

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI

(1955-1968)

E DA

ALBERTO TRABUCCHI

(1968-1998)

DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI

GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI

ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIORGIO OPPO

ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO

VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER

PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

REDATTORE CAPO

VITTORIO COLUSSI



CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

PADOVA

L'ECCEZIONE DI DOLO GENERALE NEL PENSIERO ATTUALE DELLA CORTE SUPREMA

Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273: *L'« exceptio doli generalis seu praesentis » sanziona il dolo commesso nel momento stesso in cui l'azione viene proposta in giudizio; tale eccezione si offre come rimedio di carattere generale volto alla reiezione della domanda proposta in contrasto con i principi di correttezza e buona fede, e così ogniqualevolta sia accertato l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento. Occorre distinguere l'« exceptio doli generalis seu praesentis » dall'« exceptio doli specialis seu praeteriti »: con quest'ultima è sanzionato il dolo commesso al tempo della conclusione del negozio, allorché siano posti in essere raggiiri diretti a indurre un soggetto a concludere un negozio che non avrebbe concluso o che avrebbe concluso a condizioni diverse. Peraltro, quando dal dolo dipenda la conclusione di un negozio a condizioni più svantaggiose, il « deceptus » è ammesso a proporre una domanda diretta al risarcimento dei danni a titolo di dolo incidente (art. 1440 c.c.), con cui è fatta valere una responsabilità precontrattuale.*

SOMMARIO: 1. La vicenda da cui scaturisce la sentenza. — 2. L'« exceptio doli generalis seu praesentis » come rimedio di carattere generale. — 3. Il comportamento che fonda l'opponibilità dell'« exceptio doli generalis »: l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento; distinzione rispetto all'« exceptio doli specialis seu praeteriti ». — 4. Differenziazione, per presupposti e ambiti di applicazione, tra l'« exceptio doli generalis » e la domanda di risarcimento a titolo di dolo incidente (art. 1440 c.c.). — 5. Il cenno alla « meritevolezza dell'interesse » perseguito. — 6. Conclusioni.

1. — La vicenda dalla quale scaturisce la pronuncia che qui si segnala appare piuttosto lunga e accidentata: in vista di quanto si andrà a osservare, basti delinearne i tratti essenziali.

Al centro della contesa, insorta una quindicina di anni or sono, si colloca la pretesa, avanzata da una s.r.l., volta alla restituzione di somme introitate da una banca sulla base di una convenzione che prevedeva, in collegamento con un'apertura di credito della medesima banca alla società, un mandato irrevocabile, a favore della prima, all'incasso dei crediti della seconda che fossero supportati da cambiali o ricevute bancarie. Le somme di cui la società chiedeva la restituzione erano però state riscosse dalla banca dopo che la società debitrice (conferente il mandato all'incasso) era stata ammessa alla procedura di concordato preventivo: sicché proprio per tale ragione si sarebbe verificata — su ciò faceva leva la pretesa della s.r.l. attrice — una lesione della *par condicio creditorum*.

Un significativo segmento della sentenza in esame, che finalmente mette termine alla controversia, risulta dedicato all'interpretazione della convenzio-

ne conclusa tra l'istituto di credito e la s.r.l. In effetti, rappresenta un *prius* logico, rispetto alla decisione sulla domanda di restituzione, l'accertamento del contenuto esatto dei poteri che sarebbero spettati alla banca in funzione di garanzia del proprio credito: così, è fatto oggetto di indagine l'intento negoziale delle parti in termini di « definitiva traslazione del credito » (il dubbio è, in specie, se si fosse realizzata una vera e propria cessione di credito o piuttosto una preventiva autorizzazione a trattenere le somme via via incassate).

Ma non è di ciò che intendo qui occuparmi.

L'altro nucleo problematico affrontato dai giudici — e proprio su questo, invece, merita di essere appuntata la nostra attenzione — è legato all'opponibilità di un'eccezione di dolo generale avverso la domanda restitutoria proposta dalla società.

Nel contesto sopra delineato, in effetti, l'argomento difensivo messo in campo dalla convenuta risulta fondato sulla contrarietà dell'azione ai principi di buona fede e correttezza: rispetto a quella pretesa infatti, sempre restando incontestata la validità della convenzione, la banca denunciava il fatto che chi l'aveva avanzata in giudizio si era comportato con malafede; e, per conseguenza, chiedeva il rigetto della domanda. In particolare, la banca imputava alla società di aver mancato di palesare per tempo le proprie difficoltà finanziarie, facendo così notare che tra l'apertura di credito alla società e la caduta in concordato della medesima erano trascorsi meno di quattro mesi.

Proprio le concrete modalità di proposizione della domanda, dunque, avrebbero meritato di condurre alla sua reiezione.

Sulla controversia, dopo una pronuncia del Trib. Biella 10 maggio 1995, fu emanata la sentenza di App. Torino del 31 luglio 1997; intervenne poi la decisione della Suprema Corte del 5 novembre del 1999, n. 12320; quindi il processo continuò in sede di rinvio avanti ad altra sezione della Corte d'Appello piemontese per sfociare — dopo un periodo di sospensione, sino alla pronuncia di inammissibilità, con Cass. 12 luglio 2001, n. 13249, della domanda di revocazione avente per oggetto la precedente pronuncia della Suprema Corte del 1999 — nella decisione del 1 febbraio 2003, su cui da ultimo è intervenuta la nuova sentenza della Cassazione qui in commento ⁽¹⁾.

Ne è sortita una pronuncia destinata a rimanere come un punto di riferimento nello sviluppo della tematica, ampia e articolata, delle applicazioni della buona fede oggettiva ⁽²⁾; soprattutto, merita di essere apprezzata la compiutezza con la quale appare delineata la figura assai impegnativa (quantomeno per la storia e la dottrina che in essa sono involte) dell'*exceptio doli generalis*.

⁽¹⁾ Già in *Mass. F. it.*, 2007, p. 417 s.; inoltre pubblicata in *Contratti*, 2007, p. 971 ss., con nota di C. ROMEO, «*Exceptio doli generalis*» ed «*exceptio doli specialis*».

⁽²⁾ Ravvisa nella pronuncia senz'altro un « punto di svolta nella giurisprudenza di legittimità » G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'« exceptio doli » e gli « obiter dicta » della Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 2007, p. 1371, ove ne analizza le implicazioni alla luce degli approfondimenti svolti in *Id.*, *L'« exceptio doli » dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005.

2. — Va subito detto — a ridimensionare toni che altrimenti rischiano di essere troppo enfatici — che la sentenza a ben vedere non affronta il problema più ostico posto dall'eccezione di dolo generale, ossia quello del suo stesso fondamento nel nostro sistema; e tuttavia si tratta di una pronuncia senza dubbio rimarchevole essenzialmente per il contributo che essa arreca in termini di precisazione dei confini di applicabilità di uno strumento tante volte astrattamente evocato in dottrina, più di rado impiegato nel concreto, talora non conosciuto nei meccanismi esatti del suo funzionamento.

V'è inoltre da notare che la Suprema Corte sviluppa le proprie osservazioni intorno all'eccezione di dolo generale entro lo spazio di un pur ampio *obiter dictum* ⁽³⁾, che poi nella specie non conduce all'accoglimento delle istanze di chi l'aveva sollevata: i giudici intervengono invece a rimodulare la motivazione in diritto della pronuncia emanata dalla Corte di secondo grado, integrandola *ex art.* 384, ultimo comma, c.p.c. con nuove argomentazioni, senza arrivare a mutarne le conclusioni.

Sia pur con queste premesse (le quali sembrerebbero ancora una volta sospingere il tema verso territori di pura accademia), resta indiscutibile che sia oggi segnata una tappa importante nel cammino di « riscoperta » dell'eccezione di dolo generale ⁽⁴⁾.

Il dato che per primo balza all'occhio è quello del riconoscimento dell'*exceptio doli* propriamente come rimedio di carattere generale.

In effetti, la Suprema Corte mostra in quest'occasione di dare per acquisito al nostro sistema uno strumento in grado di operare al di fuori del collegamento con il regime specifico dell'una o dell'altra fattispecie tipizzata ⁽⁵⁾: si pensi, paradigmaticamente, al caso del contratto autonomo di garanzia, che ha ormai assorbito l'*exceptio doli* quale elemento della propria disciplina ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Sulla cui identificazione concettuale si veda, tra molti, M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova 1995, p. 141 ss.

⁽⁴⁾ Per un quadro d'insieme, oltre a G. MERUZZI, *L'« exceptio doli »*, cit., in specie p. 452 ss., si vedano i vari contributi raccolti in AA.Vv., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006. Una prima panoramica, sul tema della buona fede, emerge da AA.Vv., *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann e S. Whittaker, Cambridge 2000, nella cui prospettiva si veda anche R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in questa Rivista, 2001, I, p. 703 ss., in specie 753, nonché Id., *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischen Wirtschaftsrecht der Universität Bonn*, Bonn 2005, p. 138 ss. Punto di riferimento essenziale, in argomento, è senz'altro AA.Vv., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. Garofalo, I-IV, Padova 2003.

⁽⁵⁾ Parlo di « fattispecie tipizzate », piuttosto che di utilizzabilità dell'eccezione di dolo anche « al di fuori delle ipotesi espressamente codificate » (corsivo mio), secondo il linguaggio impiegato dalla Corte.

⁽⁶⁾ Specificamente sul rilievo dell'eccezione di dolo nel contratto autonomo di garanzia L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'« exceptio doli generalis » romana in tema di con-*

Proprio per la sua generale applicabilità, invece, lo strumento che si viene a profilare sarebbe in grado di giocare « in campo aperto », giungendo così a svolgere un ruolo correttivo e di regolazione dell'intero sistema.

Insomma, si tratterebbe di un rimedio caratterizzato da un grado di pervasività per molti versi paragonabile a quello espresso dalla medesima *exceptio doli generalis* nel diritto romano classico.

3. — Già si è detto che la Suprema Corte non affronta il problema del fondamento dell'eccezione di dolo generale all'interno dell'ordinamento vigente.

D'altra parte, riesce difficile vedere in ciò un vero limite della pronuncia in esame, dal momento che — lo si ripete — l'intero discorso sull'*exceptio* costituisce un lungo *obiter* entro una decisione che oltretutto poi conferma la condanna della banca alla restituzione ⁽⁷⁾.

Sul punto, i giudici della Suprema Corte si limitano a una panoramica che evoca le differenti teoriche messe in campo dalla dottrina: « secondo un orientamento, detta eccezione costituirebbe espressione del criterio della buona fede; un differente indirizzo l'ha invece ricondotta al divieto di abuso del diritto; un altro orientamento rinviene il suo fondamento congiuntamente nel divieto di abuso del diritto e nella violazione del criterio di correttezza; un ulteriore indirizzo reputa che il rimedio condivida con la buona fede oggettiva e con l'abuso del diritto la medesima esigenza di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela, che giustifica e legittima il sindacato del giudice sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, allo scopo di verificarne la congruità con i valori fondamentali espressi dall'ordinamento e con le finalità insite nel loro normale esercizio » ⁽⁸⁾.

tratto autonomo di garanzia, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 629 ss. (anche in *Id.*, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova 2005, p. 143 ss.); *Id.*, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, in *Id.*, *Fondamenti e svolgimenti*, cit., p. 185 ss.; P. LAMBRINI, *Eccezione di dolo e contratto autonomo di garanzia*, in *Aa.Vv.*, *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 139 ss. Per un inquadramento delle regole che governano il contratto autonomo di garanzia, di recente, G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e « Garantievertrag »*, *Categorie civilistiche e prassi del commercio*, Frankfurt am Main 2005. Per una rassegna di giurisprudenza, cfr. C. ROMEO, «*Exceptio doli generalis*», cit., p. 981, nt. 13.

⁽⁷⁾ Senza dire del fatto che spetta anzitutto all'interprete « colto » di saper ricondurre a sistema anche un dato parziale contenuto in un precedente giurisprudenziale: cfr. L. VACCA, *L'interpretazione casistica fra storia e comparazione giuridica*, in *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova 2006, p. 261 ss.

⁽⁸⁾ A monte delle parole della Corte, si intravede un dibattito che sarebbe impossibile da rappresentare compiutamente. Si richiamano, quali riferimenti essenziali: L. CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1949, p. 782 ss., su posizioni di sostanziale apertura nei confronti della riconoscibilità dell'eccezione di dolo; G.L. PELLIZZI, voce «*Exceptio doli*» (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 1074 ss., decisamente più scettico; di seguito, A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*,

Se il maggior contributo che resta acquisito con la sentenza in commento è quello legato a una precisa distinzione tra dolo generale o presente — da un lato — e dolo passato o speciale — dall'altro —, ciò dipende dal fatto che proprio su questo profilo era stata richiamata l'attenzione della Suprema Corte quando, nell'ultimo tratto della vicenda processuale, sembravano essersi confusi i confini tra i presupposti dell'azione che fa leva sulla presenza del dolo negoziale e, appunto, quelli dell'*exceptio doli generalis*.

Nello specifico, la sentenza dell'Appello torinese impugnata avanti la Cassazione aveva erroneamente fatto richiamo all'art. 1439 c.c. (ove — ricordiamo — al comma 1° si ravvisa nel dolo una « causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato »), per rintracciare in esso il fondamento dell'eccezione in parola ⁽⁹⁾. E ciò peraltro aveva ingenerato una pericolosa sovrapposizione tra azione (più precisamente, nella specie si sarebbe dovuta immaginare una domanda riconvenzionale di accertamento negativo della legittimità della pretesa avversaria) ed eccezione, l'una e l'altra dominate da regimi notoriamente diversi.

Proprio su questi aspetti interviene puntuale il chiarimento della Corte.

Sulla scorta dell'elaborazione romanistica dello strumento (che, come ognuno sa, proprio nel contesto del processo formulare classico trovò una compiuta messa a punto, soprattutto per opera della raffinata interpretazione dei giuristi), la Cassazione distingue tra l'articolazione dell'*exceptio doli* rivolta al passato, ossia quella che guarda al momento della conclusione del negozio (*exceptio doli praeteriti seu specialis*), e l'altra che è orientata al presente, in grado dunque di ergersi a sanzione di tutti i comportamenti contrari a *bona fides* venuti in rilievo successivamente alla conclusione del negozio e fino al momento del giudizio (*exceptio doli praesentis seu generalis*) ⁽¹⁰⁾.

in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, p. 218, con conclusioni interlocutorie; poi G.B. PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed « exceptio doli »*, in *G. comm.*, 1982, I, p. 407 ss.; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'« exceptio doli generalis »*, in *Contratto e impr.*, 1986, p. 197 ss.; *Id.*, *La buona fede contrattuale*, Padova 1988; deciso l'impulso all'apertura di F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, VII, Torino 1994, il quale analizza l'*exceptio* in chiave storico-comparatistica; più recentemente, tra i molti contributi dell'autore, *Id.*, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 1055 ss., nonché *Id.*, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, Wien-New York 2003, p. 663 ss.; si veda poi L. GAROFALO, *Per un'applicazione dell'« exceptio doli generalis »*, cit., p. 629 ss.; piuttosto cauto A.A. DOLMETTA, «*Exceptio doli generalis*», in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss., pure in *Id.*, voce «*Exceptio doli generalis*». *Aggiornamento*, in *Enc. giur.*, Roma 1997; nonché, da ultimo, a favore di un fondamento giurisprudenziale dell'*exceptio*, G. MERUZZI, *L'« exceptio doli »*, cit., in specie p. 452 ss.

⁽⁹⁾ Risultavano del pari incongrui, nella medesima pronuncia, i richiami all'art. 95 del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, sul c.d. mendacio bancario, figura comunque accostabile a quella del dolo *causam dans*.

⁽¹⁰⁾ Per una sintesi, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, P, *Das altrömische, das vor-klassische und klassische Recht*, München 1971, p. 488 e nt. 38, e A. BURDESE, voce

Nel sistema previsto dall'editto del pretore romano, la distinzione — che sarebbe però vana speranza di vedere rispecchiata in modo troppo schematico nelle fonti ⁽¹¹⁾ — resta dunque evidenziata nella scelta dei tempi verbali utilizzati nella formulazione giulianea dell'*exceptio doli* riportataci da Gaio (nelle sue Istituzioni, in 4.119: *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*).

Sicché il dolo « presente » — ovvero « generale », ma a questo punto non sfugge che la denominazione più espressiva dei meccanismi del processo formulare è la prima — risulta contraddistinto dal fatto di riferirsi al giudizio e in specie al tempo della *litis contestatio* (in parallelo, si potrebbe pensare che la valutazione debba oggi rapportarsi al momento, funzionalmente corrispondente, della precisazione delle conclusioni ⁽¹²⁾); mentre il dolo « passato » — o « speciale » — fa riferimento a ciò che precede la *litis contestatio*, ovvero essenzialmente alla conclusione del negozio.

Ma non si intende indugiare più a lungo su profili storici che risultano comunque piuttosto conosciuti.

Questi brevi ragguagli sono invece sufficienti per comprendere che lo strumento di cui, nel caso giunto allo scrutinio della Suprema Corte, la banca

« *Exceptio doli* » (*diritto romano*), in *Nor. D. it.*, VI, Torino 1960, p. 1073 ss. Fondamentale in argomento il lavoro di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano 1973, in specie p. 166 ss., 191 ss. e 624 ss.; si veda anche G. MAC CORMACK, « *Dolus* » in *Republican Law*, in *BIDR*, 1985, p. 1 ss., in specie 20 ss.; *Ib.*, « *Dolus* » in *Decisions of the Mid-classic Jurists*, in *BIDR*, 1993, p. 83 ss., in specie 127 ss.; M. SCHERMAIER, « *Bona fides* » in *Roman Contract Law*, in *AA.Vv.*, *Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 63 ss., ma in specie 86 s.; tra i vari contributi in *AA.Vv.*, *Il ruolo della buona fede*, cit., in particolare C.A. CANNATA, « *Bona fides* » e *strutture processuali*, I, p. 257 ss., e M. TALAMANCA, *La « bona fides » nei giuristi romani: « Leerformeln » e valori dell'ordinamento*, *ibidem*, IV, p. 1 ss., in specie 33 ss. e 289 ss. Di recente, un quadro completo dei diversi profili di applicazione dell'*exceptio doli* nel diritto romano emerge da *AA.Vv.*, *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006 (entro cui si segnalano in specie, sull'iniziale sviluppo dello strumento, A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, p. 93 ss., nonché, per una prospettiva più generale, L. LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, p. 123 ss.).

⁽¹¹⁾ Di *dolus praesens*, in contrapposizione al *dolus praeteritus*, si parla in D. 44.4.4.18 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit. Et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito eius dolo. Hoc est si ante acceptum iudicium dolo quid fecerit, esse excipiendum, si vero non in rem suam, dolum praesentem in exceptionem conferendum. Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit*. Ancorché senza ricorso alle denominazioni che sarebbero poi entrate nell'uso, si veda D. 44.4.2.3-5 (Ulp. 76 *ad ed.*). Nel senso della genuinità classica della clausola *neque fiat*, la più antica testimonianza è rappresentata da D. 2.14.10.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), ove è riportato un parere di Trebazio. Cfr. M. BRUTTI, *La problematica*, cit., p. 166 ss., in specie ntt. 85 e 87.

⁽¹²⁾ E così dunque anche oltre il momento della notifica dell'atto di citazione (secondo quella che, leggendo la sentenza, sembrerebbe essere stata la tesi sostenuta dalla difesa della banca).

aveva invocato l'opponibilità corrisponde esattamente all'eccezione di dolo presente che fu propria del diritto romano classico. E di essa, con la sentenza in commento, i giudici affermano il riconoscimento (seppure non nel caso di specie l'operatività) come rimedio di carattere generale.

Va da sé invece che l'eccezione di dolo speciale o passato è opponibile in quanto espressamente accolta dal nostro ordinamento. L'art. 1442 c.c., all'ultimo comma, infatti recita: « l'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere ». Il dolo, inteso come vizio che inficia la volontà negoziale, può dunque costituire fondamento per un'eccezione opponibile in ogni tempo, anche dopo che la corrispondente azione volta all'annullamento del negozio sia prescritta.

Occorre poi almeno fugacemente osservare che, muovendo dalla messa a fuoco sulla sistematica delle due articolazioni dell'eccezione di dolo, la Cassazione svolge una considerazione — la quale per vero non va molto oltre un cenno — in ordine ai caratteri peculiari della condotta al cui cospetto sia dato fondatamente interporre l'eccezione di dolo generale: è così significativo che la Suprema Corte — richiamandosi espressamente al proprio precedente datato 11 dicembre 2000, n. 15592 ⁽¹³⁾ — valuti sufficiente che l'esercizio dei diritti di volta in volta riconosciuti dall'ordinamento risulti, secondo uno scrutinio effettuato per parametri oggettivi, in contrasto con la buona fede ⁽¹⁴⁾. Sembrerebbe di poter dire, dunque, che è compiuto un passo in avanti rispetto alla più restrittiva considerazione dell'eccezione di dolo intesa come sbarramento opponibile soltanto a fronte di una deduzione in giudizio spiccatamente fraudolenta o malevola dei diritti (con ciò intendendosi un comportamento caratterizzato da consapevolezza e intenzionalità da parte dell'attore). In questo senso, è quindi da apprezzarsi un recupero della dimensione oggettiva della regola di buona fede: il che, operativamente, per un verso comporta il superamento della necessità di un'indagine sullo stato soggettivo dell'attore ⁽¹⁵⁾, nonché per altro verso apre la via all'elaborazione di un siste-

⁽¹³⁾ Ove per vero, ragionando in termini di abuso di diritto di fronte al caso di chi aveva votato in maniera difforme in sede di assemblea e di c.d.a. (e così più propriamente potendosi ipotizzare la violazione del divieto di *venire contra factum proprium*), si affermava « con forza l'esigenza di disancorarne gli elementi costitutivi da aspetti e valutazioni essenzialmente soggettive e di ricercare — per quanto è possibile — più chiari e sicuri contorni di natura oggettiva ».

⁽¹⁴⁾ Si tratta della nozione autenticamente romanistica del dolo presente: cfr. M. BRUTTI, *La problematica*, cit., p. 166 ss.; come pure, con riferimento al diritto vigente, A. TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, cit., p. 218, secondo il quale il dolo presente avrebbe un significato « comprensivo di qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, in virtù della quale la persistenza dell'attore nella domanda diretta al riconoscimento della pretesa da lui dedotta in giudizio risulti contraria alla *bona fides* ». Su ciò, si veda più di recente G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico*, cit., p. 1377 ss., nonché per una più ampia analisi, *Id.*, *L'« exceptio doli »*, cit., in specie p. 451 e 532.

⁽¹⁵⁾ Con chiarezza, G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali [Questioni]*, in

ma di ripartizione dell'onere della prova in base al quale, una volta dimostrato che la regola di condotta secondo correttezza avrebbe imposto un certo comportamento, proprio a chi quel comportamento avrebbe dovuto osservare spetta la prova di averlo in concreto tenuto ⁽¹⁶⁾.

4. — Un altro tema sul quale si sofferma il ragionamento della Suprema Corte è quello rappresentato dalla differenziazione, quanto a presupposti e ambiti di applicazione, tra l'eccezione di dolo generale e la domanda di risarcimento dei danni a titolo di dolo incidente: l'occasione per l'innesto, da parte dei giudici, di questa sorta di « *obiter* all'interno dell'*obiter* » è offerta dal fatto che la difesa della banca, pur non avendo mai formalizzato una pretesa ai sensi dell'art. 1440 c.c. (la quale peraltro, in sede di cassazione, sarebbe stata inammissibile), aveva però sostenuto l'identità dell'« area normativa invocata » con i due rimedi.

Nel caso di specie, la società avrebbe tenuto un comportamento reticente (in ordine alla propria situazione economica, patrimoniale e finanziaria di soggetto interessato all'apertura di credito), qualificabile come dolo omissivo e — in quanto tale — in contrasto con il principio generale di buona fede: sicché, a parere della banca, tra i parametri normativi richiamabili si sarebbero dovuti ravvisare, oltre all'art. 1375 c.c., anche gli artt. 1337 e 1440 c.c.

Orbene, la Corte non manca di riconoscere una certa (assai generale) adiacenza tra i due rimedi: sul comune terreno della buona fede oggettiva in effetti poggia, da un lato, l'eccezione di dolo generale, volta a paralizzare una pretesa scorretta, nonché, dall'altro, l'azione risarcitoria fondata sull'art. 1440 c.c., diretta a sanzionare una responsabilità di natura precontrattuale.

Con quest'ultima — com'è noto — il *deceptus* denuncia il sussistere di una condotta ingannatoria (o comunque scorretta) che l'abbia indotto a concludere un negozio a condizioni differenti rispetto a quelle cui avrebbe concluso il medesimo negozio qualora la sua volontà si fosse formata in modo libero e consapevole ⁽¹⁷⁾. E, a sua volta, la pretesa fondata sul dolo incidente si

Banca, borsa, tit. cred., 1988, I, p. 21, secondo il quale l'eccezione di dolo generale costituisce strumento « adatto anche a neutralizzare un "uso oggettivamente anormale del diritto", a prescindere da ogni indagine sugli stati soggettivi », cui *adde* F. RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, cit., p. 324; cfr. inoltre G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss. La giurisprudenza peraltro già è attestata sull'idea che, allorché si tratti di valutare la violazione della buona fede in tema di responsabilità precontrattuale, non sia necessario il riscontro di un particolare comportamento di malafede, caratterizzato dall'intenzione di arrecare ad altri pregiudizio; cfr. Cass. 30 agosto 1995, n. 9157; Cass. 30 marzo 1990, n. 2623; Cass. 11 settembre 1989, n. 3922.

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. MERUZZI, *L'« exceptio doli »*, cit., p. 213 ss.

⁽¹⁷⁾ Sui contorni della figura del dolo incidente, M. MANTOVANI, « *Vizi incompleti* » del contratto e rimedio risarcitorio, Torino 1995, p. 124 ss.; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova 2002, in specie p. 235 ss.; F. PROCCHI, « *Giustizia contrattuale* » e « *dolus inci-*

distingue da quella con la quale il *deceptus*, sul presupposto che in assenza del comportamento fraudolento il negozio non si sarebbe affatto perfezionato, di quest'ultimo chiedi l'annullamento invocando il dolo c.d. determinante (ovvero essenziale o *causam dans*).

Ma nella sentenza in esame la Suprema Corte opportunamente rimarca le ragioni di distinzione tra l'*exceptio doli generalis* e la domanda proposta ai sensi dell'art. 1440 c.c.: infatti, con la seconda si invoca un vizio che comunque arriva a toccare la formazione del negozio, mentre la prima incide « sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo ». Da questo punto di vista — osservano i giudici — un parallelismo dovrebbe semmai ravvisarsi tra il dolo incidente e l'*exceptio doli specialis*: in effetti, si tratterebbe in ogni caso di far valere un dolo che si colloca nel passato.

Si può tuttavia soggiungere che un accostamento tra l'azione risarcitoria di cui all'art. 1440 c.c. e l'eccezione di dolo generale potrebbe trovare argomento nelle seguenti considerazioni: ancorché il dolo incidente faccia leva sul sussistere di un vizio della volontà negoziale (sia pur valutato come non *causam dans*), mentre l'eccezione di dolo generale reagisce a un qualsivoglia comportamento contrario a buona fede evidenziatosi al momento del giudizio, siamo comunque a cospetto, nell'uno come nell'altro caso, di rimedi non caducatori del negozio, che intervengono a valle di questo, nel primo caso per ripristinare sul piano risarcitorio la sfera giuridica di interessi del *deceptus* e nel secondo invece per paralizzarne gli effetti ⁽¹⁸⁾.

La *ratio* fondamentale di entrambi gli strumenti, poi, è ricollegabile — come già si è evidenziato — al principio generale di buona fede oggettiva.

Meriterebbe un distinto approfondimento, eccentrico però rispetto al fulcro del discorso che si sta qui svolgendo, la questione dell'esatta identificazione dei profili del dolo incidente.

La recente giurisprudenza, pur continuando a costruire il *dolus incidens* come una declinazione particolare del dolo negoziale, ne ha ricondotto l'operatività all'interno della categoria della responsabilità precontrattuale (sicché

dens ». *Considerazioni a margine di una particolare ipotesi di responsabilità precontrattuale*, in *D. e formaz.*, 2004, p. 279 ss.

⁽¹⁸⁾ Vero è che l'eccezione di dolo non incide sulla validità del negozio: tuttavia, la tradizionale regola di non interferenza tra giudizio di validità e giudizio di correttezza (per la quale cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, p. 105 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990, p. 104 ss.; diversa impostazione in G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972, in specie p. 112 ss.), che nel caso del dolo incidente si vede rispettata (almeno sul presupposto che sia scisso il legame di questo con il dolo essenziale quale vizio della volontà), opera in maniera assai diversa nel caso dell'eccezione di dolo generale, giacché per effetto del suo accoglimento il negozio, pur in sé valido, risulta sostanzialmente posto nel nulla (secondo la dialettica tra *ius civile* e *ius honorarium* che caratterizza il diritto romano classico). Approfondisce questi aspetti, in chiave storica, L. SOLIDORO MARUOTTI, « Aliud est celare, aliud tacere » (Cic., de off. 3.12.52). *Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in *Arch. giur.*, 2007, p. 187 ss.

su di esso hanno finito per riverberarsi le ben note discussioni intorno alla natura giuridica — extracontrattuale, contrattuale ovvero di *tertium genus* — di quest'ultima⁽¹⁹⁾: con la sentenza in commento⁽²⁰⁾, siffatta impostazione viene confermata.

Strettamente legato a quest'aspetto è poi quello dell'estensione della risarcibilità del danno *ex art. 1440 c.c.*: la pronuncia della Suprema Corte ora precisa che « il contraente in mala fede è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito ed i danni vanno commisurati al “minor vantaggio”, ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che ne sia dimostrata l'esistenza di ulteriori, i quali risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto ». Parole che richiamano alla mente la recente Cass. 29 settembre 2005, n. 19024⁽²¹⁾, in tema di responsabilità precontrattuale⁽²²⁾: ma, in quanto riferite specificamente al dolo inci-

(¹⁹) Con chiarezza, Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *G. it.*, 2000, p. 1192 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente: « quantum » risarcitorio e « natura » della responsabilità*. In argomento, M. MANTOVANI, « *Vizi incompleti* », cit., p. 71 ss.; G. D'AMICO, *Buona fede « in contrahendo »*, in *R. d. priv.*, 2003, p. 335 ss.; F. PROCCHI, « *Giustizia contrattuale* », cit., in specie p. 383 ss.

(²⁰) Nella quale si fa riferimento esplicito a Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610; Cass. 16 agosto 1990, n. 8318; Cass. 8 settembre 1999, n. 9523.

(²¹) La si veda in *F. it.*, 2006, I, c. 1105 ss.: su di essa, tra molti, cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 295 ss.; dalla medesima pronuncia prende le mosse anche il saggio di C. TURCO, *L'interesse negativo nella « culpa in contrahendo » (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 165 ss.

(²²) Sul problema dell'estensione del danno risarcibile in ipotesi di responsabilità precontrattuale, si veda, oltre a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 (su cui cfr. *supra*, nt. 21), la successiva, ma più ondivaga, Cass. 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contratti*, 2007, 313 ss., con nota di C. CAVAJONI. In precedenza, cfr. specialmente Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *F. it.*, 2004, I, c. 3009 ss., con nota di P. PARDOLESI, nonché in *Corr. giur.*, 2005, p. 1099 ss., con nota di G. MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità « in contrahendo » ex art. 1338 c.c.* Sul complesso argomento — dominato dall'eredità jheringiana della distinzione tra *negatives Vertragsinteresse* e *positives Vertragsinteresse* (ma pur sempre qualificati come interessi « contrattuali », dunque) ovvero *Erfüllungsinteresse* (cfr. R. VON JHERING, « *Culpa in contrahendo » oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, Jena 1861, ora nella trad. it. a cura di F. Procchi, in collana *Antiqua*, *Della « culpa in contrahendo » ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli 2005, in specie p. 33 ss.) — si veda L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *R. d. comm.*, 1956, II, p. 371 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, p. 14 ss. [nonché poi Id., voce *Responsabilità precontrattuale*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991, in specie p. 9 ss.]; G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 68 ss.; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1972, p. 692 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova 1977, p. 264 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano 1974, p. 10 ss.; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 792 ss.; G. e S. PATTI,

dente, sono forse da riallacciarsi in modo ancor più stretto a Cass. 29 marzo 1999, n. 2956 ⁽²³⁾. Con questa sentenza, in effetti, la quale affermava che attraverso la domanda risarcitoria *ex art. 1440 c.c.* si sarebbe potuto perseguire un risarcimento che oltrepassasse il limite del c.d. interesse negativo e, in specie, comprendesse i danni comprovatamente collegabili alla condotta dolosa secondo « un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto », rimanevano non di poco rilanciate le potenzialità del dolo incidente (e ciò ancorché non fosse risolta l'antinomia ravvisabile tra il riconoscimento di una risarcibilità di fatto estesa al c.d. interesse positivo e la natura che — stando all'opinione tralatizia e ancora prevalente in giurisprudenza ⁽²⁴⁾ — sarebbe pur sempre aquiliana della responsabilità precontrattuale).

5. — Coglie poi l'attenzione del lettore — e sospinge a svolgere almeno qualche breve riflessione — il riferimento, leggibile al termine di un passaggio nevralgico della motivazione della sentenza, proprio ove sono evocati il principio di correttezza, il concetto di abuso del diritto ⁽²⁵⁾ e il divieto di *venire contra factum proprium* ⁽²⁶⁾ (anche visti in reciproco collegamento), al « limite oggettivo » — di cui è affermata l'invalidabilità — della « meritevolezza dell'interesse perseguito ».

Si tratta per vero di un cenno quantomai stringato, che potrebbe prestarsi a differenti letture: se ne vogliono qui ipotizzare almeno tre.

Specie se messe in relazione con l'idea di una « selezione degli interessi meritevoli di tutela » vagheggiata poche righe sopra nella stessa pronuncia, quelle parole sono plausibilmente interpretabili in una chiave che potremmo

Responsabilità precontrattuale e contratti « standard », in *Comm. Schlesinger*, Milano 1993, p. 113 ss.; M. MANTOVANI, « *Vizi incompleti* », cit., p. 173 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, II, Torino 2000, p. 431 s.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il « quantum »*, in questa *Rivista*, 2004, I, p. 487 ss.; C. TURCO, *L'interesse negativo nella « culpa in contrahendo »*, cit., p. 165 ss. (ma, in precedenza, *Id.*, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990); G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V, *Rimedi* - II, Milano 2006, p. 1135 ss.

⁽²³⁾ Pubblicata in *G. it.*, 2000, p. 1192 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente*, cit., alla quale fece seguito, in sede di rinvio, App. Venezia 31 maggio 2001, n. 724, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1199 ss., con nota di *Id.*, *Sul risarcimento del danno per dolo incidente*.

⁽²⁴⁾ Cfr., tra le recenti pronunce in argomento, Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, cit. *supra*, alla nt. 22; Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Gius.*, 2003, 2787 ss.; Cass. 4 marzo 2002, n. 3103, in *Contr.*, 2002, 615 ss.

⁽²⁵⁾ Nella prospettiva che qui viene in considerazione, ossia del suo collegamento con l'*exceptio doli generalis*, S. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *AA.Vv.*, *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 1 ss.

⁽²⁶⁾ Su cui si registra di recente un ampio approfondimento dottrinale, offerto in specie da F. ASTONE, « *Venire contra factum proprium* », Napoli 2006, e da F. FESTI, *Il divieto di « venire contro il fatto proprio »*, Milano 2007. Specificamente sui rapporti tra l'eccezione di dolo e il divieto in parola, F. PROCCHI, *L'« exceptio doli generalis » e il divieto di « venire contra factum proprium »*, in *AA.Vv.*, *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 77 ss.

dire prevalentemente sostanziale: nel senso, cioè, che occorrerebbe volta per volta scrutinare gli interessi perseguiti nel quadro del rapporto obbligatorio ovvero in sede di esecuzione del contratto ⁽²⁷⁾.

Ponendo l'accento su una particolare sfumatura, ma pur sempre entro un quadro ricostruttivo sostanzialmente non dissimile, quello stesso cenno si presterebbe poi a essere visto nella prospettiva dei « rimedi » opponibili ad atti di esecuzione di regolamenti contrattuali sostenuti da interessi non meritevoli ⁽²⁸⁾.

Infine, a mio giudizio, non è affatto da escludersi che nelle parole della Suprema Corte sia l'eco della teorica, elaborata su un terreno schiettamente processuale, che vorrebbe vedere operante un filtro rispetto alla proponibilità della domanda giudiziale: secondo quest'impostazione, più in particolare, s'imporrebbe un vaglio di meritevolezza collegabile — in modo più o meno stringente, a seconda delle opinioni — all'interesse di cui all'art. 100 c.p.c. ⁽²⁹⁾ (ma il cui paradigma sarebbe fornito, secondo taluni autori, dalla selezione imposta dall'art. 1322, comma 2°, c.c. per l'autonomia contrattuale: sicché con ciò si tornerebbe a guardare al piano sostanziale ⁽³⁰⁾).

⁽²⁷⁾ Alludo a G. MERUZZI, *Il fondamento*, cit., p. 1390, nt. 55 il quale vi legge un riferimento alla « c.d. funzione selettiva, in virtù della quale la buona fede costituisce il mezzo di garanzia della coerenza, sotto il profilo causale, tra atti esecutivi del rapporto ed originario progetto economico, in una logica di bilanciamento tra i contrapposti interessi che di volta in volta vengono in rilievo. La funzione selettiva della buona fede legittima in concreto, in relazione al singolo caso, un sindacato giudiziale sulla meritevolezza degli atti di esercizio dei poteri e delle facoltà contrattualmente attribuite alle parti »; un'impostazione della questione in termini simili emerge da G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino 2004, p. 33 ss. In giurisprudenza, su questa lunghezza d'onda, per esempio, Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482, in *F. it.*, 2004, I, c. 1845.

⁽²⁸⁾ Penso all'inquadramento del tema dell'eccezione di dolo proposto da V. MANNINO, *Considerazioni sulla « strategia rimediale »: buona fede ed « exceptio doli generalis »*, in *Europ. d. priv.*, 2006, p. 1283 ss. (cfr. anche in *Id.*, *Eccezione di dolo generale e contratti di stretto diritto*, in AA.VV., *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 171 ss.), che si riallaccia alla lettura di A. DI MAIO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europ. d. priv.*, 2005, p. 341 ss.

⁽²⁹⁾ E ritengo che accrediti questa prospettiva il richiamo, nella sentenza in commento, a Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, in cui si tratta della funzione selettiva svolta da « un concetto di interesse ad agire (ex art. 100 c.p.c.) in qualche misura più rigoroso, nel senso che esso dovrebbe rappresentare una condizione ulteriore rispetto a quelle generali o speciali previste per l'esercizio della singola azione ». Si veda anche Cass. 10 novembre 2000, n. 14630, ove è il riferimento a « un interesse non meritevole di tutela, per cui difetta un interesse apprezzabile in rapporto al pregiudizio arrecato dalla controparte, così consentendo di passare dal giudizio sulla mancanza di interesse a quello sulla non meritevolezza dell'interesse ».

⁽³⁰⁾ Cfr. soprattutto M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004, ove riferimenti alla precedente dottrina (in specie, p. 79 ss.): l'autrice peraltro allenta, nella propria ricostruzione, i legami con l'art. 100 c.p.c., per vedere nella meritevolezza (ovvero nella *causa*, per usare le sue parole) della domanda un autonomo presupposto dell'azione (in specie, p. 155 ss.); in critica, M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento 2005, particolarmente p. 85 ss.

Vorrei però soggiungere che, se quest'ultima fosse davvero la prospettiva, l'attenzione risulterebbe allora sviata piuttosto lontano dall'ambito proprio dell'eccezione di dolo tecnicamente intesa.

In effetti, la meritevolezza dell'interesse ad agire dovrebbe intendersi come una condizione di decidibilità nel merito della domanda avanzata in giudizio (e, viceversa, l'immeritevolezza dell'interesse costituirebbe il fondamento per un'eccezione alla stessa opponibile): con la conseguenza che — così a me pare — l'accertamento della carenza di meritevolezza dell'interesse in capo all'attore dovrebbe, secondo logica, condurre a una pronuncia di rito; mentre l'accoglimento dell'eccezione di dolo romanisticamente intesa (ossia come difesa fondata su una condotta attorea illecita) imporrebbe, a rigore, una sentenza di rigetto nel merito e così idonea a costituire cosa giudicata materiale ⁽³¹⁾.

6. — Per tirare le fila del discorso, si può dire che si è senza dubbio in presenza di una pronuncia nutrita di dottrina, attenta alla storia, che rivela la sua maggiore utilità — come si è ribadito — in funzione di chiarificazione degli esatti confini di applicazione dell'eccezione di dolo generale.

Rimane aperto, invece, il problema del fondamento sistematico di tale rimedio.

Sullo sfondo, si intravedono tutte le difficoltà incontrate in più di cinquant'anni di dibattito nel trovare a quel problema soluzione sulla base degli artt. 1175 e 1375 c.c. ⁽³²⁾. In specie, mi pare che permangano i consueti e ben noti ostacoli — lucidamente messi in rilievo da Dolmetta ⁽³³⁾ — nel ricavare da norme di contenuto sostanziale uno strumento che esibisce una natura precipuamente processuale (come peraltro l'analisi condotta sulle sue radici nel diritto romano evidenzia al meglio ⁽³⁴⁾).

⁽³¹⁾ Su questi aspetti, T. DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede*, cit., I, p. 438 s. Per la concezione tradizionale del dolo come delitto (si usa parlare del dolo come antitesi della buona fede: *bona fides contraria est fraudi et dolo*), cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi*, cit., p. 314 ss.; Id., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Nov. D. it.*, VI, Torino 1960, p. 151 ss.; con riferimento al diritto romano, F.P. CASAVOLA, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 149 ss.; A. WACKE, *Sul concetto di « dolus » nell'« actio de dolo »*, in *Iura*, 1977, 10 ss.

⁽³²⁾ Diversi i presupposti normativi (in specie, i §§ 242 e 157 BGB) in presenza dei quali la giurisprudenza tedesca ha riconosciuto l'immanenza al sistema vigente dell'eccezione di dolo generale: cfr. F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen 1956, e più di recente, per una panoramica storica, H.P. HAFERKAMP, *Die « exceptio doli generalis » in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt am Main 2000; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit., p. 663 ss.

⁽³³⁾ Cfr. A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, cit., 175 ss.

⁽³⁴⁾ Tra molti, si veda M. BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., *passim*, e M. TALAMANCA, *La « bona fides » nei giuristi romani*, cit., *passim*; cfr. anche A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi*, cit., p. 340 ss.

Si è talora proposto in dottrina di superare il problema del fondamento dell'eccezione di dolo facendo ricorso a una sorta di argomento d'autorità, secondo il quale sarebbe sufficiente per i giudici il richiamo (secondo una « logica autogiustificativa ») alle proprie decisioni e ai principi di diritto in esse espressi ⁽³⁵⁾. Ma è chiaro allora che la questione si sposterebbe soltanto un poco più a valle, trattandosi comunque di decidere quali siano i principi di diritto (certo, non necessariamente codificati) da collocare alla base di una siffatta costruzione giurisprudenziale.

La mia idea è che non si possa mancare di guardare alle regole che sovrintendono il processo. Proprio nelle norme processuali (fors'anche muovendo, pur con tutte le difficoltà del caso, dallo scarno dispositivo dell'art. 88 c.p.c.) andrebbe ricercato il fondamento per un'eccezione a questo punto opponibile a tutte le pretese *contra bonam fidem*: rimarrebbe in tal modo distinto, almeno in linea di principio, il terreno di applicazione delle clausole di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. (in grado di esprimere un'ampia funzione integrativa e correttiva svolta dalla buona fede con riferimento alle obbligazioni e ai contratti ⁽³⁶⁾), rispetto al diverso e più ampio campo sul quale merita di rilevare l'*exceptio doli generalis*, la quale, finalmente recuperata appieno alla sfera del processo ⁽³⁷⁾, troverebbe applicazione in tutti i giudizi, e così non so-

⁽³⁵⁾ Secondo G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico*, cit., p. 1380 almeno implicitamente, proprio in questi termini avrebbero ragionato i giudici nell'affermare l'esistenza dell'*exceptio doli* come regola generale: « tale *modus operandi* postula l'accoglimento della tesi, altrove prospettata, secondo cui l'*exceptio doli* costituisce una clausola generale di creazione giurisprudenziale »; si veda anche In., *L'« exceptio doli »*, cit., p. 465 ss. In effetti, nella sentenza in esame la Suprema Corte richiama taluni precedenti, ancorché nessuno di essi in realtà avvalorasse *apertis verbis* la generale opponibilità dell'*exceptio doli*: si tratta di Cass. 8 novembre 1984, n. 5639, Cass. 19 settembre 2000, n. 12405, Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, e Cass. 9 settembre 2003, n. 13190.

⁽³⁶⁾ Cfr., esemplarmente, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, in specie p. 184 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, p. 204 ss. G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *R. d. comm.*, 1971, II, p. 279 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano 1974, p. 38 ss.; C.M. BIANCA, *La buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in questa *Rivista*, 1983, I, p. 205 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. — sez. civ.*, II, Torino 1988, p. 154 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 1999, p. 165 ss.

⁽³⁷⁾ A fronte dell'opinione — per la quale si veda F. RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, cit., p. 320, nt. 49, ribadita anche in In., *L'eccezione di dolo generale nella tradizione del diritto romano comune*, in *AA.VV.*, *L'eccezione di dolo generale*, cit., 547, nt. 3 — secondo cui il rimedio dell'*exceptio doli* sarebbe oramai da ritenersi, nel nostro ordinamento, di natura sostanziale (e, in quanto tale, consegnerebbe al giudice il potere di effettuare una valutazione officiosa alla sua stregua: tecnicamente, dunque, si tratterebbe di *Einwand*), mi pare pertanto preferibile l'idea che si tratti di uno strumento schiettamente processuale, in specie annoverabile tra le eccezioni di merito in senso stretto: così già L. GAROFALO, *Per un'applicazione*, cit., p. 654. Se in effetti è nota la « crisi » della figura dell'eccezione, nel senso che il superamento della contrapposizione tra *ius civile* e *ius honorarium* avrebbe

lo in quelli aventi per oggetto obbligazioni e contratti, ma anche diritti assoluti e in specie diritti *in rem* ⁽³⁸⁾.

Ma non è questa la sede nella quale affrontare un discorso così vasto, che oltretutto richiederebbe un adeguato approfondimento storico ⁽³⁹⁾.

Per restare alla sentenza in commento, da ultimo mi pare si debba registrare con soddisfazione che il recupero delle categorie romanistiche in quest'occasione non sia stato ispirato — come talora invece accade — da un gusto che si potrebbe definire meramente decorativo, bensì dall'intendimento di comprendere a fondo i meccanismi di uno strumento utile non meno che delicato (forgiatosi negli ingranaggi del processo *per formulas* romano), caratterizzato da un contenuto di tecnica processuale e di precisione operativa molto maggiore di quanto talora non evochi il richiamo a un principio di buona fede che nel nostro sistema troppe volte si reputa semplicisticamente *bon à tout faire*.

TOMMASO DALLA MASSARA

Prof. ass. nell'Univ. di Verona

condotto nel processo moderno a un fenomeno generale di « sostanzializzazione » dell'eccezione [su ciò, cfr. già F. FRIEDENTHAL, *Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena 1898, 2 ss.; ma pure lo stesso O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876 (Frankfurt am Main 1870), p. 135 ss.], d'altra parte non mi pare si possa dubitare del fatto che l'*exceptio doli generalis* evidenzia un fatto impeditivo della condanna che necessita della « iniziativa di parte affinché il giudice ne possa tener conto in sede di giudizio » [cfr. V. COLESANTI, voce *Eccezione* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, in specie p. 175].

⁽³⁸⁾ Ciò secondo un'intuizione — seppur espressa con riferimento al principio di correttezza piuttosto che al rimedio dell'eccezione di dolo — già di A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in questa *Rivista*, 1959, I, in specie p. 499; si veda anche C. SALVI, voce *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, in specie p. 3.

⁽³⁹⁾ Nel sistema formulare romano, mi è parso che emergesse in modo piuttosto chiaro la dimensione senz'altro processuale del problema posto da un caso particolare di azione contro buona fede e correttezza (ossia quello rappresentato dalla proposizione di una domanda frazionata): si veda T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale*, « exceptio litis dividuae » e *domanda frazionata*, in AA.VV., *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 251 ss., nonché ID., *La domanda parziale*, Padova 2005, *passim*. Proprio in questi giorni in argomento, confermando questa prospettiva Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726. Non si intende con ciò dimenticare il fenomeno generale — cui si è già fatto cenno *supra*, nt. 37 — di progressiva « sostanzializzazione » delle figure giuridiche romane elaborate in seno al *ius honorarium* (e così pure dell'*exceptio doli generalis*) avviatosi a partire dal diritto comune: cfr., tra molti, H.J. WOLFF, *Prozessrechtliches und materiellrechtliches Denken in rechtlicher Beleuchtung*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di P. Koschaker*, II, Milano 1954, p. 415 ss.; A. KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens*, in *JZ*, 1964, 482 ss.; F. RANIERI, « Dolo petit qui contra pactum petat ». « Bona fides » und *stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts*, in *Jus Commune*, IV, Frankfurt am Main 1972, p. 158 ss.

