

‘RES IUDICATA’

a cura di
LUIGI GAROFALO

tomo secondo

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

FEDERICO PROCCHI

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY
E LA TEORICA DELLA FORZA LEGALE
DEI CD. 'MOTIVI OBIETTIVI' DELLA SENTENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Friedrich Carl von Savigny e la necessità di approfondire lo studio del contenuto della sentenza alla luce della 'Rechtskraft der Gründe'. – 3. Le discordi opinioni della dottrina precedente alla pubblicazione del 'System' in merito alla possibilità di configurare la forza di giudicato dei motivi della sentenza. – 4. La contrapposizione tra due opposti possibili 'Gesichtspunkte' nella formulazione della teorica della forza legale del giudicato. – 5. La necessità di procedere ad una completa ricostruzione dell'istituto della 'Rechtskraft der Gründe' tesa ad assicurare la definitiva determinazione di tutti i rapporti giuridici divenuti litigiosi tra le parti. – 6. La forza legale della sentenza del giudice intesa come 'Fiction der Wahrheit'. – 7. La condivisione della teorica della funzione cd. 'positiva' della *exceptio rei iudicatae*. – 8. L'approfondita indagine del 'contenuto' della sentenza come vero fondamento della cosa giudicata: irrinunciabilità dei cd. 'Urtheilsgründe'. – 9. Bipartizione dei termini del problema: questione di natura 'sostanziale' e questione di natura 'formale'. – 10. La questione di natura 'sostanziale' e la necessità di adottare una nuova terminologia: i cd. 'Elemente des Urtheils' come motivi 'oggettivi' da distinguere dai motivi 'soggettivi' della sentenza. – 11. L'identificazione dei motivi cd. 'oggettivi' della sentenza. – 12. I fondamenti romanistici della dottrina della forza legale dei cd. 'motivi oggettivi' della sentenza. – 13. La questione di natura 'formale': l'individuazione delle fonti da cui si deve riconoscere il vero contenuto del pensiero del giudice. – 14. L'istituto della 'Rechtskraft' nel suo complesso: centralità degli 'objectiven Gründe'. – 15. Il successivo dibattito dottrinale pandettistico. – 16. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Pare interessante notare come il controverso dibattito della moderna scienza processual-civilistica in tema di 'giudicato implicito' e di 'giudicato sulla motivazione'¹ affondi le proprie radici e tragga le proprie origini, quanto meno dal punto di vista dogmatico, da talune fondamentali considerazioni di Friedrich Carl von Savigny (1779-1861²),

¹ Cfr., in particolare, C.M. TARDIVO, *Il giudicato sulla motivazione (ed altre osservazioni sui limiti oggettivi della cosa giudicata)*, Roma, 1967, 69 ss. nonché, più di recente, K. REISCHL, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß*, Tübingen, 2002, 80 ss.; F. LOCATELLI, *L'accertamento incidentale 'ex lege': profili*, Milano, 2008, 52 ss. Sul cd. 'giudicato implicito', sul fronte del moderno diritto positivo italiano, v., *ex plurimis*, E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 13 ss.; E. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 244 ss.; E. HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1955, I, c. 755; L. CIFFO BONACCORSO, *Il giudicato civile*, Napoli, 1955, 20 ss.; E. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Id.*, *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, 215-227; L. MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 26 ss.; U. NATOLI, *Considerazioni sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 274 ss.; F. LANCELOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia e al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 465 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, 118 ss. e 180 ss.; R. POLI, *In tema di giudicato e accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 581-602; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, Napoli, 2006, 67 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*⁶, II, Milano, 2011, 66.

² Nella ormai sterminata letteratura dedicata allo studioso ed alla sua opera scientifica, mi limito a segnalare: E. LANDSBERG, voce *Savigny, Friedrich Karl von*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XXX, Leipzig, 1890, 425 ss.; R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III.2, *Text*, München, 1910, 186 ss.; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*³, München - Berlin, 1958, 254 ss. (trad. it. A. BISCARDI, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, 435 ss.); F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967, 381 ss. (trad. it. U. SANTARELLI - S.A. FUSCO, *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980, 53 ss.); G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *RISG*, XVII, 1973, 91 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, III, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 421 ss.; G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*⁴, Wien - Köln - Graz, 1985, 170 ss. (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia del diritto privato in Europa*, Padova, 1999, 227 ss.); G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*⁴, cit., 170 ss.; G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*⁴, Heidelberg, 1996, 352 ss.; A.M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*², Lisboa, 1999, 182 ss. (trad. it. L. APA - L. SANTI,

sviluppate nel sesto volume del suo monumentale ‘System des heutigen Römischen Rechts’³.

Nell'affrontare lo studio della forza legale (‘Rechtskraft’) della *res iudicata*⁴ il fondatore della ‘Scuola Storica del diritto’ aveva, infatti, inteso conferire un valore (per così dire) ‘universale’ ai risultati della propria indagine articolata sulla base delle fonti del diritto romano⁵.

Introduzione alla storia del diritto europeo, Bologna, 1999, 213 ss.); P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, 115 ss. (trad. it. L. GAGLIARDI, *Il diritto romano nella storia europea*, a cura di E. Cantarella, Milano, 2001, 143 ss.); J. RÜCKERT, voce *Savigny, Friedrich Carl von*, in *Juristen. Ein biographisches Lexicon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, hrsg. von M. Stolleis, München, 2001, 555 ss.; D. NÖRR, voce *Savigny, Friedrich Carl*, in *Neue deutsche Biographie*, XXII, Berlin, 2005, 470 ss.

³ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin, 1847, §§ 280-296, 256-424 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino, 1895, 283-452).

⁴ Per il significato di *res iudicata* nel pensiero del maestro di Francoforte, v. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 284, 298 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 324 s.): «Wir sind gewohnt, das rechtskräftige Urtheil *res iudicata* zu nennen, also zwischen *sententia* und *res iudicata* gerade so zu unterscheiden, wie zwischen Urtheil überhaupt und rechtskräftigem Urtheil. *Res iudicata* aber heißt eigentlich nur ein abgeurtheilter Rechtsstreit, also ein Urtheil überhaupt. Zur Zeit der freien Republik nun, in welcher noch keine Instanzen bestanden, war jedes Urtheil sogleich rechtskräftig, und es war unbedeutlich, sich damals mit dem Ausdruck: *exceptio rei iudicatae* zu begnügen, und darunter die Einrede aus einem *r e c h t s k r ä f t i g e n* Urtheil zu verstehen. Als aber Instanzen eingeführt wurden, unterließ man es, den Sprachgebrauch näher zu bestimmen. *Res iudicata* hieß nach wie vor jedes Urtheil, selbst dann, wenn gegen dasselbe eine Berufung möglich, oder sogar wirklich eingewendet ist». Per una interessante critica del pensiero di Savigny nella prima metà del secolo scorso, v. B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano, 1930, 56 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, II, *Diritto romano*, Milano, 1965, 465 ss. (da cui cito nel prosieguo) ove si evidenzia che il significato di *res iudicata* come lite decisa con sentenza varrebbe solo per il processo formulare, ma non anche per la compilazione di Giustiniano. In particolare, ancora limitatamente al processo formulare Biondi ritiene (*ibid.* 441 ss.) che si debba distinguere la *sententia* (intesa come convincimento del *iudex* in merito alle pretese dedotte in giudizio e, in quanto tale, sprovvista di efficacia giuridica) dal *iudicatum* (quale atto con cui il *iudex*, in ragione della *litis contestatio* intervenuta tra le parti e del *iussus iudicandi* del magistrato, impone al convenuto l'obbligo di pagare una determinata somma di denaro) e quest'ultimo dalla *res iudicata* (in cui si guarderebbe, da un punto di vista ‘oggettivo’ al carattere impositivo della *damnatio* o della *absolutio* e sarebbe a proposito di quest'ultimo aspetto che talvolta i giuristi avrebbero parlato di *ius facere* da parte del giudice).

⁵ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 284 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 309 s.): «Die ganze folgende Abhandlung der Rechtskraft geht darauf aus, ein in sich geschlossenes System dieser Lehre aus den Quellen des R. R. abzuleiten, und ich glaube, daß dazu die Digesten ein völlig befriedigendes Material darbieten».

«Die nun folgende Lehre von der Rechtskraft ruht, so wie das ganze vorliegende Werk, auf dem Boden des Römischen Rechts; aber die Fragen, die hier zur Erörterung kommen müssen, sind so allgemeiner Natur, daß sie überall ihre Beantwortung fordern, auch da, wo von dem Römischen Recht keine Anwendung gemacht wird. – Ferner würde es irrig seyn anzunehmen, daß der Werth und Erfolg dieser Untersuchung an irgend eine besondere Form des Prozessverfahrens gebunden wäre. Sie wird schon hier ange stellt für den altrömischen Formularprozeß, den Prozeß der Justinianischen Zeit, und den gemeinen deutschen Prozeß. Das Bedürfniß derselben tritt aber auch gleichmäßig hervor im Prozeß des Preußischen, so wie in dem des Französischen Rechts⁶».

La ricerca condotta dall'autore per l'antica procedura formulare romana, per la procedura dell'epoca giustiniana e per quella comune tedesca avrebbe, infatti, messo in luce talune questioni la cui risoluzione sarebbe imprescindibile per qualsiasi tipo di processo, anche per quello del diritto prussiano o per quello del diritto francese⁷.

2. *Friedrich Carl von Savigny e la necessità di approfondire lo studio del contenuto della sentenza alla luce della 'Rechtskraft der Gründe'.*

In questa sua complessa ed articolata trattazione della *res iudicata* Savigny dedicò molto spazio alla precisa determinazione del contenuto della sentenza ('Inhalt des Urtheils') suscettibile di passare in giudicato⁸

⁶ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 264 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 289 s.).

⁷ Delle tre categorie di principi che nel loro insieme costituiscono il 'diritto romano attuale' (cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, 92 ss. [trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, 1886, 110 ss.]), quindi, la dottrina della 'Rechtskraft' apparterebbe alla prima, *id est* alla categoria dei principi che direttamente discendono – grazie all'opera della scienza – dalla parte ancora vivente del diritto romano. Sull'interazione delle tre categorie e sul lavoro sistematico in cui devono convergere lo studio delle fonti e quello della prassi, v. M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel Sistema di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, IX, 1980, 279 s.

⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., §§ 286-294, 300-409 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 327-436).

e si soffermò, in particolare, sulla problematica della cd. 'forza legale dei motivi' ('Rechtskraft der Gründe'⁹).

Per l'autore l'esatta conoscenza del 'contenuto' della sentenza non poteva che essere presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'istituto della forza legale¹⁰.

«Das Institut des Rechtskraft ist dazu bestimmt, dem Inhalt jedes Urtheils seine Wirksamkeit für alle Zukunft zu sichern (§ 281). Dabei wird eine genaue Kenntniß dieses Inhalts vorausgesetzt, welcher die Grundlage der Rechtskraft seyn soll¹¹».

Da questa considerazione nasceva lo stupore di Savigny nel constatare la discordia degli autori precedenti su una questione fondamentale e di così frequente applicazione.

«Die Untersuchung über die Rechtskraft der Gründe würde nicht zu einem befriedigenden Schluß geführt seyn, wenn nicht auch die Meinungen unsrer Schriftsteller über diese Frage übersichtlich dargestellt würden. Daß diese Meinungen so sehr unter sich selbst im Widerstreit sind, muß gerade bei einem Gegenstand von so häufiger praktischer Anwendung auffallen, ...¹²»

Pare, quindi, quanto meno opportuno offrire preliminarmente, sia pure in estrema sintesi, una panoramica generale della dottrina precedente la pubblicazione del 'System', al fine di cogliere pienamente i profili di novità dell'indagine condotta da Savigny.

⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., §§ 291-294, 350-409 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 379-436).

¹⁰ V. anche oltre, §§ 8 e 14.

¹¹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 286, 300 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 327). Cfr. anche *ibid.*, § 291, 350 s. (trad. it. 379): «Die bisher durchgeführte Untersuchung über den Inhalt des Urtheils (die Verurtheilung und Freisprechung) bildet zwar die sichere und unentbehrliche Grundlage für die Lehre von der Rechtskraft, ist aber dafür keinesweges ausreichend; vielmehr ist es nöthig, nun noch auf genauere Bestimmungen des Inhalts einzugehen, weil nur auf diesem Wege eine erschöpfende Einsicht in das Wesen der Rechtskraft gewonnen werden kann».

¹² Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 385 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 413).

3. *Le discordi opinioni della dottrina precedente alla pubblicazione del 'System' in merito alla possibilità di configurare la forza di giudicato dei motivi della sentenza.*

Ed in verità il quadro fornito al riguardo dalla dottrina precedente non poteva dirsi né univoco, né soddisfacente.

A tal proposito Savigny divideva le opinioni degli scrittori in tre classi.

La prima classe, la più numerosa, era costituita dagli autori che avevano negato in modo assoluto la forza di giudicato dei motivi, anche quando questi ultimi fossero uniti nella formula della decisione stessa.

Esemplare, in tal senso, Johann Heinrich (von) Berger (1657-1732¹³), il quale – dopo aver dichiarato che di regola le ragioni del decidere non venivano inserite in sentenza – ammetteva che esse potessero essere indicate espressamente o implicitamente, ma subito chiariva che *caeterum rationes decidendi non consequuntur vires rei iudicatae, si quidem iis aliquid contineatur, quod sententia non sit expressum ...*¹⁴.

Pertanto, erano numerosi gli studiosi che affrontavano la questione sbrigativamente, dando per scontata la risposta negativa.

Johann Wilhelm Bernhard von Hymmen (1725-1787¹⁵), ad esempio, nel sesto volume (1780) dei suoi periodici 'Beyträge' si limitava ad affermare lapidariamente in una nota che «die Entscheidungsgründe eines Urtheils können niemals in die Rechtskraft erwachsen¹⁶», ed ancora la quinta edizione (1838) del più recente trattato sul processo civile comune tedesco di Justin Timotheus Balthasar (von) Linde (1797-1870¹⁷) riconosceva la portata del giudicato della sentenza esclusivamente «in den entscheidenden Worten (*verbis decisivis*)» affrettan-

¹³ Cfr. T. MÜLLER, voce *Berger, Johann Heinrich*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, II, Leipzig, 1875, 374 s.; E. DÖHRING, voce *Johann Heinrich Edler von (seit 1717)*, in *Neue deutsche Biographie*, II, Berlin, 1955, 80 s.

¹⁴ Così J.H. VON BERGER, 'Oeconomia juris ad usum hodiernum accomodati'⁵, a cura di C.H. von Berger, Lipsiae, 1741, Lib. IV, Tit. XXII, Th. IV, nt. 6, 1053.

¹⁵ Cfr. A. TEICHMANN, voce *Hymmen, Johann Wilhelm Bernhard von*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, III, Leipzig, 1881, 490.

¹⁶ Così J.W.B. VON HYMMEN, 'Praejudicia Juris', in *Beyträge zu der juristischen Literatur in den Preußischen Staaten*, VI, 1780, 102, nt. 45.

¹⁷ Cfr. J.F. VON SCHULTE, voce *Linde, Justin Timotheus Balthasar*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XVIII, Leipzig, 1883, 665 ss.; H. KÖRNER, voce *Linde, Justinus Freiherr von (hessischer Adel 1839, liechtenstein. Freiherr 1859, österreichischer Freiherr 1870)*, in *Neue deutsche Biographie*, XIV, Berlin, 1985, 576 s.

dosi a precisare «denn nur diese gehen in Rechtskraft über; die Entscheidungsgründe selbst nicht, wenn sie mit den *verbis decisivis* vermischt sind¹⁸».

In questa prima classe Savigny inseriva anche gli autori che si erano limitati a riconoscere valore ai motivi solo quando questi ultimi fossero valsi a consentire l'interpretazione di una sentenza accidentalmente non chiara¹⁹.

Uno dei padri della riforma del sistema giudiziario prussiano nel XVIII secolo, Samuel von Cocceji (1679-1755²⁰), ad esempio, aveva affrontato espressamente, nel secondo volume del proprio trattato dedicato ai temi controversi del diritto civile, la *quaestio* seguente: *An rationes decidendi quoque vim sententiae habeant?*

Resp. Rationes decidendi sunt anima sententiae, adeoque quatenus illam illustrant et declarant, eatenus pars sententiae sunt ... Si ergo sententia obscura est, interpretationem ex rationibus decidendi recipit ... At si sententia clara, rationes decidendi vero vel generales, vel obscurae sunt, restringendae et explicandae sunt illae rationes juxta sententiam, quae specialiter loquitur ...²¹.

In modo non dissimile si era espresso altresì Friedrich Esaias (von) Pufendorf (1707-1785²²), nella sua centocinquantacinquesima *observatio*, significativamente intitolata: *De eo, quod in rationibus decidendi continetur.*

¹⁸ Così J.T.B. VON LINDE, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses*⁵, Bonn, 1838, § 381, 474 e nt. 5.

¹⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 388 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 415 s.).

²⁰ Cfr. R. VON STINTZING, voce *Cocceji, Samuel von*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, IV, Leipzig, 1876, 373 ss.; E. DÖHRING, voce *Cocceji, Samuel Freiherr von (seit 1749)*, in *Neue deutsche Biographie*, III, Berlin, 1957, 301 s.; G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*⁴, Heidelberg, 1996, 95 ss.; M. SCATTOLA, voce *Coccejus, Samuel*, in *Killy Literaturlexicon: Autoren und Werke des deutschsprachigen Kulturraumes*², hrsg. von W. Kühlmann, A. Aurnhammer, C. Henschel und B. Jahn, II, Berlin-New York, 2008, 458 s.

²¹ Così S. VON COCCEJI, *Jus civile controversum*, Lib. XLII, Tit. I, Qu. VIII, ed. Francofurti et Lipsiae, 1740, II, 480.

²² Cfr. F. FRESENDORFF, voce *Pufendorf, Friedrich Esaias*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XXVI, Leipzig, 1888, 699 ss.; T. REPGEN, voce *Pufendorf, Friedrich Esaias Philipp von (reichsadel 1756)*, in *Neue deutsche Biographie*, XXI, Berlin, 2003, 5 s.

*Judicatum sententia, non item rationibus decidendi continetur; etsi aliquando sententia ex rationibus decidendi recte explicatur, ut intelligatur, quid et de quo judex in sententia senserit, et de quo judicaverit. Alias rationes decidendi per se judicatum non efficiunt, si sententia ipsa ad id, quod in rationibus dictum est, non pertineat ...*²³.

Anche l'indirizzo da ultimo delineato finiva, tuttavia, per riconoscere la vera importanza dei motivi ed il loro intrinseco rapporto con la decisione stessa²⁴.

Alla classe (per così dire) 'intermedia' venivano ricondotti quegli scrittori che avevano ammesso la forza di giudicato dei motivi solo quando questi ultimi fossero stati inseriti nella decisione, negandola, invece, tutte le volte in cui essi fossero contenuti in un'aggiunta separata. Tra questi autori Johann Balthasar von Wernher (1675-1742), ad esempio, affrontava dapprima il problema nell'ottica del diritto vigente in Sassonia, giungendo alla conclusione che *contra rationes decidendi, sententiae additae, remedio suspensivo locus haud est*. Per il caso, invece, della *ratio decidendi inserta ipsi sententiae vel decreto* l'autore riteneva che *ubi falsa fuerit, non tantum remedio suspensivo propterea locus est, sed et talis sententia, post decendium elapsum, ex capite nullitatis impugnari potest*²⁵. In un successivo volume delle sue *Observationes forenses*, tuttavia, il medesimo autore – muovendo dalla premessa giusta la quale *in judiciis privatis apud Romanos rationes sententiae modo expressas, modo omissas fuisse probant veteres pronuntiandi formulae*²⁶ – ammise che anche i motivi separati potessero passare in giudicato, qualora il giudice li avesse resi noti alle parti contestualmente alla sentenza, pur disapprovando questo modo di procedere e sostenendo che la scelta migliore sarebbe stata sempre e comunque quella di non pubblicarli²⁷.

²³ Così F.E. VON PUFENDORF, *Observationes juris universi quibus praecipue res judicatae summi tribunalis regii et electoralis continentur*²², I, Lüneburg 1757, Obs. CLV, 391.

²⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 388 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 416).

²⁵ Così J.B. VON WERNHER, *Selectae observationes forenses*, I, Pars IV, Obs. CLXXII, ed. Ienae et Lipsiae, 1756, 925.

²⁶ Così J.B. VON WERNHER, *Selectae observationes forenses*, III, Pars III, Obs. XCVII, n. 1, ed. Ienae, 1749, 508.

²⁷ Cfr. J.B. VON WERNHER, *Selectae observationes forenses*, III, Pars III, Obs. XCVII, n. 24-32, ed. cit., 509 s.: *Sed ut propius ad propositum veniamus, rationes vel ipsi inseruntur sententiae aut decreto, vel separatim adduntur. Illo casu, ubi falsae fuerint,*

Sul medesimo terreno si muoveva anche Justus Claproth (1728-1805²⁸), dedicando un intero paragrafo della sua famosa 'Einleitung' alle ragioni pratiche per cui sarebbe stato inopportuno inserire delle motivazioni nelle sentenze.

«Aus dem Begriff des Urtheils [§. 195.] und aus demjenigen, was bishero angeführet worden ist, lässet sich der Schluß leicht machen: daß es dem Wesen eines Urtheils gar nicht gemäß sey, die Entscheidungsgründe in dasselbe mit einzurücken. Es ist dieses von gar keinem Nutzen; dahingegen kann es viele üble Folgen haben, und die Partheyen in unnöthige Weitläufigkeiten setzen, weil die dem Urtheile einverleibten Entscheidungsgründe die Rechtskraft erlangen, mithin öfters nöthig ist, einen nachtheiligen Entscheidungsgrund von der Rechtskraft abzuhalten, da man sonst keine Ursache hätte wider das Urtheil selbst sich zu beschwehren²⁹».

Al pari di Wernher, quindi, anche Claproth biasimava apertamente l'inserzione dei motivi nella decisione e non valutava positivamente il loro passaggio in giudicato.

non tantum remedio suspensivo locum esse, sed et talem sententiam, post decendum elapsam, ex capite nullitatis impugnari posse, diximus in 'Tom. I. Select. Observ. for. Part. IV. Obs. CLXXII.' Cujus rei causa in eo ponitur, quod tunc rationes simul publicentur, adeoque pars sententiae sint. Hoc casu, quo rationes scorsim expositae sunt, dupliciter saepe videas peccare judices. Aut enim omittunt publicationem sententiae et satis esse credunt, quod sententiae actis apponatur, vel in iisdem forte concepta sit, ejusve partibus petentibus exemplum datum sit, quae cuncta non sufficere, sed opus esse, ut sententia in scriptum redigatur, et ex scripto partibus praelegatur, ostendimus in 'Tom. II. Select. Observ. forens. Part. VI. Obs. 392'. Aut rationes sententiae a iudice simul promulgantur, quod ipsis vitio, non injuriae vertitur, quia hac mente separantur, ne quis eas sententiae ipsi implicet, et litem difficiliorem reddat. Sin culpa iudicis recitatae fuerint cum sententia, ob publicationem indem ejus pars esse censetur, et virtutem rei iudicatae acquirunt. Quocirca si periculum sit, ne altera pars iure, in rationibus ultra sententiae verba, commemorato, utatur, leuterationi vel appellationi locus debet relinqui. Caeterum rationibus separatim datis, neque publicatis, nullum jus, nec res iudicata inde oritur, hinc remedium suspensivum haud est permittendum. Ita iudicavit Ordo Vittembergensis anno 1728. in causa L. Oppels zu Eisleben.

²⁸ Cfr. T. MUTHER, voce *Claproth, Justus*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, IV, Leipzig, 1876, 274 s.; T. SCHULTE, voce *Claproth, Justus*, in *Neue deutsche Biographie*, III, Berlin, 1957, 260 s.

²⁹ Così J. CLAPROTH, *Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß*⁴, II, Göttingen, 1817, 287 s.

Nella terza classe veniva menzionato innanzitutto Justus Henning Böhmer (1674-1749³⁰), primo scrittore moderno a considerare i ‘motivi’ (purché compresi nella controversia attuale³¹) come parti essenziali della sentenza (per così dire, un ‘completamento’ del pensiero del giudice) e ad attribuire loro la stessa forza riconosciuta al contenuto della decisione.

Similiter (V) de ‘rationibus decidendi’ non leve enascitur dubium, utrum hae quoque in rem iudicatam transeant sicuti sententia, cui seorsim, ut fieri solet, sunt adiectae. Contingere enim potest, ut sententia strictius concepta fuerit, quosdam tantum articulos incidentes definiens, in rationibus decidendi autem plures expressi, excussi et decisi fuerint, quod quamvis non satis apte fiat, litem tamen de virtute rei iudicatae operari potest, si factum est. Equidem ‘rationes decidendi’ virtualiter sententiae inesse creduntur, cum contineant fundamenta quibus iudex motus sententiam eo, quo factum est, modo tulit, adeoque eandem vim cum ipsa sententia habere videntur, utpote cuius anima et quasi nervus sunt³².

Ancora con riferimento al diritto vigente Hieronimus von Bayer (1792-1876³³), prendendo le mosse dalla primigenia osservazione di Wernher sopra citata³⁴, riteneva che per l’autorità della cosa giudicata si dovesse prescindere dall’apprezzamento meramente formale del luogo (‘Erkenntniß’ o ‘Entscheidungsgründe’) in cui fosse rinvenibile la statuizione finale del giudice. Così facendo, egli propugnava una nozione non meramente formale di ‘parte dispositiva’ della sentenza, capace di ricomprendere, indipendentemente dalla sua materiale col-

³⁰ Cfr. R.W. DOVE, voce *Böhmer, Just Henning*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, III, Leipzig, 1876, 79 ss.; H. LIERMANN, voce *Böhmer, Justus (Jobst) Henning*, in *Neue deutsche Biographie*, II, Berlin, 1955, 392.

³¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 361, nt. e (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 389, nt. e). V. anche oltre, nt. 140.

³² Così J.H. BÖHMER, *‘Exercitationes ad Pandectas’*, a cura di G.L. Böhmer, V, Exerc. LXXXVII ad Lib. XLII Pand. Tit. I, § 18, ed. Hanoverae et Goettingae, 1762, 534. Cfr. anche Id., *‘Ius ecclesiasticum protestantium’*⁴, I, Halae Magdeburgicae, 1738, Lib. II, Tit. XXVII, § 14, 1397, ove l’autore si esprime negli stessi termini.

³³ Cfr. K.T. VON HEIGEL, voce *Bayer, Hieronymus von*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XLVI, Leipzig, 1902, 278 ss.

³⁴ V. sopra, nt. 25.

locazione, ogni decisione di qualsiasi questione principale controversa tra le parti.

«Zu dem dispositiven Theile ist aber nicht etwa bloß Dasjenige zu zählen, was in der Urtheilsformel selbst vorkommt, sondern Alles, wodurch ein in dem vorausgehenden Verfahren bestrittener Hauptpunct entschieden wird, es mag nun in dem Abschnitte stehen, der die Ueberschrift 'Erkenntniß' führt, oder in dem folgenden unter dem Titel 'Entscheidungsgründe'. Denn die bloß formelle, und oft ohne Sorgfalt gemachte Abtheilung kann hier wohl nicht als entscheidend angesehen werden³⁵».

A giudizio di Savigny, anche Carl Georg (von) Wächter (1797-1880³⁶), pur non essendosi occupato espressamente del problema della forza legale dei motivi della sentenza nel suo famoso manuale del diritto privato vigente nel Württemberg, poteva essere contemplato in questa terza classe di autori, giacché la sua complessiva esposizione dei principi del diritto romano sulla cosa giudicata non si sarebbe potuta giustificare, se non ammettendo una giusta soluzione della prima questione³⁷. Savigny richiamava, quindi, il § 73 del secondo volume dell'opera di Wächter nel suo complesso, ma è verosimile ritenere che egli facesse principalmente riferimento alla trattazione delle conseguenze della sentenza ingiusta e, quindi, all'operato riconoscimento nella *res iudicata* di un contenuto normativo capace di formare tra le parti una 'verità formale', accompagnato dall'accoglimento, per il diritto vigente, della sola funzione 'positiva' del giudicato³⁸.

³⁵ Così H. VON BAYER, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß mit Beziehung auf Martin's Lehrbuch*⁵, München, 1835, 184 s.

³⁶ Carl Georg Wächter (dal 1869 von Wächter) insegnò nelle università di Tübingen (dal 1819), di Leipzig (1833-1835) e nuovamente a Tubinga (1835-1851). Nel 1851 assunse il ruolo di Presidente del prestigioso 'Oberappellationsgericht' di Lübeck, ma già nel 1852 tornò ad insegnare a Leipzig. Cfr. A. VON EISENHART, voce *Wächter, Carl Joseph Georg*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XL, Leipzig, 1896, 435 ss.; R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte*, III.2, *Text*, cit., 386 ss.; G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen*⁴, cit., 517.

³⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 390 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 417 s.).

³⁸ Sul modo in cui l'ingiustizia e l'erroneità della sentenza passata in giudicato potessero essere prese in considerazione in un nuovo processo, non al fine di riformare o di rendere inefficace la sentenza, ma per trarne effetti diversi e ben più limitati, nella

«Abgesehen nun von den außerordentlichen Rechtsmitteln, mit welchen die Rechtskraft eines Urtheils angegriffen werden kann, bestimmt sich die Bedeutung und Wirkung des rechtskräftigen Urtheils nach dem natürlichen, und weil es doch irgend einmal zu einem Ende des Streites kommen muß, nothwendigen Grundsatz: ein Urtheil, welches die Rechtskraft beschritten hat, gilt unter den Parthieen (und ihren Rechtsnachfolgern, unten Nr. III.) als eine das Streitverhältniß *unbedingt bestimmende Norm*; sein Inhalt, sollte es auch materiell ungerecht seyn, bildet doch jedenfalls *formelle Wahrheit* oder s.g. formelles Recht unter den Parthieen (*res judicata pro veritate accipitur*, oder *facit jus inter partes*). ... Bei uns hat das richterliche Urtheil einfach die oben angegebene *positive* Wirkung; es hat aber diese Wirkung durchaus und *exclusiv*, also *in so fern* auch (aber nicht weiter) eine negierende Wirkung gegen alles diesem Positiven Entgegengesetzte. Das rechtskräftige Urtheil nämlich enthält bei uns keine eigentliche Aenderung und Umbildung des zum Prozesse gebrachten Rechtsverhältnisses, sondern hat nur auszusprechen, *wie dasselbe wirklich nach dem bestehenden Rechte unter den Parthieen existirt*; der Richter hat lediglich auf dieses Recht, wie es existirt, zu sprechen. Allein sein rechtskräftiges Urtheil gilt in Beziehung auf das betreffende Rechtsverhältniß *unbedingt*³⁹».

Più complesso ed articolato il giudizio di Savigny sull'opera di due studiosi contemporanei: Johann Friedrich Martin Kierulff (1806-1894⁴⁰)

letteratura del secolo scorso v., in particolare, G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 225 ss., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 5 ss.; ID., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 727 ss., ora anche in *Scritti*, II, cit., 29 ss., ove – tra l'altro – si evidenzia (nt. 1) come l'interesse per il problema della sentenza ingiusta, preso in esame da vari giuristi del diritto comune, venne affievolendosi «man mano che intorno all'efficacia della sentenza si elaborava un sistema armonico di principi coordinati con la massima *res iudicata pro veritate habetur*».

³⁹ Così C.G. WÄCHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, II, *Allgemeine Lehren*, Stuttgart, 1842, § 73, 551 e 553.

⁴⁰ Cfr. A. TEICHMANN, voce *Kierulff, Johann Friedrich Martin*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, LV, Leipzig, 1910, 513 ss.; R. POLLEY, voce *Kierulff, Johann Friedrich Martin*, in *Neue deutsche Biographie*, XI, Berlin, 1977, 595.

e Hermann Buchka (1821-1896⁴¹), entrambi colpevoli – a suo giudizio – di ritenere che il diritto romano non si sarebbe mai liberato, neanche in epoca giustiniana, dai condizionamenti del processo formulare e dal concetto di ‘consumazione’ delle azioni da esso derivanti⁴². Secondo questi ultimi autori, infatti, solo alla pratica moderna⁴³, dominata dall’*aequitas*⁴⁴, sarebbe andato il merito di aver sciolto ogni contraddizione: essi, quindi, ammettevano il formarsi del giudicato sui motivi limitatamente al diritto attuale.

Tale concezione pareva estremamente pericolosa al nostro autore.

«Sie ist aber gefährlicher, als die vorher erwähnte, indem sie die richtige Benutzung der Römischen Rechtsquellen durch irrigte Voraussetzungen verhindert, und zugleich in der angeblichen *aequitas* des heutigen Rechts einer gränzenlosen Willkühr Raum giebt, wovon vielleicht spätere Schriftsteller größeren Missbrauch machen dürften, als bisher in der That geschehen ist⁴⁵».

Indipendentemente dal disaccordo circa la ‘genesi’ dell’istituto ed il conseguente impiego delle fonti romane⁴⁶, le opere di questi ultimi due studiosi rivestivano per il giurista di Francoforte fondamentale importanza sotto il profilo descrittivo. Nel citare un significativo passaggio dell’opera di Kierulff in cui viene presentata la valenza dei motivi

⁴¹ Cfr. H. KLENZ, voce *Buchka, Hermann*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XLVII, Leipzig, 1903, 320 ss.

⁴² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 282 ss., e § 293, 391 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 308 s., e 418 s.).

⁴³ Cfr. H. BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß*, I, Rostock - Schwerin, 1846, 290 ss., ove, per il diritto romano, l’autore ritiene che la forza del giudicato debba essere attribuita soltanto alla decisione e non ai motivi e, in particolare, non ai punti pregiudiziali.

⁴⁴ Cfr. J.F.M. KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, 256.

⁴⁵ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 283 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 309).

⁴⁶ Rifacendoci alla tripartizione delle categorie di principi che secondo Savigny concorrevano a costituire il ‘diritto romano attuale’ (v. sopra, nt. 7), mentre il giurista di Francoforte faceva discendere la forza legale dei ‘motivi’ direttamente dal diritto romano (prima categoria), la posizione di Kierulff e Buchka parrebbe riconducibile ai principi che corrispondono a nuovi bisogni ‘reali’, ma che paiono erroneamente dedotti dal diritto romano (seconda categoria). Per quest’ultima categoria lo studio del diritto romano potrebbe essere utilmente impiegato solo per stabilire l’estensione di tali innovazioni scaturite dalla prassi.

per il diritto vigente⁴⁷, Savigny ne lodava la giusta concezione, sostenendo che «damit ist die Sache selbst so richtig bezeichnet, daß sich von diesem Standpunkt aus jede einzelne Frage über die Rechtskraft der Gründe befriedigend beantworten läßt⁴⁸», mentre della trattazione di Buchka⁴⁹ egli arrivava addirittura ad affermare che «die eigene Darstellung, die derselbe von der Rechtskraft der Gründe giebt, ist befriedigender, als die irgend eines früheren Schriftstellers⁵⁰».

4. *La contrapposizione tra due opposti possibili 'Gesichtspunkte' nella formulazione della teorica della forza legale del giudicato.*

La disparità di opinioni della dottrina precedente circa la possibilità di riconoscere forza di giudicato ai motivi della sentenza non poteva

⁴⁷ Cfr. J.F.M. KIERULFF, *Theorie*, cit., 250: «Wie schon oben angedeutet worden, setzen wir bei unserer Untersuchung die juristische Gültigkeit des Grundsatzes voraus, daß das richterliche Urtheil nach seinem Geist und nicht nach dem bloßen Wortinhalt behandelt werden darf ...»; ed ancora, *ibid.*, 260: «... was man gewöhnlich 'Entscheidungsgründe' nennt, ist eben der wahre concrete Inhalt, und die Condemnation oder Absolution sind nur der Auspruch des aus ihm gefolgerten rechtlichen Resultats. Was entschieden ist, weiß man wahrhaft nur, wenn man jene s. g. Gründe kennt, und die gewöhnlich s. g. Entscheidung selbst giebt davon nur eine oberflächliche andeutende Kunde».

⁴⁸ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 391 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 418).

⁴⁹ Cfr. H. BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß*, II, Rostock - Schwerin, 1847, 183 ss., *praecipue* 184, ove l'autore motiva la propria differente presa di posizione per il diritto romano classico e per i diritti vigenti alla luce delle differenti modalità di fissazione dell'oggetto della lite: «Suchen wir uns nun klar zu machen, was in dem heutigen Rechte practisch und materiell dadurch geändert ist, daß der Gegenstand des Streites nicht mehr durch die Formeln, sondern durch die eigenen formlosen Vorträge der Parteien festgestellt wird, so ist als der erste wichtige Punkt dieser hervorzuheben, daß dem Richter wirklich Alles, was streitig ist, als streitig zur Entscheidung vorgelegt werden kann, während dies zur Zeit des classischen römischen Rechts nicht der Fall war. Es konnte damals nämlich der Richter nie über einen Präjudicialpunkt mit urtheilen, weil die Formel ihm dazu nicht den Auftrag gab, sondern die Frage über die Zuständigkeit der *in iudicium* deducirten Klage als die Grenze seiner Entscheidungsbefugnisse hinstellte. Dies ist heutzutage anders. Wenn jemand jetzt ein Recht in Anspruch nimmt, für welches ein anderes präjudiciell ist, so muß er in der Klage seine Behauptungen auf beide, das präjudicielle und das von demselben abhängige Recht richten, der Beklagte muß sich über beide erklären, und folglich muß auch der Richter, falls beide streitig werden, über beide sein Urtheil fällen». L'estensione (ovviamente nei diritti moderni) della forza legale ai punti pregiudiziali viene in particolare affermata (*ibid.* 187 s.) per la *legitimatō ad causam*.

⁵⁰ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 392 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 420).

che essere dovuta – secondo Savigny – alla mancanza di chiarezza delle questioni e dei concetti sviluppati dai vari autori:

«... und ist nur daraus zu erklären, daß man es versäumt hat, die Begriffe und die Fragen, worauf es bei diesem Streit ankommt, zu klarer Entwicklung zu bringen, bevor die Entscheidung der Fragen unternommen wurde⁵¹».

A suo giudizio tanto la legislazione, quanto la scienza e la pratica del diritto⁵² potevano adottare due punti di vista opposti nel delineare la teoria della *res iudicata*, a seconda che si mirasse essenzialmente alla soddisfazione del bisogno del momento⁵³ oppure che si perseguisse la determinazione definitiva di tutti i rapporti giuridici divenuti litigiosi tra le parti, discussi fino al punto da poter essere decisi con sentenza⁵⁴.

⁵¹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 385 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 413). Cfr. anche *ibid.*, § 291, 351 (trad. it. 379) ove Savigny menziona «die unklaren Begriffe und die Mißverständnisse» in cui sono invischiati coloro che sostenevano che la forza legale si riferisse esclusivamente alla sentenza stessa e non a 'Urtheilsgründe'.

⁵² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 386 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 414); per il comune richiamo da parte dell'autore di 'pratica' e 'letteratura' v. anche *ibid.* 385 [trad. it. 413]. Fin dalla prefazione al 'System' Savigny afferma il postulato della naturale unità di 'teoria' e 'pratica' che si fondano sulla generale natura del diritto stesso. Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., xix s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., 9 ss.): «Die geistige Thätigkeit der Einzelnen in Beziehung auf das Recht kann sich in zwey verschiedenen Richtungen äußern: durch Aufnahme und Entwicklung des Rechtsbewußtseyns im Allgemeinen, also durch Wissen, Lehren, Darstellen: oder durch die Anwendung auf die Ereignisse des wirklichen Lebens. Dieses zweyfache Element des Rechts, das theoretische und das praktische, gehört demnach dem allgemeinen Wesen des Rechts selbst an». Sul punto cfr. R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *Quaderni Fiorentini*, IX, 1980, 23 ss. ove si evidenzia, tra l'altro, che per Savigny 'diritto' e 'scienza del diritto' sono 'storia'. V. anche M. BRUTTI, *La sovranità*, cit., 278 s., ove l'autore pone in risalto come nel 'System' il termine 'Praxis' si caratterizzi per un campo semantico più articolato e ricco rispetto alla 'Methodenlehre' ed al 'Beruf' e come già nella 'Vorrede' (cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., xxix [trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, I, cit., 15 s.]) il giurista di Francoforte additi la giurisprudenza romana quale modello di unificazione della 'teoria' e della 'pratica'.

⁵³ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 386 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 414): «Der eine Gesichtspunkt nun, den man in der Lehre von der Rechtskraft vorzugsweise verfolgen kann, ist die Befriedigung des augenblicklichen Bedürfnisses. Es soll so leicht und so schnell, als möglich, auf die letzte Entscheidung des jetzt vorliegenden praktischen Streites hingewirkt werden. Kann diese Entscheidung auch bei künftigen Streitigkeiten helfen, so ist es gut; für diesen untergeordneten Gegenstand aber haben wir wenig zu sorgen».

⁵⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 387 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 414 s.): «Der entgegengesetzte Gesichtspunkt ist die Feststellung aller, unter

Egli era certo che il secondo punto di vista fosse quello dei giureconsulti romani.

«Dieser zweite Gesichtspunkt ist unzweifelhaft der der Römischen Juristen. Dafür seugt ihre gründliche Ausbildung der Lehre von der Rechtskraft, deren Darstellung die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung ist⁵⁵».

Invece di condividere la fondata costruzione della dottrina della *res iudicata*, così come operata dai giuristi romani, nei tempi più recenti autori e tribunali avrebbero sviluppato le proprie riflessioni unilateralmente nell'ottica del primo punto di vista e questa contrapposizione avrebbe generato le forti discrepanze di opinioni in questa teorica⁵⁶.

5. *La necessità di procedere ad una completa ricostruzione dell'istituto della 'Rechtskraft der Gründe' tesa ad assicurare la definitiva determinazione di tutti i rapporti giuridici divenuti litigiosi tra le parti.*

In questa insanabile contrapposizione, Savigny ritenne, quindi, di dover optare decisamente per il secondo 'Gesichtspunkt', quello a suo giudizio adottato dai giureconsulti romani.

Tale scelta permea *funditus* tutta la ricostruzione dell'istituto della 'Rechtskraft der Gründe' e poggia, a mio sommesso avviso, su tre pi-

den Parteien streitig geworden und bis zur Spruchreife verhandelten, Rechtsverhältnisse für alle Zukunft. So weit dabei die Entscheidung des zunächst vorliegenden, unmittelbar praktischen Streites erleichtert und beschleunigt werden kann, muß es geschehen; nur darf durch die Verfolgung dieses untergeordneten Zweckes das angegebene eigentliche Ziel nicht gefährdet werden». La portata 'paralizzante' di questa affermazione di principio viene, tuttavia, mitigata in nota: cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 387, nt. a (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 415, nt. a): «Es darf freilich diese Behauptung nicht dahin übertrieben werden, als ob das Urtheil nie früher gesprochen werden dürfte, als bis alle streitig gewordenen Fragen spruchreif geworden wären, welchem möglichen Mißverständniß schon oben vorgebeugt worden ist (s. 360 [trad. it. 388]). Nur was wirklich spruchreif geworden ist (oder in naher Zeit gemacht werden kann), soll durch das Urtheil so festgestellt werden, daß diese Feststellung für alle Zukunft sicheres Recht bilden könne».

⁵⁵ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 387 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 415).

⁵⁶ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 293, 387 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 415).

lastrici fondamentali del ragionamento di Savigny, intimamente interconnessi tra di loro:

- la forza legale della sentenza del giudice, intesa alla stregua di 'Fiction der Wahrheit';
- la condivisione della teorica kelleriana della funzione cd. 'positiva' dell'*exceptio rei iudicatae*;
- l'estensione del giudicato ai motivi cd. 'oggettivi' della decisione.

La stretta interdipendenza (verrebbe da dire la 'conseguenzialità') di questi tre aspetti mi induce ad una rapida illustrazione dei primi due, prima di procedere alla trattazione del terzo che costituisce l'oggetto precipuo del presente studio.

6. *La forza legale della sentenza del giudice intesa come 'Fiction der Wahrheit'.*

Come noto, l'esperienza giuridica degli stati germanici e dell'impero austriaco non subì gli influssi di quel movimento politico e legislativo che, sulla scia degli studi di Jean Domat e di Robert-Joseph Pothier⁵⁷, aveva recepito nell'art. 1350 del Code civil⁵⁸, la massima se-

⁵⁷ Già verso la fine del secolo XVII, Jean Domat aveva riproposto la teoria della presunzione, trattando il giudicato nel titolo 'Des preuves en général'. Cfr. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, ed. Paris, 1777, 405 e 416. Nel medesimo ordine di idee si muoverà, nel secolo successivo, Joseph Pothier. Cfr. R.J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur. Nouvelle édition*, II, Paris - Orléans, 1764, Partie IV, Chap. III, Sect. II, § I, n. 808, 429: «La principale espece de présomption *juris et de jure*, est celle qui naît de l'autorité de la chose jugée». Lo stesso autore (*ibid.* Sect. III, Art. III, n. 37, 472 s.) spiega, inoltre, che «l'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement, et cette présomption étant *iuris et de iure* exclut toute preuve du contraire: *res iudicata pro veritate accipitur*, L. 207 ff. de reg. iur.».

⁵⁸ Art. 1350: «La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains faits: tels sont: ... III) L'autorité que la loi attribue à la chose jugée». V. anche art. 1352: «La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe: Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque ... elle ... dénie l'action en justice». La medesima impostazione è riscontrabile anche in Italia, nei codici civili preunitari e nel codice civile del 1865. Tale concezione fu a lungo rispecchiata senza riserve anche dalla dottrina dei due paesi. Sul punto v. G. PUGLIESE, '*Res iudicata pro veritate accipitur*', in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, 783 ss., ora anche in *Scritti*, II, cit., 201 ss.

condo cui la forza legale del giudicato sarebbe improntata all'idea di una 'presunzione legale'⁵⁹.

Savigny rimase, quindi, sostanzialmente fedele all'adagio *sententia facit ius* (pacificamente condiviso dai giuristi, ad eccezione di quelli francesi, del XVII e XVIII secolo) ma, nella consapevolezza di non poter dare per scontata la retroattività del giudicato sul contenuto dei diritti⁶⁰, lo condusse ad una nuova e più precisa formulazione, proponendo la teorica della cd. 'finzione della verità'⁶¹

⁵⁹ Cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (Storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 782 ss., ora anche in *Scritti*, II, cit., 194 ss. da cui cito nel prosieguo; ID., 'Res', cit., 823 ss.; ID., *L'héritage romain dans les règles et les notions modernes concernant la chose jugée*, in *Le droit romain et sa réception en Europe (Actes du colloque organisé par la Faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1973)*, Varsavia, 1978, 175 s., ora anche in *Scritti*, II, cit., 265 s. (da cui cito nel prosieguo).

⁶⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 259 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 284 s.), ove l'autore ammette che – a prima vista – ragioni di equità parrebbero imporre che in una lite posteriore si possa correggere l'errore precedente, riparando l'ingiustizia commessa: «Daß aber das richterliche Urtheil eine solche Rückwirkung auf den Inhalt der Rechte ausübt, wie es oben als die Aufgabe des gegenwärtigen Abschnitts bezeichnet worden ist, das versteht sich keinesweges non selbst, und ist nicht etwa eine aus dem Begriff der Richteramt abzuleitende natürliche oder nothwendige Folge. Aus diesem Begriff folgt nur, daß jeder Rechtsstreit entschieden, und daß diese Entscheidung durch äußere macht, selbst gegen den Willen der unterliegenden Partei, zur Ausführung gebracht werde. Wenn aber in irgend einem späteren Rechtsstreit die Richtigkeit des früheren Urtheils in Zweifel gezogen wird, so scheint es natürlich, eine neue Prüfung vorzunehmen. Wird dabei das Urtheil als ein irriges erkannt (sey es von demselben oder von einem anderen Richter), so scheint es eine einfache Forderung der Gerechtigkeit, den früheren Irrthum zu berichtigen, und das begangene Unrecht gut zu machen, indem das zuletzt erkannte wahre Recht geltend gemacht wird».

⁶¹ L'idea savigniana di esprimere l'operatività della forza legale del giudicato per il tramite della 'Fiction der Wahrheit' avrebbe incontrato numerosi consensi (cfr., ad esempio, C.G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1880, 569 s., il quale – tuttavia – nega che il giudicato crei o estingua diritti; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, I, Frankfurt am Main, 1887, § 127, 414, nt. 4 [trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1902, 501, nt. 4]), ma anche pungenti critiche nell'ambito della dottrina pandettistica. Tra gli oppositori, v., ad esempio, O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *AcP*, LXII [n.F. XII], 1879, 1-96, che dapprima criticò la teorica di Savigny considerando come fondamento della cosa giudicata la decadenza della parte soccombente per l'insufficiente percezione del suo diritto; A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, 1879, 101: «Die Rectskraft ist die Unabhängigkeit des Dekrets für den dekretirenden und jeden anderen Richter; sie ist die bindende Kraft für die betheiligten Processsubjekte. Nicht ist sie Feststellung einer Thatsache; nicht ist sie unwiderrufliche Liquidität, Bewiesen – Sein einer thatsächlichen Behauptung. Ueber solche kann im neuen Process zwischen denselben Parteien immer wieder von neuem gestritten werden. Eine Thatsache ist wahr oder nicht wahr und die

quale espressione dell'autorità della cosa giudicata nel diritto attuale⁶².

«Das höchst wichtige Rechtsinstitut, wodurch der angegebene Zweck erreicht werden soll, läßt sich im Allgemeinen als die *R e c h t s k r a f t* der richterlichen Urtheile bezeichnen, welche nichts Anderes ist, als die *F i c t i o n* der *W a h r h e i t*, wodurch das rechtskräftige Urtheil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert wird. Ein geistreicher Schriftsteller hat dafür den Ausdruck des *f ö r m l i c h e n R e c h t s*, im Gegensatz des wirklichen Rechts, gebraucht⁶³».

Colpisce, in particolar modo, come la definizione della 'forza legale' della sentenza sia qui esclusivamente concepita come 'garanzia' contro ogni futuro tentativo di impugnazione o di invalidazione della stessa. Mutuando la dicotomia coniata dallo 'Staatstheoretiker' Justus Möser⁶⁴,

subjektive Ueberzeugung des Richters über sie kann nie zur Wahrheit machen, was nicht Wahrheit ist. Keine Macht in Himmel und Erde ändert etwas an der Wahrheit der That-sachen. Hier hat die Rechtskraft nicht Sinn, noch Zweck. Der Zweck des Processes ist die Entscheidung strittiger Rechtsverhältnisse. Nur sie kann bindend werde. Nur in ihr kann die autoritative Kraft der Staatsgewalt dem Ausspruche des Richters jenes 'Etwas' zusetzen, was die Unbestreitbarkeit schafft»; P. KLÖPPEL, *Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Civilprozess-Ordnung*, Berlin, 1882, 60 ss., che trova il fondamento della *res iudicata* nel rilievo secondo cui il diritto giungerebbe ad attuarsi solo nella pronuncia del giudice e, quindi, prima di essa sarebbe solo meramente potenziale (*ibid.* 83): «Das Recht ist also so lange nur latent, als blosse Potenz da, erst durch die ihm Geltung und Laufgebende Thätigkeit der öffentlichen Gewalt wird es wirklich». Un concetto analogo si trova anche in uno scritto posteriore di Bülow, che ebbe così modo di tornare sulla questione precedentemente affrontata da un'angolazione diversa: cfr. O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, 4: «Die richterliche Thätigkeit hilft das wom Gesetz nur begonnene Rechtsordnungswerk fortführen und vollenden». Sul punto v. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 788 s., ora anche in *Scritti giuridici scelti*, V, Napoli, 1986, 8 s., da cui cito nel prosieguo.

⁶² Cfr. G. PUGLIESE, 'Res', cit., 247 e nt. 106; ID., *L'héritage*, cit., 266. In merito alla differenza tra 'presunzione' e 'finzione', v. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 8; ID., *L'héritage*, cit., 240, nt. 89.

⁶³ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 261 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 287).

⁶⁴ Cfr. J. MÖSER, *Patriotische Phantasien*, hrsg. von J.W.J. von Voigt, IV, Berlin, 1786, 113 ss., ove l'autore affronta diffusamente la questione «von dem wichtigen Unterschied des *w ü r k l i c h e n* und *f ö r m l i c h e n* Rechts». Sulla figura di Justus Möser (1720-1794), v. F.X. VON WEGELE, voce *Möser, Justus*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XXII, Leipzig, 1885, 385 ss.; W.F. SHELDON, voce *Möser, Justus*, in *Neue deutsche Biographie*, XVII, Berlin, 1994, 687 ss.

Savigny veniva così a contrapporre il 'diritto formale'⁶⁵ al 'diritto effettivo'.

Secondo il nostro autore, il fondamento del giudicato doveva essere riscontrato nella necessità di scegliere quale pericolo scongiurare, tra quello di una incertezza assolutamente illimitata dei rapporti giuridici e patrimoniali da una parte e quello della definitiva cristallizzazione di una decisione ingiusta dall'altra⁶⁶.

«Aus dieser Betrachtung geht hervor, daß wir zwei sehr ernste Gefahren von entgegengesetzter Art vor uns haben. Auf der einen Seite steht die Gefahr, daß wir ein aus dem Irrthum oder bösen Willen eines Richters entsprungenes Urtheil aufrecht halten müssen, auch wenn wir dessen Ungerechtigkeit mit voller Ueberzeugung einsehen. Auf der anderen Seite die Gefahr einer völlig gränzenlosen Ungewißheit der Rechts- und Vermögensverhältnisse, die sich durch viele Geschlechter hindurch ziehen kann. Zwischen diesen beiden Gefahren haben wir zu wählen⁶⁷».

Alla politica del diritto sarebbe spettato il compito di operare un bilanciamento di interessi, scegliendo, per così dire, il 'male minore'⁶⁸.

⁶⁵ Come noto, il giurista di Francoforte riconnetteva alla 'forma' il concetto stesso di 'finzione': cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*³, Freiburg, 1892, 32: «Entsteht eine neue Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und hier so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet. Dieses ist der Begriff der Fiktion ...». Sul punto, v. E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, 7, nt. 12.

⁶⁶ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 127, 414, nt. 4 (trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto*, I, cit., 501, nt. 4). Di diverso avviso Oskar Bülow, che attaccò la teorica di Savigny proprio muovendo dal presupposto che – a suo dire – quest'ultimo avrebbe costruito il giudicato sulla 'Fiction der Wahrheit': cfr. O. BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen*, cit., 92 s. In realtà Savigny è chiaro nel proporre la 'finzione della verità' solo alla stregua di uno 'scopo' da conseguire. Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 265 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 291): «Die mit der Rechtskraft verbundene Fiction der Wahrheit ist bisher nur erst als Zweck, der erreicht werden soll, aufgestellt worden». Sulla *fictio veritatis* v. anche sopra, nt. 61.

⁶⁷ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 260 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 286).

⁶⁸ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 127, 414, nt. 4 (trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto*, I, cit., 501, nt. 4) il quale ancora si esprime in questi termini: «Es ist ohne Zweifel ein Uebel, wenn in dieser Weise in einem einzelnen Falle das Unrecht zum Recht gemacht wird; aber ein viel größeres Uebel ist es, wenn es nie ein Ende des Streits gibt».

«Es ist eine Frage der Rechtspolitik, welches unter den Uebeln, die aus diesen entgegengesetzten Gefahren hervorgehen können, das größere ist, und auf diese Frage kann nur die erfahrungsmäßige Erwägung der wirklichen Zustände und Bedürfnisse eine sichere Antwort geben⁶⁹».

In base ad un giudizio di pozziorità tra i due 'pericoli', sin dai tempi più antichi le legislazioni di vari popoli avrebbero ritenuto di gran lunga peggiore quello dell'incertezza dei diritti ed avrebbero approntato le misure necessarie per scongiurarlo mediante la creazione dell'istituto giuridico della 'forza legale' della sentenza.

«Diese Erwägung hat von sehr alter Zeit her, und in der Gesetzgebung verschiedener Völker, dahin geführt, die zuletzt erwähnte Gefahr der Rechtsunsicherheit als die weit größere, ja völlig unerträgliche, anzuerkennen, und für ihre Abwendung durch ein positives Rechtsinstitut die nöthige Anstalt zu treffen⁷⁰».

In quest'ottica, la previsione di più istanze di giudizio costituirebbe nient'altro che il tentativo di mitigare il pericolo opposto.

«Damit wird zugleich mit deutlichen Bewußtseyn die entgegengesetzte Gefahr übernommen, daß zuweilen ungerechte Urtheile ohne Abhülfe aufrecht erhalten werden müssen; diese Gefahr aber ist nicht nur an sich selbst die geringere, sondern es ist auch noch das Mittel gefunden worden, sie durch eine besondere künstliche Anstalt (die Instanzen) zu vermindern, von welcher weiter unten die Rede seyn wird (§ 284)⁷¹».

Per Savigny sarebbe, tuttavia, erroneo confinare la rilevanza dell'istituto della 'Rechtskraft' all'ambito delle sole sentenze ingiuste. Egli ammetteva che in questo caso l'efficacia della cosa giudicata fosse

⁶⁹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 260 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 286).

⁷⁰ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 260 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 286).

⁷¹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 261 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 286).

particolarmente forte, ma tale ipotesi dovrebbe essere considerata – come abbiamo appena visto – alla stregua di un ‘danno inevitabile’ e non certo come la finalità principale dell’istituto che troverebbe, invece, la sua ragione d’essere nel perdurare della forza legale della sentenza giusta⁷².

«Wenn man erwägt, wie viele Rechtsverhältnisse an sich schwankend und zweifelhaft sind, wie oft es geschieht, daß ein jetzt vorhandenes Beweismittel späterhin fehlt, daß ein späterer Richter irren kann, wo der gegenwärtige richtig urtheilte und daß die Entschiedenheit an sich (abgesehen von dem Inhalt des Urtheils), im Gegensatz der fortdauernden Ungewißheit, für alle Theile wünschenswerth ist – wenn man dieses Alles erwägt, so wird man geneigt seyn, die hohe Wichtigkeit des Einflusses der Rechtskraft auch für den Fall gerechter Urtheile anzuerkennen⁷³».

Contrariamente a quanto sovente si afferma, in prima battuta Savigny riconosceva la formulazione più generale sul contenuto e sui motivi di questo istituto, non nel noto adagio ulpiano *res iudicata pro veritate accipitur*⁷⁴, bensì in un frammento tratto dai commentari di Paolo all’editto⁷⁵.

Paul. 70 *ad ed. D. 44.2.6: Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter*

⁷² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 263 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 288 s.).

⁷³ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 263 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 289).

⁷⁴ Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap. D. 1.5.25: Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*. Sul punto, v. oltre, § 7. La scelta di posporre la trattazione dei testi riconducibili all’idea della *fiction veritatis* costituisce la riprova, se mai ve ne fosse bisogno, che – contrariamente a quanto asserito dal Bülow (v. sopra, nt. 61) – la ‘fiction der Wahrheit’ è per Savigny solo l’‘espressione’ della ‘Rechtskraft’ e non il suo ‘fondamento’. Sul significato dell’adagio ulpiano, v. ora A. WACKE, *Res iudicata pro veritate accipitur? Die Ziele der römischen Zivilprozesses zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz*, in *Gedächtnisschrift für Th. Mayer-Maly zum 80. Geburtstag*, hrsg. von F. Harrer, H. Honsell und P. Mader, Wien, 2011, 489 ss., *praecipue* 511 ss.

⁷⁵ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 261 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 287). Sul ruolo giocato dal frammento v. M.L. ABELLÁN, *‘Sententia’ y ‘res iudicata’: conceptos romanos y evolución posterior*, in *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias*, I, Madrid, 1988, 1 ss.

modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est.

Mentre *l'incipit* del frammento costituirebbe espressione dell'idea della consumazione dell'azione⁷⁶, per l'ultima frase, nel condividere la lezione *parere* di Barnabé Brisson⁷⁷, Savigny proponeva di sciogliere i dubbi interpretativi avanzando una 'modesta' emendazione: *parere ergo exceptionem REM IUDICATAM frequens est*⁷⁸.

L'ambito di operatività della 'Fiction der Wahrheit' veniva delineato ammettendo che essa generasse *ex novo* un diritto che prima non esisteva o che essa distruggesse o mitigasse un diritto effettivamente preesistente, oppure ne mutasse il contenuto.

«Es ist einleuchtend, daß mit dieser, dem rechtskräftigen Urtheil beigelegten Fiction der Wahrheit eine sehr starke Rückwirkung der bloßen Prozeßhandlung auf die Rechte selbst verbunden ist. Denn durch diese Fiction kann es geschehen, daß ein vorher nicht vorhandenes Recht neu erzeugt, oder daß ein vorhandenes Recht zerstört, vermindert, oder in seinem Inhalt verändert wird⁷⁹».

La dottrina così tratteggiata era considerata da Savigny «unter die wichtigsten des ganzen Rechtssystems⁸⁰», in quanto riconosceva alla

⁷⁶ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 261, nt. d (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 287, nt. d): «Den Worten nach könnte das so verstanden werden, jedem Rechtsverhältniß dürfe stets nur Eine Klage entsprechen, welches falsch wäre, da man oft zwischen vielen Klagen die Wahl hat. *Singulas actiones sufficere* heißt vielmehr: man soll nicht mehrmals aus demselben Rechtsgrund klagen. Es ist der Ausdruck für die Klageconsumtion, also derselbe Gedanke, wie in dem alten Rechtsspruch, welchen QUINTILIAN. *inst. or.* VII. 6 anführt, indem er dessen zweideutige Fassung bemerklich macht: *quod scriptum est: 'bis de eadem re ne sit actio'*». Sul significato di questo adagio, v., per tutti, D. LIEBS, *Die Herkunft der "Regel" 'bis de eadem re ne sit actio'*, in *ZSS*, LXXXIV, 1967, 108 ss.

⁷⁷ Cfr. B. BRISSONIUS, voce *Parere*, n. 3, in *'De verborum significatione, seu dictionarium iuridicum'*, a cura di J.G. Heineccius, Halae Magdeburgicae, 1743, 999.

⁷⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 262, nt. e (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 288, nt. e).

⁷⁹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 263 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 288).

⁸⁰ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 258 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 284).

sentenza del giudice il potere di esercitare una tale retroattività sul contenuto dei diritti. Siffatta opinione dell'autore si basava sulla diffusa applicazione dell'istituto e sul riconoscimento al medesimo di effetti che – a suo giudizio – potevano dirsi più importanti anche di quelli della *litis contestatio*⁸¹.

La descrizione della forza legale della sentenza nei termini della *fictio* sopra illustrata, dotata di retroattività per così dire 'modulabile' relativamente all'esistenza, al contenuto ed all'estensione dei diritti, consentiva – inoltre – all'autore di conciliare la propria visione del giudicato con la teoria, allora maggioritaria⁸², che affermava la sopravvivenza di una *naturalis obligatio* in caso di ingiusta eliminazione della ragione dell'attore ad opera del giudice⁸³.

Come è stato giustamente osservato, così facendo Savigny apportava un significativo contributo per la successiva, compiuta elaborazione della teoria della cd. 'materielle Theorie der Rechtskraft'⁸⁴ che, come noto, avrebbe spiegato l'autorità della *res iudicata* alla stregua di un effetto (o di più effetti) di diritto sostanziale⁸⁵.

⁸¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 280, 258 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 284).

⁸² La questione sarà ampiamente dibattuta dalla Pandettistica. Per una schematica ricostruzione dei punti essenziali del dibattito, v. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 129, 420, nt. 7 (trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto*, I, cit., 508 e nt. 7) il quale, peraltro, nega recisamente che l'eliminazione della ragione dell'attore lasci come residuo una obbligazione naturale, con tutti i suoi effetti. Per Windscheid è a tal proposito decisivo che la portata dell'autorità della cosa giudicata, emanante dalla sentenza, consista nella definitiva fissazione, suo tramite, del rapporto giuridico delle parti.

⁸³ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, § 249, 376, nt. c e § 250, 388 s., nt. g (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, V, Torino, 1893, 427 nt. c e 439 s., nt. g). Cfr. anche ID., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, § 11, 81 ss. (trad. it. G. PACCHIONI, *Le obbligazioni*, I, Torino, 1912, 76 ss.) ove l'autore precisa il proprio pensiero e nega singoli effetti dell'obbligazione naturale.

⁸⁴ In questo Savigny si muoveva nel solco già tracciato da Wächter: cfr. C.G. WÄCHTER, *Handbuch*, cit., § 73, 551. V. anche i successivi contributi di: C. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen - Leipzig, 1859, 571; C.G. FREUDENSTEIN, *Die Rechtskraft nach der Reichscivilprozessordnung und ihre Wirkungen auf die subjectiven Rechte*², Hannover, 1884, 48 ss.; O. BÜLOW, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, in *AcP*, LXXXIII [n.F. XXXIII], 1894, 1-152.

⁸⁵ Cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 8; ID., *L'héritage*, cit., 266. V. anche ID., 'Res', cit., 248, ove si evidenzia come il moderno dibattito sull'efficacia (sostanziale o processuale, positiva o negativa) della cosa giudicata sorto nella Germania del secolo XIX, fosse strettamente connesso alla scelta di indicare con la parola 'Rechtskraft', di per sé anodina, le caratteristiche di immutabilità e vincolatività proprie della

7. *La condivisione della teorica della funzione cd. 'positiva' della 'exceptio rei iudicatae'.*

Dopo aver proposto e delineato la *fictio veritatis* come 'scopo' da conseguire, l'autore si interrogava circa i 'mezzi' con cui raggiungerlo⁸⁶.

Secondo Savigny, Paul. 70 *ad ed.* D. 44.2.6, oltre ad esprimere al meglio il fondamento generale dell'istituto della *fictio veritatis* appena descritto, sarebbe stato particolarmente significativo in quanto contenente anche un accenno ai due aspetti ('positivo' e 'negativo') delle funzioni dell'*exceptio rei iudicatae* la cui recente scoperta⁸⁷, in qualche modo connessa

res iudicata. In tale contesto, infatti, «il ripudio della teoria della presunzione lasciava senza risposta, nonostante la suggestiva espressione "Rechtskraft", gli interrogativi circa l'essenza, la qualifica, l'estensione degli effetti prodotti dalla sentenza passata in giudicato». V. anche oltre, nt. 87.

⁸⁶ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 265 ss. (trad. it. V. SCIALOJA, *Systema*, VI, cit., 291 ss.). V. anche sopra, nt. 62.

⁸⁷ Cfr. F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zürich, 1827, *praecipue* §§ 28-30, 221 ss. Dal punto di vista terminologico l'autore adotta per praticità ed immediatezza la dizione di funzione 'negativa' e 'positiva' della *exceptio rei iudicatae*, già corrente nella dottrina del tempo, consapevole dei possibili limiti della stessa ed avendo cura di precisare (*ibid.*, § 28, 223 s., nt. 4) che: «Die Ausdrücke positive und negative Function der *Exc. rei iudicatae* werden weiterhin noch sehr oft gebraucht werden, und da ich wohl einsehe, daß gegen die Schicklichkeit dieser Benennung, vielleicht nicht ganz ohne Grund, Einwendungen gemacht werden könnten, so soll ihnen wenigstens an Deutlichkeit nichts abgehen, damit sie sich dann um so eher mit ihrer Kürze und Bequemlichkeit entschuldigen mögen. Man bemerke also: Wenn wir von verschiedenen Functionen der *Exc. rei iudicatae* sprechen, so kann dieß natürlich nicht in Beziehung auf die endliche Wirkung, den Erfolg derselben gemeint seyn, denn dieser ist bey allen Exceptionen immer derselbe, nämlich Abweisung der Klage: wohl aber kann eine bestimmte Exceptio bald aus diesem bald aus jenem Grunde ertheilt werden, mit andern Worten, die rechtliche Idee, welche durch eine gewisse Exceptio und die daraus folgende Abweisung der Klage realisirt werden soll, kann in verschiedenen Fällen eine verschiedene seyn; und so verhält es sich gerade bey der *Exc. rei iudicatae*, indem dadurch bald die rein negative, zerstöende Wirkung des Urtheils, die Consumation, welche seine bloße Existenz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt zur Folge hat; bald dagegen der positive Inhalt desselben gelten gemacht werden soll. Und so reden wie denn auch, freylich etwas uneigentlich, von negativer oder positiver Function der *Exc. Rei iudicatae*, je nachdem sie aus dem einen oder andern dieser Gründe der Klage entgegen gesetzt wird». È appena il caso di notare come lo studio di Keller costitui, sia pure indirettamente, il punto di partenza per l'elaborazione della 'prozessuale Theorie der Rechtskraft' che venne a contrapporsi alla già citata (v. sopra, § 6, *praecipue* nnt. 84-85) 'materielle Theorie': cfr. G. PUGLIESE, *L'héritage*, cit., 267. Tra gli autori che, prendendo le mosse dall'approfondimento della funzione 'negativa' della *exceptio rei iudicatae*, riconobbero al giudicato effetti

al ritrovamento del Gaio Veronese, sarebbe stata lo 'splendido merito'⁸⁸

meramente processuali, v. in particolare, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², I, Erlangen, 1873, § 99, 348 ss.; G.W. WETZEL, *System des ordentlichen Civilprocesses*³, Leipzig, 1878, § 47, 574 ss.; K. HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Eine prozessuale Abhandlung mit Beiträgen zum bürgerlichen Recht, insbesondere zur Lehre von der Rechtsnachfolge und der Verfügungsmacht der Nichtberechtigten*, Leipzig, 1901, 12 ss.

⁸⁸ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 280 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 306): «Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten, aber verschiedenen, Gestalten oder Functionen ist das glänzende Verdienst des Werks von K e l l e r». Independentemente dalla denominazione adottata (v. sopra, nt. 87), da Windscheid ritenuta poco felice (cfr. B. WINDSCHEID, *Die 'actio' des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, § 11, 100 s.; ID., *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 130, 430, nt. 22a [trad. it. C. FADDA - E. BENSA, *Diritto*, I, cit., 518, nt. 22a]), la teorica incontrò largo favore presso gli autori contemporanei e dominò il campo incontrastata per più di un lustro. Il primo a combatterla fu E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin, 1853, § 2 e § 10, praecipue 13 ss., 132 ss.; ma v. anche ID., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871, 349 ss., ove lo stesso autore corregge parzialmente il tiro e non esclude che in pochi, sporadici casi, venisse riconosciuta un'eccezione, non assimilabile alla *exceptio rei iudicatae* in senso tecnico, riferita al contenuto materiale di una sentenza: «Das *iudicem ius facere* spukt an manchem Orte, dass es unter Umständen zu einer Replik '*aut si ita iudicatum est*' führen konnte, ist nicht zu leugnen; da wird sich denn das Vorkommen einer ähnlichen auf den materiellen Inhalt einer Sentenz bezugnehmenden Exception auch nicht gerade unter die Unmöglichkeiten stellen lassen. Dies war aber keine '*si ea res iudicata non sit*' formulirte und technisch '*exceptio rei iudicatae*' geheissene Einrede». Le critiche mosse da Bekker trovarono accoglimento presso l'illustre censore della sua monografia: cfr. H. DERNBURG, *Recensione* a E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin, 1853, in *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, II, 1855, 347 s.; ma v. anche ID., *Pandekten*⁶, I.1, *Allgemeiner Theil*, Berlin, 1900, § 162, 373 e nt. 1 (trad. it. F.B. CICALA, *Pandette*, I.1, *Parte generale*, Torino, 1906, 495 e nt. 1) ove si dà atto della corrente distinzione tra funzione 'negativa' e 'positiva', ormai 'naturalizzatasi', e si afferma che «die römische *exceptio rei iudicatae* war grundsätzlich n e g a t i v e r F u n k t i o n». Altri importanti autori rimasero fedeli all'idea della funzione meramente 'negativa' dell'*exceptio rei iudicatae*: A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, 1857, §§ 45 e 46, 144 ss.; ma v. anche ID., *Lehrbuch*², I, cit., § 96, 327 ss., ove l'autore, pur confermando la sola ed esclusiva 'negative Funktion' dell'*exceptio* in parola, prende in qualche modo le distanze dalla teorica di Bekker ed esclude che essa sia organo della consunzione processuale; A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1859, 262, nt. 5; A. WESTERBURG, *Welchen Einfluß hat ein rechtskräftiges Erkenntniß, das den Verklagten nur zur Zahlung eines Kapitals verurtheilt, ohne der Zinsen zu erwähnen, auf die Forderung von vorbedungenen und von Verzugszinsen dieses Kapitals wenn Zinsen mit eingeklagt waren, nach gem. Rechte? Ein Beitrag zur Lehre von der 'res iudicata', in Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, IX, 1872, 374 ss., praecipue 383 cerca una mediazione tra le due opposte scuole di pensiero. La funzione 'positiva' della *exceptio rei iudicatae* fu difesa con vigore, tra gli altri, da B. WINDSCHEID, *Die 'actio'*, cit., § 11, 104 s.; ID., *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 130, 430 [trad. it. C. FADDA - E. BENSA, *Diritto*, I, cit., 518]; P. KRÜGER, *Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses*, Leipzig, 1864, § 20, 136 ss.; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, 'For-

dell'opera di uno dei suoi allievi: Friedrich Ludwig (von) Keller (1799-1860⁸⁹).

Dopo aver detto che per ogni rapporto giuridico controverso si poteva agire una sola volta, perché ammettere la ripetizione della stessa azione avrebbe dato vita ad un problema insormontabile e della massima rilevanza, Paolo aggiungeva che il pregiudizio sarebbe stato particolarmente grave nei casi in cui con azioni ripetute si fosse dato vita a sentenze di contenuto contraddittorio: *maxime si diversa pronuntiarentur*.

«In diesen beiden Sätzen sind die zwei verschiedenen, aber verwandten Gestalten der Einrede unverkennbar angedeutet⁹⁰».

Gioverà, quindi, soffermarsi brevemente sui due aspetti «differenti, ma affini» dell'eccezione in parola. A giudizio dell'autore, nel più antico diritto romano⁹¹, confinata l'operatività dell'*exceptio rei in iu-*

mulae, Bonn, 1865, § 111, 636 s.; E. KLEINSCHROD, *Über die prozessualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils*, Leipzig, 1875, § 18, 215 s.

⁸⁹ Cfr. J.K. BLUNTSCHLI, voce *Keller, Friedrich Ludwig*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XV, Leipzig, 1882, 570 ss.

⁹⁰ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 276 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 302). La moderna dottrina giusromanistica ha evidenziato come sia preferibile parlare di due regole concorrenti: quella della 'irripetibilità' e quella della 'incontrovertibilità': sul punto v. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, cit., 139 ss.; M. MARRONE, *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae'*. *Alle radici delle moderne dottrine sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 3 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, 629 ss.; ID., *Riflessioni in tema di giudicato: l'autorità del giudicato e Cicerone sulla c.d. funzione positiva dell' 'exceptio rei iudicatae'*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto privato europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 61 ss.

⁹¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 272 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 297 s.): «Das die negative Function die ältere und ursprünglich einzige Gestalt der Einrede war, läßt sich schon aus ihrer unvollkommenen Natur und aus ihrer Verwandtschaft mit dem augenscheinlich alterthümlichen Institut der *ipso iure* eintretenden Consumtion (§ 281) vermuthen. Es folgt aber auch unmittelbar daraus, das G a j u s in seinem Institutionen die Lehre von der Consumtion der Klage, d. h. die negative Function der Einrede, ausführlich und mit Sorgfalt darstellt, während er den Grundsatz, worauf die positive Function beruht, in jenem Werke gar nicht erwähnt». Savigny giunge, poi, alla conclusione (*ibid.* 273 [trad. it. 299]) che la finzione di verità della sentenza, già nota al tempo di Gaio (v. oltre, nt. 97), non fosse ancora giunta ad un sì largo e compiuto riconoscimento in via di principio da dover essere menzionata in un'opera istituzionale.

dicium deductae alle sole ipotesi in cui veniva proposto un secondo processo quando il primo era ancora in corso o era rimasto giacente⁹², l'*exceptio rei iudicatae* si sarebbe basata solamente sulla 'esistenza' di una precedente sentenza (prescindendo dal 'contenuto' della medesima) ed avrebbe avuto soltanto uno scopo: l'effetto 'negativo' di impedire una nuova azione, a condizione che essa potesse dirsi identica ad altra già promossa e giudicata⁹³.

«Der Rechtssatz, welcher dieser Einrede in der älteren Zeit zum Grunde lag, läßt sich in folgender Formel ausdrücken:

Eine einmal abgeurtheilte Klage kann nie von Neuem vorgebracht werden.

Um den eigenthümlichen Charakter dieser Einrede des älteren Rechts scharf aufzufassen, ist es nöthig, zwei Stücke festzuhalten; erstlich, daß sie sich nur auf das *D a s e y n* eines Urtheils gründet, nicht auf dessen *I n h a l t*; zweitens, daß sie nur einen verneinenden Zweck und Erfolg hat, nämlich, eine Klage zu *v e r h i n d e r n*, nicht, irgend ein Recht durchzusetzen. Die Bedingung der Anwendung dieses Rechtssatzes ist die Identität einer versuchten neuen Klage mit der schon früher angestellten und abgeurtheilten⁹⁴».

L'eccezione così delineata si sarebbe prestata, tuttavia, ad abusi e ad applicazioni fin troppo rigide, frutto di astratte deduzioni logiche,

⁹² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 267 e nt. a (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 292 s. e nt. a). Per Savigny il ricorso all'*exceptio rei iudicatae* doveva essere ben più frequente rispetto all'*exceptio rei in iudicium deductae* perché (*ibid.* 267 [trad. it. 293]) «zu allen Zeiten der Ausgang eines Rechtsstreits ohne Urtheil zu den Seltenheiten gehört». La dottrina giusromanistica più recente giunge, invece, a conclusioni opposte; cfr. M. MARRONE, '*Res in iudicium deducta'*-*res iudicata'*', in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995, 63 ss., ora in *Scritti*, II, cit., 587 ss.; ID., *Due interessanti testi di Pomponio a proposito di preclusione processuale, 'litis contestatio' e sentenza*, in *Mélanges en l'honneur de F. Sturm*, I, Liège, 1999, 365 ss., ora anche in *Scritti*, II, cit., 687 s.; ID., *Sul concorso tra azione 'in solido' e azione nossale: a proposito di D. 9.4.4.3 (Paul. 3 'ad ed.)*, in *AUPA*, XLVIII, 2003, 162, ora anche in *Scritti*, II, cit., 837.

⁹³ Per la critica a questa illustrazione della funzione cd. 'negativa' della *exceptio rei iudicatae*, v. già B. WINDSCHEID, *Die 'actio'*, cit., 100. V. anche sopra, nt. 88.

⁹⁴ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 268 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 293).

che sarebbero state estranee al suo scopo originario, ingenerando il bisogno di una ulteriore riflessione sulle reali finalità dell'istituto⁹⁵.

«Die Wahrnehmung dieser Mängel führte zum Nachdenken über das wahre Bedürfnis, und zu dem klaren Bewußtseyn, das es eigentlich d a r a u f , und n u r darauf ankomme, jeder richterlichen Entscheidung ihre unzweifelhafte Wirksamkeit für alle Zukunft zu sichern⁹⁶».

Già molto prima di Gaio⁹⁷, quindi, alla primigenia funzione 'negativa' si sarebbe venuto progressivamente affiancando il riconoscimento, in base alle esigenze del caso concreto⁹⁸, di una diversa finalità: assicurare efficacia per l'avvenire a talune decisioni del giudice. L'emergere di tale necessità pratica sarebbe testimoniato, tra l'altro, dalle fattispecie in cui veniva avvertita l'esigenza di vanificare l'*exceptio rei iudicatae* (nella sua portata meramente 'negativa') mediante la concessione all'attore di una *replicatio rei iudicatae*, innescando un meccanismo che avrebbe finito inevitabilmente con lo 'spostare l'accento' dell'istituto del giudicato dalla mera 'esistenza' di una sentenza all'effettivo 'contenuto' della stessa⁹⁹. L'eccezione di cosa giudicata nei suoi

⁹⁵ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 269 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 294 s.); v. anche *ibid.* § 282, 276 s. (trad. it. 302 s.).

⁹⁶ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 270 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 295).

⁹⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 273 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 298 s.), ove l'autore evidenzia come l'*exceptio rei iudicatae* volta al mantenimento del 'contenuto' di una sentenza sarebbe già conosciuta da Giuliano, in un passo tradito da Ulp. 9 *ad ed. D. 3.3.40.2: Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur, praeter solitam satisfactionem iudicatum solvi etiam de rato debet cavere. quid enim si in hoc iudicio rem meam esse pronuntietur, reversus ille, cuius defensor extiterat, velit fundum vindicare: nonne ratum non videbitur habere quod iudicatum est? denique si verus procurator extitisset vel ipse praesens causam suam egisset et victus esset: si a me vindicaret, exceptione rei iudicatae summovertetur, et ita Iulianus libro quinquagesimo digestorum scribit: nam cum iudicatur rem meam esse, simul iudicatur illius non esse.* Cfr. anche F.L. KELLER, *Ueber Litis Contestation*, cit., 230 s. Nella dottrina giusromanistica del secolo scorso v., in particolare, G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, cit., 148, nt. 36. Ma v. anche M. MARRONE, *Dal divieto*, cit., 10 s., ove si evidenzia, invece, come non fosse l'esito in quanto tale a rilevare, bensì il fatto che *de eadem re* si fosse già giudicato.

⁹⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 273 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 299).

⁹⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 270 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 295 s.). Cfr. anche *ibid.* § 282, 277 (trad. it. 302 s.). A tal proposito vale la

due 'aspetti'¹⁰⁰ avrebbe avuto lunga vita, ma proprio l'esistenza di una *replicatio* di ugual nome costituirebbe la prova diretta del fatto che, in caso di controversia, i giuristi sarebbero stati sempre più inclini ad accordare la loro preferenza al nuovo principio a discapito del più antico che, in questo modo, sarebbe poco a poco perito¹⁰¹. Diversamente dal Kierluff e dal Buchka¹⁰², Savigny riteneva, quindi, che il diritto giustiniano avrebbe accettato senza riserve l'eccezione di cosa giudicata nella sua funzione 'positiva', *id est* come difesa del 'contenuto' di una sentenza, abbandonando definitivamente tanto la consumazione dell'azione, quanto la *exceptio rei in iudicium deductae* connessa a quest'ultima¹⁰³. L'autore contraddiceva¹⁰⁴, pertanto, apertamente anche l'opinione di Karl Adolph von Vangerow (1808-1870)¹⁰⁵ secondo cui

pena evidenziare che la *replicatio rei secundum se iudicatae* dovette essere originariamente concepita per far valere il contenuto a sé favorevole della sentenza al solo fine di evitare l'effetto della preclusione processuale. Il tenore letterale della *replicatio* non imponeva, qualora questa risultasse fondata, al giudice del secondo processo di uniformarsi al contenuto della prima sentenza e, almeno alle origini, non si dovette verificare questa efficacia 'positiva' del giudicato. È tuttavia possibile che una siffatta considerazione del 'contenuto' della sentenza abbia progressivamente concorso, insieme ad altri fattori (come, ad esempio, il carattere vincolante dei *praeiudicia* e l'influsso della *cognitio extra ordinem*), alla progressiva affermazione anche nel processo formulare di un'efficacia 'positiva' del giudicato, i cui limiti sono ancora oggi incerti ed oggetto di discussione. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 356.

¹⁰⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 272 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 297) ove l'autore precisa significativamente: «Es war und blieb eine und dieselbe Einrede der Rechtskraft, welche für das Urtheil in dem neuen Rechtsstreit maßgebend wurde, und der Unterschied beider Functionen wird nur sichtbar bei der Frage, in welchen Fällen, unter welchen Voraussetzungen die Einrede gegeben werden sollte. Dieses aber lag bei jedem einzelnen Rechtsstreit ganz in der Macht der Prätors, der dabei jederzeit nach der fortschreitenden Einsicht in das wahre praktische Bedürfnis verfuhr, und einer leitenden allgemeinen Vorschrift nicht bedurfte».

¹⁰¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 277 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 303 s.).

¹⁰² V. sopra, § 3.

¹⁰³ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 279 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 304 ss.); pur dovendo ammettere che nei frammenti delle opere dei giuristi erano presenti espressioni inequivocabilmente connesse all'idea di consumazione dell'azione, l'autore ritiene (*ibid.* 280 [trad. it. 305 s.]) che: «diese zufällig erhaltenen Spuren aber sind so einzeln und unzusammenhängend, daß wir sie erst verstehen gelernt haben, seitdem uns jenes Institut durch die Institutionen des G a j u s bekannt geworden ist».

¹⁰⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 281 e nt. b (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 307 e nt. b).

¹⁰⁵ Karl Adolph von Vangerow fu professore nell'università di Marburg (1833-1840) prima di succedere a Thibaut nella cattedra di Heidelberg nel 1840. Cfr. E. LANDSBERG,

l'eccezione sarebbe perdurata nelle sue due 'funzioni' fino al diritto attuale¹⁰⁶; tale concezione, ancorché erronea, non destava – tuttavia – particolare preoccupazione in Savigny, giacché la stessa avrebbe avuto, a suo giudizio, natura meramente 'teoretica' da essa non sarebbe potuta nascere alcuna affermazione pratica che non potesse essere sostenuta anche con la concezione da lui reputata più corretta¹⁰⁷.

Con lo sguardo rivolto alla definitiva regolamentazione dei rapporti giuridici divenuti litigiosi tra le parti, Savigny giunse, pertanto, alla seguente formulazione della funzione 'positiva' del giudicato:

«Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsstreit eine Frage vorkommt, worüber schon in einem früheren Rechtsstreit ein Urtheil gesprochen worden ist, so muß der neue Richter den Inhalt jenes Urtheils als wahr annehmen und seinem eigenen Urtheil zum Grunde legen¹⁰⁸».

Pare particolarmente importante evidenziare come questa nuova formula costituisse per l'autore 'immediata espressione' della già esposta *fictio veritatis*.

«In dieser Formel aber nimmt der Rechtssatz eine völlig positive Gestalt an, und ist der unmittelbare Ausdruck der F i c t i o n d e r W a h r h e i t, die schon oben (§ 280) als der eigentliche

voce Vangerow, Karl Adolf von, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XXXIX, Leipzig, 1895, 479 ss.; R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte*, III.2, *Text*, cit., 602 ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*², cit., 445 (trad. it. U. SANTARELLI - S.A. FUSCO, *Storia*, II, cit., 143); G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*⁴, cit., 186 (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia*, cit., 247 s.); G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen*³, cit., 515.

¹⁰⁶ Cfr. K.A. VON VANGEROW, *Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen*³, I, Marburg - Leipzig, 1843, § 173, 202 ss. In particolare l'autore evidenzia (*ibid.* 204) come la cd. 'funzione negativa' della *exceptio rei iudicatae* sia «doch auch noch im Justinianischen Rechte vollkommen begründet ...». Successivamente, tuttavia, egli avrà modo di 'mitigare' questa sua affermazione e preferirà parlare della presenza di 'molteplici tracce' di essa nel *Corpus iuris*: cfr. *Id.*, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, I, Marburg - Leipzig, 1863, § 173, 277: «... so kommen doch auch noch im Korpus juris vielfache Spuren davon vor ...». V. anche oltre, nt. 174.

¹⁰⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 282 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 307 s.).

¹⁰⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 271 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 296).

Sinn der Rechtskraft, und als das wahre praktische Bedürfnis angegeben worden ist¹⁰⁹».

Si giunge, così, ad un perfetto accostamento dello ‘scopo’ (la ‘finezza della verità’) al ‘mezzo’ (la *exceptio rei iudicatae* nella sua funzione ‘positiva’, come sopra descritta) che spinse l’autore a discutere in questa sede le ulteriori testimonianze degli antichi giureconsulti in cui questo principio si troverebbe espresso in modo particolarmente chiaro «in seiner allgemeinen durchgreifenden Natur¹¹⁰».

Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 1.5.25: *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia RES IUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR.*

Ulpiano afferma che bisogna considerare ingenuo anche chi sia stato dichiarato tale con sentenza, nonostante sia in verità liberto: la *res iudicata* vale, infatti, come verità¹¹¹.

L’ultima proposizione è ripetuta, come testo duplicato, anche nel titolo *De diversis regulis iuris antiqui*.

¹⁰⁹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 281, 271 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 296).

¹¹⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 282, 273 ss., *praecipue* 274 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 299 ss., *praecipue* 300).

¹¹¹ Questo il senso dell’espressione secondo Savigny, il quale riconduceva il passo al processo *per formulas*. Ma v. G. PUGLIESE, ‘*Res*’, cit., 209 s., ove si evidenzia come la sentenza a cui si riferiva Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 1.5.25 era quella pronunciata dai consoli circa l’accertamento dello *status* di *ingenuus* e, in quanto tale, si aveva non già «come verità», ma «invece della verità». L’autore ritiene, inoltre, che «nel contesto tale parola indicasse non “la verità” in genere, bensì “i reali elementi di fatto” da cui poteva specificamente derivare lo *status* di *ingenuus* (nascita *ex iustis nuptiis* o, almeno, da madre libera). ... Si può dire in verità che, secondo Ulpiano, la sentenza non fungeva da mezzo di prova dei fatti che costituivano il presupposto dell’ingenuità e nemmeno, globalmente, da mezzo di prova dell’ingenuità, sicché non stava sullo stesso piano dei documenti, delle testimonianze, dei giuramenti, ecc., che dimostrassero l’ingenuità o, analiticamente, la nascita *ex iustis nuptiis* o da madre libera ecc., bensì rappresentava essa stessa uno dei fatti da cui l’ingenuità poteva dipendere e che dovevano essere provati: oggetto, dunque, non mezzo di prova». Sugli elementi che conducono a ritenere che la sentenza di ingenuità avesse luogo *extra ordinem* e non anche nel processo ordinario, v. H. KRÜGER, *Der Ingenuitäts- und Libertinitätsprozesses*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, II, Palermo, 1936, 230 ss.; M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 375 ss. Tra coloro che, invece, ritengono che in questa materia si agisse anche *per formulas*, v., in particolare, K. HACKL, ‘*Praejudicium*’ *im klassischen römischen Recht*, Salzburg - München, 1976, 228 ss., con indicazione della letteratura precedente.

Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 50.17.207: *RES IUDICATA PRO VERITATE ACCIPITUR.*

In tale sede si riproduce, quindi, generalizzandola alla stregua di una ‘massima’, un’affermazione che Ulpiano aveva formulato come ‘motivazione’ in riferimento ad uno specifico tipo di sentenza¹¹².

Savigny prendeva, poi, in esame due frammenti in cui Ulpiano commentava il senatoconsulto Planciano, che aveva istituito una determinata procedura, tesa a costringere il padre a prestare gli alimenti al figlio.

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.1.16: *Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnatem ... non evitabit, quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnas sit. quae causa si fuerit acta apud iudicem et pronuntiaverit ... in ea causa esse, ut agnosci debeat: sive filius non fuit, esse suum ...*

Ulp. 34 *ad ed.* D. 25.3.3 pr.: *sive contra pronuntiaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit: PLACET ENIM EIUS REI IUDICEM IUS FACERE.*

A fronte della *denuntiatio* della *mulier* divorziata, il marito che – secondo le disposizioni del senatoconsulto – avesse risposto di non essere il padre del nascituro non si sarebbe potuto sottrarre all’accertamento giudiziale della paternità e se il giudice avesse pronunciato che il marito doveva riconoscere il figlio, il neonato sarebbe stato considerato in ogni caso ‘suo’ a tutti gli effetti; in caso di pronuncia negativa, invece, il bambino non sarebbe stato considerato ‘suo’ (anche nel caso in cui in effetti lo fosse). In ipotesi di genere, infatti, sarebbe il giudice ad *ius facere*¹¹³.

Veniva poi citata una fonte in materia di fedecommissi.

¹¹² Cfr. M. MARRONE, *Dal divieto*, cit., 21 s. Ma v. ora anche A. WACKE, ‘Res’, cit., 512, second cui «der Schlusssatz, obwohl mit *quia* eingeleitet, enthält aber keine Begründung; er beschreibt nur das Ergebnis mit einer eingängigen, griffigen Faustformel. Dies ist eine rein deskriptive *regula*, weil sie keine (über den Vordersatz hinausgehenden) Rechtsfolgen anordnet».

¹¹³ Cfr. M. MARRONE, *L’efficacia*, cit., 381 ss.; ID., *L’effetto normativo della sentenza*. (*Corso di diritto romano*)², Palermo, 1965, 154 ss., ove l’autore evidenzia anche il ‘vizio logico’ che lo induce a ritenere rimaneggiato il testo. V. anche K. HACKL, ‘*Praejudicium*’, cit., 238, nt. 9 e 306 s.

Maec. 5 *fideicomm.* D. 36.1.67.2: *Cum praetor cognita causa per errorem vel etiam ambitiose iuberet hereditatem ut ex fideicommissio restitui, ETIAM PUBLICE INTEREST RESTITUI PROPTER RERUM IUDICATARUM AUCTORITATEM.*

In questa fonte l'inopponibilità dell'ingiustizia della sentenza è motivata attraverso l'espreso richiamo dell'*auctoritas rei iudicatae*¹¹⁴.

L'autore richiamava, infine, un testo in cui Ulpiano si occupa della *bonorum possessio* spettante al figlio del patrono defunto, a condizione che lo stesso non fosse stato diseredato nel testamento paterno.

Ulp. 44 *ad ed.* D. 38.2.12.3: *Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatius vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur: REBUS ENIM IUDICATIS STANDUM EST.*

Nel caso di specie, il giurista afferma che se qualcuno, effettivamente diseredato, fosse stato dichiarato 'non diseredato' con sentenza, questi sarebbe stato ammesso alla *bonorum possessio* nei beni del liberto: i precedenti giudicati debbono, infatti, esser mantenuti fermi¹¹⁵.

8. *L'approfondita indagine del 'contenuto' della sentenza come vero fondamento della cosa giudicata: irrinunciabilità dei cd. 'Urtheilsgründe'.*

La trattazione di Savigny proseguiva, quindi, con la disamina dei 'requisiti' ('formali'¹¹⁶ e 'contenutistici'¹¹⁷) della cosa giudicata, prima di addivenire all'illustrazione dei veri e propri 'effetti' della stessa nel futuro¹¹⁸.

¹¹⁴ Sul testo v. L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965, 357, nt. 151 ove vengono discussi i principali sospetti di interpolazione.

¹¹⁵ Sul testo: cfr. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 273 s.; ID., *L'effetto*, cit., 139 s. V. anche G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 739, ora anche in *Scritti*, II, cit., 41; ID., voce *Giudicato civile (storia)*, cit., 153.

¹¹⁶ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., §§ 284-285, 285 ss. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 311 ss.).

¹¹⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., §§ 286-294, 300 ss. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 327 ss.).

¹¹⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., §§ 295-301, 409 ss. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 436 ss.).

Per determinare, in particolare, quel che più propriamente attiene al ‘contenuto’ della sentenza, che – come abbiamo già avuto modo di accennare¹¹⁹ – deve considerarsi «als wahre Grundlage der Rechtskraft¹²⁰», l’autore riteneva indispensabile approfondire il controverso tema dei cd. ‘Urtheilsgründe’.

9. *Bipartizione dei termini del problema: questione di natura ‘sostanziale’ e questione di natura ‘formale’.*

Savigny evidenzia, prima di tutto, come il precedente dibattito dottrinale sui cd. ‘Urtheilsgründe’ abbia affrontato unitariamente due questioni di diversa natura¹²¹, la cui trattazione è bene mantenere distinta.

La prima è una questione che entra nella ‘sostanza della cosa’ e che necessita imprescindibilmente di una risposta¹²². Essa viene formulata dall’autore nel modo seguente:

«I. Was ist in dem Gedanken des urtheilenden Richters wahrhaft enthalten, was wird also durch den Auspruch dieses Gedankens zur Rechtskraft, d. h. zur Fiction der Wahrheit erhoben?¹²³»

Questa prima domanda riguardava, quindi, la determinazione del reale ambito di estensione della *fictio veritatis*.

Ad essa poteva essere affiancata una seconda questione, di ‘natura più formale’, che aveva ragione di esistere sol perché da secoli, in molti tribunali, si usava apporre ad ogni sentenza pronunciata un’ampia giustificazione della stessa, che portava il nome di ‘Urtheilsgründe’ o anche di ‘Zweifels- und Entscheidungsgründe¹²⁴’. Quest’ultima questione veniva così formulata da Savigny:

¹¹⁹ V. sopra, § 2.

¹²⁰ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 283, 285 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 310).

¹²¹ V. sopra, § 2.

¹²² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 353 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 381): «Die erste Frage geht in das Wesen der Sache ein, und muß unter allen Umständen beantwortet werden».

¹²³ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 352 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 380).

¹²⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 352 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 381). In generale, sul progressivo affermarsi della pubblicazione della mo-

«Aus welchen Quellen haben wir den wahrhaften Inhalt des richterlichen Gedankens zu erkennen? wo haben wir denselben aufzusuchen?»¹²⁵»

La risposta a queste ultime due domande non sarebbe stata sempre necessaria, ma solo quando la disponibilità di due parti scritte della sentenza (dispositivo e parte motiva) avesse indotto l'interprete ad interrogarsi circa le 'fonti' utilizzabili per addivenire all'identificazione del reale 'contenuto' del pensiero del giudice.

10. *La questione di natura 'sostanziale' e la necessità di adottare una nuova terminologia: i cd. 'Elemente des Urtheils' come motivi 'oggettivi' da distinguere dai motivi 'soggettivi' della sentenza.*

L'ottica rivolta all'efficacia futura della cosa giudicata induceva Savigny a contraddire coloro che sostenevano la totale assenza di motivazione della *sententia iudicis*¹²⁶.

tivazione delle sentenze, v. S. HOCKS, *Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2002, 24 ss. A partire dal 1816, poi, in molte 'Landesgesetzen' era stato introdotto un vero e proprio obbligo di pubblicazione degli 'Urteilsgründe': v. H. MONHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit*, hrsg. von C. Peterson, Stockholm, 1993, 134.

¹²⁵ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 352 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 381).

¹²⁶ È interessante notare come questa questione, fondamentale nell'architettura savigniana della 'Rechtskraft', sia stata fortemente negletta dalla letteratura successiva. A lungo, infatti, la dottrina giusromanistica si è limitata a rilevare che nelle fonti sarebbe dato riscontrare solo qualche sporadico spunto di 'motivazione': in questo senso v. M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., 627, nt. 650; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 435 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 371 e 495; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1994, 180; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 228 s. e 255 s. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, debbono essere segnalati gli studi di Visky prima (cfr. K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA*, XVIII, 1971, 735 ss.) e di Scapini poi (cfr. N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi*, XXXIII, 1983, 233 ss.), mentre è solo negli ultimi lustri che il dibattito è venuto ad arricchirsi di numerosi contributi specifici: cfr. A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de historia del derecho*, II, 1995, 11 ss.; M. MARRONE, *Con-*

«Hiernach würde etwa die Verurtheilung so lauten können:
daß der Beklagte dem Kläger eine bestimmte Geldsumme zu zahlen schuldig sey.
Die Freisprechung aber so:
daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sey¹²⁷».

A suo giudizio, infatti, l'assenza di ogni traccia di 'motivo' in molti casi non consentirebbe di riconoscere se in una futura lite si discuta o meno della medesima questione già decisa con la prima sentenza.

Notava, infatti, l'autore che «die Bedingungen jeder Verurtheilung, so wie jeder Freisprechung, können ein sehr zusammengesetzte Natur haben¹²⁸».

Il primo caso preso in considerazione è quello della *rei vindicatio* fatta valere con la *formula petitoria*¹²⁹; tale ipotesi riveste particolare importanza per l'autore perché il regime dell'*actio arbitraria* riproduce

tributo allo studio della motivazione della sentenza, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle - Genève - Munich, 1999, 53 ss.; A. GUARINO, *Gli argomenti del giudice*, in *Trucioli di bottega*, IV, Napoli, 2000, 28 ss.; M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR*, C, 1997 (ma 2003), 37 ss. [versione completa e definitiva del saggio già apparso in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici (Seminario ARISTEC - Perugia, 25-26 giugno 1999)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2000, 21 ss., nonché in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli, 2001, 273 ss.], ora in *Scritti*, II, cit., 799 ss., ove – limitatamente alla procedura formulare – si giunge alla conclusione che lo *iudex* potesse (ancorché non vi fosse obbligato né dalla struttura della *formula*, né da alcuna clausola editale, né da altra fonte normativa) render conto dei motivi della decisione. V. anche, da ultimo, B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 273-331; D.A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *SDHI*, LXXVIII, 2012, 407-428; A. MURILLO VILLAR, *Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español*, in *TSDP*, V, 2012, 1 ss. Di diverso avviso M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 354; Id., *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règles et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli, 1999, 158, 163 s. e 165, il quale insiste a più riprese sul fatto che le sentenze dei giudici privati non fossero motivate, escludendo – peraltro – qualsiasi possibilità di influsso sul punto da parte della diversa struttura delle *actiones arbitrarie*.

¹²⁷ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 354 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 382).

¹²⁸ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 355 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 383).

¹²⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 287, 317 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 344 ss.).

sostanzialmente in due fasi dello stesso processo (*pronuntiatio*¹³⁰ e *litis aestimatio*) quello che nell'*agere per sponsionem* era l'oggetto di due diversi processi (sentenza sulla *summa sponsionis* e azione contro i garanti della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*). In casi del genere Savigny riteneva che il fondamento della cosa giudicata non riguardasse solo la vera e propria *sententia* (*condemnatio* o *absolutio* nella sua ottica), ma anche la *pronuntiatio* che la precedeva¹³¹.

«Dieser Ausspruch führte den technischen Namen *Pronuntiatio*, und auf ihn gründete sich für alle Zukunft die Wirkung der Rechtskraft, also insbesondere auch der Anspruch des Klägers, in jedem künftigen Rechtsstreit eine *exceptio rei iudicatae* geltend zu machen¹³²».

Secondo il nostro autore, siffatta efficacia della *pronuntiatio*, lungi dal rappresentare un'ipotesi particolare ed eccezionale, sarebbe stata concepita in stretta connessione con la concezione della forza legale della cosa giudicata, facendo sì che l'esistenza di quel determinato 'Entscheidungsgrund' non potesse essere trascurata o messa in dubbio¹³³.

La *rei vindicatio* si caratterizzava, infatti, per due condizioni positive (proprietà dell'attore e possesso del convenuto), mentre potevano ad essa opporsi varie eccezioni (in ragione, ad esempio, dell'intervenuta transazione su questa lite o di un contratto su questa cosa o, ancora l'*exceptio hypothecaria*).

Savigny, introduceva, subito dopo, la medesima questione in merito alla petizione di eredità (anch'essa caratterizzata da *formula petitoria*) in cui l'azione era sottoposta a tre condizioni positive (diritto

¹³⁰ Sul valore della *pronuntiatio* nelle *actiones in rem* v., per tutti, M. MARRONE, *Sulla c.d. 'pronuntiatio' del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Warszawa, 2000, ora anche in *Scritti*, II, cit., 737 ss.

¹³¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 284, 286 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 311): «Ferner ist unter dem Urtheil dieses Judex, als Grundlage der Rechtskraft, nicht bloß die eigentliche *Sententia* zu verstehen (*Condemnatio* oder *Absolutio*), sondern auch die derselben bei manchen Klagen oft vorhergehende *Pronuntiatio* (§ 287)».

¹³² Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 287, 318 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 347).

¹³³ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 287, 320 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 348).

ereditario dell'attore, *possessio pro herede vel pro possessore* da parte del convenuto di cose determinate che dovevano essere parti dell'eredità) e parimenti potevano ad essa opporsi varie eccezioni (come, ad esempio, la prescrizione estintiva o la transazione).

Si notava, infine, come le azioni personali presupponessero sempre quale requisito del diritto di agire che l'obbligazione fosse fondata, mentre – a seconda del caso concreto – potevano essere opposte l'eccezione di compensazione o quella di pagamento.

Questi esempi venivano introdotti dall'autore al fine di differenziare la portata delle sentenze di condanna rispetto a quelle assolutorie.

«Bei allen diesen Klagen nun gehört zur Verurtheilung die Überzeugung des Richters von der Richtigkeit aller Bedingungen des Klagrechts, und zugleich von der Unrichtigkeit aller etwa vorgebrachten Einreden.

Zur Freisprechung dagegen genügt die Überzeugung von der Unrichtigkeit einer einzigen Bedingung des Klagrechts; eben so aber auch die Überzeugung von der Richtigkeit auch nur einer einzigen Einrede¹³⁴».

L'adozione da parte del giudice di una formula di assoluzione 'astratta', così come sopra riportata, lascerebbe – quindi – totale incertezza in merito al suo effettivo pensiero. Questi avrebbe potuto riscontrare l'assenza di una (o più) fra le condizioni positive, ed avrebbe potuto altresì rilevare la fondatezza di una (o più) tra le eccezioni sollevate dal convenuto.

Da questa inceretezza discenderebbe – a giudizio di Savigny – l'impossibilità di servirsi del giudicato in una controversia futura.

«Jede dieser Möglichkeiten rechtfertigt das freisprechende Urtheil vollkommen. Daher ist es unmöglich, bei einem künftigen verwandten Rechtsstreit von der Rechtskraft jenes Urtheils Gebrauch zu machen, so lange wir Nichts wissen, als daß damals der Kläger abgewiesen worden ist. Jede vom Richter ausgesprochene Verneinung nämlich wird rechtskräftig; um aber diesen

¹³⁴ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 356 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 384).

Satz anwenden zu können, müssen wir vor Allem wissen, w a s e r verneint hat¹³⁵».

In altri termini, per poter garantire alle sentenze assolutorie la futura operatività dell'istituto della forza legale della *res iudicata* sarebbe necessario non solo sapere che la pretesa dedotta in giudizio dall'attore sia stata respinta, quanto – più precisamente – che cosa il giudice abbia negato.

Difficoltà della stessa natura, ancorchè minori, si creerebbero anche nel caso in cui si volesse intendere la sentenza che accoglie la domanda attorea come mera condanna del convenuto. In questo caso, infatti, per pronunciare la *condemnatio* il giudice deve aver ritenuto sussistenti tutti i requisiti positivi dell'azione ed infondate tutte le eccezioni, ma ciò non toglierebbe che si possano comunque creare margini di incertezza. A tal proposito Savigny portava l'esempio di un'azione personale in cui si fosse condannato respingendo l'eccezione di compensazione, senza che il giudicante avesse chiarito se si fosse persuaso dell'inesistenza dell'allegato controcredito o se, al contrario, lo avesse solo ritenuto illiquido.

Da tutte queste considerazioni nascerebbe l'esigenza di riconoscere la forza legale sui 'motivi' della decisione, da intendersi, per così dire, come ogni singola 'componente' dei rapporti giuridici controversi definiti dalla sentenza nel suo complesso.

«Aus diesen Erwägungen folgt, daß in der That die Rechtskraft auch die G r ü n d e d e s U r t h e i l s mit umfaßt, d. h. daß das Urtheil als rechtskräftig anzusehen ist nur in unzertrennlicher Verbindung mit den vom Richter bejahten oder verneinten Rechtsverhältnissen, wovon der rein praktische Theil des Urtheils (die dem Beklagten auferlegte Handlung, oder die Abweisung des Klägers) abhängig ist. In d i e s e m Sinn des Ausdrucks: G r ü n d e, behaupte ich die Rechtskraft derselben¹³⁶».

¹³⁵ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 357 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 385).

¹³⁶ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 358 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 386).

La necessità di sfuggire ai malintesi della dottrina precedente, spingeva – inoltre – l'autore ad abbandonare l'ambigua espressione 'Urtheilsgründe'¹³⁷, a favore di quella di 'Elemente des Urtheils'.

«Um aber der Gefahr von Mißverständnissen zu entgehen, die aus der Vieldeutigkeit jenes Ausdrucks entsteht, will ich die in diesem Sinn aufgefaßten Gründe: E l e m e n t e der streitigen Rechtsverhältnisse und des (den Streit entscheidenden) Urtheils, nennen, und nunmehr den aufgestellten Satz so ausdrücken: Die Elemente des Urtheils werden rechtskräftig¹³⁸».

Si precisava, poi, che il giudice non era tenuto a pronunciarsi su ogni singolo 'elemento' della lite; se, ad esempio, in una *rei vindicatio* si fosse persuaso della fondatezza dell'affermazione del convenuto che sosteneva di non possedere, egli ben avrebbe potuto decidere, respingendo la domanda attorea, prima di potersi pronunciare sulla proprietà¹³⁹.

Savigny evidenziava, altresì, come il giudice si creasse un convincimento sui singoli 'elementi della sentenza' «durch Erwägungen ganz anderer Art», *id est* attraverso la propria conoscenza delle regole giuridiche e mediante i mezzi di prova esperiti, che lo inducevano a ritenere veri o falsi i fatti fondanti della lite. L'insieme di pensieri e considerazioni tramite i quali il giudice giungeva a pronunciare sentenza avrebbe così necessitato di una ulteriore distinzione che consentisse di tener distinti i veri e propri 'elementi', da ogni diversa possibile considerazione del giudice¹⁴⁰.

¹³⁷ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 130, 427, nt. 19 (trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto*, I, cit., 515, nt. 19), il quale ancora denuncia la persistenza dell'uso dottrinale dell'imprecisa espressione 'Rechtskraft der Entscheidungsgründe': «Die Bezeichnung ist aus einem doppelten Grunde nicht passend: 1) weil es sich jedenfalls nur um richterliche E n t s c h e i d u n g e n handelt, und die Erwägungen, durch welche der Richter zu denselben gelangt, die man doch auch nicht anders als Entscheidungsgründe nennen kann, ganz gewiß nicht rechtskräftig werden; 2) weil diese Bezeichnung die ganz solche Vorstellung hineinzuziehen geeignet ist, als handele es sich hier um den Gegensatz zwischen dem was als "Urtheil" und dem was als "Entscheidungsgründe" äußerlich bezeichnet wird».

¹³⁸ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 358 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 386 s.).

¹³⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 359 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 387 s.).

¹⁴⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 361, nt. e (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 389, nt. e), ove l'autore precisa che qualora il giudice inserisca in moti-

«Demnach können wir in der ganzen Reihe von Gedanken und Erwägungen, wodurch der Richter zum Ziel des Urtheils gelangt, zweierlei bestimmende Gründe unterscheiden: *o b j e c t i v e*, die eigentlich Bestandtheile des Rechtsverhältnisses selbst sind, also Dasselbe, wofür oben die Bezeichnung von *E l e m e n t e n* gebraucht worden ist; *s u b j e c t i v e*, wodurch der Richter persönlich bewogen wird, eine bestimmte Überzeugung von jenen Elementen zu fassen, sie zu bejahen, oder zu verneinen¹⁴¹».

Una volta separati i motivi 'soggettivi' della sentenza da quelli propriamente 'oggettivi' ed aver espresso la sinonimia solo di questi ultimi rispetto agli 'elementi' già tratteggiati, l'autore era pronto a fornire una nuova e più completa formulazione del principio che intendeva affermare.

«Die vom Richter angenommenen *objectiven* Gründe (die *Elemente*) werden rechtskräftig, die *subjectiven* Gründe werden nicht rechtskräftig¹⁴²».

La questione terminologica appena illustrata sarebbe stata, secondo Savigny, alla base del conflitto di opinioni e della confusione concettuale che avevano dominato la dottrina precedente. Le opposte affermazioni di principio degli studiosi sul tema sarebbero state, infatti, tutte condivisibili se correttamente ricondotte, di volta in volta, ai motivi 'oggettivi' oppure a quelli 'soggettivi' della sentenza.

«Hier sind wir aber auch auf dem Punkt angelangt, von welchem aus alle in dieser Lehre vorkommende Meinungsverschiedenheit und Verwirrung der Begriffe zu erklären ist. Wer die Rechtskraft der Gründe behauptet, hat Recht, wenn er dabei an die *objectiven*

vazione «verwandte, aber in diesem Rechtsstreit nicht mit begriffene Rechtsverhältnisse» per meglio giustificare il proprio convincimento in ordine alla questione attuale, tali considerazioni sui rapporti giuridici analoghi rientrano tra i motivi cd. 'soggettivi' e non possono mai avere forza di giudicato. Questo è il caso, ad esempio, dell'introduzione in una sentenza sul possessorio di considerazioni in merito al petitorio, per avvalorare la decisione sul possesso.

¹⁴¹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 361 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 389).

¹⁴² Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 361 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 389).

Gründe denkt; wer sie verneint, hat Recht, wenn er diese Verneinung auf die subjectiven Gründe bezieht. Eine genaue Unterscheidung dieser beiden Arten von Gründen ist bis jetzt stets vernachlässigt worden¹⁴³».

11. *L'identificazione dei motivi cd. 'oggettivi' della sentenza.*

Dopo aver introdotto la distinzione tra motivi 'soggettivi' e motivi 'oggettivi' (o 'elementi') della sentenza, Savigny si preoccupava di delimitare correttamente l'ambito di operatività di questo nuovo concetto.

In primo luogo, ai già citati esempi delle parti costitutive della causa e delle eccezioni opposte all'azione venivano parificate le repliche e le duplicazioni¹⁴⁴.

In seconda battuta Savigny riteneva che dovessero essere aggiunti anche i casi da lui denominati come 'eccezioni improprie'¹⁴⁵, in cui si dava corso alla negazione 'relativa' del diritto fatto valere in giudizio; in altri termini si trattava di tutti quei casi in cui il convenuto negava l'attualità di un diritto dell'attore un tempo effettivamente esistente¹⁴⁶. Venivano citati, a questo proposito, il pagamento opposto dal convenuto e la cd. *exceptio recentioris dominii*¹⁴⁷.

L'autore prendeva, infine, in considerazione l'ipotesi in cui il convenuto si difendeva affermando la propria titolarità del diritto fatto valere in giudizio dall'attore. Sarebbe questo il caso in cui, ad esempio, in un'azione di proprietà o di eredità il convenuto affermasse di essere

¹⁴³ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 362 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 389 s.).

¹⁴⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 362 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 390).

¹⁴⁵ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., § 225, 150 ss., *praecipue* 153 e 155 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, V, cit., 177 ss., *praecipue* 180 s. e 182 ss.).

¹⁴⁶ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, V, cit., § 225, 153 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, V, cit., 180): «Die Verneinung aber läßt sich wiederum auf zweyerley Weise denken; sie kann nämlich auf die ganze Vergangenheit gerichtet seyn, also das Daseyn des Rechts für alle Zeiten ausschließen; sie kann aber auch dessen früheres Daseyn zugeben, und nur die spätere Vernichtung behaupten. Um beide Fälle kurz und bestimmt unterscheiden zu können, will ich die erste Art als *absolut*, die zweyte als *relative* Verneinung bezeichnen».

¹⁴⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 363 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 390 s.).

egli stesso da sempre titolare di questa proprietà o di questo diritto ereditario. Secondo Savigny ragioni pratiche e di equità¹⁴⁸ imponevano che se il giudice lo avesse assolto «aus diesem Grunde», anche tale motivo oggettivo della decisione dovesse acquistare forza legale e di fronte a questo attore rimanesse per sempre come *res iudicata* che questo convenuto era proprietario o erede¹⁴⁹.

Quest'ultimo passaggio è senz'altro il più delicato e Savigny cercava di neutralizzare la possibile contraddizione con il già affermato principio in base al quale l'assoluzione del convenuto non può mai trasformarsi in una condanna dell'attore¹⁵⁰:

«... die oben aufgestellte Behauptung nur dahin ging, daß die Freisprechung an sich, als solche, nicht die Natur und Wirkung einer rechtskräftigen Verurtheilung des Klägers haben dürfe. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte indirect, vermittelt der Rechtskraft der Gründe, ähnliche Vortheile erlangen könne, wie sie ihm die Verurtheilung des Klägers, wenn sie zulässig wäre, ohnehin verschafft haben würde¹⁵¹».

Nel caso di specie l'autore perseguiva, pertanto, una sorta di 'quadratura del cerchio', tratteggiando un'efficacia affievolita della forza legale dei motivi, da intendersi come vantaggio indiretto, la cui operatività per il futuro sarebbe stata connessa ad un preciso onere probatorio dell'odierno convenuto.

12. *I fondamenti romanistici della dottrina della forza legale dei cd. 'motivi oggettivi' della sentenza.*

Ancorché mai esposta sotto forma di principio generale, secondo Savigny, la nuova teorica avrebbe trovato nel diritto romano «ihre vol-

¹⁴⁸ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 290, 345 ss. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 374 s.).

¹⁴⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 363 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 391).

¹⁵⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 288, 320 ss. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 348 ss.).

¹⁵¹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 366 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 393).

lständige und sichere Anerkennung¹⁵²»; l'indagine delle fonti sarebbe stata, inoltre, irrinunciabile al fine di individuare la corretta estensione della cosa giudicata, malgrado le evidenti differenze tra le forme procedurali romane e quelle attuali, giacché «doch derselbe Zweck, wie von uns, erreicht werden mußte¹⁵³».

Ritenendo di non disporre di notizie sufficientemente sicure per l'epoca più tarda, l'autore articolava la propria riflessione avendo di mira il processo formulare ove l'estensione della *res iudicata* era innanzitutto riconosciuta tramite l'*intentio* e la *demonstratio*; siffatta operazione poteva, tuttavia, rilevarsi talvolta insufficiente ed in tali ipotesi sarebbero stati accolti nella sentenza 'motivi obiettivi espressi¹⁵⁴'.

Il primo esempio addotto dal giurista di Francoforte per dimostrare l'insufficienza delle parti della formula sopra citate e la necessità di aggiungere altri elementi al fine di determinare la cosa giudicata è la rivendicazione *per sponsionem* in cui la *formula* suonava semplicemente così: *Si paret N. Negidium A. Agerio sestertios XXV nummos dare oportere ...*¹⁵⁵. Il reale fondamento della decisione risiedeva, tuttavia, nella precedente *sponsio*, della quale non v'era traccia nella formula, in cui il convenuto aveva promesso all'attore 25 sesterzi, a condizione che quest'ultimo fosse proprietario. Il possesso del convenuto, inoltre, non era menzionato nell'*intentio* della formula petitoria, ma ciò non toglieva che esso venisse comunque ricercato e preso in considerazione *officio iudicis* nella sentenza: se l'azione veniva respinta per siffatta mancanza di *possessio*, tale motivo doveva essere espresso, in quanto non ricavabile dal confronto della *sententia* con la *formula*¹⁵⁶.

¹⁵² Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 367 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 394).

¹⁵³ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 374 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 401).

¹⁵⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 374 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 402 s.): «Im Formularprozeß wurde der Umfang der Rechtskraft, d. h. der objectiven Gründe, die als Bestandtheile des Urtheils anzusehen sollten, zunächst erkannt aus der *Intentio* und der dieselbe ergänzenden *Demonstratio*. Wo aber diese Erkenntnißmittel nicht ausreichten, wurden auch wohl in das Urtheil selbst ausgesprochene objective Gründe mit aufgenommen».

¹⁵⁵ V. O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, 210; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, 37.

¹⁵⁶ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 375 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 402 s.).

A tal proposito Savigny richiamava innanzitutto:

Ulp. 75 *ad ed.* D. 44.2.9 *pr.*: *Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? et putem, sive fuit iudicatum hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.*

Gai. 30 *ad ed. prov.* D. 44.2.17: *Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae.*

Ulp. 80 *ad ed.* D. 44.2.18: *Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat nancto eo possessionem: rei iudicatae exceptio locum non habebit, quia alia res est.*

A giudizio dell'autore, i cd. 'Urtheilsgründe' sarebbero stati riconoscibili in molti altri testi¹⁵⁷, ancorché egli affermasse che «schwerlich

¹⁵⁷ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 376, nt. i (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 404, nt. i), ove l'autore richiama: Mac. 2 *de app.* D. 49.8.1.1-2: 1. *Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: 'Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno': nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur. ... 2. Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Non contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiat. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasset intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasset intellegitur: quo casu appellatio necessaria est; nonché Imp. Alexander A. Capitoni C. 7.64.2: *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potioem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quod si, cum de aetate quaeretur, implese defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes.* Su D. 49.8.1.1 v. oggi le considerazioni di: M. MARRONE, *Contributo*, cit., 59 ss.; B. BISCOTTI, *Dispositivo*, cit., 37 s. Il rapporto tra il testo*

ist hierüber ein ganz gleichförmiges Verfahren in allen Urtheilen beobachtet worden¹⁵⁸».

13. *La questione di natura formale: l'individuazione delle fonti da cui si deve riconoscere il vero contenuto del pensiero del giudice.*

La presenza di testi in cui – per determinate fattispecie formulari – già i giuristi romani riconoscevano la necessità di dar conto degli ‘elementi’ posti a base della decisione, a giudizio di Savigny doveva avvalorare l’idea che nel diritto vigente i ‘motivi obiettivi’, i soli suscettibili di acquistare forza legale, dovessero essere ricercati dovunque si potessero trovare¹⁵⁹.

In verità, in linea di principio anche l’autore riteneva auspicabile che la decisione vera e propria contenesse la totalità dei motivi oggettivi e che la separata motivazione fosse circoscritta alla mera illustrazione della decisione o a rendere condivisibile la convinzione del giudice¹⁶⁰. Tuttavia, poiché la prassi si era mostrata fino a quel momento varia e disomogenea anche solo nel prevedere una ‘motivazione’ per la *sententia*¹⁶¹ e considerato che l’auspicata rigida distinzione sarebbe stata comunque difficilmente applicabile alle cause complicate¹⁶², all’interprete non sarebbe rimasta altra via, se non dar corso ad una ricerca (per così dire) ‘a tutto campo’ dei motivi cd. ‘oggettivi’, pur dovendosi sempre raccomandare al giudice di inserirli nella motivazione separata con espressioni che li qualificassero chiaramente come tali, «damit über diesen Punkt kein Zweifel entstehen könne¹⁶³».

di Macro e la costituzione imperiale è discusso da F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, 261 s.; D.A. CENTOLA, *Riflessioni*, cit., 421 s.

¹⁵⁸ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 376 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 404).

¹⁵⁹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 372 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 400), ove l’autore fissa il seguente principio: «Rechtskräftig werden die objectiven Gründe, und diese müssen wir aufsuchen, wo sie auch zu finden seyn mögen».

¹⁶⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 373 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 400 s.).

¹⁶¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 371 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 398 s.).

¹⁶² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 372 e 374 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 399 e 401).

¹⁶³ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 374 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 401).

Riguardo al diritto attuale Savigny scandiva le tappe da seguire per giungere ad una completa ed esaustiva ricognizione dei cd. 'motivi oggettivi' aventi forza di giudicato¹⁶⁴. Essi dovevano essere ricercati:

- prima di tutto nel corpo della sentenza vera e propria, per quanto vi fossero espressi;
- in secondo luogo nella motivazione separata, avendo cura di isolarli dal rimanente contenuto.

Nel caso in cui queste due prime verifiche non avessero dato risultati soddisfacenti, si sarebbe dovuto far riferimento al complesso degli atti di lite, con particolare attenzione al contenuto del libello introduttivo.

Oltre a ciò, per una corretta identificazione della reale estensione della cosa giudicata si sarebbe dovuto fare riferimento a talune «gleichsam unsichtbare Erkenntnisquellen¹⁶⁵», che sarebbero consistite in 'tacite aggiunte' e 'implicite esclusioni' dalla forza della cosa giudicata.

Quanto alle 'stillschweigende Zusätze', si sarebbe dovuto innanzitutto ricordare sempre che «jede Freisprechung geht nicht blos auf das von dem Kläger geforderte Ganze, sondern auch auf jeden denkbaren Theil dieses Ganzen¹⁶⁶».

Dalla funzione 'positiva' dell'*exceptio rei iudicatae* veniva poi ricavata l'ulteriore tacita aggiunta di una precisa determinazione temporale alla forza legale della sentenza: «die Anerkennung, oder Verneinung eines Rechts in der Person des Klägers soll als Wahrheit gelten, und wird rechtskräftig nur für den Zeitpunkt, in welchem das Urtheil gesprochen wird¹⁶⁷». Prendendo, quindi, come punto di riferimento il 'contenuto' (e non già la mera 'esistenza') della sentenza precedente¹⁶⁸, Savigny formulava la regola

¹⁶⁴ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 373 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 400).

¹⁶⁵ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 377 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 404). Cfr. anche *ibid.* 373 (trad. it. 400).

¹⁶⁶ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 377 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 405).

¹⁶⁷ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 378 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 405).

¹⁶⁸ Cfr. Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 378, nt. I (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 406, nt. I) ove l'autore nota che la stessa regola, sia pure per ragioni

secondo cui «eine künftige, auf spätere Thatsachen gegründete Klage mit dem früheren Urtheil gar nicht im Widerspruch steht¹⁶⁹».

Quanto alle determinazioni che dovevano rimanere escluse dalla forza della *res iudicata*, nonostante per la loro forma e secondo l'intenzione del giudice esse fossero destinate a passare in giudicato, l'autore richiamava il cd. 'errore' di calcolo (che poteva e doveva essere corretto, anche senza impugnazione, tanto dallo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza, quanto da qualsiasi altro giudice che si fosse trovato a trattare la questione¹⁷⁰) ed il ben più raro caso in cui una parte della sentenza fosse impossibile secondo le leggi naturali¹⁷¹.

14. *L'istituto della 'Rechtskraft' nel suo complesso: centralità degli 'objectiven Gründe'.*

L'indagine condotta consente di evidenziare come la teorica dei motivi cd. 'oggettivi' (o 'elementi') della sentenza fosse un elemento centrale ed irrinunciabile per completare il quadro della 'Rechtskraft', così come intesa da Savigny¹⁷².

Gli 'objectiven Gründe', ricavati dall'ambito di operatività della *exceptio rei iudicatae* nella sua funzione 'positiva', costituiscono – infatti – il limite massimo di estensione della 'Fiction der Wahrheit', disegnando un punto di equilibrio tra le confliggenti esigenze della giustizia reale e della certezza dei rapporti giuridici.

Non deve, quindi, sorprendere che, sul fronte del diritto vigente,

diverse, era riconosciuta anche per l'*exceptio rei iudicatae* nella sua funzione 'negativa': «Hier beruhte sie darauf, daß die später angestellte Klage auf *alia res* ging, also mit der früher *in iudicium* deducirten und dadurch consumirten Klage nicht identisch war».

¹⁶⁹ Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 378 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 406).

¹⁷⁰ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 379 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 406 s.).

¹⁷¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 292, 380 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 407 s.): «Mit diesem Fall des Rechnungsfehlers läßt sich noch der andere (schwerlich je vorkommende) Fall vergleichen, wenn irgend ein Stück des Urtheils nach Naturgesetzen unmöglich ist, da diese denselben Anspruch auf unbedingte Anerkennung haben, wie die Gesetze der Mathematik, so daß in beiden Fällen eine eigentlich juristische Prüfung und Berichtigung des Urtheils als gleich überflüssig erscheint».

¹⁷² Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 350 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 379). V. anche sopra, § 2.

Savigny abbia completato il quadro dell'istituto riconoscendo la possibilità e la necessità di proporre appello contro gli 'elementi' della sentenza destinati ad acquistare forza legale¹⁷³.

15. *Il successivo dibattito dottrinale pandettistico.*

La teorica savignana tesa ad affermare l'efficacia futura del giudicato sui motivi cd. 'oggettivi' (o 'elementi') della sentenza avrebbe originato un nutrito dibattito in seno alla Pandettistica¹⁷⁴.

¹⁷³ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 351 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 380): «So weit, als der Inhalt des Urtheils rechtskräftig wird, ist es möglich und nöthig, diese Rechtskraft durch Berufung an den höheren Richter zu hindern. Was daher in Folge der gegenwärtigen Untersuchung über die Rechtskraft der Gründe als wahr erkannt werden wird, muß eben so auch auf die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Berufung gegen die Gründe bezogen werden».

¹⁷⁴ Per l'affermativa cfr., tra i più significativi: J.T.B. VON LINDE, *Ueber die Rechtskraft der Entscheidungsgründe*, in *AcP*, XXXIII, 1850, 315-353, che nel condividere la tesi di fondo, ritiene che Savigny non abbia sufficientemente chiarito quali siano gli 'elementi' della sentenza suscettibili di passare in giudicato. V. *praecipue* 334, ove l'autore, ritiene che non tutti i motivi 'oggettivi' possano acquistare forza di legge ed introduce, quindi, una complessa distinzione tra i seguenti principi: «"Entscheidungsgründe, welche sich im concreten Falle ebensowohl als Entscheidung, als wie Gründe darstellen, sind jene Eigenschaften wegen der Rechtskraft fähig". "Entscheidungsgründe, die nur Gründe, nicht zugleich Entscheidung sind, werden nicht rechtskräftig"; M. SCHÄFFER, *Zur Lehre von der 'res judicata', insbesondere der Rechtskraft der Entscheidungsgründe: unter Mittheilung von Rechtsfällen*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, n.F. XII, 1855, 247 s.; B. WINDSCHEID, *Die 'actio'*, cit., 69 s. e 100 ss., nonché nelle sue *Pandette* – incondizionatamente – fino alla quinta edizione (v. ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁵, I, Stuttgart, 1879, § 130, 395 e nt. 21) e, anche in ragione del fatto che la questione era stata risolta in senso negativo dall'ordinamento della procedura civile dell'Impero (CPO § 293, Abs. 1: «Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist»), limitatamente al diritto romano a partire dalla sesta edizione (v. ID., *Lehrbuch*⁶, I, cit., § 130, 428, nt. 20 (trad. it. C. FADDA - E. BENZA, *Diritto*, I, cit., 516, nt. 20); W. ENDEMANN, *Das Prinzip der Rechtskraft. Eine zivilistische Abhandlung*, Heidelberg, 1860, 83 s.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch*⁷, I, cit., § 173, n. III, 278 s., ove si legge: «Unter dem Inhalt des Urtheils ist aber natürlich (vgl. bes. Savigny S. 350 fgg.) nicht die abstrakte Entscheidung – Kondemnation oder Absolution – zu verstehen, sondern den eigentlichen Inhalt bilden die objectiven Gründe (die von Savigny s. g. Elemente) der Entscheidung, und durch sie bestimmt sich namentlich der Umfang der Rechtskraft, indem dieselbe dadurch sowohl über die abstrakte Entscheidung hinaus wesentlich erweitert, als auch umgekehrt in engere Schranken eingeschlossen werden kann»; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, cit., § 111, 649 s. e nt. 82, ove l'autore precisa, tuttavia, che: «Allein,

Gli autori che ritenevano condivisibile questa dottrina facevano leva principalmente su Ulp. 28 *ad ed.* D. 16.2.7.1¹⁷⁵ e Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.7(8).2¹⁷⁶ che consentirebbero di dare per assodato che se in un'azione

was unausgesprochen seine Entscheidung bedingte, ist unbestimmbar; und wie vielerlei in der Verhandlung vorkommen konnte, was der Judex verwerfen mußte, ohne daß dies *res iudicata* wurde ...». A suo giudizio, ciò che il giudice ha espressamente pronunciato in sentenza può riguardare i diritti controversi o i fatti presupposti; egli riconduce a quest'ambito (e solo ad esso) quelli che Savigny definiva come 'elementi' o 'motivi oggettivi'. Per Bethmann-Hollweg, quindi, resterebbe comunque escluso dal giudicato tutto ciò che la sentenza dà per sottinteso e tutto ciò che si può ricavare solo dal complesso degli atti di lite, oltre ai principi giuridici cui il giudice avrebbe dovuto far riferimento ed ai motivi della convinzione del giudice non inseriti nella sentenza. Nutrita anche la schiera degli oppositori di questa teoria: cfr., ad esempio, E.I. BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., §§ 15, 18, 19, 208 ss., 232 ss., 242 ss.; F. PFEIFFER, *Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile*, in *AcP*, XXXVII, 1854, 113 ss., il quale, nel respingere la teorica dell'effetto 'positivo' del giudicato, avversa anche l'estensione dell'effetto di cosa giudicata alla motivazione della sentenza, evidenziando (*ibid.* 268) – tra l'altro – che il passaggio in giudicato degli 'Urtheilsgründe' potrebbe comportare importanti conseguenze di cui le stesse parti potevano non essere consapevoli nel corso del processo e le stesse potrebbero essere indotte a proporre impugnazione avverso la sentenza con esclusivo riguardo a statuizioni contenute nella sola parte motiva; F.B. BUSCH, *Entscheidungsgründe sind nichts weiter als Interpretationsmittel und werden nie rechtskräftig*, in *AcP*, XLV, 1862, 287-304, il quale prende le mosse da una serrata critica della teorica di Linde; C. BOLGIANO, *Zur Frage von der Rechtskraft der Entscheidungsgründe: Kritik eines Erkenntnisses des O.-A.-G. zu Jena vom 13. Februar 1860*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, XXI, 1864, 17-40, *praecipue* 30 s.; P. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., § 24, 179 s. e, per il cd. 'heutiges Recht', 213 s.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², I, Erlangen, 1873, § 96, 330 s. e 335; G.W. WETZELL, *System*³, cit., § 47, 593 s., *praecipue* nt. 94; J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*⁵, II, Leipzig, 1892, § 132, 621 ss., *praecipue* 623 ove l'autore evidenzia: «Das richterliche Urtheil stellt also nicht die behaupteten Thatsachen, sondern die streitigen Rechtsverhältnisse fest: es kann daher auch nur die richterliche Entscheidung in Ansehung des geltend gemachten Rechtsanspruchs, nicht auch die richterliche Fürwahr- oder Nichtfürwahrannahme streitiger Thatsachen in materielle Rechtskraft erwachsen, da die Rechtskraft nicht weiter reicht, als die richterliche Entscheidung». Anche E. KLEINSCHROD, *Über die processualische Consumption*, cit., § 14, 148 ss., si propone di distinguere le decisioni sopra i 'fatti' dalle pronunce che decidono sul 'rapporto giuridico' che costituisce il fondamento delle ragioni delle parti, ma finisce egli stesso per confondere i due piani. Sul punto v. H. SCHOTT, *Recensione a E. KLEINSCHROD, Über die processualische Consumption und die Rechtskraft des Civilurtheils*, Leipzig, 1875, in *KV*, XIX, 1877, 481-498, *praecipue* 490 s.

¹⁷⁵ Ulp. 28 *ad ed.* D. 16.2.7.1: *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliquid dicam, si reprobavit pensionem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.*

¹⁷⁶ Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.7(8).2: *Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est.*

personale è stata opposta l'eccezione di compensazione e quest'ultima è stata respinta perché il giudice ha considerato infondata la contropretesa, qualsiasi successivo tentativo di farla valere come azione separata dovrebbe andare incontro all'*exceptio rei iudicatae*¹⁷⁷. A loro giudizio, il medesimo ragionamento doveva esser valido anche per altri diritti azionati in via di eccezione, come nel caso in cui all'*actio Publiciana* fosse stata opposta la proprietà. Né si sarebbe potuto opporre a tal modo di ragionare quanto affermato da Ulp. 5 *ad Sab.* D. 21.2.18¹⁷⁸.

Per Bernard Windscheid (1817-1892¹⁷⁹) l'argomento decisivo per l'accoglimento di tale teoria sarebbe consistito nel rilevare che «das Gleiche auch für die Entscheidung über solche Rechte gelte, welche in dem früheren Prozesse als Voraussetzung des eigentlich zur Entscheidung stehenden Anspruchs vorgebracht worden sind¹⁸⁰». A favore di questa considerazione avrebbe militato in modo decisivo, anche a voler prescindere dall'analogia del giuramento (Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.13.2), Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 12.2.1¹⁸¹.

¹⁷⁷ Così già F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 291, 357 s. e nt. d (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 385 s. e nt. d).

¹⁷⁸ Ulp. 5 *ad Sab.* D. 21.2.18: *Sed et si exceptio ommissa sit aut opposita ea nihilo minus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex empto potest conveniri*. In questo senso già F.C. VON SAVIGNY, *System*, VI, cit., § 297, 428 s. (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema*, VI, cit., 458 s.). Cfr., inoltre, M.A. VON BETHMANN-HOLWEG, *Der römische Civilprozeß*, II, 'Formulae', Bonn, 1865, § 111, 648, nt. 78.

¹⁷⁹ Cfr. E. LANDSBERG, voce *Windscheid, Bernhard*, in *Allgemeine deutsche Biographie*, XLIII, Leipzig, 1898, 423 ss.; R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte*, III.2, *Text*, cit., 854 ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*², cit., 446 s. (trad. it. U. SANTARELLI - S.A. FUSCO, *Storia*, II, cit., 144 ss.); G. WESENER - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*⁴, cit., 184 s. (trad. it. P. CAPPELLINI - M.C. DALBOSCO, *Storia*, cit., 245 s.); G. KLEINHEYER - J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen*⁴, cit., 442 ss.; P. STEIN, *Roman Law*, cit., 122 s. (trad. it. L. GAGLIARDI, *Il diritto*, cit., 150 s.); U. FALK, voce *Windscheid, Bernhard*, in *Juristen*, cit., 672 s.

¹⁸⁰ Così B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁵, I, cit., § 130, 395, nt. 21.

¹⁸¹ Cfr. B. WINDSCHEID, *Die 'actio'*, cit., 100 ss., *praecipue* 104 ove, a proposito di Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 12.2.1, l'autore ricapitola così le proprie conclusioni: «Die Entscheidung dieser Stelle, ich wiederhole es, ist klar und keiner andern Deutung fähig. Durch sie in Verbindung mit der eben behandelten l. 33. §. 1. D. de usufr. Halte ich unsere Frage für entschieden. Beiden lassen, wenn man die Savigny'sche Theorie nicht annehmen will, keinen Ausweg. Das konnte von keiner der Stellen gesagt werden, welche dieser Theorie entgegen zu stehen scheinen, selbst nicht von l. 7. § 3. D. h. t. So muß dieselbe daher als richtig anerkannt werden. Daß Schwierigkeiten übrig bleiben, und namentlich in der gennanten l. 7. §. 3., verkenne ich nicht. Aber größer sind meines Erachtens die Schwierigkeiten, die sich Denen entgegenstellen, welche die Savigny'sche Ansicht bestreiten». Cfr. anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁵, I, cit., § 130, 395, nt. 21.

Gli oppositori, dal canto loro, ricorrevano essenzialmente a *Impp. Severus et Antoninus AA. Marcellinae* C. 3.8.1¹⁸², Ulp. 2 *de off. con.* D. 25.3.5.8-9¹⁸³, Ulp. 3 *de off. con.* D. 42.1.15.4¹⁸⁴, Paul. 70 *ad ed.* D. 44.1.17¹⁸⁵, Ulp. 3 *disp.* D. 44.1.23¹⁸⁶, traendone – tuttavia – argomenti non decisivi, né inoppugnabili¹⁸⁷.

16. Conclusioni.

L'antinomia tra le opposte posizioni era, in buona sostanza, figlia di quei due diversi 'Gesichtspunkte' che già Savigny aveva illustrato e

¹⁸² *Impp. Severus et Antoninus AA. Marcellinae* C. 3.8.1 (a. 203): *Adite praesidem provinciae et ruptum esse testamentum Fabii praesentis agnatione filii docet. neque enim impedit notionem eius, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super causa status cognoscere non possit: pertinet enim ad officium iudicis qui de hereditate cognoscit universam incidentem quaestionem quae in iudicium devocatur examinare, quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat.* Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 390 s. V. anche K. HACKL, 'Prae-iudicium', cit., 241 s., nt. 23.

¹⁸³ Ulp. 2 *de off. con.* D. 25.3.5.8-9: 8. *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summam iudices oportet super ea re cognoscere. si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec discernent alimenta.* 9. *Meminisse autem oportet, etsi pronuntiauerint ali oportere, attamen eam rem praeiudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiat filium esse, sed ali debere: et ita divus Marcus rescripsit.* Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia*, cit., 386, nt. 789 e 414. V. anche K. HACKL, 'Prae-iudicium', cit., 237 s., nt. 6.

¹⁸⁴ Ulp. 3 *de off. con.* D. 42.1.15.4: *Si rerum, quae pignoris iure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro ipsos, qui rem iudicatam exequentur, cognoscere debere de proprietate: et si cognoverint eius fuisse qui condemnatus est, rem iudicatam exequentur. sed sciendum est summam eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praeiudicare, si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi eius sit, qui controversiam movit, non eius, cuius nomine capta est: nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte iure ordinario coeperit ab eo res peti. sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res iudicata proficiat. sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia.* Cfr. L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, 139 ss.; N. AVERSA, 'Constitutio principis' ed interpretazione giurisprudenziale in D. 42.1.15.4: un caso di opposizione di terzo ad esecuzione, in *AG, CXCIII*, 1977, 79-92; F. PERGAMI, *L'appello*, cit., 342.

¹⁸⁵ Paul. 70 *ad ed.* D. 44.1.17: *Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petet, quia et diversa corpora sunt et causae restitutionum dispares, non nocebit exceptio.* Sul passo v. G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, I, *La procedura formulare*, Torino, 1958, 58 s.; K. HACKL, 'Prae-iudicium', cit., 116 ss.

¹⁸⁶ Lab. 6 *pith.* D. 44.1.23: *Paulus: si quis statua in municipio ea mente posuit, ut ea municipii esset, et eam petere vult, excludi eum oportet praescriptione in factum data.* Cfr. A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano, 1956, 56.

¹⁸⁷ Cfr. anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*⁵, I, cit., § 130, 395 s., nt. 21.

non poteva certo essere definitivamente sanata con il ricorso diretto alle fonti, in quanto, entrambi i punti di vista vi erano in qualche modo rappresentati: nella storia del diritto romano si fece, infatti, ricorso tanto alla regola della cd. ‘irripetibilita’, quanto a quella della cd. ‘incontrovertibilita’ del giudicato¹⁸⁸.

Pare, infine, significativo notare come, dei tre ‘pilastri’ (originariamente concepiti come interdipendenti) su cui Savigny aveva costruito l’istituto della cd. ‘Rechtskraft’ solo i primi due (‘Fiction der Wahrheit’ ed *exceptio rei iudicatae* nella sua funzione ‘positiva’) siano stati variamente coltivati ed approfonditi dalla letteratura romanistica e dai cultori del diritto positivo del secolo scorso, al fine di elaborare le moderne teoriche ‘sostanziali’ sul giudicato (ovvero puntualmente criticati al fine di sostenere quelle ‘processuali’), mentre il problema – per molti aspetti preliminare e condizionante – della presenza o meno di una ‘motivazione’ della *sententia* e dell’eventuale estensione a parti di essa degli effetti del giudicato sia stato pressoché totalmente negletto dagli studi storico-giuridici per oltre un secolo.

¹⁸⁸ V. sopra, nt. 90.