

LA DOMANDA FRAZIONATA E IL SUO CONTRASTO CON I PRINCIPI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA: IL « RIPENSAMENTO » DELLE SEZIONI UNITE

Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726.

SOMMARIO: 1. La nuova pronuncia delle Sezioni Unite. — 2. L'impostazione processuale del tema: la « Teilklage ». — 3. La domanda frazionata valutata alla stregua dei principi di buona fede e correttezza. — 4. La domanda frazionata dal punto di vista dell'art. 1181 c.c. — 5. I molti problemi che restano aperti.

1. — Questa volta non è mancato il coraggio alla Suprema Corte, che è tornata a pronunciarsi sul tema della domanda frazionata. E lo ha fatto per segnare un'inattesa inversione di rotta, a voce delle sue Sezioni Unite, non molti anni dopo che le medesime — con la celebre sentenza del 10 aprile del 2000, n. 108 ⁽¹⁾ — intervennero a delineare un assetto della materia che pareva destinato a durare.

Il problema è antico non meno che complesso: nei limiti di queste brevi note cercherò di proporre un inquadramento generale.

Occorre anzitutto ricordare che, specie nel dibattito degli ultimi due decenni, per « domanda frazionata » si è intesa quella che un soggetto proponga sulla base di un credito unitario, ma deliberatamente scegliendo di chiedere in giudizio la condanna a una porzione del medesimo credito; in altri termini, il fine ultimo che l'attore in questo modo persegue è quello di ottenere il *totum* a lui spettante, però attraverso la frammentazione in più *tranches* del giudizio che — secondo la naturale estensione di questo ⁽²⁾ — si sarebbe dovuto instaurare.

È quindi opportuno precisare che, a spingere il creditore all'idea di agire per frazioni (cronologicamente sequenziali oppure contestuali), è di norma la

⁽¹⁾ Intorno alla quale era venuto alimentandosi un vivace dibattito: quella sentenza compare pubblicata in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268 ss., con nota di R. MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1618 ss., con nota di T. DALLA MAS-SARA, *Tra « res iudicata » e « bona fides »: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel « quantum » della domanda di condanna pecuniaria*; in *Studium iuris*, 2000, p. 1273 ss. con nota di A. FINESSI; in *Guida al dir.*, 2000, 17, p. 46 ss., con nota di E. SACCHETTINI, *La possibilità di frazionare le richieste giudiziarie non sacrifica il diritto di difesa del debitore*; in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, p. 502 ss., con nota di V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*; in *G. it.*, 2001, p. 1143 ss., con nota di A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale « frazionata » in più processi?*, e osservazioni di S. Minetola, nonché di A. Ronco; in *D. e giur.*, 2002, p. 443 ss., con nota di E. SENA, *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione*.

⁽²⁾ Riprendo l'immagine dell'estensione « naturale » del giudizio da C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1991, p. 243 (ove si parla di « delimitazione dell'oggetto di giudicato, e di giudicato, per così dire, naturale »).

volontà di adire per ciascun procedimento un organo investito di competenza inferiore per valore: e così, in particolare, la segmentazione della domanda offre all'attore la possibilità di avvantaggiarsi dei tratti di maggiore informalità e speditezza che connotano il giudizio davanti al giudice di pace, a preferenza del tribunale (in effetti, dopo l'obliterazione delle preture, è questo l'unico caso prospettabile di — potremmo dire — *forum shopping* quanto a competenza per valore). Al di fuori di quest'ipotesi, si può immaginare che l'attore intraveda nel frazionamento della domanda i diversi vantaggi collegabili alla proposizione di una causa « pilota »⁽³⁾.

Ebbene, il nuovo intervento delle Sezioni Unite⁽⁴⁾ trae origine da quattro ricorsi diretti per cassazione, promossi da una società (la si chiami qui Alfa) creditrice nei confronti di un'altra società (questa sia detta Beta), aventi per oggetto altrettante sentenze rese dal Giudice di pace di Giulianova, in esito a distinti procedimenti per decreto ingiuntivo (che non furono mai riuniti), ciascuno per porzioni del *quantum* totale, avviati da Alfa. Vale la pena di aggiungere che, essendo ciascuno dei quattro giudizi sulle singole porzioni del credito di valore inferiore ai 1100 euro, le sentenze furono pronunciate secondo equità proprio per ragioni di valore (dunque ai sensi dell'art. 113, comma 2°, c.p.c.). Il Giudice di pace diede accoglimento alle opposizioni proposte da Beta avverso i decreti ingiuntivi emessi in favore di Alfa: nella specie, quei decreti furono revocati sul presupposto della contrarietà a buona fede e correttezza del comportamento consistente nell'« aver chiesto ed ottenuto un distinto decreto ingiuntivo per ogni fattura (o gruppo di fatture) non pagata, ben potendo essa chiedere un solo decreto ingiuntivo per la totalità del preteso credito ». Peraltro, va subito detto che il medesimo giudice — non in sede monitoria — ritenne poi di accogliere le pretese creditorie, con conseguente condanna del debitore al pagamento dell'intero suo credito, decidendo tuttavia di compensare le spese di lite.

Dunque, i quattro ricorsi proposti da Alfa (introduttivi di altrettanti procedimenti per cassazione non ancora rimodellati secondo il d. legisl. 40 del 2006) erano in effetti riferibili soltanto alla decisione in punto di attribuzione delle spese di lite.

Tali impugnazioni (che, per la consolidata opinione sui limiti del giudizio per cassazione *ex art.* 360, n. 3, c.p.c. in ordine a una pronuncia resa secondo equità ai sensi dell'art. 113 c.p.c., avrebbero dovuto basarsi su una « macroscopica » violazione di norme di diritto, da valutarsi alla stregua della Costi-

⁽³⁾ Così, si potrebbe pensare che la domanda per la prima frazione sia promossa in giudizio allo scopo di preconstituire un giudicato oppure, più semplicemente, di saggiare il terreno presso un certo giudicante (per esempio, in ipotesi di alternatività di fori competenti per territorio): cfr., sul punto, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova 2005, p. 13 s.

⁽⁴⁾ La pronuncia in commento appare già pubblicata in *Guida al dir.*, 2007, 47, p. 28 ss., con nota di M. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*.

tuzione, dei principi generali dell'ordinamento, nonché — a seguito della pronuncia della Consulta n. 206 del 2004 — dei principi informatori della materia [5]) erano sostenute dalle seguenti ragioni: in primo luogo, il giudice *a quo* avrebbe errato nel ritenere contrario ai principi di buona fede e correttezza il comportamento volto a ottenere la condanna all'adempimento del credito pecuniario attraverso la parcellizzazione dello stesso in plurimi giudizi; in secondo luogo, nel caso in esame comunque non si sarebbe fatto valere frazionatamente un unico credito, bensì crediti che quanto alla fonte erano tra loro distinti.

La Suprema Corte in via preliminare rigettava un'eccezione di inammissibilità sollevata dalla resistente Beta, fondata sull'argomento che l'istanza risarcitoria da quest'ultima formulata nei giudizi *a quibus* — e qualificabile come domanda di condanna per lite temeraria — sarebbe stata idonea a mutare il valore della controversia, di talché sarebbe stato oltrepassato il limite di valore entro il quale il giudice di pace aveva il potere di decidere secondo equità. Quindi la medesima Corte liquidava con scarse parole anche il motivo di ricorso — di cui dichiarava il difetto di autosufficienza, per mancanza di indicazioni in atti — con il quale Alfa asseriva che i crediti per cui aveva agito erano in realtà fondati su titoli distinti. I giudici di legittimità si concentravano quindi sulla questione ritenuta centrale, rappresentata dalla legittimità dell'agire per frazioni: con ordinanza interlocutoria, la III Sezione riuniva i quattro giudizi di cui era stata investita e li rimetteva al Primo Presidente, il quale decideva di assegnarli alle Sezioni Unite, in considerazione del fatto che la questione era da ritenersi di «particolare importanza». Non si può peraltro mancare di notare che, in relazione alla controversia da cui aveva preso avvio — per quanto detto sopra — la soluzione adottata avrebbe assunto rilievo unicamente rispetto alla decisione sulle spese.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 108 del 2000, che si è dianzi richiamata, affermava la legittimità dell'agire per frazioni: precisamente, i giudici allora ritenevano che non si sarebbero frapposti ostacoli alla condotta 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 dell'intero *quantum*, per successivamente promuovere un giudizio volto a ottenere il residuo» (6).

(5) Sul punto si veda, con chiarezza, Cass. 3 agosto 2005, n. 16256: più ampi ragguagli in *Codice di proc. civile comm., sub Art. 113*, ed. diretta da C. Consolo, Milano 2007, p. 1068 ss.

(6) Prima della Sezioni Unite del 2000 si segnalano, tra le sentenze favorevoli alla frazionabilità della domanda: 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 »), sulla quale si veda il commento adesivo di E. ALLO-RIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *G. it.*, 1958, I, 1, c. 399 ss., seguita da Cass. 27 marzo 1958, n. 1019, in *G. it.*, 1958, I, 1, c. 1267 ss. Molti anni dopo, di fronte a un credito unitario,

Le pronunce di legittimità successive al 2000 sembravano peraltro essersi pacificamente allineate a quella posizione: in particolare, meritano di essere segnalate Cass. 23 novembre 2000, n. 15138, e Cass. 5 luglio 2001, n. 9090⁽⁷⁾, con riferimento a crediti nascenti da responsabilità extracontrattuale, nonché Cass. 2 settembre 2000, n. 11520⁽⁸⁾, Cass. 4 maggio 2005, n. 9224⁽⁹⁾, e Cass. 28 luglio 2005, n. 15807⁽¹⁰⁾, in tema di crediti *ex contractu*.

Con l'ultima sentenza a Sezioni Unite, invece, la Corte torna sulla *vexata quaestio* per affermare che il frazionamento della domanda risulta « contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda) ».

Quindi, per guardare al caso su cui si era in origine pronunciato il Giudice di pace di Giulianova, fermo restando che il nuovo principio di diritto incide — come detto — soltanto sull'attribuzione delle spese di lite (peraltro ponendosi invece in contrasto con la decisione sul merito già passata in giudicato⁽¹¹⁾), il ricorso della società Alfa viene inaspettatamente rigettato. Stando alle parole impiegate nella motivazione della sentenza (in particolare, cercando lumi nella scelta dell'espressione « ostativo all'esame della domanda »), si dovrebbe ricavare che la domanda frazionata meriti un rigetto per la mancanza di una condizione di trattabilità e decisione della causa nel merito⁽¹²⁾. Tuttavia il punto rimane a mio giudizio nient'affatto perspicuo, come meglio si cercherà di dire nel seguito⁽¹³⁾.

Le ragioni addotte dalla Corte a suffragio di siffatta nuova, decisa, presa di posizione sono di vario ordine (talora invero utilizzate quasi « per cumulo ») e comunque tra loro collegate.

Nello snodarsi della motivazione, si registra il richiamo alla norma di cui all'art. 2 Cost., al principio del giusto processo consacrato nell'art. 111 Cost., all'art. 88 c.p.c., al divieto di abuso del processo, al canone generale di buona fede e correttezza (di cui si afferma l'avvenuta costituzionalizzazione), al riconoscimento degli obblighi di protezione della persona e delle cose della con-

ancora nel senso della frazionabilità, Cass. 19 ottobre 1998, n. 10326, in *G. it.*, 1999, p. 1372, con nota di A. FORCHINO; inoltre, Cass. 5 novembre 1998, n. 11114, in *Mass. F. it.*, 1998, c. 1162; Cass. 5 novembre 1998, n. 11126, *ibidem*, c. 1163.

⁽⁷⁾ L'una e l'altra in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1229 ss., con nota di R. MURONI, *La rilevanza del frazionamento del « petitum » risarcitorio da sinistro stradale nel medesimo giudizio: un unico diritto all'« an » e più diritti al « quantum »?*

⁽⁸⁾ Cfr. in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 159 ss., con nota di F. TIZI, *Limiti oggettivi del giudizio e minima unità azionabile nel processo*.

⁽⁹⁾ Cfr. in *Obblig. e contr.*, 2006, p. 526 ss., con nota di A. MELONI CABRAS, *La frazionabilità della pretesa creditoria e la normalità del prezzo di vendita*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. in *Mass. Giust. civ.*, 2005, c. 1530.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. FINOCCHIARO, *Una soluzione*, cit., p. 32 s.

⁽¹²⁾ Impiego, qui e nel seguito, la terminologia di A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *parte generale*, Padova 1994, p. 57 ss.

⁽¹³⁾ Si veda *infra*, in specie § 5.

troparte, all'esigenza di evitare un aggravio di spese e di oneri processuali, alla necessità di evitare il rischio di una pluralità di giudicati contraddittori, nonché al principio di economia processuale.

In un tentativo di ricostruzione dell'architettura essenziale sottesa al ragionamento della Corte, mi sembra si possa rappresentare una struttura argomentativa così fatta: in primo luogo, varrebbe il richiamo alla regola — con effetti sempre più pervasivi — di buona fede e correttezza; tale regola costituirebbe una specificazione tanto dell'art. 2 quanto dell'art. 111 Cost.; in relazione a quest'ultima norma, poi, andrebbe « adeguata » la lettura dell'art. 88 c.p.c. (che impone alle parti e al difensore « il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità »), il quale sarebbe da allinearsi agli obiettivi di « ragionevolezza della durata » e di « giustezza » del processo.

Una costruzione che si sviluppa dunque dall'alto dei valori costituzionali (e la scelta sembra indotta anche dal fatto che — come detto sopra — la Suprema Corte si è pronunciata ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. su una sentenza emessa dal giudice di pace *ex art.* 113, comma 2^o, c.p.c. ⁽¹⁴⁾), per giungere a un esito di rigetto della domanda frazionata.

Un così netto *revirement* è il frutto di una diversa valutazione complessiva del problema (e la Corte parla infatti della necessità di « rimeditare » la precedente soluzione), sollecitata dal mutamento della temperie culturale intervenuto in questi ultimi anni. In effetti, propriamente di un diverso atteggiamento assiologico si tratta. Le Sezioni Unite parlano di un'evoluzione del « quadro normativo »: e tuttavia corre l'obbligo di precisare che le disposizioni di riferimento in sé non sono cambiate (tranne l'art. 111 Cost., che tra i parametri invocati sembra peraltro quello meno influente), ma semmai ciò che potrebbe ritenersi mutato è la loro interpretazione, sicché solo in questo senso — e non si vuol affatto dire che si tratti di un senso improprio ⁽¹⁵⁾ — sono da ritenersi modificate le norme.

Quella del Supremo Collegio è dunque una pronuncia che scaturisce da un'opzione tra differenti valori dell'ordinamento ⁽¹⁶⁾. Né si potrà negare, per

⁽¹⁴⁾ E dunque sindacabile soltanto nei limiti di cui si è detto: si veda *supra*, nt. 5.

⁽¹⁵⁾ Cfr. R. GUASTINI, in A. BELVEDERE-R. GUASTINI-P. ZATTI-V. ZENO ZENCOVICH, *Glossario*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano 1994, p. 295 ss.

⁽¹⁶⁾ Idealmente raccordabile ad altre storiche sentenze del passato: espressamente citata è Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, sul celebre « caso Fiuggi » (in relazione al quale si giunse a espungere una clausola contrattuale, solo perché ritenuta contraria a buona fede). In quell'occasione la Suprema Corte riconobbe che il principio di buona fede, « per il suo valore cogente », avrebbe concorso a « formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti del contratto, ad un tempo orientandone l'interpretazione e l'esecuzione ». Si legga la sentenza (in molti luoghi commentata) in *Corr. giur.*, 1994, 566, con nota — significativamente — di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*. Vengono evocate anche le pronunce — per la verità un poco eccentriche rispetto al punto in esame — Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, p. 118 ss., con nota di G. BONILINI, e Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *F. it.*, 2006, I, c. 106 ss., con nota di A. Palmieri.

una sorta di « pudore legalistico », che a essa sia sottesa una valutazione *lato sensu* di politica del diritto ⁽¹⁷⁾; e ciò in specie se si tiene conto che, almeno sullo sfondo, si scorge il confronto tra alcuni principi di carattere generale, e così *in primis* quello di disposizione dell'azione (e quindi dell'oggetto del processo) e quello di economia processuale ⁽¹⁸⁾.

Prima di mettere a fuoco alcuni dei molti problemi lasciati aperti dalla nuova sentenza, conviene vedere entro quali « cornici tematiche » (rispetto a ciascuna delle quali si è animato un differente dibattito) possa inserirsi la questione della frazionabilità.

Pare a me che siano evocabili almeno tre differenti scenari: quello dei problemi connessi agli effetti preclusivi della cosa giudicata (prima prospettiva ^[19]); quello dominato dai principi di buona fede e correttezza (seconda prospettiva ^[20]); infine, quello nel quale la domanda parziale è osservata dal punto di vista dei poteri che l'art. 1181 c.c. attribuisce al creditore (terza prospettiva ^[21]).

2. — Cominciando con l'analisi della prospettiva processuale, merita anzitutto dire che il tema della frazionabilità della domanda presenta radici assai robuste nel sistema del processo romano c.d. formulare. In quel contesto, il conflitto tra il creditore che avesse scelto di agire frazionatamente e il debitore convenuto veniva superato attraverso i meccanismi di operatività di un rimedio *ad hoc*: infatti, a fronte della proposizione di una domanda per il *minus* (e così si parla in proposito di un fenomeno di *minoris petitio*, in parallelo con quello più noto della *pluris petitio*), il pretore avrebbe concesso la c.d. *exceptio litis dividuae*, la quale era una difesa che avrebbe impedito la condanna al residuo, dopo che si fosse già portata in giudizio una parte del credito, allorché il (successivo) processo fosse stato radicato entro il medesimo anno di carica del pretore; una volta decorso l'anno, invece, trattandosi di eccezione c.d. dilatoria, non sarebbe stata più opponibile dal convenuto quella specifica *exceptio* dinanzi alla pretesa dell'attore per il residuo ⁽²²⁾. Dunque era data una risposta al problema della domanda frazionata sul piano processuale, affidando ai congegni formulari — che avrebbero in sostanza dissuaso il creditore dall'agire per frazioni, almeno prima dell'anno — un equilibrato temperamento tra gli interes-

⁽¹⁷⁾ Senza che in ciò si veda ragione di critica: sul ruolo « creativo » della giurisprudenza nella cultura giuridica contemporanea, cfr. di recente G. MERUZZI, *L'« exceptio doli » dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, p. 55 ss.

⁽¹⁸⁾ Sul punto, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 281 s.

⁽¹⁹⁾ Si veda *infra*, § 2.

⁽²⁰⁾ Si veda *infra*, § 3.

⁽²¹⁾ Si veda *infra*, § 4.

⁽²²⁾ Mi sia concesso di rinviare in generale a T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 17 ss.

si dell'attore e quelli del convenuto ⁽²³⁾. Questo il regime nel processo romano classico.

L'impostazione che la moderna processualciviltistica ha dato del tema è però debitrice, in più larga misura che del diritto romano, del dibattito che si sviluppò in Germania, specie a partire dai primi del Novecento, tra gli studiosi che si posero l'interrogativo se fosse ammissibile la c.d. *Teilklage* ⁽²⁴⁾.

Perfino nella scelta delle parole, oltre che nella definizione dei concetti, quel dibattito fu poi ripreso in Italia, anzitutto per iniziativa di Enrico Allorio ⁽²⁵⁾, e di altri eminenti studiosi, che iniziarono infatti a discutere (in perfetto parallelo con la *Teilklage*) di « domanda parziale » ⁽²⁶⁾. Di quell'impostazione rimane l'impronta specie nei lavori dei processualisti che in anni più recenti hanno affrontato il problema dei limiti della cosa giudicata ⁽²⁷⁾.

Il nodo centrale, nella prospettiva della *Teilkalge*, è dato dalla valutazione dell'ammissibilità di quest'ultima alla luce dell'esatta confinazione della nozione di domanda e, in rapporto con questa, di giudicato: più precisamente, risulta in discussione se gli effetti del giudicato arrivino a estendersi, al di là di quanto è stato « dedotto », fino a quel « deducibile » ⁽²⁸⁾ che è

⁽²³⁾ Sul punto, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 132 ss.

⁽²⁴⁾ Si veda K. HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht*², Leipzig 1910, p. 166 s. e p. 443 ss.; Id., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, I, Leipzig 1912, p. 491; F. LENT, *Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, II, *Die prozessuale Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Gesetzeskonkurrenz*, Leipzig 1916 (rist. Aalen 1970), p. 38 s., p. 49 ss.; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925 (rist. Aalen 1962), p. 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, p. 1753 ss.; G. DRAUB, *Die Teilklage*, Breslau 1930; H. WENDT, *Die Teilklage*, Düsseldorf 1937; W. HENKEL, *Parteilhre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Heidelberg 1961, in specie p. 60 ss., p. 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, p. 627 ss., ma in specie p. 644 ss. Il panorama della dottrina in tema di *Teilklage* è ripercorso con completezza da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano 1987, p. 283, nt. 159.

⁽²⁵⁾ Specie nella sua già evocata nota *Giudicato*, cit., c. 399 ss.

⁽²⁶⁾ Alludo in particolare ai contributi di A. SCIALOJA, *Sulla scindibilità del giudizio di liquidazione del danno*, in *F. it.*, 1957, I, c. 92 ss., e di F. CARNELUTTI, *Giudicato implicito in tema di liquidazione del danno*, in *R. d. proc.*, 1957, p. 629 ss.

⁽²⁷⁾ Ricordo, in particolare, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 276 ss. e p. 283, nt. 159; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., p. 215 ss., ma in specie p. 244 s. Ripercorre quel dibattito, pur muovendo da diverse premesse (cui si farà cenno nel seguito), M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004, p. 181 ss.

⁽²⁸⁾ Con chiarezza, E. ALLORIO, *Giudicato*, cit., c. 400: « la sentenza ottenuta sull'oggetto dedotto in giudizio precluderebbe, per una sorta di giudicato implicito, la possibilità di agire una seconda volta per il residuo: si avrebbe a che fare, nel quadro di questa premessa, con un'autentica preclusione *pro iudicato*, in base al canone secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile ».

rappresentato dalla porzione di una certa situazione giuridica — per quel che interessa, una quantità del credito — in precedenza non portata in giudizio ⁽²⁹⁾.

Questo dunque il primo possibile scenario ricostruttivo.

Naturalmente, già per quanto detto, ben si comprende che il problema della frazionabilità della domanda subito si riallaccia a quello, di carattere più generale, dei criteri identificativi della domanda ⁽³⁰⁾; e la soluzione si fa discendere da un gioco di corrispondenza tra il *quantum* della domanda che si sarebbe potuta/dovuta proporre, da un lato, e il *quantum* del giudicato, con i suoi effetti preclusivi, dall'altro: insomma, se si ritenga che di *eadem res* si tratti, sarebbe senz'altro opponibile l'eccezione di cosa giudicata (o eventualmente, già prima, di litispendenza) alla domanda per il residuo.

Questa stessa è la cornice concettuale entro la quale si colloca un'altra idea ricorrente: l'attore che agisca frazionatamente — così si opina — avrebbe pur sempre la possibilità di evitare lo sbarramento della cosa giudicata conseguente alla « deducibilità » del residuo facendo ricorso a un'espressa limitazione di quanto richiesto nel giudizio sulla prima *tranche*, con corrispondente riserva di azione ⁽³¹⁾: si tratterebbe insomma di un modo di agire che si

⁽²⁹⁾ Sulla base di questo ragionamento, giungono a sbarrare la strada al frazionamento della domanda Cass. 30 gennaio 1956, n. 270, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 645; Cass. 9 ottobre 1956, n. 3417, in *F. it.*, 1957, I, c. 92 ss., con nota critica di A. S.[cialoja]; in seguito, nello stesso senso, Cass. 15 settembre, 1975, n. 3057, in *Mass. G. it.*, 1975, c. 876 s.; Cass. 8 luglio 1981, n. 4488, in *Resp. civ. e prev.*, 1982, p. 411 ss., con nota di P.G. MONATERI, *La scindibilità del giudizio sul « quantum »*; Cass. 11 maggio 1983, n. 3229, in *Mass. G. it.*, 1983, c. 850; poi la celebre Cass., sez. lav., 23 ottobre 1985, n. 5192, pubblicata con numerosi commenti (in *G. it.*, 1986, I, 1, c. 383, con nota di E. RAVAGNANI, *Identificazione dell'azione, interesse ad agire e giudicato*; nonché *ibidem*, 1987, I, 1, c. 537, con nota di A. ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*; in *R. it. d. lav.*, 1986, II, p. 439, con nota di A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*; in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1082, con nota di B. SASSANI, *In tema di pronuncia su danno futuro e di preclusione della successiva autonoma domanda*; in *F. it.*, 1986, I, c. 1383, con nota di V. COCCHI), seguita da Cass., sez. lav., 19 agosto 1987, n. 6952. In tempi piuttosto recenti, Cass. 6 agosto 1997, n. 7275, in *G. it.*, 1998, c. 889 ss., con nota di A. RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del « petitum » di condanna fondata su un'unica « causa petendi » o su « causae petendi » dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*.

⁽³⁰⁾ Cfr. C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VII, Torino 1991, p. 51 ss.

⁽³¹⁾ 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 V. Scialoja, redattore della nota di commento. Su tale linea, più di recente, Cass. 6 agosto 1997, n. 7275, cit.; Cass. 27 ottobre 1998, n. 10702, in *F. it.*, 1999, I, c. 2621 ss., con nota di D. LIANTONIO; nonché la stessa Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit. Sul punto, E. ALLORIO, *Giudicato*, cit., c. 407 ss.; A. ATTARDI, *Frazionamento*, cit., p. 540; A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto*, cit., p. 454, nt. 32; S. MENCHINI-A. PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *F. it.*, 1989, I, c. 2947, in nota a Trib. Napoli 29 maggio 1989; condi-

potrebbe tradizionalmente dire *expressa causa* ⁽³²⁾. Quindi la dichiarazione dell'attore, al momento della proposizione della domanda, necessiterebbe di trovare riscontro nella sentenza stessa. In altri termini, rispetto alla saldatura tra il *tot* che l'attore aveva chiesto (*rectius*, che avrebbe potuto chiedere) e il *tot* su cui scende il giudicato, rimarrebbe aperto un varco rappresentato dalla riserva di azione futura.

Sia consentito soggiungere che viene in evidenza una generale corrispondenza funzionale tra una siffatta riserva e un altro strumento tipico del processo romano classico: alludo alla *praescriptio*, ossia quella parte eventuale della *formula* che consentiva — in caso di prestazioni periodiche, di cui solo alcune venute a scadenza — di introdurre una limitazione della domanda proprio allo scopo di evitare che l'attore incorresse in *pluris petitio* e quindi, in una con la soccombenza che ne seguiva, che si formasse cosa giudicata sul totale ⁽³³⁾.

3. — Un decina d'anni fa approdò in Cassazione l'idea che l'argine più solido al quale il convenuto avrebbe potuto affidarsi onde giungere al rigetto della domanda frazionata fosse quello rappresentato dai principi di buona fede e correttezza ⁽³⁴⁾.

È questa in effetti la seconda prospettiva entro la quale può analizzarsi il problema.

In realtà varie sono state le teoriche invocate nelle motivazioni delle pronunce: si parla di abuso del diritto ⁽³⁵⁾, di eccesso di potere ⁽³⁶⁾, di violazione dei principi di buona fede oggettiva e correttezza (i quali, notoriamente, trovano espressione negli artt. 1175 e 1375 c.c.) ⁽³⁷⁾. L'idea di fondo è comun-

visibili però le ragioni di perplessità espresse da P.G. MONATERI, *La scindibilità*, cit., p. 413; sul punto cfr. anche E. SENA, *Richiesta di adempimento parziale*, cit., p. 443 ss.

⁽³²⁾ Cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 3.

⁽³³⁾ Si veda L. PELLECCHI, *La « praescriptio »*, *Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, specie p. 65 ss., ove sono ampi riferimenti di dottrina (si veda anche A. BURDESE, *Recensione a L. PELLECCHI, La « praescriptio »*, cit., in *SDHI*, 2005, p. 607 ss.).

⁽³⁴⁾ Cfr. Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2727 ss., e Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, l'una e l'altra in *G. it.*, 1998, c. 889 ss., con nota di A. RONCO, *Azione*, cit., nonché Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, in *Corr. giur.*, 1998, p. 540 ss., con nota di O. FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*. Cfr., su questo filone giurisprudenziale, C. TRANQUILLO, *Richiesta di adempimento parziale « ex latere creditoris » ed « exceptio doli generalis »*, in *R. d. priv.*, 1999, p. 367 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass. 23 luglio 1997, 6900, cit.; Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, cit. Per un approfondimento del tema, cfr. S. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006, p. 1 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.

⁽³⁷⁾ Cfr. Cass. 23 luglio 1997, 6900, cit.; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.; Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, cit.

que quella secondo cui non meriterebbe accoglimento una domanda che, per il modo in cui sia proposta, risulti scorretta, maliziosa, in ultima analisi — si potrebbe dire — non conforme ai principi etici storicamente recepiti come criteri normativi nel nostro ordinamento ⁽³⁸⁾.

Occorre però subito aggiungere che, seguendo quest'impostazione, si tratterebbe in definitiva di riconoscere al convenuto l'opponibilità, avverso la domanda frazionata, di uno strumento di difesa che — lo si chiami o meno così — si rivelerebbe sostanzialmente corrispondente all'eccezione di dolo ⁽³⁹⁾: dunque sarebbe da invocarsi la reviviscenza dell'*exceptio doli* romana, ma precisamente in quella sua articolazione che — stando alla terminologia ricavabile dalle fonti — prende il nome di *exceptio doli generalis seu praesentis* ⁽⁴⁰⁾.

Delicati quanto noti — né, invero, qui ripercorribili — sono i problemi che si collegano alla possibilità di attribuire cittadinanza a un siffatto rimedio anche entro un ordinamento, qual è il nostro, che non ne fa menzione alcuna ⁽⁴¹⁾. In particolare, resta un problema non mai affrontato di petto dalla giu-

⁽³⁸⁾ Si veda l'impostazione di M. TALAMANCA, *La « bona fides » nei giuristi romani: « Leerformeln » e valori dell'ordinamento*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova 2003, p. 1 ss.

⁽³⁹⁾ Questa la prospettiva di analisi che avevo adottato in T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva*, I, cit., p. 429 ss.; inoltre, Id., *Tra « res iudicata », cit.*, p. 1618 ss.; più di recente G. MERUZZI, *L'« exceptio doli », cit.*, p. 295 s. e nt. 145.

⁽⁴⁰⁾ Per un quadro di sintesi, con ampi riferimenti alle fonti, A. BURDESE, voce *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 1073 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, P., *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, p. 488 e nt. 38; il tema del dolo presente e della relativa eccezione è oggetto di ampio approfondimento in M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano 1973, in specie I, p. 166 ss., p. 191 ss., nonché II, p. 624 ss. Si veda inoltre G. MAC CORMACK, « Dolus » in *Republican Law*, in *BIDR*, 1985, p. 1 e ss., in specie 20 ss.; Id., « Dolus » in *Decisions of the Mid-classic Jurists*, in *BIDR*, 1993, p. 83 ss., in specie p. 127 ss.; C.A. CANNATA, « Bona fides » e strutture processuali, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva*, I, cit., p. 257 ss.; M.J. SCHERMAIER, « Bona fides » in *römischen Vertragsrecht*, *ibidem*, III, cit., p. 387 ss.

⁽⁴¹⁾ Basti ricordare, entro una letteratura ormai sconfinata, L. CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1949, p. 782 ss.; G.L. PELLIZZI, voce *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 1074 ss.; A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 218; G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed « exceptio doli »*, in *G. comm.*, 1982, I, p. 407 ss.; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'« exceptio doli generalis »*, in *Contratto e impr.*, 1986, p. 197 ss.; Id., *La buona fede contrattuale*, Padova 1988; F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VII, Torino 1994; Id., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 1055 ss.; Id., *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien-New York 2003, p. 663 ss.; Id., *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano 2007, p. 495 ss.; L. GAROFALIO, *Per un'applicazione dell'« exceptio doli generalis » romana in tema di contratto auto-*

risprudenza, neppure da quel suo filone, ormai cospicuo, mostratosi più aperto nei confronti di tale strumento. Basti guardare, da ultimo, a quanto affermato da Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273 ⁽⁴²⁾: anche in questa recente pronuncia, che pure rappresenta oggi la posizione più avanzata in tema di *exceptio doli generalis*, non si arriva ad affrontare il vero nodo rappresentato dal suo stesso fondamento. Si illustra invece uno scenario fatto di possibili posizioni, evocate ma non *funditus* discusse, ricordando che « secondo un orientamento, detta eccezione costituirebbe espressione del criterio della buona fede; un differente indirizzo l'ha invece ricondotta al divieto di abuso del diritto; un altro orientamento rinviene il suo fondamento congiuntamente nel divieto di abuso del diritto e nella violazione del criterio di correttezza; un ulteriore indirizzo reputa che il rimedio condivida con la buona fede oggettiva e con l'abuso del diritto la medesima esigenza di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela, che giustifica e legittima il sindacato del giudice sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, allo scopo di verificarne la congruità con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento e con le finalità insite nel loro normale esercizio ».

Banale poi aggiungere che il problema del fondamento normativo dell'eccezione di dolo generale presenta un interesse non meramente speculativo. In ragione della sua soluzione, infatti, risulta diversamente plasmata anche l'operatività dello strumento. Così, appare evidente che l'aggancio agli artt. 1175 e 1375 c.c. limiterebbe l'invocabilità dell'*exceptio doli* entro i confini segnati dal campo delle obbligazioni e dei contratti, mentre quel medesimo rimedio non sarebbe applicabile in altri ambiti: per esempio, non potrebbe incidere sui modi di esercizio del diritto di proprietà ⁽⁴³⁾. Nell'ordinamento ro-

nomo di garanzia, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 629 ss. (anche in Id., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, p. 143 ss.); A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss., Id., voce *Exceptio doli generalis. Aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1997; G. MERUZZI, *L'« exceptio doli »*, cit., in specie p. 452 ss.

⁽⁴²⁾ Già pubblicata in *Contratti*, 2007, p. 971 ss., con nota di C. ROMEO, « *Exceptio doli generalis* » ed « *exceptio doli specialis* »; inoltre, su di essa G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'« exceptio doli » e gli « obiter dicta » della Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2007, p. 1369 ss; *la si veda anche, con mio commento, L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Suprema Corte*, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*; secondo tale sentenza, « l'*exceptio doli generalis seu praesentis* sanziona il dolo commesso nel momento stesso in cui l'azione viene proposta in giudizio; tale eccezione si offre come rimedio di carattere generale volto alla reiezione della domanda proposta in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, e così ogniqualvolta sia accertato l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento. Occorre distinguere l'*exceptio doli generalis seu praesentis* dall'*exceptio doli specialis seu praeteriti*: con quest'ultima è sanzionato il dolo commesso al tempo della conclusione del negozio, allorché siano posti in essere raggiri diretti a indurre un soggetto a concludere un negozio che non avrebbe concluso o che avrebbe concluso a condizioni diverse ».

⁽⁴³⁾ Sul punto, T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale*, cit., nt. 38, ove mi ri-

mano, viceversa, l'eccezione di dolo generale era concessa dal pretore a sanzione di qualsivoglia forma di dolo processuale, indifferente rimanendo il fatto che quel dolo si manifestasse in relazione a diritti assoluti o relativi; e similmente accadeva per la più specifica *exceptio litis dividuae* — cui sopra si è fatto cenno —, la quale sarebbe stata opponibile anche a fronte di domande parziali inerenti a *iura in rem*, caratterizzate dal fatto di essere dirette a un *minus*, ma in tal caso inteso come porzione materiale del bene ⁽⁴⁴⁾.

4. — Si sono sin qui delineati i tratti essenziali di due differenti ambiti tematici (dapprima quello dei limiti del giudicato, poi quello dei principi di buona fede e correttezza) entro i quali appare inquadrabile la questione della frazionabilità della domanda. In entrambi i casi, il punto di osservazione era quello delle ragioni opponibili alla domanda per il *minus*, non già degli argomenti che possano renderla fondata. Dunque è sulla posizione del convenuto che si è sin qui concentrata l'analisi: e infatti è venuta in discussione l'esperibilità dell'eccezione (sia questa di cosa giudicata oppure di dolo generale).

È ora il momento di guardare alla questione nell'ottica opposta: rimane in effetti ancora da prendere in esame la prospettiva che si collega al dettato dell'art. 1181 c.c. ⁽⁴⁵⁾. Il nocciolo del ragionamento che in questo caso occorre svolgere è il seguente: nella disposizione che espressamente attribuisce al creditore la facoltà di rifiutare un adempimento parziale — giacché questa è la peculiare concezione dell'art. 1181 c.c. — potrebbe vedersi per implicito riconosciuta quella, di segno contrario, di chiedere l'adempimento parziale ⁽⁴⁶⁾. Dunque, proprio la strutturazione dell'art. 1181 c.c., imperniata sulla posizione del creditore anziché del debitore (dal cui punto di vista la norma assume il significato di un imperativo di adempimento esatto e completo: in

chiamo ad A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in questa *Rivista*, 1959, I, in specie p. 499.

⁽⁴⁴⁾ Ciò ho cercato di illustrare in T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 47 ss.

⁽⁴⁵⁾ Prospettiva percorsa di recente da A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano 2005, p. 44 ss. e p. 301 ss.; sull'art. 1181 c.c., peraltro, è anche il mio commento, contenuto in un *Trattato delle obbligazioni*, sotto la direzione di L. GAROFALO- M. TALAMANCA, di prossima pubblicazione.

⁽⁴⁶⁾ Lucidamente, su ciò, M. GIORGIANNI, voce *Pagamento (diritto civile)*, in *Nov. dig. it.*, XII, Torino 1965, p. 323; G. VERDE, *I limiti oggettivi del giudicato nelle controversie di lavoro*, in *Dir. e giur.*, 1991, p. 723; A. DI MAJO, *Adempimento in generale. Libro quarto: Obbligazioni. Art. 1177-1200*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1994, p. 88 ss. Muovendo dal § 266 BGB, cfr. J. GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen 1994, p. 141. L'argomentazione incentrata sull'art. 1181 c.c. appare discussa anche da Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit., nella quale però si giunge alla conclusione secondo cui la facoltà di pretendere giudizialmente l'esecuzione anche parziale della prestazione, piuttosto che legarsi all'art. 1181 c.c., costituisce espressione del generale *favor creditoris*.

tal senso parla chiaro il § 266 B.G.B. ⁽⁴⁷⁾; e dalla stessa angolazione era concepito l'art. 1246 del codice del 1865 ⁽⁴⁸⁾, potrebbe lasciare spazio alla conclusione per cui allo stesso creditore risulterebbe in definitiva attribuito un potere che comprende tanto il rifiuto (in negativo) quanto la domanda (in positivo) di un adempimento parziale ⁽⁴⁹⁾. Sarebbe pertanto sancita la disponibilità, per il creditore, delle modalità di realizzazione dell'adempimento e, con ciò stesso, ammessa l'ammissibilità della domanda frazionata.

5. — Si è osservato in apertura che l'assetto della questione della frazionabilità disegnato dalle Sezioni Unite del 2000 non sembrava sul punto di essere messo in discussione: mentre prima di quella pronuncia si era a cospetto di un contrasto tra le diverse Sezioni, l'odierna decisione di intervenire con il *plenum* della Suprema Corte per rivedere la precedente impostazione è il frutto di una pura scelta di opportunità di riconsiderazione del problema nel suo complesso.

Insomma, l'organo al quale nel nostro sistema è affidata la funzione nomofilattica ha evidentemente inteso dare un segnale forte, optando per la prevalenza dei principi generali di buona fede e correttezza anche quando questi vengano a confronto con le assai forti ragioni di tutela di un credito che sia, quanto al titolo, di per sé fondato. Si tratta di un mutamento di rotta che la Suprema Corte imprime agganciando quei principi ai pilastri costituzionali degli « inderogabili doveri di solidarietà », di cui all'art. 2, e del canone del « giusto processo » cristallizzato nell'art. 111.

A un livello del tutto generale (direi di individuazione dei valori che si ritengono fondanti di un ordinamento), credo si debba accogliere con soddisfazione la decisione in commento.

Se però si intende guardare più analiticamente la risposta data dalla Corte ai molti problemi posti della domanda frazionata, mi sembra che non possano nascondersi alcune perplessità.

Anzitutto, vero è — come rileva la stessa pronuncia — che non persuade l'idea secondo cui, per il debitore che voglia evitare di subire una pluralità di domande frazionate, sarebbe sufficiente « ricorrere alla messa in mora del creditore, offrendo l'intera somma »; né appagante è l'altro

⁽⁴⁷⁾ « Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt »; interessante l'art. 69 del codice svizzero delle obbligazioni: « 1. Il creditore non è obbligato a ricevere un pagamento parziale, quando l'intero credito sia liquido ed esigibile. 2. Ove il creditore consenta a ricevere un pagamento parziale il debitore non può rifiutare il pagamento della parte che riconosce dovuta ».

⁽⁴⁸⁾ Ove si legge: « il debitore non può costringere il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorché divisibile ».

⁽⁴⁹⁾ In giurisprudenza, tale ragionamento trova espressione nella maniera più limpida in Cass. 19 ottobre 1998, n. 10326, cit.; ma si veda anche Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit.; il problema non viene invece discusso nella sentenza oggi in esame. In dottrina, cfr. in particolare J. GERNHUBER, *Die Erfüllung*, cit., p. 150, e C. TRANQUILLO, *Richiesta*, cit., p. 380.

suggerimento al medesimo debitore di chiedere l'accertamento negativo del credito residuo ⁽⁵⁰⁾.

Tuttavia, non è detto che l'unica alternativa all'impostazione della questione data dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 108 del 2000, ossia in sostanza un « nulla osta » alla domanda frazionata, sia rappresentata dall'inammissibilità *tout court* della stessa.

A mio parere, la soluzione che meglio si sarebbe prestata a disincentivare la prassi della parcellizzazione della domanda, senza però arrivare all'esito estremo del suo rigetto, poteva essere quella di sanzionare il dolo di natura processuale nel quale incorre il creditore (giacché proprio di malafede *nel processo* si tratta, come evidenzia al meglio il confronto con l'impostazione romanistica del tema), attribuendo il carico delle spese di lite al creditore frazionato, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., e così a prescindere dalla soccombenza in giudizio, per la violazione della norma di cui all'art. 88 c.p.c. Dunque si tratterebbe di valorizzare la disposizione che impone alle parti un dovere di lealtà e probità in giudizio (entro la sfera del quale mi pare possa ritenersi assorbita anche la scelta circa la *come* agire), tenendo distinti il profilo della fondatezza della domanda (che quanto al titolo rimane — come si è sottolineato — indiscutibile) e quello delle modalità dell'azione: modalità che, nel caso del frazionamento, si avvertono senza dubbio come contrarie a buona fede e correttezza ⁽⁵¹⁾.

Si deve poi notare, per inciso, che una strategia di maliziosa segmentazione processuale potrebbe sempre esporre il difensore a una responsabilità disciplinare ⁽⁵²⁾.

Ma tant'è: a valle dell'odierna decisione delle Sezioni Unite, queste idee passano in secondo piano. E vale invece la pena di concentrarsi sui problemi che rimangono ora aperti: vorrei evidenziare quelli più gravi, in modo schematico quanto sintetico.

a) La prima questione degna di attenzione deriva da un'incertezza dogmatica cui già si è fatto cenno. La pronuncia delle Sezioni Unite fa riferimento alla violazione dei principi di buona fede e correttezza nel processo: l'asse del ragionamento della Corte è rappresentato in particolare dalla costituzionalizzazione delle norme racchiuse negli artt. 1175 e 1375 c.c., che illuminano il comportamento cui sono tenuti, rispettivamente, i soggetti del rapporto obbligatorio, nonché le parti nell'esecuzione del contratto. Si tratta dunque di

⁽⁵⁰⁾ Tanto per il ricorso alla messa in mora del creditore, quanto per la domanda di accertamento negativo del credito, cfr. Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit. (la seconda proposta già affacciata in dottrina, sulla base del § 280 Z.P.O., da M. PAGENSTECHE, *Efficiacia del giudicato*, cit., p. 645, nt. 9; E. ALLORIO, *Giudicato*, cit., c. 404, e poi ripresa da C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., p. 244).

⁽⁵¹⁾ Ho espresso quest'idea da ultimo in T. DALLA MASSARA, *La domanda*, cit., p. 135 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. l'art. 49 del Codice deontologico forense: « l'avvocato non deve aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita ».

principi che, in sé considerati, non estendono i loro effetti alla sfera del processo: ed è proprio per ciò che si avverte, nelle parole della Corte, lo sforzo di sottolineare la continuità concettuale sussistente tra diritto sostanziale e *potestas agendi*, tra fase fisiologica e fase patologica del rapporto⁽⁵³⁾. Ma occorre ribadire, più in generale, che resta in effetti non mai chiarito (nonostante l'ampio dibattito in dottrina⁽⁵⁴⁾) su quale base normativa il convenuto possa far leva onde sanzionare comportamenti che manifestano la loro maliziosità specificamente sul terreno del giudizio: specchio di tali indecisioni può ritenersi la motivazione della sopra richiamata Cass. 7 marzo 2007, n. 5273⁽⁵⁵⁾, in tema di eccezione di dolo generale.

b) Vi è poi un problema che si colloca del tutto a monte dei ragionamenti svolti dalla Suprema Corte e perciò ne condiziona gli esiti. Di fatto, non si è mai giunti a un chiarimento su quali siano i presupposti in presenza dei quali una certa situazione sostanziale possa dirsi unitaria⁽⁵⁶⁾: in altri termini, se il nuovo orientamento della Cassazione valuta scorretto il frazionamento della domanda, si dà per implicito che sia prima identificato un criterio in base al quale discernere quando, al di fuori del caso più semplice in cui sia vantato un credito di somma di denaro per un unico titolo contrattuale (paradigmaticamente, il prezzo di una vendita), la situazione sostanziale risulti non scindibile. In particolare, occorrerebbe svolgere una riflessione che investa il vasto campo dei crediti risarcitori, per i quali negli anni è andata difficoltosamente assestandosi una complessa geografia di diverse « voci di danno »⁽⁵⁷⁾: potrebbero queste essere azionate autonomamente? Per utilizzare un'espressione incisiva che ha riscosso una certa fortuna in dottrina: qual è la « minima unità strutturale » della domanda⁽⁵⁸⁾?

A margine di ciò, almeno un cenno merita la constatazione che, pur a fronte di un credito che si ritenga inscindibile, a una diversa forma di seg-

⁽⁵³⁾ Con richiamo a Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, in *Rep. F. it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 492.

⁽⁵⁴⁾ Si veda *supra*, nt. 41.

⁽⁵⁵⁾ Per la quale si veda *supra*, nt. 42. Anche nel commento a tale sentenza ho suggerito un approfondimento dell'art. 88 c.p.c. quale parametro di valutazione di comportamenti contro la buona fede processuale.

⁽⁵⁶⁾ Il problema (che si riallaccia a quello della divisibilità dell'obbligazione, per il quale si veda, per tutti, R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Napoli 1953, p. 23 ss.) è affrontato da A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *R. it. d. lav.*, 1986, II, p. 439 ss.; G. VERDE, *Sulla minima unità strutturale azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in nota a Trib. Napoli 6 marzo 1989, in *R. d. proc.*, 1989, p. 573 ss.; su ciò, da ultima, A. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, cit., p. 87 ss.

⁽⁵⁷⁾ Il problema si avverte in particolare modo a cospetto di domande ai sensi dell'art. 1224 c.c., distintamente orientate a ottenere interessi e rivalutazione monetaria; inoltre, in caso di domande con cui si fanno valere diversi « tipi » o « voci » di danno.

⁽⁵⁸⁾ Così G. VERDE, *Sulla minima unità strutturale*, cit., p. 573 ss.

mentazione si potrebbe comunque addivenire (argomentando *ex art.* 1262, comma 2°, c.p.c.) attraverso la sua cessione parziale ⁽⁵⁹⁾: così, a seguito del trasferimento *pro quota* del titolo originariamente unitario, si otterrebbe l'effetto di una moltiplicazione delle domande potenzialmente esperibili in questo caso non da uno solo ma da più creditori avverso il medesimo debitore (sempre senza il consenso di questi, come si evince dall'art. 1260 c.c.).

c) L'ultimo problema che vorrei segnalare è quello sul quale in maniera più sorprendente tace la Suprema Corte. Credo sia assai urgente chiedersi quale contenuto dovrebbe assumere la pronuncia con cui — stando al nuovo orientamento — la domanda frazionata meriti il rigetto: si tratterebbe di sentenza rituale o di merito? Naturalmente la risposta muta in ragione del fondamento normativo che si ponga a base di tale rigetto e di come si conformi lo strumento di difesa spendibile dal convenuto.

Vedo essenzialmente due strade.

Da un lato si potrebbe pensare, muovendosi su un terreno schiettamente processuale, che debba operare un filtro di meritevolezza rispetto alla proponibilità della domanda ⁽⁶⁰⁾: stando a quest'impostazione s'imporrebbe così un vaglio collegabile — in modo più o meno stringente, a seconda delle diverse opinioni — all'interesse di cui all'art. 100 c.p.c. ⁽⁶¹⁾, capace di fondare la reiezione di una domanda — quale deve ritenersi quella frazionata — non degna di tutela. Intendendosi quindi la meritevolezza come un attributo essenziale dell'interesse ad agire e quest'ultimo come una condizione di trattabilità e decisione della causa nel merito (nonché, viceversa, la sua immeritevolezza come il fondamento per un'eccezione — direi senz'altro propria — alla stessa opponibile), l'accertamento della carenza di tale condizione dovrebbe, secondo logica, condurre a una pronuncia di rito ⁽⁶²⁾. Potrebbe avvalorare questa

⁽⁵⁹⁾ La quale è pacificamente consentita: si veda, esemplarmente, Cass., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28269; Cass. 17 luglio 2006, n. 16187.

⁽⁶⁰⁾ Recentemente, in questo senso soprattutto M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela*, cit., in specie p. 205 ss.; in critica, M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento 2005, in particolare p. 85 ss.

⁽⁶¹⁾ Tra le pronunce che sembrano accreditare una simile ricostruzione, Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, in cui si tratta della funzione selettiva svolta da « un concetto di interesse ad agire (*ex art.* 100 c.p.c.) in qualche misura più rigoroso, nel senso che esso dovrebbe rappresentare una condizione ulteriore rispetto a quelle generali o speciali previste per l'esercizio della singola azione »; nonché Cass. 10 novembre 2000, n. 14630, ove è il riferimento a « un interesse non meritevole di tutela, per cui difetta un interesse apprezzabile in rapporto al pregiudizio arrecato dalla controparte, così consentendo di passare dal giudizio sulla mancanza di interesse a quello sulla non meritevolezza dell'interesse ». In dottrina, già tempo addietro G. VERDE, *Sulla minima unità strutturale*, cit., p. 575 ss.

⁽⁶²⁾ Senza qui discutere le premesse, sul piano della dogmatica del diritto processuale civile, di un discorso siffatto (e basti per esempio pensare alle diverse idee, in tema di interesse ad agire, di Attardi e Liebman): cfr. A. CERINO CANOVA, *Unicità del diritto*, cit., p. 448 e nt. 13.

ricostruzione l'espressione utilizzata dalla Corte, ove si parla di « abuso del processo (*ostativo* all'esame della domanda) »⁽⁶³⁾.

Dall'altro lato, giusta un'idea di dolo processuale da intendersi come condotta illecita (sulla scorta della teoria più tradizionale⁽⁶⁴⁾), vi sarebbe invece spazio per concludere che alla domanda frazionata sia opponibile, mediante eccezione propria, un fatto (impeditivo, estintivo, modificativo) in grado di incidere sulla fondatezza della domanda. E si imporrebbe così un accertamento nel merito, idoneo a costituire cosa giudicata materiale⁽⁶⁵⁾.

Dunque, soltanto nel secondo caso l'azione risulterebbe consumata, venendosi a creare una preclusione ostativa rispetto alla riproponibilità di una successiva domanda.

Si tenga poi conto che la scelta tra le due vie indicate sembra sortire esiti che possono essere ancor più divaricati in dipendenza del fatto che si ritenga degna di rigetto soltanto la domanda per la seconda frazione del credito o addirittura già quella per la prima: potrebbe in effetti sorgere il dubbio che le ragioni di contrarietà ai principi di buona fede e correttezza valessero fin da quando sia manifesta l'intenzione di disarticolare la domanda e così eventualmente già al tempo della proposizione dell'azione per la prima *tranche* di credito. Ma — almeno questo è chiaro — in tal modo si giungerebbe a effetti paradossali: chi chieda per qualsiasi ragione un *minus* (magari anche solo ignorando di essere creditore per il di più, oppure perché intende rimettere una parte di debito) avrebbe qualche ragione di temere la reiezione della sua domanda.

Mi pare sia senza dubbio sensato pensare, piuttosto, che soltanto della seconda domanda possa prefigurarsi il rigetto, per il fatto che soltanto con la sua proposizione può dirsi realizzata la parcellizzazione del credito di cui la Corte ha affermato l'illegittimità⁽⁶⁶⁾: anche se, in presenza di un frazionamento contestuale, non rimarrebbe altra strada che quella di un rigetto *en bloc* (pervenendo dunque a un diverso esito, a ben vedere non facilmente giustificabile, rispetto all'ipotesi della parcellizzazione sequenziale).

⁽⁶³⁾ Nel senso dell'inammissibilità si erano espresse Cass. 23 luglio 1997, 6900, cit.; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, cit.; Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, cit., ma senza dar conto del fondamento della scelta. Semmai più perspicua la motivazione di una pronuncia di merito, Trib. Torino 13 giugno 1983, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 815 ss., con nota di A. GAMBARO, nella quale era delineata una saldatura tra la mancanza di interesse, necessariamente meritevole, e l'opponibilità dell'eccezione di dolo a fronte di una domanda frazionata: sul punto, si veda anche G. VERDE, *Sulla minima unità strutturale*, cit., p. 577 s. Si tenga conto che Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit., liquidava come « ipostatizzata e non dimostrata » l'affermazione dell'insussistenza dell'interesse ad agire.

⁽⁶⁴⁾ Per la concezione del dolo come delitto, basti vedere A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, p. 314 ss.; ID., voce *Dolo* (*dir. civ.*), in *Nov. dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 151 ss.; con riferimento al diritto romano, che ne costituisce in questo senso il modello, F.P. CASAVOLA, voce *Dolo* (*dir. rom.*), in *Nov. dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 149 ss.; A. WACKE, *Sul concetto di « dolus » nell'« actio de dolo »*, in *Iura*, 1977, p. 10 ss.

⁽⁶⁵⁾ Su questi aspetti, T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda*, cit., p. 438 s.

⁽⁶⁶⁾ Nello stesso senso, M. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile*, cit., p. 34.

Insomma, molti sono i dubbi che attendono soluzione.

Di certo vi è che si tratta di una pronuncia che segna una decisa rottura rispetto al passato, audace nell'archiviare un meccanismo assai funzionale (quello che consacrava le ragioni del credito, a prescindere dalla scelta dei modi della sua tutela), ma che lascia aperti vari problemi: e in queste note si è cercato soprattutto di metterne in luce la complessa conformazione.

TOMMASO DALLA MASSARA
Prof. ass. dell'Univ. di Verona