *firmitas* di *res iudicata*.

Ritengo però, in considerazione degli elementi fin qui acquisiti, di poter avanzare l'ipotesi che, in realtà, il contrasto fino ad ora prospettato tra i due principi (validità/invalidità della sentenza pronunciata nei confronti dell'*absens ex iusta causa*), strettamente correlati alla problematica dell'appellabilità della sentenza, sia soltanto apparente, dovendosi considerare un quadro molto

sentenza sarebbe stata invece una sentenza valida, ed in considerazione di ciò da impugnare entro i termini previsti.

Si deve però considerare che se l'interpretazione dei due passi prospettata in queste pagine fosse corretta, le fattispecie trattate non sarebbero del tutto analoghe; e, per di più, potrebbero far riferimento a due sistemi processuali diversi: il che consentirebbe di giustificare la differenza delle soluzioni adottate.

Nel passo di Giuliano, infatti, l'assenza sembrerebbe riguardare l'intera fase *apud iudicem*, con la conseguenza che l'*absens* non avrebbe avuto in quella sede la possibilità di esporre, e soprattutto di provare, le proprie ragioni. Peraltro, e questo è il punto che maggiormente rileva ai fini della presente disamina, imponendosi in quel determinato caso la *diei diffisio*, l'intero giudizio sarebbe stato infirmato a causa di detta omissione: con l'ulteriore e logica conseguenza che la sentenza pronunciata sarebbe stata *ipso iure* illegittima e priva di ogni valore.

Nel rescritto di Diocleziano e Massimiano, invece, l'assenza della parte sembrerebbe riguardare il solo momento della pronunzia della sentenza, che viene considerata dagli imperatori come una sentenza valida e definitiva, non essendo sufficiente una tale assenza (in fondo, se si vuole, limitata) ad invalidarla.

dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana, in *Ostraka*, V, 1996, 90 ss., e D. KREMER, *Trattato internazionale e legge delle XII tavole*, in *Le Dodici Tavole, Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 197 ss., ID., *'Ius latinum'. Le concept de droit latin sous la république et l'empire*, Paris, 2006, 16 ss.; sugli altri impedimenti espressamente previsti in età più tarda, in epoca Flavia, probabilmente nel 91 d.C., dalla *lex Irmitana* (alcuni dei quali si potrebbero supporre già previsti anche in Tab. II.2) si veda invece specificatamente D. MANTOVANI, *La 'diei diffisio'*, cit., 213 ss. Si veda pure, con riferimento al giudice, una volta nominato – che nel momento in cui era stato colpito dal *morbus soticus* doveva essere necessariamente cambiato – Paul. 2 *quaest.* D. 5.1.46 (...*sed iudicandi necessitatem morbus soticus remittit...*), sul quale però grava un fondato sospetto di raccorciamento da parte dei compilatori giustiniani. Su tali passi si veda a titolo paradigmatico T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelidos*, Madrid, 1990, 29 ss. (ma senza tralasciare la recensione di A. BURDESE, in *SDHI*, LVII, 1991, 449 ss., ora in A. BURDESE, *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, II, Padova, 2009, 14 ss.); inoltre, sugli stessi passi è di particolare interesse l'analisi di C. LANZA, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di «diritto classico»*, in *BIDR*, XC, 1987, 467 ss., il quale si occupa approfonditamente pure di Ulp. 74 *ad ed.* D. 2.11.2.3, nel quale viene parafrasata, seppur con una diversa terminologia, la norma decemvirale, richiamata espressamente: *Si quis iudicio se sisti promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adiuvatur, nec immerito. cum enim in tali promissione praesentia opus sit, quemadmodum potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam lex duodecim tabularum, si index vel alteruter ex litigatoribus morbo sotico impediatur, iubet diem iudicii esse diffisum*. Si vedano infine J. PARICIO, *Sobre la administration de la justitia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987, 101 ss., e da ultimo R. SCEVOLA, *Riflessioni in tema di 'muta-*

Vi è infatti, come ha rilevato il Brutti, una somiglianza – che il giurista individua – tra la fattispecie concreta, descritta nel passo, e quella prevista in generale dalla norma decemvirale attraverso lo «schema qualificante del *morbus soticus*», già esistente a livello normativo⁸⁰. In tal mo-

tio iudicis’, in *Il giudice privato nel processo civile romano, Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 464 ss.

⁸⁰ *La problematica*, cit., II, 461. Osserva infatti il Brutti che il procedimento è quello descritto dallo stesso Giuliano in forma lineare in 15 *dig. D. 1.3.12: Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*. Il giurista adrianeo afferma che, quando il significato della norma è chiaro, è doveroso per il titolare di *iurisdictionis* applicare a casi non espressamente previsti, ma di analogia portata, il regime stabilito normativamente, e *ius dicere* in conformità. Cfr. a tal proposito R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *Studi Parmensi*, II, 1952, 129 ss. Cfr. pure, nella vasta letteratura sul passo, A. TORRENT, *'Salvius Iulianus', 'liber singularis de ambiguitatibus'*, Salamanca, 1971, 52 ss., V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza, Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, 88 ss., F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana, Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera, 4-5 dicembre 1991*, Napoli, 1994, ora in *Opuscula selecta*, Padova, 1999, 915 ss., e B. ALBANESE, *Tre testi celebri sulla interpretazione delle norme (D. 1.3.12; 12; 14)*, in *AUPA*, XLVIII, 2003, 70 ss. Come mette in evidenza L. VACCA, *La «svolta adrianea» e l'interpretazione analogica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, Napoli, 1997, 453 s., Giuliano nel passo in discorso intende evi-

comunque considerare che nel corso del tempo la disciplina di tale processo per molti punti importanti si era andata via via a modellare, in un certo qual modo, su quella della *cognitio*, che pian piano iniziava ad assumere un profilo sempre più unitario, sebbene non del tutto cristallizzato in regole determinate e definitive.

Il processo formulare a cui faceva riferimento Giuliano era certamente diverso da quello dei giuristi di età augustea, così come non era lo stesso a cui facevano riferimento i giuristi severiani.

In conclusione, tornando al discorso dal quale siamo partiti, mi sembra di poter affermare con un buon margine di verosimiglianza che Giuliano, nella particolare fattispecie discussa in 5 *digest. D. 42.1.60*, facesse riferimento all'assenza della parte nell'intera fase *apud iudicem*: ed in tal caso la soluzione giuridica proposta dal giurista adrianeo era quella di una sentenza che *non videtur iudicata*. La sentenza, infatti, non può considerarsi valida, in quanto il procedimento è stato irrituale.

Ora, mettendo a confronto il passo di Giuliano appena trattato e il rescritto in C. 7.43.11 in precedenza esaminato, emerge una sostanziale differenza.

Mentre per Giuliano, nel caso di una sentenza pronunciata nei confronti di chi sia stato *absens* in un determinato momento del processo, in considerazione di una fattispecie del tutto peculiare, *res non videtur iudicata*, in seguito, a più di un secolo di distanza, per Diocleziano e Massimiano quella

rebbe davvero assai difficile mettere in relazione il principio anzi detto al sistema processuale dell'*ordo* – invece saldamente imperniato sul principio della bilateralità soggettiva – al quale fa riferimento il passo di Giuliano.

D'altro canto, la lettura dei passi all'interno dei *Digesta* è una lettura sempre compiuta attraverso «uno specchio gravemente deformante»⁹⁷: ed in più di una occasione, infatti, i compilatori giustinianeî hanno appiattito, ponendoli sullo stesso piano, testi giurisprudenziali relativi a sistemi processuali diversi⁹⁸.

Inoltre, il passo di Paolo appare difficilmente riconducibile al processo formulare perché è nella *cognitio extra ordinem*, in particolare in quella che si afferma dal IV secolo in poi, che la sentenza diventa un atto giuridico solenne, ed è solo in quella prassi processuale che la sua efficacia è subordinata ad alcuni requisiti essenziali di forma⁹⁹.

Ad ogni buon conto, anche a non voler condividere detta proposta interpretativa, provando a ricondurre il passo di Paolo, e soprattutto il principio ivi espresso, al processo formulare, si deve

⁹⁷ Utilizzo parole di A. SCHIAVONE, *Ius*, *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 12.

⁹⁸ In particolare, come osserva A. M. SALOMONE, *Indicati vel obligatio*. *Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 576 ss., nel titolo 42.1 del Digesto confluiscono testi che rispecchiano tematiche eterogenee, dedicate sia alla *cognitio* sia al processo formulare.

⁹⁹ Il dato è pacifico. Basterà qui richiamare per tutti B. BIONDI, *Appunti*, cit., 66.

do, il sintagma *morbus sonticus* consente di ricomprendere al suo interno ogni malattia che *cuiusque rei agenda impedimento est*⁸¹.

È evidente, nel caso in esame, l'esigenza di tutela dell'*absens* – impedito a compiere correttamente la sua attività processuale in ragione dell'*impedimentum*⁸² – ma che, come nel caso trat-

denziare «che la norma vincola il magistrato alla sua applicazione non solo nei casi espressamente previsti ma anche nei casi analoghi. Ove la *ratio* della norma sia chiara, il magistrato deve necessariamente applicarla anche a casi simili, e non può limitarsi a concedere tutela solo nei casi espressamente previsti secondo il tenore letterale della norma stessa, negandola in tutti gli altri casi».

⁸¹ Il sintagma si ritrova non di rado nel Digesto, e dunque è ben presente alla giurisprudenza classica: oltre al passo in esame, lo si rinviene infatti anche in Ulp. 74 *ad ed.* D. 2.11.2.3, in Paul. 2 *quaest.* D. 5.1.46, in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.4.5, in Ven. 5 *act.*, D. 21.1.65.1, e in Iav. 14 *ex Cass.* D. 50.16.113. In particolare, in quest'ultima testimonianza Giavoleno fornisce una definizione di *morbus sonticus* che risale a Cassio: *'Morbus sonticus' est, qui cuique rei nocet*. Però, come osserva M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 464, tra questo passo e quello di Giuliano vi è una profonda differenza: mentre nella formulazione cassiana il *morbus* assume rilevanza in considerazione del pregiudizio oggettivo che reca alla situazione su cui va ad incidere, in quella di Giuliano viene considerato come un impedimento ad ogni forma di attività. Similmente, già Y. DEBBASCH, *Excusatio tutoris*, in *'Varia'*, *Etudes de droit romain*, II, Paris, 1956, 85 e nt. 23, aveva osservato che «*de morbus sonticus se définit, non par ses caractères physiologiques, mais par ses conséquences*».

⁸² La nozione di *impedimentum* è centrale nel passo, ed è «una unità di misura che pone drasticamente in primo piano

tato nel precedente paragrafo, è un *absens* del tutto particolare: e la sua tutela, fra l'altro, non è realizzata attraverso innovazioni, bensì riprendendo ed applicando al caso di specie un'antica norma decemvirale⁸³.

Sotto diverso profilo, emerge l'esistenza di una distinzione tra *diffisio* giudiziale e *diffisio* legale⁸⁴, espressa nelle fonti dal diverso sintagma *diem diffindere* e *diem diffisum esse*⁸⁵. Nel caso qui discus-

l'efficienza sociale del soggetto malato, la capacità o meno di sovrintendere agli affari»: così C. LANZA, *Impedimenti*, cit., 489. Ed infatti nel caso di specie la febbre, pur essendo una patologia non clamorosa – e dunque lontana dall'idea di una malattia che metta in pericolo la vita, o dall'idea di una malattia che vada ad incidere in modo determinante nella sfera del corpo – viene equiparata al *morbus soticus* in ragione dell'*impedimentum*. Aggiunge inoltre lo studioso che «il criterio qui evidenziato non è più esclusivamente biologico, ma invade un'ottica medico-legale più affinata».

⁸³ All'epoca delle XII tavole, anche se potrebbe essere superfluo richiamarlo all'attenzione, non vi era distinzione tra assenza giustificata ed assenza ingiustificata, verso la quale sembra invece essersi orientato Giuliano.

⁸⁴ La distinzione, per la verità, è stata meglio messa definitivamente a fuoco dopo la scoperta della *lex Irnitana*. Cfr. J.C. WOLF, '*Diem diffindere*': *die Vertagung und Urteilstermin nach der 'lex Irnitana'*, in *Thinking Like a Lawyer. Essays on Legal History and general History for J. Crook on his Eightieth Birthday*, Leiden, 2002, 21 ss.

⁸⁵ È quanto rileva D. MANTOVANI, *La 'diei diffisio'*, cit., 250 ss., ravvisando nella coppia *diem diffindere* (o *diffindì*)/*diem diffisus* (o *diffisum esse*) che si ritrova nella *lex Irni-*

E questo per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, come ha osservato la Bellodi Ansaloni – probabilmente anche tenendo conto delle affermazioni di Orestano – perché il termine *praesentes*, che si rinviene per ben due volte nel passo, piuttosto che solo quelli che sono materialmente comparsi meglio potrebbe anche indicare quelli che, regolarmente citati, e dunque informati del giudizio, avrebbero potuto essere tali, che però per motivazioni personali non hanno voluto: di guisa che una simile accezione diventerebbe inclusiva anche dei *contumaces*⁹⁶. Ne deriverebbe, dunque, che il giudicato ha effetto anche nei confronti dei contumaci.

Ora, com'è noto a tutti, la nascita della procedura contumaciale va ricondotta, senza ombra di dubbio, alla *cognitio extra ordinem*: ragion per cui sa-

⁹⁶ *Ricerche*, cit., 208. La Bellodi Ansaloni aggiunge, inoltre, che l'interpretazione proposta troverebbe conferma anche nei passi in materia delle *Pauli Sententiae*, ed in Macer 2 *de appell.* D. 42.1.63, nel quale si legge che la sentenza è efficace tra le persone *scientes*: e tali sono di certo i contumaci. Supporterebbe detta interpretazione anche la Novella 8.1 di Valentiniano III del 9 giugno del 440: incidentalmente in essa l'imperatore, intervenendo nei confronti dei cosiddetti *invasores*, quasi pleonasticamente avverte che *definitiva sententia* (e quindi la sentenza che produce gli effetti della *res iudicata*) è quella che viene pronunciata *vel adversus praesentem vel in contumacem*. Una nozione, quella della *definitiva sententia*, che spesso si rinviene nelle costituzioni del IV e del V secolo, ed in particolar modo in quelle di Giustiniano, e che poi è stata largamente utilizzata nelle fonti medievali, a partire dall'editto di Rotari.

quale dovevano essere rispettate le debite formalità. Una sentenza pronunciata in assenza di una delle parti era una sentenza invalida, dovendosi in tal caso limitare, come si è or ora detto, gli effetti del giudicato alla parti presenti⁹³; pur senza entrare però il giurista nella problematica delle modalità attraverso le quali detta invalidità potesse essere fatta valere da parte di chi fosse stato condannato in violazione del principio⁹⁴.

Mi sembra di poter cogliere una certa distanza tra il passo di Giuliano e quello di Paolo.

Anche se il passo di Paolo è stato da taluni implicitamente ricondotto al processo formulare⁹⁵, mi appare invero più plausibile ipotizzare che il principio ivi espresso sia fuori da quel sistema, e riguardi piuttosto la prassi della *cognitio extra ordinem*, nella quale la sentenza diventa un atto giuridico formale.

tutt'al più, aggiunge lo studioso, l'eventuale richiesta sarebbe stata dettata da ragioni di opportunità, come il normale e corretto svolgimento del dibattito giudiziario. Cfr. pure M. MOLÈ, voce *Sentenza (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 1092, nt. 1.

⁹³ Al pari, ad esempio, della sentenza pronunciata in un giorno di ferie (Ulp. 77 *ad ed. D.* 2.12.6; cfr. pure C. 7.43.4), oppure in un luogo diverso dal consueto (C. 7.43.5), o anche in un luogo non pubblico (C. 7.45.6).

⁹⁴ È quanto sottolinea R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 354. Cfr. pure R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 36.

⁹⁵ Si veda a titolo paradigmatico L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it. di R. Orestano, interamente riveduta ed ampliata dall'autore, Milano, 1938, 204.

so, in particolare, Giuliano scolpisce l'immediato ed automatico prodursi della *diffisio diei* al realizzarsi del *morbus sonticus*, che avviene – attraverso l'utilizzo da parte del giurista di una costruzione con l'ablativo assoluto – *etiam invitis litigatoribus ac iudice*, senza bisogno cioè di alcuna dichiarazione giudiziale. Con l'effetto, immediato, che secondo il giurista adrianeo la sentenza pronunciata una volta che il *dies* fosse stato *diffisus* sarebbe stata *ipso iure* illegittima e priva di ogni valore⁸⁶: *res non videtur iudicata*, come si legge nel passo stesso⁸⁷.

Discussa e discutibile è invece la fattispecie concreta alla quale si fa riferimento nel passo.

Tra gli studiosi c'è stato infatti chi ha ipotizzato che il caso trattato fosse quello di una assenza limitata al solo momento conclusivo del processo, qual è appunto quello della pronuncia della sentenza, avendo ormai il convenuto già preso parte al contraddittorio davanti al *iudex* e sostenuto le proprie ragioni⁸⁸.

Di contro, c'è stato invece chi – sul presupposto fondante della considerazione del *morbus sonti-*

tana le due facce del rinvio: il potere del giudice di *diffindere* il giorno, e il giorno *diffisus* per legge.

⁸⁶ Viceversa, il giudice che non avesse pronunciato la sentenza nel giorno fissato, sarebbe stato esonerato da qualsivoglia responsabilità.

⁸⁷ A ben guardare, la presenza del *videtur* nel passo potrebbe far pensare ad una personale opinione di Giuliano in un caso di *ius controversum*.

⁸⁸ In tal senso R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello*, cit., 43 ss.

cus come un impedimento all'attività processuale della parte – ha ipotizzato che con maggiore probabilità il passo potrebbe fare riferimento all'assenza della parte stessa nell'intera fase *apud iudicem*⁸⁹.

La seconda soluzione, già a prima vista, mi appare maggiormente persuasiva. Si potrebbe ragionevolmente affermare che la parte colpita da febbre improvvisa, e perciò impedita a compiere ogni attività processuale, pur volendolo, non sia riuscita a sostenere le proprie ragioni durante la fase *apud iudicem*, essendo stata costretta ad abbandonare il processo per quell'intera fase, con tutte le conseguenze che un tale abbandono avrebbe potuto comportare nei suoi confronti⁹⁰: di qui la necessità concreta di rendere invalida la sentenza pronunciata in sua assenza.

Inoltre, si deve pure aggiungere che l'intero processo sarebbe stato infirmato a causa dell'assenza determinata dalla febbre del convenuto, e non solo l'elemento formale (e finale) della pronuncia. La sentenza non era formalmente corretta – e dunque, in ragione di ciò, attaccabile – perché non era stato formalmente corretto il procedimento, in quanto non era stata rispettata la *diei diffisio*.

⁸⁹ M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 465 s.

⁹⁰ A tal proposito, in relazione alle conseguenze della mancata comparizione del convenuto nella fase *apud iudicem*, mi sia consentito rinviare alle mie più ampie riflessioni articolate in *'Litem deserere'*, in *Il giudice privato*, cit., II, 175 ss.

Peraltro, così interpretato, il passo sarebbe perfettamente conforme al dettato dell'antico precetto decenvirale, preso a modello da Giuliano nel suo responso, in relazione al quale viene consentita la *diei diffisio*.

Se invece si volesse accogliere la prima ipotesi, non si potrebbe portare a supporto neppure Paul. 5 *sent.* D. 42.1.47:

De unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos causa contingit, indicari oportet; aliter enim iudicatum tantum inter praesentes tenet.

Nel passo si legge che la sentenza deve essere pronunciata alla presenza di tutti gli interessati⁹¹; e questo perché altrimenti il giudicato ha effetto solo nei confronti delle parti presenti.

Il principio ivi espresso attiene ai requisiti per l'emanazione della sentenza⁹², in relazione alla

⁹¹ Sull'identità tra *iudicare* e *pronuntiare* si vedano le penetranti osservazioni di E. BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle 'formulae' delle 'actiones ex delicto')*, in *RISG*, LVI, 1915, part. 108 ss., nt. 1.

⁹² In tal senso V. SCIALOJA, *Procedura civile romana (lezioni redatte e pubblicate da C. Mapei e E. Nannini)*, Roma, 1894, 266, e R. ORESTANO, *L'appello*, cit., 274 s., i quali però pongono il passo di Paolo sullo stesso piano logico di Iul. 5 *digest.* D. 42.1.60. Così anche F. M. SILLA, *La 'cognitio'*, cit., 190, nt. 9. Di diverso avviso B. BIONDI, *Appunti*, cit., 66, il quale in maniera concisa afferma che nel processo formulare la pronuncia del giudice non era vincolata all'osservanza di alcuna formalità, anche in relazione alla presenza delle parti, che a suo parere non era necessaria: