

FIDES HVMANTAS IVS

STUDII IN ONORE
DI LUIGI LABRUNA

estratto

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI MMVII

TOMMASO DALLA MASSARA
Università di Verona

In tema di domanda parziale:
D. 46.8.4 (Scaev. 13 *quaest.*)

1. *La testimonianza di Scevola in D. 46.8.4.* – Davvero onorato di poter prendere parte ai festeggiamenti del Professor Luigi Labruna, mi sono deciso a offrire un contributo in tema di processo solo dopo aver letto le pagine scritte dal Maestro nel 1980 come nota di lettura a una ristampa, per *Antiqua*, di un *Cours de droit romain* (altrimenti introvabile) dedicato a *Les actions*, opera della metà degli anni Trenta di un Vincenzo Arangio-Ruiz che a quel tempo copriva l'incarico di *Professeur de Droit* al Cairo¹.

Presentando il *Cours*, il Labruna notava che «lo studio del processo privato e delle sue varie forme, l'analisi minuta e smagata dei singoli momenti processuali» offrono al meglio «la possibilità di osservare e far rivivere, nell'immediata concretezza della vita quotidiana dei Romani, quella sorta di 'antica e pur tanto attuale commedia umana'» da cui lo stesso Arangio era stato così fortemente affascinato².

Parole che mi sono sembrate esprimere nella maniera migliore il senso di speciale attenzione per la composizione degli interessi contrapposti, di sottile analisi nel gioco delle regole e delle eccezioni, nonché, al fondo, di autentica *aequitas* nella soluzione del caso, che emerge dalla lettura di un passo di Scevola nel quale è presentata un'interessante questione, proprio di natura processuale.

D. 46.8.4 (Scaev. 13 *quaest.*). Procurator quinquaginta petit: si dominus centum petat, tenebuntur fideiussores, qui de ratihabitione caverunt, in quinquaginta et quanti interfuit differri quinquaginta actionem.

¹ Si veda L. LABRUNA, *Nota di lettura a Cours de Droit romain. Les actions* (Napoli 1980, rist. dell'ed. 1935) v ss.

² Così L. LABRUNA, *Nota di lettura* cit. xii.

Il caso è descritto in maniera assai sintetica, in qualche tratto quasi sincopata, e taluni passaggi rimangono sottintesi, sicché ritengo non sia affatto da escludersi qualche intervento giustiniano, almeno in senso riassuntivo.

Ciò nonostante, i profili della fattispecie risultano nell'insieme comprensibili.

Si deve intendere che, dopo l'esperimento di una domanda per il valore di cinquanta da parte del *procurator*, il *dominus* stesso pretenda, per lo stesso titolo, cento; si afferma che i *fideiussores*, ossia i garanti della *cautio ratam rem habiturum*³, giacché a questi è da credere che alluda l'espressione *cavere de ratihabitione*⁴, sono tenuti per cinquanta (ovvero per la somma richiesta dal *procurator*), nonché pure per il *quanti interfuit differri quinquaginta actionem*.

³ Si veda Gai 4.98; per un inquadramento, cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig 1927, rist. Aalen 1985) 541, § 289. Evidenza F. SERRAO, *Il 'procurator'* (Milano 1947) 101 ss. che in epoca classica la necessità di ratifica dell'operato del *procurator* (*qui alienis negotiis gerendis ultro se offert*) emerge da numerosissimi testi, tra i quali D. 46.8.4: in tutti questi casi «il *procurator* doveva prestare ai terzi, con cui entrava in rapporti, la *cautio ratam rem dominum habiturum* quando gestiva negozi del *dominus* ...; e quindi dalla necessità di prestare la *cautio* si deduce la necessità della ratifica del *dominus*»; toccano il tema, pur non trattando del passo in esame, di recente, C. SCHÄFER, *Spitzenmanagement in Republik und Kaiserzeit. Die Prokuratoren von Privatpersonen im Imperium Romanum vom 2. Jh. V.Chr. bis zum 3. Jh. N.Chr.* (St. Katharinen 1998) 42 ss., e G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'* I. Azione pretoria ed azione civile (Napoli 1999) 215 ss. Si veda inoltre, sulla *cautio de rato*, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*. 24 (1955) 184 nt. 170, 210 s.; F. GUIZZI, *In tema di origini della 'cautio de rato'*, in *Labeo* 7 (1961) 330 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano II. Il processo formulare 1* (Milano 1963) 339 s. e nt. 80; F.P. CASAVOLA, *Actio petitio persecutio* (Napoli 1965) 92 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano* (Milano 1967) 285 e nt. 55.

⁴ In tal senso è orientata già la lettura di K. ZIEBARTH, *Beiträge zur Textkritik und Exegese*, in *Jherings Jahrbücher* 12 (1873) 400 ss.; A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico* (Milano 1956) 147, suggerisce di emendare, nel testo, *de ratihabitione* in *de rato*. Inoltre, vedono comunque un riferimento alla *cautio de rato*: F. SERRAO, *Il 'procurator'* cit. 103; F. BONIFACIO, s.v. «*Exceptio litis dividuae et rei residuae*», in *NNDI*. VI (Torino 1960) 108; B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in *SDHI*. 28 (1962) 157 ss.; E. CANTARELLA, *Il 'minus petere' e le sue conseguenze nel processo formulare*, in *SDHI*. 35 (1969) 112; per G. SACCONI, *La 'pluris petitio' nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo* (Milano 1977) 240, si tratterebbe della *satisdatio ratam rem dominum habiturum*.

Molti sono i problemi che vengono in rilievo, ma si soffermerà l'attenzione in special modo sulle parole collocate nel finale, con le quali si indica – per ora ci si limiti a dire, senza ulteriormente precisare – la somma equivalente all'interesse al differimento dell'azione per cinquanta.

Del preciso valore dell'espressione si dirà più avanti.

Occorre dapprima osservare che la fattispecie, per come prospettata da Scevola, si presta a essere analizzata nel quadro dei problemi legati alla cosiddetta domanda parziale.

2. *Profili essenziali della domanda parziale.* – Come ho avuto occasione di osservare altrove⁵, l'espressione 'domanda parziale' rappresenta la diretta trasposizione del tedesco *Teilklage*⁶.

Ebbene, si intende così evocare il comportamento di un soggetto che proponga in giudizio una pretesa per un valore inferiore rispetto a quello per il quale in ipotesi sarebbe legittimato ad agire. In altri termini, si può affermare che è in tal modo realizzata, per iniziativa dell'attore stesso, una restrizione rispetto alla latitudine – per così dire, almeno a voler muovere da una considerazione sostanzialistica della vicenda – 'naturale' del giudizio⁷.

Proprio sull'ammissibilità della *Teilklage* si alimentò in Germania un vivace dibattito tra gli studiosi del processo civile, specie a partire dai primi del Novecento, con una successiva più flebile eco anche in Italia⁸. A quel dibattito, nei suoi vari sviluppi, si sono rifat-

⁵ Cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano* (Padova 2005) 2.

⁶ Si veda K. HELMWIG, *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; F. 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.; J. 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.; G. DRAUB, *Die Teilklage* (Breslau 1930); H. WENDT, *Die Teilklage* (Düsseldorf 1937); W. HENKEL, *Parteilahre und Streitgegenstand im Zivilprozeß* (Heidelberg 1961) in specie 60 ss. e 273 ss. Fondamentale, per la diffusione del dibattito sulla *Teilklage* in Italia, l'intervento di M. PAGENSTECHE, *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.

ti di recente gli studiosi che hanno affrontato il problema dei limiti del giudicato⁹, come pure quelli che, muovendosi invece sul terreno sostanziale, si sono occupati dell'adempimento parziale¹⁰.

La scienza romanistica, nelle rare occasioni in cui ha affrontato la problematica, ha per lo più impiegato le espressioni *minus petere* o *minoris petitio*¹¹ (certo più aderenti ai testi gaiani, come presto si vedrà, ma meno indicative – a me pare – dei gravi e vari problemi dogmatici coinvolti, che la dottrina tedesca aveva così finemente analizzato).

Sta di fatto che, con la proposizione di una domanda così strutturata, comunque resta delineato un confronto fra due entità, l'una costituita dalla pretesa che scaturirebbe dai fatti che integrano la fattispecie per cui si agisce, l'altra dalla domanda effettivamente avanzata in giudizio¹².

E così accade pure nella fattispecie descritta da Scevola e conservata in D. 46.8.4, ove abbiamo visto che il *procurator* aveva avanzato domanda per cinquanta, a fronte di un credito complessivo del *dominus* (da questi poi effettivamente azionato) di cento.

⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo I. Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (1991) 245.

⁸ Si veda E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.* (1957) I/1 399 ss.; A. SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *Foro it.* (1957) I 92 ss.; F. CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *Riv. dir. proc.* (1957) 629 ss.

⁹ Si veda, in particolare, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato* (Milano 1987) 276 ss. e 283 nt. 159; C. CONSOLO, *Oggetto cit.* 215 ss., ma specie 244 s. Sempre da un punto di osservazione processuale, ma incentrato sulla 'meritevolezza' quale condizione dell'azione, cfr. più di recente l'analisi del problema di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale* (Milano 2004) 181 ss., nonché, in critica, M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli* (Trento 2005) 85 nt. 218.

¹⁰ Con riferimento al § 266 BGB, cfr. J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen* (Tübingen 1994) 141. In Italia, l'ultima monografia in argomento è di A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale* (Milano 2005) specie 47 ss.

¹¹ Cfr. D. DAUBE, *'Exceptio litis dividuae' in D. 12,1,13,1*, in *RIDA*. s. III, 6 (1959) 313 ss.; E. CANTARELLA, *Il 'minus petere' cit.* 99 ss.; G. SACCONI, *La 'pluris petitio' cit.* 235.

¹² La struttura logica del confronto tra fra due termini («l'uno costituito dalla pretesa effettiva o reale ... l'altro dalla rappresentazione schematica di questa pretesa») è ben colto da G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano I. La procedura formulare* (Torino 1958) 28.

Non conosciamo le ragioni di tale limitazione (che potrebbe legarsi soltanto a una scelta inopinata del *procurator* ovvero dipendere dalla volontà del *dominus*): certo è che la prima domanda rivolta al debitore ben può dirsi parziale, giacché si presenta circoscritta, in ordine al *quantum* preteso (ovvero, volendo richiamare la terminologia in uso nella processualcivilistica moderna, all'oggetto mediato del giudizio), alla metà del credito totale.

3. D. 46.8.4. *Questioni preliminari e significato del finale: «quanti interfuit differri quinquaginta actionem»*. – Occorre ora mettere a fuoco alcuni aspetti del passo scevoliano.

Notiamo anzitutto che, essendosi inizialmente prestata soltanto una *cautio*, non si sarebbero prodotti gli effetti della ratifica. Dunque se il *procurator* aveva chiesto cinquanta, il *dominus* avrebbe conservato facoltà di chiedere ancora l'intero, ossia cento, senza rischio di incorrere in *pluris petitio*: e così infatti il passo ci dice che poi avvenne.

Inoltre, si potrebbe dubitare della menzione dei *fideiussores*, in luogo dei quali è ragionevole credere che fossero originariamente nominati gli *sponsores*¹³.

Ancora: secondo una certa lettura (affacciata da Ugolino) di cui è traccia nella Glossa, occorrerebbe pensare che l'obbligo di corresponsione dei secondi cinquanta fosse stato dedotto in un apposito patto¹⁴; ma, per quanto si dirà appresso, tale supposizione mi pare del tutto sovrabbondante.

Veniamo quindi al passaggio per noi di fondamentale importanza, ossia – come si è anticipato – alle parole finali *quanti interfuit differri quinquaginta actionem*, nelle quali è fatto richiamo al *quantum* corrispondente all'interesse al differimento dell'azione per i rimanenti cinquanta.

Precisamente, si tratta dell'interesse facente capo al debitore, cui è già stata rivolta la prima domanda.

Ebbene, per comprendere esattamente il senso di ciò che il giurista con queste parole intende esprimere, bisogna tener conto del potere di opporre un'*exceptio*, che nelle *Istituzioni* gaiane viene detta

¹³ In tal senso, A. PALERMO, *Studi cit.* 147; D. DAUBE, *'Exceptio' cit.* 316; D. MEDICUS, *'Id quod interest'.* *Studien zum römisches Recht des Schadensersatzes* (Köln-Graz 1962) 268 nt. 26; G. SACCONI, *La 'pluris petitio' cit.* 240 nt. 63.

¹⁴ Si veda *gl. actionem ad 46.8.4*, ricordata da E. CANTARELLA, *Il 'minus petere' cit.* 111.

litis dividuae, da parte di colui che sia stato già escusso una prima volta e, nel corso dell'anno di carica del medesimo pretore, torni a essere convenuto, in forza del medesimo titolo, per il residuo¹⁵.

Si impone quindi la necessità di aprire una parentesi, onde chiarire i caratteri essenziali di questa particolare eccezione.

4. *L'«exceptio litis dividuae»*. – In Gai 4.56 si afferma:

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.

Dopo la prima parte, nella quale è richiamata la pericolosità del *plus intendere* (restando così evocato il rischio di perdere *rem et causam* in conseguenza degli effetti preclusivi della *litis contestatio*¹⁶), viene affacciata l'ipotesi del *minus intendere*.

¹⁵ Sulla rilevanza, in questa fattispecie, dell'*exceptio litis dividuae*, cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum'* cit. 502, § 270 e nt. 5, ove il passo è richiamato (unico, tra quelli tratti dai *Digesta*, non dubitativamente riferito all'*exceptio litis dividuae*); cfr. inoltre C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano I* (Roma 1899) 164 s.; secondo W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, revised by P. STEIN (Cambridge 1963) 654 e nt. 5, si tratta dell'unica possibile traccia della nostra *exceptio* nella compilazione giustiniana; si veda poi G. DONATUTI, *Studi sul 'procurator'*, in AG. 89 (1923) 190 ss., ma in specie 204; G. BESELER, *Romanistische Studien. Prozeßprocurator*, in ZSS. 46 (1926) 141 ss.; A. PALERMO, *Studi* cit. 147; F. BONIFACIO, s.v. «*Exceptio litis dividuae et rei residuae*» cit. 108; D. MEDICUS, «*Id quod interest*» cit. 268 s.; D. DAUBE, «*Exceptio*» cit. 314 ss.; E. CANTARELLA, *Il 'minus petere'* cit. 112; O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch* (Göttingen 1970) 194 nt. 13; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² neu bearbeitet (München 1996) 324 nt. 17; G. SACCONI, *La 'pluris petitio'* cit. 240 s.

¹⁶ Sulle espressioni *rem perdere* e *causa cadere* e sulla loro differenziabilità (in effetti, la prima sembra indicativa di una situazione nella quale la pretesa sia irrimediabilmente perduta, la seconda pare invece da intendersi in un senso generale, prescindente dalle ulteriori sorti della domanda), cfr. G. PROVERA, *La 'pluris petitio'* cit. 27 nt. 11; in argomento, si veda anche J. DE FREITAS GUIMARÃES, *Sulla 'pluris petitio'*, in *Studi in onore di G. Grosso V* (Torino 1972) 281 s.; inoltre, cfr. in P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano* (Roma-Torino-Firenze 1883) 118 nt. 114, i luoghi in cui ricorre l'espressione *causa cadere*. Parlando di 'effetti preclusivi', invece, si adotta – tra le tante proposte – la terminologia di E. BETTI, *Diritto romano I. Parte*

In proposito, il giurista avverte che tale condotta integra, in sé, un comportamento lecito (*minus ... licet*); tuttavia, è al contempo previsto uno strumento opponibile a colui che pretenda il residuo entro il tempo della medesima pretura: è in potere del convenuto, infatti, di chiedere la reiezione della domanda, proposta dallo stesso soggetto, facendo valere un'*exceptio* detta *litis dividuae*.

A livello linguistico, occorre notare che tale *exceptio* fa riferimento alla divisione (*dividuus* significa sia 'divisibile' sia 'diviso'¹⁷) di ciò che è indicato con il termine *lis*¹⁸.

generale (Padova 1935) 602 e nt. 2. Non ci si soffermerà però sulle due storiche dottrine, in ordine alla natura della *litis contestatio*, sostenute l'una da F.L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht* (Zürich 1827); ID., *Der römische Civilprocess und die Actionen*⁶, bearbeitet von A. WACH (Leipzig 1883) 297 ss., e l'altra da M. WLASSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprocess*, in *Festschrift B. Windscheid* (Leipzig 1889); ID., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS. 25 (1904) 121 ss. e 137 ss.; ID., *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer* (Wien 1917) 6 ss. e 45 ss.; ID., *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Lotmar* (Wien 1920) 8 ss., 16 ss. e 24 ss.; ID., *Die klassische Prozessformel. Mit Beiträgen zur Kenntniss des Juristenberufes in der klassischen Zeit I* (Wien-Leipzig 1924) 139 ss.: la prima orientata a vedere nella *litis contestatio* il momento terminale della fase *in iure* («der ideelle Endpunkt»), segnata dalla emanazione del decreto da parte del magistrato («Formelertheilung»); l'altra, invece, improntata sul valore consensuale della *litis contestatio*, quale atto compiuto dalle parti e distinto dal decreto magistratuale di *datio iudicii*. Per una traccia del successivo dibattito, si veda E. BETTI, *Per una costruzione giuridica della così detta consunzione processuale in diritto romano classico* (Parma 1919) 6 ss.; A. GUARNIERI CITATI, *Ancora sugli effetti della 'litis contestatio' nel procedimento formulare*, in BIDR. 34 (1925) 179 ss.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare* (Milano 1946) 7 ss. e 17 ss.; G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, in Riv. dir. proc. (1951) I 37 ss.; ID., s.v. «*Giudicato*», in ED. XVIII (Milano 1969) 735 ss.; inoltre M. ANDRÉEV, *L'effet extinctif de la 'litis contestatio'*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-29 IX 1948*, a cura di G. MOSCHETTI III (Milano 1951) 463 ss.; N. BELLOCCI, *La genesi della 'litis contestatio' nel procedimento formulare* (Napoli 1965); G. SACCONI, *Studi sulla 'litis contestatio' nel processo formulare* (Napoli 1982). Esaurienti indicazioni sulla letteratura in argomento sono in A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1968) 26 ss. e 391 ss.

¹⁷ Cfr. AE. FORCELLINI et al., *Totius Latinitatis Lexicon II* (Patavii 1805, rist. 1940) s.v. «*Dividuus*» 119; *Thesaurus linguae Latinae V, pars prior* (Lipsiae 1909-1934) s.v. «*Dividuus*» 1611 ss.

¹⁸ Per quest'ultimo, a preferenza di un valore ampio, simile a quello di 'controversia' (anche solo sul terreno stragiudiziale), sembra si debba pensare a un significato più tecnicamente definito: secondo W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit. 302, *lis* «ne signifie jamais un grief, une cause d'action, mais toujours, ou un litige actuel ou le

Oltre a ciò, non si può dire che dal testo emerga esplicitamente quel che Gaio intenda per *minus intendere*: tuttavia si può facilmente indurre, guardando a quanto affermato poco prima in relazione al caso opposto del *plus intendere* (da Gai 4.53 in avanti), che sia in tal modo evocato il comportamento del soggetto che agisca per un *quantum* inferiore rispetto a quello per cui, in ipotesi, avrebbe avuto il potere di esperire la propria azione¹⁹.

Si tratta, dunque, esattamente del fenomeno da noi appena identificato con il nome di domanda parziale, qui da Gaio affrontato in maniera quantomai diretta.

Passiamo ora a considerare 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 hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.

Anche qui viene in considerazione la domanda parziale, però il

produit d'un litige actuel». Sul significato del termine, in generale, oltre a H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹ (Jena 1926) s.v. «Lis» 318; *Thesaurus linguae Latinae VII, pars altera* (Lipsiae 1956-1979) s.v. «Lis» 1496 ss., cfr. E.I. BEKKER, *Die prozessualische Konsumtion im klassischen römischen Recht* (Berlin 1853, rist. Aalen 1978) 326, il quale in proposito richiama, in particolare: Var. ling. 7.93. itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis, ideo in actionibus videmus dici: 'quam rem, sive mi litem dicere oportet' (ripreso anche da O. BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung* cit. 193 nt. 9); si vedano inoltre le osservazioni di E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in *Filangieri* 39 (1914) 687; da ultimo, R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'* (Milano 2004) 148 ss.

¹⁹ Parlo di 'potere' di azione, adottando così la terminologia (e quindi, a monte, la costruzione concettuale) proposta da G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo* (Milano 1939) in specie 18 ss., 179 ss. e, in sintesi, 301, secondo cui – anche sulla scorta della nota definizione celsina conservata in D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.) – l'*actio* «è un potere verso l'avversario ed ha per obiettivo l'attuazione della sanzione attraverso il compimento degli atti processuali, che ne sono il presupposto».

profilo messo in luce è quello della peculiare natura dell'*exceptio litis dividuae* (nonché pure dell'*exceptio rei residuae*: sulla quale, però, non ci si soffermerà in questa sede²⁰).

Taluni dei profili dell'eccezione con cui si faccia valere la *lis dividua* restano piuttosto oscuri²¹. Mancano punti fermi sulla base dei quali procedere a una ricostruzione del suo tenore letterale²². D'altra parte, non si potrebbe essere sicuri, a mio parere, persino del fatto che essa fosse contenuta in editto²³: una certa variabilità nella denominazione da parte di Gaio (il quale dapprima parla di un'*exceptio litis dividuae et rei residuae* e poi presenta queste due distintamente), nonché la mancanza di riferimenti espliciti nei frammenti dei *Digesta* sono elementi che lasciano spazio alla supposizione che la nostra *exceptio*, pur dotata di proprio nome²⁴ – non in senso edittole²⁵ –, fosse concessa sulla base di una puntuale considerazione della fattispecie (e perciò sia da considerarsi *in factum*²⁶).

²⁰ Poco più che congetture, comunque, su tale *exceptio* sembrano possibili: cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit. 87 ss.

²¹ Non condividerei pertanto la considerazione di W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit. 301, secondo cui «l'*exceptio litis dividuae*, rationelle en soi, ne présente que peu de difficultés».

²² Non fornisce indicazioni O. LENEL, *Das 'Edictum'* cit. 502, § 270; A. PALERMO, *Studi* cit. 147, ipotizza che recitasse: «si pars rei qua de agitur petita est et intra eiusdem praeturam reliqua pars petitur»; manca invece una ricostruzione in D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*² (Padova 1999).

²³ O. LENEL, *Das 'Edictum'* cit. 502, § 270, pur in una cornice di ampia incertezza, mostra di ritenerla edittole.

²⁴ Si potrebbe pensare che quello di *exceptio litis dividuae* fosse un nome in uso nella prassi, come di norma sarebbe accaduto a seguito del decadere del processo formulare: cfr. P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'œuvre de Justinien* (Paris 1947) 498 ss.; sul complesso profilo dei 'nomi' nel processo classico, si vedano le osservazioni di M. MARRONE, *Per la traduzione italiana del Digesto. Sui nomi delle azioni*, in *Atti del Convegno di Studi 'Scientia iuris' e linguaggio nel sistema giuridico romano. Sassari, 22-23 novembre 1996* (Milano 2001) 107 ss.

²⁵ Cfr. Gai 4.118. *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt*, su cui cfr. L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi* (Padova 2003) 131 s. e nt. 66; G. WESENER, *Nichtediktale Einreden*, in *ZSS*. 112 (1995) 109 ss.; R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria* (Milano 1960) 126; G. NICOSIA, *Exceptio utilis*, in *ZSS*. 75 (1958) 281 ss.; A. PALERMO, *Studi* cit. 104.

²⁶ Cfr. D. 13.5.27 (Ulp. 14 ad ed.): per un inquadramento, cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, con la collab. di F. SITZIA e L. VACCA (Torino 1991) 297.

L'unico dato sicuro, messo in luce dai testi gaiani, è quello rappresentato dalla natura dilatoria della nostra *exceptio*: proprio da ciò, quindi, conviene ripartire.

5. *Il regime delle «exceptiones dilatoriae»*. – Con riferimento a Gai 4.56, si è detto che il *minus intendere* è ritenuto in sé lecito (si veda: *licet*); e tuttavia si è rilevato che ciò non esclude la sanzionabilità della condotta dell'attore (*sed ... non permittitur*): in effetti, per tutto il tempo della pretura in corso, alla domanda parziale può essere fondatamente opposta l'*exceptio litis dividuae*.

L'aspetto di tale *exceptio* che al giurista preme valorizzare è, precisamente, quello della sua limitata esperibilità nel tempo: per rimanere alla terminologia di Gai 4.122, quello della sua natura dilatoria, non già perentoria.

Se per diritto civile è ammessa la domanda parziale, risulta d'altra parte affidato al diritto pretorio di correggere tale regola, proprio per mezzo dell'*exceptio*²⁷.

Non si può affermare, allora, che tale strumento conduca l'accertamento del giudice su un fatto che, per sua stessa natura, sia incompatibile con la fondatezza della domanda: se davvero così fosse, oltretutto, si dovrebbe pensare, con qualche difficoltà logica, che il medesimo comportamento dapprima sarebbe giudicato illecito e poi, dopo la scadenza della pretura, tutt'a un tratto diverrebbe lecito.

L'*exceptio* tende invece a evidenziare un problema, in realtà diverso da quello della liceità della condotta, la cui soluzione è, proprio per questo, variabile in ragione del trascorrere del tempo.

Gli effetti di regime delle diverse eccezioni, dilatorie o perentorie, sono chiariti nel brano che segue:

Gai 4.123. Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur

²⁷ Cfr. D. 44.1.2 pr. (Ulp. 74 ad ed.). *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*; osserva L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'* cit. 111: «poiché l'isolare una situazione dalle altre, in genere porta con sé l'idea di riconoscerle un trattamento particolare, s'intuisce facilmente come da questo significato prossimo (di 'caso specificato') si sia arrivati all'ulteriore traslato di *exceptio*, quello appunto di clausola preordinata a sottrarre un caso dalla regola generale». Sul significato di *excipere*, cfr. M. WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel I* cit. 217 nt. 168, e 223 nt. 177.

exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem preempta.

Allorché tempestivamente e fondatamente opposta, l'eccezione dilatoria conduce – esattamente al pari di quella perentoria – alla reiezione della domanda²⁸; inoltre, la deduzione in giudizio preclude la riproposizione di una successiva domanda per la stessa *res*.

Si può ben concludere, in definitiva, che la differenza tra eccezioni dilatorie e perentorie ha un senso solo se osservata *ex ante* rispetto al processo: la natura specifica delle eccezioni dilatorie è, quindi, non tanto quella che si esprime nel provocare l'assoluzione del convenuto, bensì, soprattutto, nell'indurre l'attore a tenere (nel proprio interesse) una certa condotta.

6. *La soluzione del caso prospettata da Scevola in D. 46.8.4*. – Ciò chiarito, a livello generale, a proposito dell'*exceptio litis dividuae*, si torni ora a considerare D. 46.8.4.

Si comprende che, nel caso proposto da Scevola, rimane un sottinteso: almeno in assenza della ratifica dell'operato del *procurator* da parte del *dominus*, avverso la domanda da quest'ultimo promossa non sarebbe stata opponibile l'*exceptio litis dividuae*. Per tale ragione, dopo la proposizione della domanda per cinquanta da parte del *procurator*, il *dominus* avrebbe evitato di trovarsi nella condizione di dover procrastinare l'azione, per vederla accolta, fino alla scadenza della pretura.

Ecco spiegato il motivo per cui si afferma che i *fideiussores* sono obbligati (*tenebuntur*) non solo per l'ammontare del debito di cui essi senza dubbio rispondono in base alla *cautio*, ma anche per la quantificazione dell'interesse al differimento dell'azione per il debito residuo.

In effetti, fino al termine della pretura, la somma rimanente avrebbe potuto continuare a fruttare nella disponibilità del debitore. Scevola ritiene che di tale interesse si debba tenere conto.

Questi meccanismi, che pure mi sembra possano evincersi dal

²⁸ Su ciò, con chiarezza, O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen* (Gießen 1868) 79.

testo con una certa sicurezza, rimangono invero non esplicitati: di qui il sospetto di qualche intervento manipolatorio²⁹.

Alla luce di tali considerazioni, poi, credo si colga la ragione per cui ho ritenuto non giustificata l'ipotesi in base alla quale l'obbligo al pagamento della seconda parte della somma sarebbe stato versato in apposito patto: l'assetto complessivo della fattispecie, infatti, è in sé perfettamente comprensibile tenendo conto soltanto dell'esperibilità dell'*exceptio litis dividuae* nel corso dell'anno di carica del pretore³⁰.

7. *Conclusioni.* – Non rimane ora che tirare le fila del discorso.

Il presupposto del ragionamento di Scevola è rappresentato dall'idea secondo cui non è illecito chiedere il *minus* (si ricordi Gai 4.56: *licet ... non permittitur*). Tuttavia il gioco dell'*exceptio litis dividuae*, con la sua natura dilatoria, spinge il creditore a evitare il frazionamento della domanda.

In effetti, chi voglia proporre domanda parziale sa che dovrà attendere lo scadere della pretura in corso per vedere accolta la propria pretesa sul residuo; altrimenti, essendogli interposta eccezione, finirà soccombente nel secondo giudizio.

Il differimento dell'azione fino alla scadenza della magistratura, indotto dalla necessità di evitare l'opposizione dell'*exceptio*, viene da Scevola apprezzato per il suo valore pecuniario³¹; e ciò è ammissibile giacché si è comunque nel campo del lecito.

Se si valuta complessivamente il funzionamento dell'*exceptio litis dividuae*, si comprende che alla base vi è senza dubbio la considerazione di un principio generale di economia processuale. Occorre evitare che siano portate all'attenzione del medesimo magistrato, per due o più volte, diverse *partes* di una situazione giuridica unitaria; in altri termini, si tende a disincentivare comportamenti che, dando luogo a una moltiplicazione dei processi, aggraverebbero inutilmente l'organizzazione giudiziaria (ciò emerge da Gai 4.122: *... 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 ...*).

²⁹ Cfr. D. DAUBE, *Exceptio* cit. 316.

³⁰ La non necessità del patto, per una coerente lettura del passo, è riconosciuta da E. CANTARELLA, *Il 'minus petere'* cit. 112, che pure si sofferma sull'interpretazione di Ugolino alla quale si è fatto cenno in precedenza.

³¹ Su quest'aspetto porta l'attenzione D. MEDICUS, *Id quod interest* cit. 269.

Al contempo, volendo cogliere più in profondità il senso del problema posto dalla domanda parziale, credo si debba riconoscere che i *prudentes* di essa trattano con una speciale attenzione per l'obiettivo di un'equa composizione degli opposti interessi del creditore-attore e del debitore-convenuto.

A mio parere, occorre muovere dall'idea che il frazionamento della domanda è percepito alla stregua di un comportamento lecito, ma al contempo sostanzialmente non corretto, tenuto dall'attore. Precisamente, è la scelta stessa di procedere a una disarticolazione della domanda – dunque, proprio la modalità con cui l'azione venga proposta – a rivelarsi non conforme a correttezza: si tratterebbe pertanto di una condotta che di per sé potrebbe ritenersi in contrasto con un principio generale di buona fede da valutarsi sul piano del processo³².

Le peculiarità del fenomeno della domanda parziale, tuttavia, impongono una soluzione differente rispetto a quella che sarebbe derivata dall'esperimento dell'*exceptio doli generalis*³³; certo, la condotta dell'attore non si adegua a un principio di correttezza processuale, ma d'altra parte non può perdersi di vista un dato inconfutabile: la domanda proposta rimane, quanto al titolo (e dunque sul piano sostanziale), fondata. Così, l'attore, prima della scadenza dell'anno di carica del pretore, è consapevole del fatto che, avanzando una successiva domanda parziale (dopo la prima già portata in giudizio), andrebbe incontro a una sconfitta; viceversa, una volta decorso l'anno di carica del pretore, quella stessa domanda otterrebbe accoglimento.

Orbene, nel caso specifico prospettato da Scevola in D. 46.8.4, il normale gioco dei contrapposti interessi dell'attore, che fraziona la domanda, e del convenuto, a tutela del quale è a disposizione l'*ex-*

³² Più ampiamente, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit. 89 ss.; inoltre, ID., *Eccezione di dolo generale, 'exceptio litis dividuae' e domanda frazionata, ne L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. GAROFALO (Padova 2006) 251 ss.

³³ Rispetto alla quale ritengo, pur nell'assenza di testimonianze in proposito, che l'ambito di applicazione fosse più specifico, analogamente a quanto si ritiene che accadesse, per esempio, nel caso dell'*exceptio non numeratae pecuniae* (cfr. P. COLLINET, *La nature* cit. 512 ss.). Sull'*exceptio doli generalis* si veda ora L. LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi romani, ne L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. GAROFALO (Padova 2006) 125 ss.

ceptio litis dividuae, risulta sfalsato dal fatto che la pretesa per la prima parte è avanzata da un *procurator*, il quale opera in assenza di ratifica, ma accompagnato dai garanti. La duplicazione dei soggetti sul lato attivo comporta conseguenze svantaggiose soltanto per il convenuto. Ma il giurista vede la possibilità di riguadagnare un accettabile equilibrio delle diverse posizioni intervenendo sul piano del *quantum* al quale siano tenuti i garanti: ritiene che essi debbano rispondere, allora, anche per il *quanti interfuit differri quinquaginta actionem*.

In ultima analisi, dunque, di fronte alla complessa configurazione del problema, è il profondo senso romano dell'*aequitas* a suggerirne l'articolata soluzione: un'*aequitas* non proclamata, ma spesso nascosta – e per questo forse più preziosa – nelle pieghe di quella 'commedia umana' che i meccanismi del processo sanno catturare e della quale mi pare che il passo di Scevola sappia restituire intatta la bellezza.