

TOMMASO DALLA MASSARA

ECCEZIONE DI DOLO GENERALE,
EXCEPTIO LITIS DIVIDUAE E DOMANDA FRAZIONATA

SOMMARIO: 1. La fattispecie della domanda frazionata. – 2. Gli ‘ambiti argomentativi’ richiamabili in senso avverso alla frazionabilità. – 3. Buona fede e correttezza: l’opponibilità dell’eccezione di dolo generale. – 4. La natura dei problemi e l’adeguatezza dell’eccezione di dolo generale alla loro soluzione. – 5. Le questioni poste dall’opponibilità dell’eccezione di dolo generale. – 6. Dai problemi di regime a un diverso regime. – 7. Il regime della domanda frazionata nel processo formulare. – 8. Il principio di buona fede oggettiva applicato al processo. – 9. Una via per il superamento dei problemi della domanda frazionata nel sistema vigente.

1. *La fattispecie della domanda frazionata.*

È da alcuni anni tornata a suscitare l’attenzione degli studiosi una fattispecie piuttosto peculiare, sulla quale in passato si era soffermata la processualistica tedesca, che ne aveva trattato sotto il nome di *Teilklage* ⁽¹⁾, nonché poi quella italiana, la quale inizialmente vi aveva fat-

⁽¹⁾ Cfr. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht*², Leipzig, 1910, 166 s. e 443 ss.; ID., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig, 1912, 491; LENT, *Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, II, *Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz*, Leipzig, 1916 (rist. Aalen, 1970), 38 s. e 49 ss.; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925 (rist. Aalen, 1962), 28 s.; ID., *Kann durch Zerlegung eines zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Anspruch in mehrere, gleichzeitig erhobene Teilklagen die amtsgerichtliche Zuständigkeit begründet werden?*, in *Juristische Wochenschrift*, 1931, 1753 ss.; DRAUB, *Die Teilklage*, Breslau, 1930; WENDT, *Die Teilklage*, Düsseldorf, 1937; HENKEL, *Parteilchheit und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Heidelberg, 1961, in specie 60 ss. e 273 ss. Fondamentale, per la diffusione del dibattito sulla *Teilklage* anche in Italia, l’intervento di PAGENSTECHER, *Efficacia del giudicato contro il vincitore nel diritto processuale civile germanico*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 627 ss., ma in specie 644 ss.

to riferimento parlando di domanda parziale ⁽²⁾, mentre da ultimo preferisce per essa la denominazione di domanda frazionata.

L'occasione per una nuova riflessione sull'argomento si prestò con la celebre pronuncia delle Sezioni Unite che, cinque anni or sono, nel porre termine a un giudizio avviatosi davanti al Giudice Conciliatore di Napoli, venne a sanare un aperto contrasto giurisprudenziale ⁽³⁾.

La struttura della fattispecie, che dunque anche qui – per uniformità all'uso ormai comune ⁽⁴⁾ – chiamerò della domanda frazionata, può sinteticamente rappresentarsi nel modo seguente: un soggetto propone una domanda con cui richiede l'adempimento di una singola frazione dell'intero credito collocato a fondamento della propria pretesa, però con l'intendimento non già di rinunciare al residuo, bensì di ottenere l'adempimento del totale attraverso la parcellizzazione in più giudizi su singole porzioni di credito.

Si noti per inciso che l'identica struttura logica della fattispecie potrebbe riscontrarsi anche con riguardo a una domanda inerente a *iura in rem*, caratterizzata dunque dal fatto di essere diretta a una porzio-

Sempre sulla *Teilklage*, ma da una prospettiva diversa, non già processuale, bensì improntata sul riferimento al § 266 BGB, cfr. di recente GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen, 1994, 141.

⁽²⁾ Si veda, in particolare, ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1957, I, 1, 399 ss., avviando un dibattito che avrebbe subito coinvolto SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *Foro it.*, 1957, I, 92 ss. e CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 629 ss.

⁽³⁾ Cfr. Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, con cui si annullava Conciliatore Napoli, 15 maggio 1995 (la causa era stata infatti radicata prima dell'istituzione del giudice di pace). Intorno a tale pronuncia è venuto alimentandosi un vivace dibattito: essa compare pubblicata in *Giust. civ.*, 2000, I, 2268 ss., con nota di MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Corriere giur.*, 2000, 1618 ss., con nota di DALLA MASSARA, *Tra 'res iudicata' e 'bona fides': le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel 'quantum' della domanda di condanna pecuniaria*; in *Studium iuris*, 2000, 1273 ss.; in *Guida al dir.*, 2000, XVII, 46 ss., con nota di SACCHETTINI, *La possibilità di frazionare le richieste giudiziarie non sacrifica il diritto di difesa del debitore*; più di recente, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 502 ss., con nota di ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*; inoltre, in *Giur. it.*, 2001, 1143 ss., con nota di CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale 'frazionata' in più processi?*, oltre a osservazioni di MINETOLA, nonché di RONCO.

⁽⁴⁾ Come si può cogliere fin già da un confronto dei titoli delle note di commento citate nella nt. precedente.

ne materiale di un bene (come emerge già dalle fonti riferibili al processo formulare romano ⁽⁵⁾). Sta di fatto, però, che dalla prima letteratura sulla *Teilklage* fino a oggi il dibattito è andato concentrandosi quasi esclusivamente sul caso in cui la pretesa sia fondata su un rapporto obbligatorio: pertanto, proprio alla frazionabilità della domanda inerente a un credito farò riferimento nel seguito del discorso.

Si soggiunga inoltre che, ad architettare una siffatta strategia di ‘segmentazione processuale’, l’attore potrebbe essere sospinto dalla volontà di accedere, per ciascun procedimento, al giudizio di un organo investito di competenza inferiore per valore: così, in modo particolare, il frazionamento della domanda consente di avvantaggiarsi dei tratti di informalità e speditezza connotanti il giudizio davanti al giudice di pace, evitando i più gravi ritmi imposti dal rito del tribunale ⁽⁶⁾.

Ebbene, quali che siano le valutazioni di convenienza che muovono l’attore, l’interrogativo su cui occorre soffermarsi è se, a fronte di una situazione sostanziale unitaria (questo è in effetti l’imprescindibile – quanto in concreto assai controverso – presupposto della fattispecie ⁽⁷⁾), sia consentito, a chi propone la domanda, di scindere a piacimento quest’ultima o se a tale condotta si oppongano ragioni di varia natura.

Nel tentativo di dare una risposta, ci si trova ad affrontare profili teorici e pratici, aspetti di diritto sostanziale e processuale che, spesso tra loro collegati in modo assai complesso, sollecitano problemi di fronte ai quali dottrina e giurisprudenza sono apparse profondamente divise.

È opportuno sia detto fin d’ora che la pronuncia delle Sezioni Unite, cui si è poc’anzi fatto cenno, conclude in senso favorevole alla proponibilità della domanda parziale: precisamente, in motivazione si afferma la liceità del comportamento del creditore «che chieda giudizialmente, anche in via monitoria, la pronuncia di una sentenza di condanna al pagamento di una somma equivalente a una porzione

⁽⁵⁾ Ciò ho cercato di dimostrare in DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, 47 ss.

⁽⁶⁾ Proprio come era accaduto nella fattispecie su cui intervenne Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit.

⁽⁷⁾ Come mette bene in evidenza CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 439 ss.

dell'intero *quantum*, per successivamente promuovere un giudizio volto a ottenere il residuo»⁽⁸⁾.

Non si può certo dire, d'altra parte, che con la sentenza della Suprema Corte siano dissipati tutti i dubbi.

2. *Gli 'ambiti argomentativi' richiamabili in senso avverso alla frazionabilità.*

Prima dell'intervento delle Sezioni Unite, numerose decisioni – anche approfonditamente motivate – conclusero in senso contrario al frazionamento della domanda.

⁽⁸⁾ Così Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit. In passato, alla medesima conclusione favorevole alla frazionabilità approdò Cass. 27 marzo 1957, n. 1059, che, di fronte a distinte domande per gli interessi moratori e per il maggior danno, si pronunciava nel senso che fosse «consentita la proposizione in separati processi di domande separate di liquidazione relative a capi distinti del danno determinato da un unico evento» – su cui si veda il commento adesivo di ALLORIO, *Giudicato*, cit., 399 –, di presso seguita da Cass. 27 marzo 1958, n. 1019, in *Giur. it. Mass.*, 1958, 226: l'una e l'altra muovono dal presupposto che il frazionamento della domanda in più giudizi non integri alcuna lesione del principio di preclusione del 'deducibile', così rimanendo salvi gli effetti della *res iudicata*; di recente, nel medesimo senso, ancora Cass. 19 ottobre 1998, n. 10326 (ove peraltro figura come parte attrice la stessa società napoletana, con il medesimo difensore, che ricompare anche in Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit.), in *Giur. it.*, 1999, 1372, con nota di FORCHINO: sull'ambito argomentativo che fa leva sull'intangibilità del 'deducibile' si porterà l'attenzione oltre, § 2, *sub a*). Nella medesima pronuncia, poi, oltre al ragionamento incentrato sugli effetti spiegati dalla *res iudicata*, appare analizzato anche il diverso argomento per cui dalla norma contenuta nell'art. 1181 cod. civ. ai sensi del quale è riconosciuta al creditore la facoltà di rifiutare un adempimento parziale, non sarebbe consentito dedurre la sussistenza di un corrispondente dovere, in capo al medesimo, di richiedere l'adempimento totale, rientrando invece tra le sue facoltà quella di valutare la convenienza di procedere al frazionamento del credito: sulla lettura della questione in esame alla luce dell'art. 1181 cod. civ. si dirà oltre, § 2, *sub b*). A seguito di Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit., sul tema della frazionabilità dell'azione scaturente da responsabilità extracontrattuale, cfr. Cass. 23 novembre 2000, n. 15138, in *Foro it.*, 2001, 1388 ss. e Cass. 5 luglio 2001, n. 9090, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1229 ss., con nota di MURONI, *La rilevanza del frazionamento del 'petitum' risarcitorio da sinistro stradale nel medesimo giudizio: un unico diritto all' 'an' e più diritti al 'quantum'?*, nonché, in relazione a un credito nascente da trattamento di fine rapporto, Cass. 2 settembre 2000, n. 11520, in *Giust. civ.*, 2001, 1, 159 ss., con nota di TIZI, *Limiti oggettivi del giudicato e minima unità azionabile nel processo.*

Piuttosto che addentrarsi in una minuta analisi giurisprudenziale, mi sembra opportuno, onde ricavare un quadro generale dei problemi implicati dalla fattispecie in esame, limitarsi qui a schematizzare i diversi contesti concettuali cui sono riconducibili le argomentazioni volta per volta richiamate.

In particolare, si possono a mio parere isolare essenzialmente quattro differenti 'ambiti argomentativi' variamente messi in gioco.

a) In primo luogo, si è a più riprese sostenuto che alla frazionabilità della domanda sarebbero di ostacolo ragioni di ordine processuale, collegabili agli effetti della *res iudicata* e segnatamente identificabili nell'intangibilità, oltretutto di quanto 'dedotto', del cosiddetto 'deducibile' ⁽⁹⁾. Si noti che proprio su questa ricostruzione della fattispecie si era appuntata l'attenzione della dottrina che inizialmente aveva studiato il tema della *Teilklage*: sui medesimi profili, peraltro, è tornata negli ultimi anni la processualciviltà italiana, in specie muovendo dall'analisi dei problemi legati alla definizione dei confini della cosa giudicata ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Entro tale alveo si collocano: oltre alle più risalenti Cass. 30 gennaio 1956, n. 270, in *Giust. civ.*, 1956, I, 645; Cass. 9 ottobre 1956, n. 3417, in *Foro it.*, 1957, I, 92 ss., con nota critica di S.[cialoja]; Cass. 15 settembre, 1975, n. 3057, in *Giur. it. Mass.*, 1975, 876 s., tutte sostanzialmente di identico tenore, anche Cass. 8 luglio 1981, n. 4488, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, 411 ss., con nota di MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul 'quantum'*, nonché la celebre Cass., sez. lav., 23 ottobre 1985, n. 5192 (pubblicata e commentata in numerose occasioni: cfr. *Giur. it.*, 1986, I, 1, 383, con nota di RAVAGNANI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*; ancora ivi, 1987, I, 1, 537, con nota di ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*; in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, 439, con nota di CERINO CANOVA, *Unicità*, cit.; in *Giust. civ.*, 1986, I, 1082, con nota di SASSANI, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda*; in *Foro it.*, 1986, I, 1383, con nota di COCCHI), poi seguita da Cass., sez. lav., 19 agosto 1987, n. 6952, in *Giur. it. Mass.*, 1987, 1127. Di recente, nel medesimo senso, è intervenuta anche Cass. 6 agosto 1997, n. 7275, in *Giur. it.*, 1998, 889 ss., con nota di RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del 'petitum' di condanna fondato su un'unica 'causa petendi' o su 'causae petendi' dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, sostenuta da una motivazione particolarmente articolata, nella quale, oltre alla tradizionale impostazione che muove dagli effetti preclusivi della *res iudicata*, si invocano pure altri argomenti, tra i quali l'affermazione del «carattere strutturalmente unitario del diritto al risarcimento del danno» (si tenga conto che in tal caso il credito scaturisce da una fattispecie di danno biologico).

⁽¹⁰⁾ Si veda CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 51 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir.*

b) Merita un'autonoma menzione, poi, l'idea secondo cui sussisterebbero senz'altro gli effetti preclusivi della *res iudicata* dei quali si è appena detto, ma al contempo essi sarebbero superabili sol che l'attore adoperi nel primo giudizio l'accortezza di esprimere a chiare lettere la 'riserva' di successiva azione per il *residuum*. Attraverso il ricorso a tale espediente, che in sostanza farebbe rivivere il formalismo della *praescriptio* formulare romana, si consegnerebbe la soluzione dei problemi posti dal frazionamento della domanda all'analisi del singolo caso di specie: al giudice, nella stesura della sentenza, sarebbe infatti affidato il compito di specificare attentamente la linea marginale del *decisum*, così da dissipare ogni possibile equivoco circa la frazione di credito su cui si sia pronunciato e quella su cui abbia ammesso la riserva ⁽¹¹⁾.

c) In terzo luogo, si è talora pensato – inizialmente solo entro il dibattito dottrinale – che il problema della domanda frazionata meritasse di trovare soluzione alla luce dell'art. 1181 cod. civ. In questo caso, l'interrogativo da cui occorrerebbe muovere è se, a tenore di tale disposizione, «il creditore, allo stesso modo in cui può *accettare* un adempimento parziale, possa *chiedere* un adempimento parziale» ⁽¹²⁾: dilemma di fronte al quale, se taluno ha osservato che non si può

proc. civ., 1991, 215 ss. e in specie 241 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, in specie 283, nt. 159; inoltre, MENCHINI - PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I, 2945.

⁽¹¹⁾ Per quanto mi risulta, la rilevanza della 'riserva' a temperamento del principio di inscindibilità del credito fu introdotta nella nostra giurisprudenza da Cass. 9 ottobre 1956, n. 3417, cit., cui andò l'adesione di Scialoja, redattore della nota di commento. Si veda poi Cass. 6 agosto 1997, n. 7275, cit., ove si fa cenno all'idoneità di una «manifestazione adeguatamente esplicita, intervenuta *ab origine* o nel corso del procedimento» a costituire una valida 'riserva' di proponibilità per specifiche voci di danno nell'ambito di un distinto processo; su tale linea, inoltre, Cass. 27 ottobre 1998, n. 10702, in *Foro it.*, 1999, I, 2621 ss., con nota di LIANTONIO; Cass. 6 agosto 1997, n. 7275, cit.; Cass. 2 marzo 1994, n. 2059, in *Giur. it. Mass.*, 1994, 160; cfr. anche i folti, seppure non recentissimi, precedenti citati in MENCHINI - PROTO PISANI, *Oggetto*, cit., 2947. In dottrina si vedano le osservazioni di ATTARDI, *Frazionamento*, cit., 540, nonché quelle – però in senso decisamente critico – di MONATERI, *La scindibilità*, cit., 418.

⁽¹²⁾ Così GIORGIANNI, voce *Pagamento (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 323.

giungere «a tale punto da autorizzare il creditore a pretendere, ove ad esso convenga, un adempimento parziale»⁽¹³⁾, altri ha invece concluso in senso radicalmente opposto⁽¹⁴⁾. Sebbene per lo più *incidenter tantum*, la giurisprudenza non ha poi mancato di confrontarsi con il significato che, rispetto alla questione in esame, potrebbe assumere l'art. 1181 cod. civ.⁽¹⁵⁾.

d) Infine, in tempi recenti ha via via guadagnato attenzione l'idea che alla parcellizzazione della domanda il convenuto abbia motivo di opporsi invocando i principi di buona fede oggettiva e correttezza: in effetti, proprio a quest'ambito argomentativo aveva attinto un significativo filone giurisprudenziale antecedente alla pronuncia delle Sezioni Unite⁽¹⁶⁾.

Fermo restando che il contrasto di giurisprudenza su cui le Sezioni Unite più direttamente intervennero con intendimento nomofilattico risulta quello tra le opinioni dianzi indicate *sub a)* e *d)*, è però specificamente sui principali problemi che si aprirebbero percorrendo la via di cui alla lettera *d)* che occorre ora soffermarsi.

3. Buona fede e correttezza: l'opponibilità dell'eccezione di dolo generale.

Non v'è dubbio che la percezione – valutabile anche solo alla stregua del comune buon senso – della scorrettezza che sarebbe insita nel comportamento del soggetto che, a fronte di un credito fondato su una situazione giuridica unitaria, frazioni la propria domanda in una

⁽¹³⁾ In tal senso, DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1994, 93, nt. 1.

⁽¹⁴⁾ Si veda VERDE, *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie del lavoro*, in *Dir. giur.*, 1991, 723. I problemi legati alla proponibilità di una domanda frazionata, considerati dal punto di osservazione dell'art. 1181 cod. civ., sono oggetto di un mio studio, destinato a un Trattato delle obbligazioni, coordinato da M. Talamanca e L. Garofalo, di prossima pubblicazione per i tipi della Cedam.

⁽¹⁵⁾ Cfr., per esempio, Cass. 19 ottobre 1998, n. 10326, cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, e Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, entrambe in *Giur. it.*, 1998, 889 ss., con nota di RONCO, *Azione*, cit., nonché Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, in *Corriere giur.*, 1998, 540 ss., con nota di FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*.

pluralità di *tranches*, coglie un aspetto nevralgico dell'intera questione.

Così, merita senza dubbio di essere valutato con attenzione il fatto che, al centro del più tradizionale terreno occupato dall'obbligazione e dalle problematiche legate al suo inadempimento – siamo nel praticissimo ambito del 'recupero crediti' –, sia in alcune occasioni approdata (e abbia trovato riscontro) presso i giudici della Cassazione (ancorché poi disconosciuta dalle Sezioni Unite) l'idea secondo cui la violazione dei principi di buona fede e correttezza sarebbe in sé sufficiente a fondare la reiezione di una domanda la quale, per tutti i suoi specifici presupposti, meriterebbe invece accoglimento ⁽¹⁷⁾.

Certo, la novità della via indicata porta con sé numerose incertezze.

Non stupisce allora che nella tessitura delle pronunce che più convintamente hanno percorso questa linea argomentativa si rilevino oscillazioni talora significative.

Violazione dei «principi di buona fede e correttezza» ⁽¹⁸⁾, lesione del «principio di temperamento dei contrapposti interessi» ⁽¹⁹⁾, «abuso del diritto» ⁽²⁰⁾, «eccesso di potere» ⁽²¹⁾: una rapida ricognizione delle figure giuridiche volta per volta invocate per giungere all'esito di rigetto della domanda frazionata è sufficiente a denotare, al fondo, un certo disorientamento dogmatico.

Ciò che però – ai fini di quanto si vuol dire – merita fin d'ora di essere osservato è che l'ambito argomentativo riconducibile ai principi di buona fede e correttezza avrebbe modo di trovare concreto riscontro, entro i meccanismi del nostro processo, attraverso l'introduzione di uno strumento riconvenzionale nelle mani del convenuto

⁽¹⁷⁾ Delle questioni sollevate dalla lettura del problema della domanda frazionata alla luce dei principi di buona fede e correttezza mi sono occupato in DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di Garofalo, I, Padova, 2003, 429 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, cit.; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.; Cass. 23 luglio 1997, 6900, cit.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, cit.; Cass. 23 luglio 1997, 6900, cit.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.

che – lo si riconosca o lo si dia per implicito – coinciderebbe con l'eccezione di dolo generale caratteristica del processo formulare romano. In altre parole, proprio alla reviviscenza di tale strumento sarebbe affidata l'attuazione e la traduzione in termini tecnici, dentro il processo, dei principi cui si è fatto richiamo: ciò emergerà con chiarezza nel seguito.

4. *La natura dei problemi e l'adeguatezza dell'eccezione di dolo generale alla loro soluzione.*

Vale la pena di passare a osservare più da vicino, da un lato, l'esatta natura dei problemi posti dalla domanda frazionata e, dall'altro, i profili e il contenuto dello strumento che, stando alla ricostruzione da ultimo prospettata, si evoca allo scopo di dare a essi soluzione.

Si tratta dunque di valutare l'adeguatezza, dal punto di vista dogmatico, dell'eccezione di dolo rispetto ai problemi in esame.

Giova muovere da una constatazione che appare banale: al momento della proposizione della domanda volta a ottenere un *minus* rispetto al credito totale, a ben vedere il debitore non sarebbe indotto a denunciare alcuna scorrettezza nel comportamento dell'attore.

Senza dubbio, nulla sarebbe possibile fondatamente eccepire circa la validità del credito.

D'altro canto, varie ragioni potrebbero spingere alla scelta di chiedere il *minus*: né il debitore sarebbe in grado di escludere l'ipotesi che il creditore ignorasse o non ritenesse certo il credito rimanente o, addirittura, intendesse rimmetterlo.

Al debitore si manifesta senz'altro scorretta, invece, l'azione successivamente proposta con l'intento di conseguire il *residuum*: appare chiaro, a quel punto, il piano generale di artificiosa segmentazione della domanda.

Si comprende allora che a potersi definire 'dolosa' è precisamente (e soltanto) la scelta della modalità di esperimento dell'azione. Prova ne è che una tal quale contrarietà ai principi di buona fede e correttezza normalmente emerge – lo si è appena visto – al momento della proposizione della seconda domanda e non anche della prima, ancorché l'una e l'altra risultino fondate su un'identica situazione sostanzia-

le (ciò discendendo proprio dalle ipotesi, ch  altrimenti si dovrebbe pensare a una pluralit  di domande autonome).

Si ribadisce: ‘doloso’   da giudicarsi, quindi, in s  e per s  l’esperimento dell’azione.

Com’  noto, con riferimento al processo romano classico, si usa discernere, entro il *genus* dell’*exceptio doli*, tra la forma che si   soliti definire del dolo ‘speciale’ o ‘passato’ e quella del dolo ‘generale’ o ‘presente’ (22).

Oggetto di ampio e lungo dibattito entro la romanistica (che ne ha messo in dubbio *in primis* la stessa correttezza dogmatica (23)), la distinzione si evidenzia efficacemente nella scelta dei tempi verbali utilizzati nella formulazione giuliana dell’*exceptio doli* riportataci da Gaio (4.119: *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*), rispetto alla quale il dolo ‘presente’ si contraddistingue per il fatto di riferirsi al momento della *litis contestatio* (24).

Se cos  stanno le cose (n  occorre indugiare oltre su aspetti assai noti), ben si comprende che lo strumento di cui occorrerebbe invocare la reviviscenza, per il caso della domanda frazionata,   precisamen-

(22) Per un inquadramento, con folti riferimenti alle fonti, si veda BURDESE, voce ‘*Exceptio doli*’ (*diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1073 ss.; il tema del dolo e della relativa eccezione   oggetto di ampio approfondimento in BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, Milano, 1973, in specie I, 166 ss. e 191 ss. e II, 624 ss.; si veda anche MAC CORMACK, ‘*Dolus*’ in *Republican Law*, in *BIDR*, 1985, 1 e ss., in specie 20 ss.; ID., ‘*Dolus*’ in *Decisions of the Mid-classic Jurists*, in *BIDR*, 1993, 83 ss., in specie 127 ss. Negli ultimi anni, le riflessioni della dottrina in argomento hanno trovato un significativo momento di espressione nei tanti contributi che compongono i quattro volumi de *Il ruolo della buona fede*, cit.

(23) Fornisce un quadro delle principali posizioni espresse in argomento BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 166 ss. e in specie ntt. 85 e 87.

(24) Di *dolus praesens*, in contrapposizione al *dolus praeteritus*, si parla in una sola occasione nelle fonti: Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.18: *Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit. Et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito eius dolo. Hoc est si ante acceptum iudicium dolo quid fecerit, esse excipiendum, si vero non in rem suam, dolum praesentem in exceptionem conferendum. Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit*. In generale, sul tema del dolo presente e passato, ancorch  senza ricorso alle denominazioni che sarebbero poi entrate nell’uso, si veda Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.2.3-5. Nel senso della genuinit  classica della clausola *neque fiat*, la pi  antica testimonianza   rappresentata da Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.2, ove   riportato un parere di Trebazio.

te quello dell'eccezione di dolo 'generale' o 'presente' (senza volersi qui soffermare sulle ragioni per le quali, a mio parere, sarebbe da preferire la seconda aggettivazione rispetto alla prima ⁽²⁵⁾).

Il debitore che sia convenuto più volte per il pagamento di frazioni del *totum* non intende far rilevare la dolosità della condotta di cui l'attore si sarebbe reso responsabile nel momento perfezionativo del negozio (si tratterebbe in tal caso di *dolus specialis vel praeteritus*); ogni profilo attinente alla validità del titolo donde trae origine il rapporto sostanziale dedotto in giudizio rimane del tutto estraneo alla considerazione del giudice. Ciò di cui il debitore ha interesse a denunziare la sussistenza è invece il dolo che si concretizza nel fatto stesso di condurre nel processo una maliziosa disarticolazione della domanda (si rientra nell'ampia nozione di *dolus generalis vel praesens*).

L'attenzione si focalizza sulla domanda e più precisamente – si ribadisce – sulle modalità della sua proposizione; così come al momento del giudizio occorre riferire lo scrutinio della condotta dell'attore.

Dunque, del dolo è necessario tenere conto in un senso lato, «quale esistenza di una qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contrario alla *bona fides* l'insistere dell'attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio» ⁽²⁶⁾.

Ancora in questo senso, si è precisato che il comportamento di cui si impone la valutazione «può essere ravvicinato, sotto determinati aspetti, all'attività che in termini moderni e in relazione ad esperienze

⁽²⁵⁾ In particolare – sebbene non sia certo opportuno farne una questione nominalistica – mi sembra che l'espressione dolo 'presente', oltre a una maggiore aderenza alle fonti, presenti il pregio di imporre un più esplicito richiamo alle strutture e alle modalità di funzionamento del processo formulare romano e, con ciò, al corretto significato da attribuire alla nozione di dolo che occorre chiamare in gioco. Sul punto, si veda efficacemente WACKE, *La 'exceptio doli' en el derecho romano clásico y la 'Verwirkung' en el derecho alemán moderno*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 981; inoltre, BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 171 s. e nt. 87.

⁽²⁶⁾ Così BURDESE, voce '*Exceptio doli*', cit., 1074, quasi riecheggiando Ulp. 76 ad ed. D. 44.4.2.3: *... licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere ...*

processuali diverse da quella romana dell'*ordo* chiamiamo 'esercizio dell'azione'» (27).

Così, una volta che si sia apprezzata l'astratta adeguatezza dell'eccezione di dolo, nella sua formulazione più ampia, rispetto alla natura dei problemi posti dalla fattispecie della domanda frazionata, si può procedere a considerare talune questioni che verrebbero aperte dall'introduzione di quello strumento entro il nostro sistema.

5. *Le questioni poste dall'opponibilità dell'eccezione di dolo generale.*

La reviviscenza dell'eccezione di dolo generale, imposta dal ragionamento di chi vorrebbe far leva sui principi di buona fede e correttezza onde attribuire soluzione al tema della frazionabilità della domanda, apre la via a ingenti interrogativi, collocabili – si potrebbe dire – sia 'a monte' che 'a valle' dell'eccezione stessa.

Intendo più precisamente alludere al fatto che, da un lato, si pone il problema, assai noto, del fondamento che si voglia attribuire a tale strumento entro un sistema, qual è il nostro, che non ne fa menzione; dall'altro, si scorgono talune difficoltà legate all'impatto che avrebbe il particolare regime collegato all'eccezione di dolo generale sul sistema processuale vigente.

Sul primo aspetto non vale la pena qui di trattenerci troppo a lungo.

È appena il caso di rammentare gli sforzi profusi dalla recente civilistica nel tentativo di poggiare l'eccezione di dolo generale sulla base offerta dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (28).

(27) Così BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 191. Solo marginalmente su tali aspetti, di recente, BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002, 6 ss.

(28) L'intero dibattito sarebbe impossibile da rappresentare compiutamente: in una bibliografia vastissima, si segnalano soltanto i riferimenti essenziali. A fronte di talune osservazioni di sostanziale apertura, che tenevano a riferimento la letteratura tedesca, di CARRARO, *Valore attuale della massima 'fraus omnia corrumpit'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 782 ss., si veda, su posizioni di sostanziale scetticismo nei confronti dello strumento, PELLIZZI, voce '*Exceptio doli*' (*diritto civile*), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1074 ss.; di seguito, TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 218, le cui conclusioni appaiono interlocutorie; passando per PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed 'exceptio doli'*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 407 ss. e NANNI, *La buona fede contrattuale*, ne *I grandi orientamenti di giurisprudenza*

In merito alla correttezza logica e alla plausibilità di tale operazione ho avuto occasione di pronunciarmi in un altro studio, cui mi permetto di rinviare ⁽²⁹⁾.

In breve, credo di poter ribadire che, pur dovendosi condividere l'auspicio che i principi di buona fede e correttezza siano chiamati a governare sempre più intensamente la materia contrattuale, illuminando il sorgere e il persistere del rapporto obbligatorio ⁽³⁰⁾, sicché, oltre a giocare il ruolo di criterio di valutazione del comportamento delle parti ⁽³¹⁾, essi potrebbero divenire autentica fonte di integrazione del regolamento contrattuale ⁽³²⁾, mi pare d'altra parte debba rico-

civile e commerciale diretto da Galgano, Padova, 1988, *passim*, si giunge alle decise aperture di RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, nonché più recentemente in ID., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, in *Rev. int. dr. com.*, 1998, 1055 ss., che valorizza le potenzialità dello strumento in un raffronto storico-comparatistico; ancora più recentemente, si vedano le precisazioni di GAROFALO, *Per un'applicazione dell' 'exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 629 ss. (il saggio è pubblicato anche in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, III, Napoli, 1997, 453 ss. e in GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 143 ss.). Si tenga presente, poi, la ricostruzione, sganciata dalle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., proposta da DOLMETTA, *'Exceptio doli generalis'*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, I, 147 ss., pure in *Enc. giur. Treccani*, voce *'Exceptio doli generalis'*. *Aggiornamento*, Roma, 1997. I problemi legati al fondamento dell'eccezione di dolo entro il diritto vigente sono stati di recente ripercorsi nel quadro di un'ampia analisi da MERUZZI, *L' 'exceptio doli' dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, in specie 452 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. DALLA MASSARA, *Frazionabilità*, cit., in specie 436 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 154 ss., in specie 183 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1988, 284 ss.; in precedenza, particolarmente lucido nel sostenere ciò, CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss.

⁽³¹⁾ Si veda NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, 27 ss., ma già prima, ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1961, I, 169 ss.

⁽³²⁾ In particolare, cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 111 ss.; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, in specie 40 ss. Di recente, per una sintesi della problematica, FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 1999, 89 ss., nonché SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 571 ss.

noscersi la sostanziale inconferenza delle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (generalì finché si vuole, ma non certo generiche) rispetto al problema della vigenza dello strumento dell'eccezione di dolo generale nel nostro ordinamento. E in tal senso ho ritenuto si dovesse concludere proprio muovendo dall'osservazione della fattispecie della domanda frazionata, giacché tenendo a mente quest'ultima si comprende bene che, se l'eccezione di dolo generale si caratterizza per la sua natura processuale (lo si è ripetuto: è precisamente sul terreno del giudizio che si colloca la maliziosità della condotta dell'attore che suddivide la domanda ⁽³³⁾), le norme di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., invece, collocate come sono sul piano sostanziale, restano mute di fronte al problema in esame ⁽³⁴⁾.

Dunque, se si intende fondare l'eccezione di dolo generale entro l'ordinamento vigente, credo si debbano semmai tentare altre vie.

Ciò detto, vorrei invece soffermarmi con maggiore attenzione sui problemi di regime che sarebbero sollevati dall'opponibilità dell'eccezione di dolo generale – a prescindere, a questo punto, dal suo fondamento – nel caso della domanda frazionata.

Intendo riferirmi, più precisamente, alle difficoltà che si avvertono nella scelta, tutt'altro che scontata, della formulazione tecnica con la quale dovrebbe essere dato riscontro, in dispositivo di sentenza, al rigetto, in conseguenza dell'accoglimento dell'eccezione di dolo generale, di una domanda frazionata.

A tale proposito, occorre dire che la Cassazione, nelle pronunce precedentemente raccolte *sub d*), sembra orientata ad abbracciare l'idea che occorra pervenire a una decisione in rito con cui si dichiari l'inammissibilità ⁽³⁵⁾. Tuttavia, nel novero delle sentenze di legittimi-

⁽³³⁾ È significativo che ciò sia riconosciuto con maggiore chiarezza proprio da parte di chi con vigore e lucidità sostiene la necessità di dare ingresso all'eccezione di dolo generale negli ordinamenti contemporanei: si veda RANIERI, voce *Eccezione*, cit., 312: «col termine *exceptio doli generalis seu praesentis*, si fa riferimento ad una figura giuridica emergente dalle dimensioni processuali della tradizione del diritto romano»; inoltre, TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, cit., 220.

⁽³⁴⁾ Più approfonditamente in DALLA MASSARA, *Frazionabilità*, cit., 444 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, cit.; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.; Cass. 23 luglio 1997, 6900, cit.

tà, non mi pare sia dato riscontrare una chiara argomentazione a sostegno di tale opzione.

Pronunciata in tema di doloso esercizio giudiziale (ma non per frazionamento) di un diritto *in rem*, risulta invece chiaramente indicativa del percorso logico che dalla violazione della *bona fides* dovrebbe condurre all'esito dell'inammissibilità della domanda la motivazione di una sentenza, ormai più che ventennale, del Tribunale di Torino: la fondatezza dell'eccezione di dolo generale (in quel caso si faceva esplicito richiamo alla figura romana) era vista tradursi in una dichiarazione di carenza d'interesse ad agire; quindi, proprio di qui, si perveniva alla pronuncia di inammissibilità ⁽³⁶⁾. Pertanto, la sussistenza di un interesse, dal punto di vista dell'attore innegabile, ma che allo sguardo dell'ordinamento si sarebbe rivelato 'non apprezzabile', era in quel caso valutata come circostanza *quoad effectum* equivalente alla mancanza dell'interesse stesso.

Non può peraltro sfuggire che, muovendosi entro una prospettiva strettamente soggettiva, in tale argomentazione si scorga un tanto di paradossale: così, proprio le Sezioni Unite hanno osservato che difficilmente potrebbe smentirsi la sussistenza di un interesse in capo al creditore ⁽³⁷⁾, allorché proprio nel frazionamento della domanda quest'ultimo abbia individuato il modo migliore per perseguire i propri fini.

In sintonia con le conclusioni della Cassazione, va poi richiamata

⁽³⁶⁾ Cfr. Trib. Torino 13 giugno 1983, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 815, con nota di GAMBARO, ove, dal riconoscimento dell'abuso di diritto realizzato da chi rivendichi un diritto in astratto spettante, ma in concreto non comportante «alcun vantaggio apprezzabile e degno di tutela giuridica», bensì volto «al solo, esclusivo fine di cagionare un tale danno all'altro soggetto», è tratto argomento per l'accoglimento di un'*exceptio doli generalis*; osserva peraltro il commentatore che «il ricorso alla teoria dell'abuso appare appropriato perché solo invocandola si può trascorrere dal giudizio sulla mancanza di interesse al giudizio sulla non meritevolezza dell'interesse».

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit., ove, si afferma che «semplicemente ipostatizzata e non dimostrata» sarebbe l'affermazione dell'insussistenza di interesse ad agire, adducendo in tal senso la considerazione dei minori costi e della maggiore speditezza dei processi presso i giudici inferiori, nonché la maggiore possibilità di ottenere l'adempimento spontaneo del *residuum*, eventualmente avvantaggiandosi degli effetti del giudicato che verrebbero a scaturire dalla pronuncia sulla prima frazione di credito.

l'opinione dottrinale secondo cui il giudice sarebbe tenuto a rigettare la domanda frazionata pur sempre con pronuncia di rito, ma non per effetto dell'inammissibilità che deriverebbe dall'accoglimento di un'eccezione di dolo, bensì per carenza di 'meritevolezza' della tutela richiesta dal creditore, la quale sarebbe da annoverare – autonomamente considerata – tra le condizioni dell'azione ⁽³⁸⁾.

Quella rappresentata dalla pronuncia di inammissibilità (ovvero, se la si ritenesse configurabile, di 'immeritevolezza') non è però, all'evidenza, l'unica conclusione cui sia dato immaginare l'approdo.

Si potrebbe infatti diversamente opinare nel senso che la pretesa dolosa, integrando un comportamento in sé illecito in quanto *contra bonam fidem*, imponga una pronuncia di infondatezza nel merito: e, invero, proprio così si riprodurrebbe l'esito cui si sarebbe giunti nel contesto dell'ordinamento romano, ove, certamente per i peculiari effetti preclusivi della *litis contestatio* – differentemente dal caso in cui si procedesse a mera *denegatio actionis* ⁽³⁹⁾ –, ma anche per il ruolo che avrebbe giocato la considerazione del dolo quale figura di illecito penale ⁽⁴⁰⁾, si sarebbe certamente pervenuti a una sentenza idonea a costituire, per dirla con linguaggio moderno, giudicato materiale.

Non sembra però questa una prospettiva cui la giurisprudenza sia disposta a dedicare attenzione.

Insomma, occorre infine ammettere che, a prescindere dai problemi di fondatezza, l'impatto dell'eccezione di dolo generale – che si vorrebbe invocabile avverso la domanda frazionata – sul regime processuale pone numerose e complesse questioni delle quali si vede il riflesso nella varietà delle impostazioni teoriche e delle soluzioni tecniche proposte.

⁽³⁸⁾ Così GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, specie 205 ss.; su tale ricostruzione, in senso critico, si veda ora MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 85, nt. 218.

⁽³⁹⁾ Su ciò, si veda BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 212, nt. 22.

⁽⁴⁰⁾ Per tutti, si veda BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, 1993, 200.

6. *Dai problemi di regime a un diverso regime.*

Al di sotto delle diverse e talora barocche costruzioni con cui dottrina e giurisprudenza si sono in questi anni cimentate nel tentativo di tradurre in termini tecnico-processuali l'accoglimento di un'eccezione di dolo generale, mi pare non si possa trascurare di mettere in luce almeno un paio di considerazioni in realtà sempre sottese al dibattito.

Anzitutto, si scorge, in generale, qualche difficoltà nel sentire come equa e accettabile una sentenza che arrivi a rigettare una domanda solo perché frazionata: di qui la soluzione 'gordiana' delle Sezioni Unite di ammettere senza limiti la parcellizzazione. D'altra parte, non sfugge che il creditore, nel vantare un diritto comunque fondato, impieghi modalità scorrette.

Un simile ordine di considerazioni mi pare aiuti a comprendere lo sforzo di smussare l'asprezza di una sentenza con la quale – a voler seguire la nitida dogmatica romana – si dovrebbe arrivare a rigettare nel merito la domanda frazionata, per farle assumere le vesti di una pronuncia in rito (d'inammissibilità, secondo la Cassazione⁽⁴¹⁾, ovvero di immeritevolezza, secondo l'opinione dottrinale appena rammentata⁽⁴²⁾), pertanto inidonea a costituire cosa giudicata materiale.

Orbene, tenute presenti queste essenziali osservazioni, se si ha riguardo a quanto detto in precedenza in ordine alla vera natura dei problemi posti dalla domanda parcellizzata, ci si rende conto dell'*impasse* nella quale si versa: la questione della frazionabilità richiede soluzione sul piano processuale; inoltre, non meritano di essere radicalmente negate le ragioni del creditore, ma al contempo si avverte l'esigenza di una sanzione per la scorrettezza del suo comportamento.

Per uscirne, appare proficuo arrestarsi e fare un passo indietro, ancora una volta nel processo romano classico.

(41) Come nelle pronunce ricordate sopra, alla nt. 35.

(42) Cfr. GHIRGA, *La meritevolezza*, cit., 205 ss.

7. *Il regime della domanda frazionata nel processo formulare.*

Occorre a questo punto precisare che, entro il sistema del processo romano *per formulas*, di fronte al caso di una domanda frazionata, il pretore avrebbe accordato, a preferenza dell'eccezione di dolo generale, un più specifico rimedio: l'*exceptio* che nelle fonti è detta *litis dividuae*.

Beninteso, non si intende, con ciò, smentire quanto osservato in precedenza, ossia che il comportamento di chi proceda al frazionamento della domanda presenti una rilevanza meritevole di essere valutata sul terreno del processo e, dunque, almeno in astratto sanzionabile con l'eccezione di dolo generale.

Quanto al regime romano, a mio parere occorrerebbe congetturare che tra l'*exceptio litis dividuae* e l'eccezione di dolo generale sussistesse un rapporto di specialità⁽⁴³⁾.

Ma, in vista del superamento dei problemi dianzi segnalati, basta limitarsi a dire brevemente dei tratti essenziali dell'*exceptio litis dividuae*.

Nelle sue Istituzioni, Gaio avverte che il comportamento consistente nel chiedere giudizialmente una parte di quanto dovuto (*minus intendere*) è da ritenersi lecito: tuttavia, si dice che quello stesso comportamento è pericoloso, giacché l'azione per il residuo, se esperita entro l'anno di carica del pretore innanzi al quale era stata azionata la prima parte di domanda, sarebbe paralizzabile a mezzo dell'*exceptio litis dividuae*⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ In particolare, alla luce di quanto si osserverà subito di seguito in ordine alla natura dilatoria dell'*exceptio litis dividuae* nonché perentoria dell'*exceptio doli*, credo che siffatta specialità della prima rispetto alla seconda sia da intendere al modo seguente: qualora l'attore avesse opposto l'eccezione di dolo generale, anziché l'*exceptio litis dividuae*, alla domanda per il *residuum* entro l'anno della medesima pretura, non si sarebbero posti problemi, giacché le conseguenze sarebbero state identiche; ipotizzo invece – pur non essendovi fonti al riguardo – che il convenuto non potesse ricorrere all'*exceptio doli praesentis* dopo il termine della pretura (così aggirando il regime proprio dell'*exceptio litis dividuae*) o, comunque, che in tal caso sarebbe stata a sua volta esperibile una *replicatio doli*. Così ho ipotizzato ne *La domanda parziale*, cit., 133, nt. 18.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Gai 4.56: *Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet. Sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur; nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.*

Quando poi illustra la distinzione tra le eccezioni dilatorie e quelle perentorie, Gaio menziona, tra le prime, l'*exceptio litis dividuae* (accanto a quella *rei residuae*) ⁽⁴⁵⁾.

La peculiarità dell'*exceptio litis dividuae* è dunque rappresentata dalla sua natura dilatoria.

Alla luce di queste brevi notazioni, si comprende come il campo di operatività dell'*exceptio litis dividuae* sia senza dubbio più ristretto rispetto a quello dell'eccezione di dolo generale.

Soprattutto, il fatto che l'*exceptio litis dividuae* sia dilatoria disegna in maniera decisamente differente, rispetto al caso in cui fosse *tout court* esperibile l'eccezione di dolo, l'assetto d'interessi che viene così a realizzarsi tra creditore-attore e debitore-convenuto. Per il primo, in effetti, è sufficiente attendere la scadenza dell'anno della pretura in corso onde vedere accolta la propria domanda avente a oggetto una successiva frazione del medesimo credito.

La *ratio* che sostiene la dilatorietà dell'*exceptio litis dividuae* è dunque quella di riconoscere la prevalenza delle ragioni del creditore, ma al tempo stesso di temperarne la tutela alla luce delle opposte esigenze del debitore.

Così, imponendo di agire per il residuo soltanto dopo lo scadere della pretura, si mira a disincentivare il frazionamento e, comunque, si ottiene di renderlo meno incalzante.

Inoltre, occorre tener conto che, in tal modo, si scoraggia una prassi giudiziaria che si rivelerebbe d'intralcio per l'attività dei magi-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Gai 4.122: *Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. Cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae. Nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quas distulerit, agat, per banc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.* Perché possa darsi la fattispecie della *lis dividua* pare necessario il frazionamento di una domanda, mentre di *res residua* sembrerebbe discorrersi, in generale, nell'ipotesi di continenza o di connessione di cause. In comune, le due situazioni presenterebbero comunque l'intendimento dell'attore di differire parte di una situazione giuridica unitaria alla cognizione di altri magistrati e alla valutazione di altri giudici: sul punto, cfr. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., 27 ss.

strati – e quindi poi dei *iudices* – nonché, in generale, dannosa per l'amministrazione della giustizia.

In definitiva, ci si avvede dunque che, per il peculiare disegno del regime dell'*exceptio litis dividuae*, il processo romano classico avrebbe lasciato aperto al creditore un varco utile a evitare che la domanda frazionata venisse a subire un rigetto: proprio quel varco che – come si è detto poc'anzi – dottrina e giurisprudenza sembrano ancor oggi ricercare.

In particolare, il regime romano sembra studiato per sospingere il creditore a tenere un certo comportamento, ossia a proporre la domanda senza dar luogo a frazionamenti, piuttosto che dominato dall'intento di sanzionare quest'ultimi.

8. *Il principio di buona fede oggettiva applicato al processo.*

Rimane ancora da evidenziare, almeno per cenni, una caratterizzazione propria del regime dell'*exceptio litis dividuae*, poco considerata dagli autori che di questa si sono occupati ⁽⁴⁶⁾, eppure a mio parere assolutamente non trascurabile, specie in vista di quanto si andrà a dire in conclusione.

In effetti, nel condurre in altra sede un'analisi dei testi dei *Digesta* riferibili all'*exceptio litis dividuae* ⁽⁴⁷⁾, ho creduto che in essi fosse ravvisabile un *leit-Motiv* identificabile nella funzione, cui la concessione di tale *exceptio* parrebbe chiamata a rispondere, di tutela di un principio di buona fede oggettiva applicato al processo ⁽⁴⁸⁾.

Mi è sembrato infatti che nella considerazione dei *prudentes* la proposizione di una domanda parziale fosse avvertita come in contrasto con quel principio generale e, proprio in quanto tale, fosse sottoposta al regime di cui si sono appena visti i tratti essenziali.

⁽⁴⁶⁾ Unica eccezione può ritenersi quella rappresentata da uno studio (pure per altri versi non condivisibile) di DAUBE, '*Exceptio litis dividuae*' in *D. 12.1.13.1*, in *RI-DA*, 1959, 313 ss.

⁽⁴⁷⁾ In particolare, meritano di essere prese in considerazione le testimonianze di Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.13.1; Iul. 48 *dig.* D. 12.1.21; Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.4; Ulp. 23 *ad ed.* 19.1.33; Scaev. 13 *quaest.* D. 46.8.4.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., in specie 89 ss., 110 ss. e 132 ss.

Così, soltanto nella misura in cui si consideri il principio di buona fede oggettiva applicata al processo alla base della concessione dello strumento di tutela riconosciuto a chi veda rivolgere contro di sé una pluralità di domande parcellizzate, si può comprendere come l'opponibilità dell'*exceptio litis dividuae* talora risulti esclusa.

Basti pensare al caso descritto in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.13.1⁽⁴⁹⁾, ove, secondo l'opinione di Papiniano, sebbene il fondamento dell'azione – nella specie, la consegna del denaro – sia unitario, essendosi verificate più *consumptiones* parziali, per l'applicazione di un criterio di buona fede oggettiva in giudizio si consente di *condicere per partes* senza che sia opponibile l'*exceptio litis dividuae*; oppure si guardi a Iul. 48 *dig.* D. 12.1.21⁽⁵⁰⁾, in cui Giuliano riconosce al pretore il potere di costringere – in considerazione dell'*humanitas* – l'attore ad accettare una parte di quanto originariamente richiesto, sicché non sarebbe immaginabile che, oltre a ciò, il medesimo fosse costretto a subire gli inconvenienti normalmente derivanti dalla proposizione di una domanda parziale, dovendo attendere lo scadere della pretura in corso per evitare l'esperibilità dell'*exceptio litis dividuae*.

Quindi, si deve concludere nel senso che il principio di buona fede, nel governare il regime della domanda frazionata, imponga anche, qualora il caso di specie lo richieda, una rimodulazione del funzionamento dell'*exceptio litis dividuae*: in sostanza, quest'ultima sarebbe indisponibile (ovvero – tenderei a pensare – neutralizzabile per mezzo di *replicatio doli*), qualora la sua concessione si rivelasse in contrasto con quel principio.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.13.1: *Unde Papinianus libro octavo quaestionum ait: si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. Quod si per partes eos consumpseris, an per partes tibi condicam, quaerit: et ait condicendum, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.*

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Iul. 48 *dig.* D. 12.1.21: *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.*

9. *Una via per il superamento dei problemi della domanda frazionata nel sistema vigente.*

Il rapido *excursus* condotto nei meccanismi del processo romano classico permette ora di mettere meglio a fuoco due considerazioni che mi paiono utili per inquadrare correttamente la fattispecie della domanda frazionata nella cornice del sistema vigente.

In primo luogo, il raffinato congegno incentrato sulla natura dilatoria dell'*exceptio litis dividuae* dimostra la percorribilità di una via che conduca a un esito differente sia dal rigetto della domanda frazionata (a tutto danno dell'attore, il quale avanza una pretesa in sé fondata) sia dal suo accoglimento incondizionato (di modo che sembrerebbe di negare il problema stesso della domanda parziale).

In secondo luogo, appare confermato il collegamento, proprio sul terreno del processo, tra i problemi posti dalla fattispecie della domanda frazionata e i principi di buona fede e correttezza.

Ebbene, se si muove dalla valutazione di questi aspetti, si è indotti anzitutto a volgere lo sguardo all'ambito delle norme disciplinanti il processo, per vedere se in esse siano i presupposti per addivenire a un superamento dei vari problemi sin qui visti.

In effetti, pare a me che una via proficuamente percorribile esista: essa è rappresentata dalla disposizione (finora dalla prassi per vero piuttosto trascurata) dell'art. 92, comma primo, del nostro codice di rito: com'è noto, in base a quest'ultima, al giudice è consentito sanzionare, attraverso l'attribuzione del carico delle spese, indipendentemente dalla soccombenza, il comportamento delle parti e dei difensori che si riveli contrario ai doveri di lealtà e probità in giudizio, di cui all'art. 88 cod. proc. civ. ⁽⁵¹⁾.

Si noti per inciso – a schiarire subito ogni dubbio – che non sarebbe consentito fornire una lettura così restrittiva del riferimento fatto dall'art. 88 cod. proc. civ. alla condotta tenuta «in giudizio» tale da escludere che in essa rientri pure la concreta modalità di esercizio

⁽⁵¹⁾ Si tratta di un ambito di problemi sui quali lo studio più ampio è rappresentato ora da CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, *Presupposti storici*, e II, *Diritto positivo*, Padova, 2000; più di recente, cfr. anche ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 249 ss.

dell'azione; in ogni caso, sarebbe sufficiente, a tal riguardo, fare riferimento all'atto introduttivo del giudizio, in quanto sintomatico della più generale scelta di strategia processuale, con cui sia proposta la domanda diretta a una sola frazione dell'intero credito, per ritenere che esso sia in sé idoneo a ledere i doveri di lealtà e probità.

Così, sono persuaso che nella disposizione dell'art. 92 cod. proc. civ., con il suo richiamo all'art. 88 cod. proc. civ., sia da vedersi uno strumento assai prezioso, capace di sanzionare la contrarietà ai principi di buona fede e correttezza del comportamento tenuto in giudizio dall'attore attraverso il riequilibrio dei maggiori oneri di cui si farebbe carico il convenuto, senza incidere sull'esito finale della sentenza, che permarrebbe di condanna del debitore inadempiente⁽⁵²⁾.

L'analisi delle diverse prospettive, l'una processuale e l'altra sostanziale, dalle quali è al giudice consentito osservare la controversia, permette dunque di distinguere: da un verso, la scorrettezza nella scelta della modalità di promuovere la domanda, da sanzionarsi ai sensi dell'art. 92 cod. proc. civ.; dall'altro, la fondatezza delle sue ragioni, che meritano senz'altro di trovare accoglimento.

Così impostata la questione, con approccio che appare pragmatico non meno che rigoroso, si realizzerebbe peraltro una composizione degli opposti interessi che sembra quantomai ragionevole ed equilibrata: ciò che le altre vie in astratto percorribili certamente non otterrebbero. Infatti, da un lato, l'accoglimento *tout court* della domanda, con pedissequa applicazione del principio di soccombenza quanto alle spese, lascerebbe privo di sanzione alcuna il comportamento *contra bonam fidem* del creditore; dall'altro lato, la reiezione della domanda (prescindendo ora dal dubbio se essa debba esprimersi con pronuncia

⁽⁵²⁾ È questa una via già percorsa da una pronuncia (Pret. Sondrio, 18 giugno 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, 525, con nota di VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*) nella quale era sanzionata la contrarietà a buona fede del comportamento del creditore che, pur vantando un credito da ritenersi immediatamente esigibile, non aveva tenuto conto della «considerazione – ragionevole – che al debitore deve, comunque, concedersi, se non altro, il tempo materiale per adempiere»: senza soffermarsi sulle particolarità del caso di specie, in relazione al quale potrebbero sorgere talune perplessità, si segnala la decisione di dar corso al decreto ingiuntivo per la somma dovuta, ma con la condanna alle spese del creditore «tenuto conto dell'azionamento del diritto fuori dai canoni della correttezza».

in rito, così inidonea al giudicato materiale, oppure nel merito) penalizzerebbe eccessivamente il medesimo creditore, la cui pretesa è in sé incontestabile.

Al contempo, occorre tenere presente che il rischio per l'attore di incorrere in una condanna alle spese, indipendentemente dalla soccombenza, funziona come efficace deterrente rispetto a una prassi che finirebbe per danneggiare sensibilmente l'amministrazione della giustizia.

Inoltre, si può ancora aggiungere che, in via complementare rispetto all'applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ., non sembra esclusa, almeno nei casi più gravi, la possibilità di configurare una responsabilità ai sensi dell'art. 49 del Codice Deontologico del 17 aprile 1997, in capo all'avvocato il quale si renda responsabile di una condotta processuale che, «senza effettive ragioni di tutela della parte assistita, aggravata con onerose e plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria di controparte quando ciò non corrisponda a effettive ragioni di tutela della parte assistita».

Quello della frazionabilità della domanda appare un terreno di grande interesse per lo studio dei problemi legati alla buona fede nel processo: mi sembra d'altra parte che lo strumento fornito dall'art. 92 cod. proc. civ. meriterebbe di essere preso in considerazione anche al di fuori della fattispecie qui considerata, in numerosi dei casi in relazione ai quali spesso è invocata, ma con scarso successo, la reviviscenza dell'eccezione di dolo generale.