

‘RES IUDICATA’

a cura di
LUIGI GAROFALO

tomo primo

estratto



JOVENE 2015

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2015

ISBN 978-88-243-2399-4

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

TOMMASO DALLA MASSARA

‘PARS IN TOTO EST’: BREVI RIFLESSIONI
SULL’IDEA DI ‘PARTE’ DI GIUDICATO

SOMMARIO: 1. L’idea di ‘parte’ applicata al giudicato. – 2. L’attenzione di Gaio per la relazione *pars/totum*. – 3. La definizione dell’idea di *pars* in Paul. 21 *ad ed.* D. 50.16.25.1. – 4. L’idea di ‘parte’ applicata al giudicato: Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.7 pr. – 5. Il seguito della testimonianza D. 44.2.7 pr. – 6. La testimonianza di Pomp. 31 *ad Sab.* D. 44.2.21.2. – 7. Il ‘tutto’ come somma di varie ‘parti’: Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.7.4. – 8. Alcune considerazioni finali.

1. *L’idea di ‘parte’ applicata al giudicato.*

Qualche breve riflessione vorrei dedicare a un’elaborazione concettuale che impegna la giurisprudenza romana in tema di giudicato, muovendo in specie da un passo del settantacinquesimo libro *ad edictum* di Ulpiano:

si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est.

In queste poche parole, tratte dal pr. di D. 44.2.7, l’idea portante, sulla quale si costruisce l’intero ragionamento ulpiano circa gli effetti derivanti dalla deduzione della domanda in giudizio e dal conseguente giudicato, è quella per cui *pars in toto est*.

Proprio su ciò, ai fini del discorso che segue, mi preme di portare l’attenzione: specificamente, l’idea che si colloca al centro della riflessione è dunque quella di ‘parte’ del giudicato.

Prima di sviluppare qualche considerazione sul passo, occorre però dire che una significativa attenzione era stata riposta dai giuristi, già prima di Ulpiano, sull'idea di 'parte' in relazione al 'tutto', sebbene non con diretto riferimento al giudicato.

Come presto si vedrà, guardando dapprima a Gaio, ma anche subito di seguito soffermandosi su Quinto Mucio e Servio – quest'ultimi due per quel che conosciamo da un racconto di Paolo –, la giurisdizione si concentrò in uno sforzo definitorio tendente in prima battuta all'identificazione dell'idea di 'parte'.

Si tratta di un problema di identificazione dell'idea di 'parte' in quanto tale considerata, quasi a livello filosofico; ma immediatamente dopo i *prudentes* ne ricavarono le ricadute pratiche, sul piano del regime giuridico, nonché in particolare sul piano degli effetti del giudicato.

2. *L'attenzione di Gaio per la relazione 'pars'/'totum'.*

Sono numerose le testimonianze di Gaio entro le quali può vedersi sottesa una riflessione sull'idea di *pars*, nella sua relazione con il *totum*¹.

Un'attenzione speciale, però, merita:

Gai. 29 *ad ed. prov. D. 6.1.44: fructus pendentes pars fundi videntur.*

La parte è nel tutto, del quale condivide la natura.

Viene in evidenza un'idea derivante direttamente dall'ordine delle cose, la quale non manca di assumere pure una precisa valenza giuridica: così accade che l'idea di parte sia qui applicata ai frutti pendenti del fondo, visti in relazione al fondo medesimo².

Il rapporto intercorrente tra la *pars* e il *totum* cui essa appartiene ritorna in Gaio in maniera evidente anche in:

Gai. 3 *ad ed. prov. D. 50.17.113: in toto et pars continetur.*

¹ Sulle quali, nell'insieme, mi sia concesso di rinviare a T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, 17 ss.

² Il testo D. 6.1.44 è richiamato, nel quadro dell'elaborazione del concetto giuridico di *fructus*, da R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 265; sul suo evolversi, in generale, si veda anche la ricerca di F. ZUCCOTTI, *'Fruges fructusque'. (Studio esegetico su D. 50,16,77). Per una ricerca sulle origini della nozione di 'frutto'*, Milano, 2000.

Al di là della stringatezza del brano, che stando a Lenel dovrebbe collegarsi a Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3.3.46.7, in tema di mandato (*ut alieno nomine sine mandato agere non liceat*)³, conta qui sottolineare la persistenza di una riflessione sui rapporti tra la *pars* e il *totum*⁴.

L'impiego del verbo *continere*, peraltro, rende ancora più chiara l'idea di appartenenza della parte a un'entità unitaria più estesa.

Gaio aveva chiaramente messo a fuoco l'idea del rapporto *pars/totum*, avvertendone la capacità espansiva a differenti ambiti giuridici.

Con riguardo all'ambito del processo, sarebbe da prendere in considerazione il vasto tema della domanda parziale intesa come domanda per il *minus*, anziché per il *totum*, che l'attore deliberatamente decida di proporre; domanda rispetto alla quale è opponibile l'*exceptio litis dividuae*.

Dell'*exceptio litis dividuae*, muovendo da Gaio (in specie, 4.56 e 4.122), mi sono specificamente occupato in uno studio monografico di una decina d'anni fa⁵.

La relazione tra il tutto e le sue parti si colloca al fondo anche del problema dell'*exceptio rei residuae*, per la quale nuovamente occorre guardare a Gai 4.122⁶.

In ciascuna delle due ipotesi, quella in cui sia opponibile l'*exceptio litis dividuae* come quella in cui lo sia l'*exceptio rei residuae*, il *totum* postula la necessità, imposta dalla logica prima ancora che dal diritto, che la domanda parziale, perché possa definirsi tale, trovi fondamento in una situazione giuridica di natura unitaria, la quale sarebbe astrattamente idonea a fondare una domanda più ampia rispetto a quella effettivamente proposta.

In altri termini, sul piano sostanziale, l'identificazione di un diritto (per esempio, un credito) passa per il riconoscimento della sua 'unità', nonché per l'accertamento della sua 'misura'; solo a valle di ciò, può valutarsi a sua volta l'ampiezza della domanda e quindi corrispondentemente del giudicato, con tutti gli effetti che da esso derivano⁷.

³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae, 1889 (rist. Roma, 2000), c. 193, f. 81.

⁴ Cfr. A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano, 1956, 113.

⁵ Cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., in specie 87 ss.

⁶ Cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., 27 ss.

⁷ Con particolare riferimento ai profili dell'unità e della misura della domanda avente per oggetto diritti di credito, cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit.,

3. *La definizione dell'idea di 'pars' in Paul. 21 ad ed. D. 50.16.25.1.*

Si volga ora lo sguardo a una testimonianza di Paolo, nella quale è riportato il pensiero di Quinto Mucio:

Paul. 21 ad ed. D. 50.16.25.1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

Si evince che già la giurisprudenza repubblicana aveva condotto una riflessione piuttosto articolata intorno ai rapporti tra *pars* e *totum*.

L'intero testo D. 50.16.25, che – secondo la ricostruzione leneliana⁸ – dovrebbe collocarsi dopo Paul. 21 ad ed. D. 6.1.35.3⁹, riguarda i problemi legati alla costruzione giuridica della *communio*¹⁰: tuttavia, si deve riconoscere che il § 1 ambisce, in sé, ad assumere una valenza generale.

Così, la dottrina osserva che il passo in esame è, oltretutto senz'altro interessante giacché prova la risalenza dell'idea che ne è alla base, assai significativo in quanto il più specificamente dedicato «alla determinazione del concetto di *pars*»¹¹.

62 ss. Sul giudicato, G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia) - (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 727 ss.; M. MARRONE, *Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla cd. funzione positiva dell'exceptio rei iudicatae*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 61 ss.; ID., *Dal divieto di 'agere acta' all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 3 ss.; ID., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955.

⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 1008, f. 339.

⁹ Cfr.: *eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat.*

¹⁰ Sotto questo profilo, la testimonianza è presa in esame da P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, II, Halle, 1907, 406, nt. 807; M. BRETONE, *'Consortium' e 'communio'*, in *Labeo*, VI, 1960, in specie 201 s.; ID., *La nozione romana di usufrutto*, I, Napoli, 1962, 156, nt. 17; A. TORRENT, *Notas sobre la relación entre 'communio' y copropiedad*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, Torino, 1968, 108 s.; A. DIAZ BIALET, *De finium regundorum. C.Th. 2,26,1 - 5*, in *Studi in onore di G. Grosso*, II, cit., 542.

¹¹ Così G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, I, *La procedura formulare*, Torino, 1958, 39; cfr. inoltre R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano,

L'opinione di Quinto Mucio è richiamata, in contrapposizione a quella di Servio, da Paolo, il quale nel brano si esprime a commento della formula della *reivindicatio*.

Intorno alle ricadute che le opinioni dell'uno e dell'altro giurista presentano sul piano del regime di tale azione (nella specie, in funzione dell'opponibilità o meno di un'*exceptio litis dividuae*), ho svolto talune riflessioni nel mio già richiamato studio monografico¹².

Interessa qui soffermarsi, piuttosto, sull'idea di *pars* in sé considerata.

Nel linguaggio comune, si pensa che per 'parte' debba intendersi un elemento valutabile come 'misura' ridotta di una certa 'unità'¹³.

L'idea di Quinto Mucio è tecnicamente definita: si afferma infatti che *pars* di una cosa è soltanto quella *pro indiviso*, ossia la quota, spettante a un soggetto, rispetto a una comunione sul tutto.

Allorché si verifichi un distacco della parte dal suo tutto, sicché l'una venga a distinguersi dall'altro, la prima smette di essere tale, per assumere rilievo come entità autonoma: quindi diventa, a sua volta, un tutto.

Viceversa, per Servio, *pars* è anche quella derivante dal tutto, ma oramai da questo distaccata.

Dunque, pur con opposte soluzioni, i due giuristi, nel fornire una descrizione dell'idea di parte, affrontano direttamente il nodo che sta all'origine delle numerose questioni cui l'impiego di tale idea può dare luogo nel linguaggio giuridico.

Così, essi si pongono l'interrogativo: in base a quale criterio qualcosa merita di dirsi parte di qualcos'altro oppure è da considerarsi un'entità a sé stante? Ovvero, in altri termini: come si discerne la parte dal tutto?

Quinto Mucio propone un'idea più restrittiva, in base alla quale la parte deve presentare un collegamento diretto e attuale con il tutto.

Per Servio, invece, è parte non solo quella descritta da Mucio, bensì

1966, 99. Vede la *definitio* in chiave di *partitio* D. NÖRR, 'Divisio' und 'partitio'. *Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1972, 48 e nt. 200^a; scettico, su ciò, M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano*, in *Quaderni Acc. Naz. Linc.*, 221, II, Roma, 1977, 189 s., nt. 539.

¹² T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., 48 s.

¹³ Cfr. *Il vocabolario Treccani*², III, Roma, 1997, voce *Parte*, 881 ss.

anche quella che ha perduto il proprio collegamento diretto e attuale con il tutto.

In realtà, l'opinione di Servio mostra un grado di elaborazione superiore rispetto a quella di Mucio¹⁴.

Diversamente dal più antico giurista, Servio impone infatti un'osservazione dinamica dei rapporti fra le entità che costituiscono la parte e il tutto: egli ritiene che, affinché possa dirsi se qualcosa sia *pars*, non basti un'immagine – per così dire – 'fotografica' della situazione, com'era nella netta dicotomia muciana tra *pro indiviso* e *pro diviso* (*pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit...*), bensì s'imponga una considerazione dei rapporti tra *pars* e *totum* nel loro eventuale evolversi.

In effetti, solo in questo modo è dato pervenire alla nozione più ampia di *pars*, secondo cui tale può dirsi pure *quod pro diviso nostrum sit*.

Oltre a questa specifica riflessione di cui ci è resa testimonianza da Paolo, si può dire che nel corso dell'evoluzione del linguaggio giuridico romano l'idea di *pars* rimanga costantemente presente all'attenzione dei *prudentes*, i quali a essa fanno sovente richiamo per descrivere i rapporti tra cose¹⁵.

4. L'idea di 'parte' applicata al giudicato: Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.7 pr.

Dopo quanto osservato intorno all'elaborazione dell'idea di *pars* in Gaio e nel dibattito giurisprudenziale rappresentato nel testo paolino, eccoci allora a rileggere con maggior consapevolezza Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.7 pr.

¹⁴ Secondo P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie*, cit., 406, nt. 807, l'intervento correttivo di Servio sarebbe il frutto di una concezione filosofica più evoluta; in tal senso anche M. PHILONENKO, *Elegantia*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 519 s.; vede in D. 50.16.25.1 «eine Rechtsregel, die etwa stark philosophischen Charakter hat» F. HORÁK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, 118.

¹⁵ Cfr., per esempio, Gai. 29 ad ed. prov. D. 6.1.44; Ulp. 18 ad ed. D. 9.1.15; Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.17.2; Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.17.3; Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.17.8; Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.17.10; Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.7; lav. 2 ex post. Lab. D. 50.16.242 pr.; Pomp. 10 epist. D. 50.16.245.1.

Il testo – che per comodità si riproduce – si concentra sui rapporti tra *pars* e *totum*, però in una prospettiva decisamente diversa rispetto a quanto visto fin qui:

si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est: eadem enim res accipitur et si pars petatur eius, quod totum petitum est.

L'idea fondamentale, sulla quale si costruisce l'intero ragionamento circa gli effetti derivanti dalla deduzione in giudizio e dal conseguente giudicato, è quella per cui *pars in toto est*¹⁶.

Si tratta di un'affermazione di lineare evidenza.

Il rapporto tra *pars* e *totum* viene qui considerato in chiave meramente descrittiva: esso richiama alla mente, in particolar modo, il testo di Gaio D. 50.17.113, di cui si è detto dianzi.

Manca invece una riflessione sui problemi posti dall'identificazione dell'idea stessa di *pars*, rispetto a *totum*, diversamente da quanto si è appena visto emergere da D. 50.16.25.1.

L'affermazione, comunque, risulta assai interessante per il valore generale che a essa viene attribuito.

Nel seguito, infatti, Ulpiano precisa:

... nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure.

Dunque, l'idea centrale, per cui *pars in toto est*, si presta a trovare applicazione in fattispecie differenti: tanto allorché si tratti della scomposizione di un *corpus*, quanto pure di una *quantitas*, quanto ancora di un *ius*.

¹⁶ Si veda E.I. BEKKER, *Die prozessualische Konsumtion im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1853 (rist. Aalen, 1978), 232 s. Non interessa, invece, qui discutere le eventuali alterazioni – comunque non di sostanza – che il testo potrebbe avere subito; certo, sembra probabile che siano cadute le parole *vel in iudicium deductae* dopo quelle *rei iudicatae*: in effetti, fu il diritto giustiniano a segnare l'abbandono della terminologia classica (in base alla quale si distingueva a seconda che gli effetti preclusivi richiamati fossero quelli derivanti dalla *litis contestatio* ovvero dal formarsi del giudicato), in favore del richiamo *tout court* dell'*exceptio rei iudicatae*, come rileva M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 197 ss.; cfr. inoltre G. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., 24 e nt. 8; nonché G. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., 728 ss., in specie 732 ss.

Non mi soffermerò sui problemi posti dall'ultima espressione (*vel in iure*), della cui autenticità peraltro si è dubitato¹⁷. In effetti, la considerazione che appartenesse alla giurisprudenza romana l'idea di una «valutazione quantitativa del contenuto dei rapporti giuridici»¹⁸ meriterebbe di essere attentamente soppesata, anzitutto con specifico riguardo per l'usufrutto¹⁹ e per le servitù²⁰.

Occorre, piuttosto, evidenziare un altro aspetto.

La riflessione ulpiana intorno ai rapporti fra *pars* e *totum* si caratterizza per la particolare prospettiva, in base alla quale si passa dal *totum* alla *pars*: dunque dal 'più' si guarda al 'meno'.

Nello specifico, ciò consente di affermare che, una volta preso in esame il *totum*, non avrebbe senso riservare una distinta considerazione alla *pars*, che nel *totum* è appunto compresa.

Il ragionamento, poi, assume una precisa valenza di regime, giacché all'idea di *totum* è associata quella di domanda giudiziale; quindi, all'idea di domanda giudiziale è collegata quella di sentenza.

Dal tutto si passa a osservare le singole frazioni che lo compongono.

Si pone la questione della proponibilità di domande di cui la prima comprende le successive: si verserebbe, dunque, in ipotesi di continenza di cause²¹.

Si considera che la domanda parziale è 'dentro' la domanda per il tutto; corrispondentemente, la sentenza sul tutto copre quella sulla parte²².

¹⁷ Così V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, rist. Napoli, 1994, 163, nt. 2.

¹⁸ G. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., 25, nt. 9.

¹⁹ Cfr. Ulp. 21 *ad ed.* D. 50.16.25: *recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non domini pars, sed servitutis sit, ut via et iter: nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. Hoc et Iulianus, et est verius*, ove si contraddice l'idea di usufrutto quale *pars domini*; nello stesso senso, Ulp. 27 *ad ed.* D. 7.6.5 pr. Ciò sembra d'altra parte non trovare corrispondenza in Pomp. 31 *ad Sab.* D. 44.2.21.3. Una determinazione in senso quantitativo dell'usufrutto, in ragione della sua durata emerge da Vat. frag. 52, come anche da Pomp. 70 *ad ed.* D. 44.2.14.1.

²⁰ Depone contro l'idea che tra l'azione con cui si agisca per una servitù e quella di rivendica ricorra un rapporto tra *pars* e *totum* Paul. 70 *ad ed.* D. 44.1.17. Appare in chiave di valutazione quantitativa tra vari tipi di servitù, invece, Ulp. 2 *inst.* D. 8.3.1 pr.; in questo senso, cfr. anche Ulp. 47 *ad Sab.* D. 46.2.9.2, come pure Ulp. 50 *ad Sab.* D. 46.4.13.1; di più difficile interpretazione Ulp. 17 *ad ed.* D. 8.5.4.1. Un'interessante valutazione quantitativa in tema di servitù emerge da Afr. 9 *quaest.* D. 44.2.26, su cui T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., 57 s.

²¹ Cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., 30 ss.

²² Cfr. F. EISELE, *Exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, in ZSS, XXI, 1900, in specie 26; P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo*

In definitiva, si vuole dunque affermare che la domanda – e, di seguito, la pronuncia – sul *totum* preclude ogni altra domanda – e, quindi, pronuncia – sulla *pars*.

Ebbene, partendo dal modello originario per cui *pars in toto est*, sul quale si è da subito portata l'attenzione, Ulpiano fornisce la chiave per comprendere l'assetto complessivo del regime delle preclusioni processuali, che si usa sintetizzare nella massima *bis de eadem re ne sit actio*²³.

5. *Il seguito della testimonianza D. 44.2.7 pr.*

L'affermazione di tenore generalizzante sulla quale ci si è sopra soffermati, in base a cui si precisa *nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur an in quantitate vel in iure*, trova ben presto una conferma nel seguito del discorso ulpiano:

... proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti, obstat exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio.

Dapprima si propone l'esempio del fondo di cui sia stata rivendicata soltanto una parte: evidentemente tenendo conto della *duplex interpretatio* cui si prestava la nozione di *pars* (per la quale occorre ritornare a D. 50.16.25.1²⁴), Ulpiano specifica che l'eccezione è elevabile tanto se la parte sia *pro diviso* quanto se sia *pro indiviso*.

il diritto romano e il codice civile italiano, Roma - Torino - Firenze, 1883, in specie 116 ss. e 147 ss.; E.I. BEKKER, *Die prozessualische Konsumtion*, cit., 64 ss. e 232 ss.; F.L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zurich, 1827, 259. In questa prospettiva, si veda, in collegamento logico, Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.7.3: *de fructibus eadem quaestio est et de partu: haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio non noceat. Plane si in restitutionem vel fructus vel etiam partus venerunt aestimatiq; sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam*, su cui cfr. G. SACCONI, *La 'pluris petitio' nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano, 1977, 179.

²³ La quale si trova così formulata in fonti non giuridiche: si veda Quint. *inst.* 7.6.4.

²⁴ Cfr. Paul. 21 ad ed. D. 50.16.25.1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.*

Di seguito si afferma che l'eccezione può essere opposta *proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem peti*.

Infine, si fa il caso che in un primo giudizio siano chiesti due beni, dopodiché venga avanzata una nuova domanda per uno soltanto.

Ancora una volta l'eccezione è di ostacolo alla proposizione della seconda domanda.

Trattandosi – per quel che dal testo appare – di due beni distinti (*duo corpora*), non si potrebbe dire che tra l'oggetto (nella dogmatica tradizionale, *petitum* mediato) della prima domanda e quello della seconda sussista una relazione del tipo *totum/pars*: piuttosto, parrebbe semmai ravvisabile un rapporto di più a meno²⁵.

In ogni caso, una volta dedotto in giudizio il più, rimane preclusa la facoltà di agire per il meno.

Dunque, l'idea fondamentale, fissata in D. 44.2.7 pr., per cui *pars in toto est*, rappresenta una *ratio* generale, la quale si presta a una serie di adattamenti che debbono necessariamente osservarsi caso per caso.

6. *La testimonianza di Pomp. 31 ad Sab. D. 44.2.21.2.*

La medesima impostazione dei problemi sulla quale ci si è appena soffermati è ricavabile dalla lettura di:

Pomp. 31 *ad Sab.* D. 44.2.21.2: *si Stichum et Pamphilum tuos esse petieris et absoluto adversario Stichum tuum esse petas ab eodem, exceptionem obstare tibi constat.*

Anche per Pomponio, qualora si fosse rivolta l'azione dapprima nei confronti di due schiavi e poi di uno solo fra i due, sarebbe stata opponibile l'eccezione.

Si trova anche qui l'idea – che successivamente sarà espressa da Ulpiano in D. 44.2.7 pr. – per cui nel più sta il meno.

Come nell'esempio dei *duo corpora* proposto nel seguito di D. 44.2.7 pr., inoltre, si vede che la preclusione scatta anche se tra l'oggetto della prima domanda e quello della seconda propriamente non si ravvisi una relazione tra *totum* e *pars*.

²⁵ Si veda, sul punto, G. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., 35.

D'altro canto, per come è presentata la fattispecie (in cui dal *totum* si passa alla *pars*), non si potrebbe affermare la sussistenza di un onere, in capo all'attore, di chiedere fin da subito tutti i beni cui abbia diritto, al fine di evitare l'opponibilità dell'*exceptio litis dividuae*²⁶.

Resta chiaro il disegno del rapporto tra 'tutto' e 'parte' in cui gli effetti del giudicato sull'intero sbarrano la strada alla domanda sulla parte.

7. *Il 'tutto' come somma di varie 'parti': Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.7.4.*

Si volga ora l'attenzione al seguito del brano ulpiano, tratto dal libro 75 *ad edictum*, sopra considerato:

Ulp. 75 ad ed. D. 44.2.7.4: *et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*

Il quadro di riferimento resta qui quello propriamente rappresentato dai problemi collegati al regime delle preclusioni processuali²⁷.

Più nella specie, nella seconda parte del passo si prospetta la possibile concorrenza tra la *hereditatis petitio* e altre azioni dirette a singoli beni che dell'eredità sono parte. Si dovrebbe dunque ritenere esperibile un'*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*²⁸.

²⁶ Come osserva G. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., 38.

²⁷ In questa prospettiva, cfr. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 122 ss.; A. PALERMO, *Studi*, cit., 119 s.; R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli, 1972, 46, nt. 49; G. SACCONI, *La 'pluris petitio'*, cit., 55, nt. 23.

²⁸ Sulla quale siamo informati da Gai 4.133; cfr., inoltre, Ulp. 50 *dig. D. 44.1.13*. In argomento, si veda O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1985), 505, § 274; M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig, 1891, 47 s.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., 743, nt. 67; K. HACKL, *'Praeiudicium' im klassischen römischen Recht*, Salzburg - München, 1976, 64 ss. Vede applicabile, in D. 44.2.7.4, un'*exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*, M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 266 s. e nt. 425.

Ancora una volta, però, piuttosto che sugli specifici problemi di regime della fattispecie, mi preme di portare l'attenzione sull'idea di *pars*.

Il rapporto di appartenenza di molte *partes* al medesimo *totum* è qui analizzato in ottica differente rispetto a quanto visto in precedenza.

In effetti, non si riscontra, in questo caso, un problema connesso al passaggio dal 'più' al 'meno' o viceversa; piuttosto, viene messa in rilievo l'equivalenza tra entità che possono essere diversamente considerate a seconda che le si osservi come *totum* o come somma di varie *partes*.

Il problema allora qui si presenta sotto l'aspetto dell'esatta identificazione di una *res* ovvero, per quel che nella specie Ulpiano intende evidenziare, dell'oggetto (*petitum* mediato) del giudizio.

Si afferma che non vi è differenza allorché si prenda in considerazione l'*hereditas* – da intendersi come concetto collettivo – oppure si guardi a tutte le singole cose che nell'insieme la compongono.

Tuttavia, quella che potrebbe sembrare affacciata come una regola generale necessita, come sempre accade nel ragionamento dei *prudentes*, di essere calata nella specificità del singolo caso: e così il tema dei rapporti tra concetti collettivi e cose che ne sono parte viene a essere oggetto, sul piano sostanziale, di riflessioni particolari, elaborate con diretta considerazione – anche sotto il profilo economico – dei rapporti tra cose²⁹.

²⁹ Così, per esempio, nel caso del gregge, che pure può considerarsi un concetto collettivo, si tende a osservare il *totum* come qualcosa di differente rispetto alla somma delle sue *partes*. Si afferma la diversità tra l'azione di rivendica sul gregge e quella sui singoli capi che lo compongono in Iul. 78 *dig.* D. 6.1.56: *vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet*; ciò d'altra parte risulta contraddetto in Pomp. 31 *ad Sab.* D. 44.2.21.1: *si petiero gregem et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eundem gregem petam, obstat mihi exceptio. Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem*. Per questi problemi, si veda M. PAMPALONI, *Sulla 'vindicatio gregis' in diritto romano*, in *Riv. it. sc. giur.*, X, 1, 1890, 268 ss.; F. MILONE, *Le 'universitates rerum'. Studio di diritto romano*, Napoli, 1894 (rist. Roma, 1971), 9 ss.; F. BOSSOWSKI, *De gregis vindicatione*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 257 ss. Inoltre, si veda L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, I, München, 1933, 127. Sulla *vindicatio gregis*, in generale, P. BONFANTE, *La proprietà*, II, Roma, 1926, 115 ss.; G. SEGRÈ, *Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, Torino, 1927, 135 ss.; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, 49; C. LONGO, *Le cose, la proprietà ed i suoi modi di acquisto*, Milano, 1938, 60 ss.; G. GROSSO, *Le cose*, Torino, 1941, 295 ss.; G. PROVERA, *La 'pluris petitio'*, cit., 45.

8. *Alcune considerazioni finali.*

In queste pagine si sono messi in evidenza i percorsi di pensiero che nella giurisprudenza romana conducono all'elaborazione di un'idea, quella di 'parte' del giudicato, all'origine di uno sviluppo bi-millenario.

In via di sintesi, due appaiono gli snodi concettuali imprescindibili: anzitutto, il giudicato sul tutto copre quello sulla parte, esattamente come la parte è contenuta nel tutto; in secondo luogo (ma prioritariamente, da un punto di vista logico), la relazione tra il tutto e le sue parti non può che essere il frutto di un approfondimento di identità tra – per l'appunto – la parte e il tutto cui essa appartiene.

Dal punto di vista della cultura del processo, ciò segna l'acquisizione di un prezioso strumentario concettuale in ordine al tema dell' 'estensione' del giudicato³⁰.

Gli scenari dischiusi, dopo questo 'laboratorio primo' di idee, appaiono di straordinaria ampiezza.

In effetti, il tema della confinazione del giudicato pone interrogativi tanto impegnativi quanto rilevanti sotto il profilo dell'applicazione pratica.

In una rapida (ma non per questo – confido – semplificante) comparazione diacronica, valga osservare per un attimo le difficoltà incontrate dalla nostra Corte di Cassazione, di recente chiamata a pronunciarsi con riguardo all' 'estensione' di un giudicato tedesco che doveva essere riconosciuto in Italia ai sensi del Regolamento 44 del 2001³¹: il problema in tal caso era proprio quello di comprendere la relazione tra parti di giudicato, l'uno formatosi in Germania e l'altro in via di formazione in Italia³²;

³⁰ Anche su questo terreno, fondamentale il ruolo svolto da F.K. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VI, Berlin, 1847, §§ 291 s., nonché da B. WINDSCHIED, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1862¹, § 130, 5b.

³¹ Sugli artt. 32 e 33 di quel Regolamento, proprio in tema di effetti del giudicato, cfr. Corte di Giustizia 15 novembre 2012 (Terza Sezione, nella causa C-456/11, Gothaer Allgemeine Versicherung AG and Others V. Samskip GmbH, avente a oggetto le domande pregiudiziali proposte alla Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal *Landgericht* di Brema con decisione del 25 agosto 2011); sul punto, la Corte si era già pronunciata con sentenza 1° giugno 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Commissione, C 442/03 P e C-471/03 P, Racc. I-4845, punto 44, nonché sentenza 19 aprile 2012, Artegoda/Commissione, C-221/10 P.

³² Cass. 6 febbraio 2014, n. 10853, con nota di E. D'ALESSANDRO, *La legge regolatrice dei limiti oggettivi di efficacia del giudicato riconosciuto in Italia secondo la Corte*

più precisamente, era in discussione se vi fosse sovrapposizione tra una parte della pronuncia tedesca e il perimetro dell'accertamento giunto fino al grado di legittimità in Italia, cosicché l'effetto preclusivo della sentenza tedesca sarebbe emerso nella relazione 'parte'/'tutto'.

Ho ritenuto opportuno fare un cenno a questo caso giurisprudenziale per evidenziare come, di fronte a temi di pura ricostruzione concettuale – giacché i dati legislativi su questi problemi restano tradizionalmente muti –, soltanto il ragionamento giuridico sia in grado di orientare l'interprete, consentendogli così di tracciare alcune linee di demarcazione (certo, pur sempre controvertibili e mutevoli come sono le traiettorie della storia, però imprescindibili).

Ebbene, non è in assoluto un pregio che le linee che oggi l'interprete si cimenta a tracciare ricalchino quelle del passato, nonché quelle dei giuristi romani in particolare, però è sicuro che la conoscenza dell'elaborazione originaria di un'idea – nel caso di queste brevi riflessioni, quella che si sintetizza nelle parole *exceptio rei iudicatae nocet, nam pars in toto est* – rende assai più consapevole il gesto della mano di colui che quelle linee di ragionamento disegna. E questo mi pare già un giovamento non da poco.

di cassazione, in *Int'l Lis*, 2014, 101 ss., nonché di M.F. MEROTTO, *Verso una nozione di 'cosa giudicata' sovranazionale?*, in *Giur. it.*, 2015, 358 ss. In tema di estensione del giudicato in Germania, cfr. K. REISCHL, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozess*, Tübingen, 2002, in specie 166 ss.; M. JACOBS, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, Tübingen, 2005, in specie 195 s., per tacere della letteratura più risalente (per una panoramica si può utilmente consultare, nella recente dottrina italiana, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, in specie, 61, nt. 1). In precedenza, A. NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess*, in *AcP*, 1955, 269 ss.; K.H. SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München-Berlin, 1954, in specie 16 ss.; W.J. HABSCHIED, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld, 1956, in specie 291 ss.