

Tommaso Dalla Massara

**ABUSO DEL DIRITTO E DOLO
GENERALE: UN CONFRONTO
TRA MODELLI CONCETTUALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TOMMASO DALLA MASSARA
Ordinario nell'Università di Verona

Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali

SOMMARIO: 1. Lo sforzo di comparazione diacronica. — 2. Dolo generale: una nozione che si colloca sul terreno processuale. — 3. Il dolo generale nella giurisprudenza italiana degli ultimi anni. — 4. Le polarità semantiche emergenti dal diritto romano classico. — 5. L'eccezione di dolo come mezzo dell'ordinamento pretorio. — 6. Il dolo generale come figura di illecito. — 7. Il dolo generale nell'elaborazione giurisprudenziale tedesca dell'Ottocento. — 8. Dolo generale e abuso del diritto oggi. — 9. Il caso della c.d. domanda frazionata quale laboratorio per l'identificazione dei caratteri dell'eccezione di dolo generale. — 10. Altri possibili percorsi argomentativi con l'obiettivo di sanzionare l'abusività della condotta. — 11. Considerazioni conclusive.

1. — In una recente e preziosa occasione di dialogo nella quale molti studiosi erano invitati a intrecciare le loro riflessioni, muovendo da differenti prospettive, sul terreno dell'abuso del diritto, mi veniva affidato il compito di abbozzare le linee essenziali di un confronto tra la moderna idea dell'abuso — oggi davvero pervasiva del dibattito nazionale, in tante declinazioni — e l'antico modello del dolo generale ⁽¹⁾.

Orbene, l'interrogativo che idealmente pongo al fondo di queste pagine è parimenti così compendiabile: quali continuità — accanto alle indubbie, assai rilevanti, discontinuità — presenta l'idea dell'abuso rispetto alla figura del dolo generale, frutto dell'elaborazione dei giuristi romani?

⁽¹⁾ Alludo al convegno su *Il divieto dell'abuso del diritto*, svoltosi nell'Aula Magna dell'Università di Brescia, nei giorni 26-27 giugno 2015, per iniziativa di Giovanna Visintini, che ringrazio ulteriormente per avermi concesso di anticipare in questa sede i contenuti del mio intervento rispetto alla pubblicazione degli *Atti*.

Pongo la questione immaginando di orientare in senso — per così dire — antistorico la direzionalità cronologica del mio discorso, procedendo dalla moderna idea dell'abuso per andare à rebour al dolo generale.

Non si tratta tuttavia, all'evidenza, di cercare genealogie improprie.

Nella serie delle continuità, l'antecedente immediato dell'odierna figura dell'abuso di diritto è da vedersi nella teorica sostanzialista e fondamentalmente dominicale dell'*abus de droit* di matrice prettamente francese ⁽²⁾, ossia in un modello concettuale piuttosto lontano dal perimetro di elaborazione romana del tema della buona fede; poi, non v'è dubbio che su quella matrice francese, che nella nostra codificazione del 1942 trovava un'espressione forte nelle parole dell'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi, si sviluppò in Italia un autonomo e significativo ripensamento, in forza del quale furono recuperate istanze provenienti dalla cultura giuridica tedesca ⁽³⁾, nonché — specie per il tramite di questa — dalla tradizione romanistica, fino all'assai cospicua riprofilazione del tema realizzatasi con maggior intensità negli ultimi cinquant'anni ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Basti il richiamo a JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, nonché a RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925; quell'intuizione dottrinale trovò poi recepimento giurisprudenziale, per esempio, in *Chambre Reg.* 3 agosto 1915, citata in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, 1984, p. 254. Sulla tradizione francese dell'abuso di diritto, DURRY, *La conception jurisprudentielle de l'abus de droit*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1972, p. 395.

⁽³⁾ V. *infra* n. 7.

⁽⁴⁾ Senza pretesa di esaustività, v. dapprima NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in questa rivista, 1958, p. 18 ss.; ROMANO, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; decisivo il punto di svolta rappresentato da RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. (ora in forma autonoma, Bologna, 1998, p. 13 ss.); quindi S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 111 ss.; Id., voce *Abuso del diritto*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.; Id., *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, p. 17 ss.; MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, agg., II, Milano, 1998, p. 1 ss.; SALVI, voce *Abuso del diritto*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; GAMBARO, voce *Abuso del diritto*. II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993; SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, p. 281 ss., spec. p. 309 ss.; VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006, p. 1 ss.; RESTIVO,

Si tratta di cimentarsi in uno sforzo di comparazione diacronica assai complesso, dunque: tuttavia, quella di proporre nell'arco breve di questo contributo una comparazione tra l'abuso del diritto e il dolo generale rappresenta una sfida la quale merita senza dubbio di essere raccolta.

Per quanto si sia appena detto che il rapporto tra abuso del diritto e dolo generale non può essere inteso come di natura immediatamente genealogica, nondimeno si tratta qui di istituire un confronto tra presente e passato. E, come di fronte a ogni sforzo di archeologia del sapere, si pongono numerose difficoltà metodologiche ⁽⁵⁾. Si tratta di difficoltà che appaiono ancor più gravi perché l'esplorazione condotta sull'esperienza del diritto privato romano ci mette a cospetto di una delle sue categorie più ampie e al contempo sofisticate: il dolo generale rappresenta in effetti una delle grandi « invenzioni » del diritto romano ⁽⁶⁾.

In particolare, con riguardo al dolo generale, occorre dunque sperimentare un'analisi critica attenta di nomi e di cose, in forza della quale siano evitati processi di facile identificazione. Come pure bisogna non commettere errori di segno opposto, ossia di vedere cose differenti ove a divergere siano soltanto i nomi con cui quelle cose sono indicate.

Di sicuro si può dire fin d'ora che il confronto con il diritto romano autorizza a una considerazione che si presta a rappresentare, al contempo, la premessa e la conclusione di queste riflessioni.

Appare necessario evitare ogni richiamo puramente retorico alla figura dell'abuso del diritto: così facendo, l'abuso del diritto rischia altrimenti di ridursi a un contenitore insignificante, in grado di portare con sé tutto e il suo contrario, quasi che il *nomen iuris* basti

Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano, 2007; BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolamentazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 467 ss.

⁽⁵⁾ Sulla genealogia del sapere il rinvio è, inevitabilmente, a Michel Foucault, il quale avverte che ogni discorso sulle continuità/discontinuità nasconde il rischio di un irrigidimento: « nozione paradossale, quella di discontinuità: infatti è contemporaneamente oggetto e strumento di ricerca », giacché quel discorso presuppone lo stesso « movimento regolatore » all'interno del quale esso si colloca; v. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it. di Bugliolo, Milano, 2009, spec. p. 13 ss.

⁽⁶⁾ Sul diritto come « invenzione » romana, SCHIAVONE, « Ius ». *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, spec. p. 5.

a veicolare efficacemente ogni tipo di considerazione equitativa, sostanzialista, aformale, ma anche spesso — in ultima analisi — piuttosto semplificante se messa a paragone con il necessario sforzo di attenta e faticosa analisi giuridica dei problemi; oppure, per bene che vada, si tratterebbe di un impiego della figura dell'abuso del diritto in chiave meramente argomentativa, ossia di fatto strumentale rispetto all'obiettivo di giustificare una decisione di prevalenza tra principi regolativi virtualmente rivali sulla base delle rispettive *rationes* (7).

Un'attenta comparazione diacronica sul terreno del dolo generale induce proprio a evitare qualsivoglia semplificazione.

Prima ancora di entrare *in medias res*, occorre infatti dire che il diritto romano ricava dal principio di *bona fides* un'infinita varietà di soluzioni (8), molte delle quali proprio in collegamento con l'idea di dolo generale (9); inoltre, la relazione tra *bona fides* e dolo generale è di esatta antitesi (10): proprio nella misura in cui una condotta appaia connotata da dolo, e così pure dal dolo generale, essa genera nei giuristi romani l'esigenza di uno sforzo teso a far prevalere il principio di buona fede attraverso una sottile analisi del caso di specie (11).

(7) In questa prospettiva, GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, spec. p. 321, su cui ritorna CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'« abuso sanzionabile del processo » e all'« abuso del diritto come argomento »*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.

(8) Per una prima ricognizione sulla buona fede romana, RANIERI, voce *Good Faith*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, Oxford, 2012, p. 790 ss.; inoltre CARDILLI, « *Bona fides* » *tra storia e sistema*, Torino, 2004; ID., *La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Roma e America*, XIII, 2002, p. 123 ss.; SCHERMAIER, « *Bona fides* » in *Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di Zimmermann e Whittaker, Cambridge, 2000, p. 87 ss.; GROSSO, voce *Buona fede (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 661 ss. Per una rappresentazione più sfaccettata del grande tema della buona fede, muovendo dal diritto romano attraverso le sue diramazioni diacroniche, v. i contributi raccolti nei volumi dedicati a *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di Garofalo, Padova, 2005.

(9) In argomento, si rinvia anzitutto a *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di Garofalo, Padova, 2006.

(10) D. 17.2.3.3 (Paul. 32 *ad ed.*).

(11) In questo senso soprattutto il fondamentale lavoro di BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano, 1973; in precedenza, ID.,

Fondamentale è però sempre tenere presente che — lo vorrei ribadire — nella giurisprudenza romana ogni soluzione collegata ad argomenti di buona fede e di dolo presuppone discernimenti sottili e passa attraverso strumenti tecnicamente elaborati.

2. — Se è vero quanto appena premesso, ossia che nel diritto romano il dolo costituisce la figura antitetica rispetto alla buona fede e che proprio nell'ambito di quest'ultima sono rinvenute dai giuristi romani soluzioni tecnicamente elaborate sulla base del caso di specie, è ora da dire che larga parte di quelle soluzioni sono affidate all'operatività del peculiare strumento, connesso al funzionamento del processo formulare ⁽¹²⁾, rappresentato dall'eccezione di dolo generale.

Certo, anche altri sono i mezzi — tanto processuali quanto extraprocessuali — i quali possono dare concretizzazione alla buona fede: per esemplificare, si pensi alla *denegatio actionis* ⁽¹³⁾, ma anche alla relevantissima azione di dolo ⁽¹⁴⁾, come pure alla *missio in possessionem propter dolum*, alla *restitutio in integrum propter dolum* e così via ⁽¹⁵⁾.

Assai noto è che il pretore romano, la cui intera attività è da ritenersi rivolta alla realizzazione dell'*aequitas*, dispone di una vasta gamma di strumenti cooperanti al medesimo scopo ⁽¹⁶⁾.

Però non v'è dubbio che l'eccezione di dolo generale appaia addirittura campeggiare al centro del terreno della buona fede.

« Formulae de dolo » e dolo processuale tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato, in *Studi senesi*, LXXX, 1968, p. 261 ss.

⁽¹²⁾ In particolare sulla connessione tra l'eccezione di dolo e le strutture del processo formulare, CANNATA, « Bona fides » e strutture processuali, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, I, cit., spec. p. 269 ss., oltre a BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., spec. I, p. 625 ss.

⁽¹³⁾ COLACINO, voce *Denegatio actionis (dir. romano)*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, p. 453 s.; di recente, in tema, SCIORTINO, « Denegare actionem », « decretum » e « intercessio », in *AUPA*, LV, 2012, p. 659 ss.

⁽¹⁴⁾ Per riferimenti, v. *infra* nota 57.

⁽¹⁵⁾ Per un primo sguardo, TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 350 s.

⁽¹⁶⁾ Sul significato dell'*aequitas* che sostanzia e dà senso all'intervento pretorio, TALAMANCA, *La « bona fides » nei giuristi romani: « Leerformeln » e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, IV, cit., p. 1 ss.; inoltre, Id., *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, LXXX, 1977, p. 257 ss.; SCHERMAIER, « Bona fides » im römischen Vertragsrecht, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, III, cit., p. 459 ss.

Siamo così giunti a un punto di snodo del nostro discorso: all'eccezione di dolo generale deve essere dedicata precipua attenzione da parte di chi intenda risalire a monte delle moderne teorie sull'abuso del diritto. Ancor meglio: l'eccezione di dolo generale rappresenta, in chiave di comparazione diacronica, il più utile termine di confronto rispetto alla figura dell'abuso del diritto (17).

Ebbene, ciò chiarito, quel che soprattutto preme sottolineare è che l'eccezione di dolo costituisce uno strumento per intero appartenente al processo civile romano e, più esattamente, essa rispecchia le complesse forme di funzionamento del processo *per formulas*, nel quale alla pretesa dell'attore condensata nell'*intentio* può contrapporsi il mezzo di difesa del convenuto che prende il nome di *exceptio*, del quale peraltro si dà necessità solo quando sia opposto un fatto giuridicamente rilevante in grado di impedire, modificare o escludere la fondatezza della pretesa attorea (18).

L'eccezione di dolo presenta una doppia articolazione, che — com'è noto — si sviluppa tra eccezione di dolo speciale o passato, per un verso, ed eccezione di dolo generale o presente, per altro verso (19).

Oggetto di ampio e lungo dibattito entro la romanistica (che ne

(17) In questa chiave di lettura, LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 127 ss.; ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bâle, 2004; BUZZACCHI, *L'abuso del processo in diritto romano*, Milano, 2002. Soprattutto, i differenti possibili campi applicativi dell'eccezione di dolo generale sono esplorati in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, cit., ove spec. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, loc cit.; di recente in argomento, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 343 ss.

(18) BURDESE, voce *Exceptio doli (dir. romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1073 ss.; v. anche DALLA MASSARA, *Die Arglistenrede*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, herausgegeben von U. Babusiaux et alii, in corso di pubblicazione. Sulle origini dello strumento, BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 104 s.; FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 49 ss.

(19) La formulazione edittale dell'*exceptio doli* è ricavabile da Gai. 4.119: *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*: v. LENEL, *Das « Edictum perpetuum »*. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage*, Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1985), p. 512; MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, p. 99.

ha messo in dubbio finanche la stessa correttezza dogmatica ⁽²⁰⁾, la distinzione si evidenzia efficacemente nella scelta dei tempi verbali utilizzati nella formulazione giuliana dell'*exceptio doli* riportata da Gaio (4.119: *si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*), rispetto alla quale il dolo presente o generale si contraddistingue per il fatto di riferirsi al momento della *litis contestatio*, ossia alla fase di precisazione della pretesa e di preclusione processuale ⁽²¹⁾.

Il dolo generale o presente dunque, per come emerge dalle fonti ⁽²²⁾, rappresenta una figura squisitamente processuale ⁽²³⁾.

Tanto per il caso del dolo passato o speciale quanto per quello presente o generale, si dà la necessità per il convenuto di esprimere le proprie difese attraverso un'eccezione, con cui sia accertato quel particolare fatto giuridico consistente nel realizzarsi del dolo. La presenza di quest'ultimo — che si atteggia come fatto antiggiuridico rilevante ⁽²⁴⁾ — apre la via all'applicabilità di una controregola, la quale giustifica una decisione di reiezione della domanda attorea.

Se non fosse opposta l'eccezione, non sarebbe viceversa sufficiente per il convenuto affidarsi all'istruzione probatoria che si

⁽²⁰⁾ Sul punto, BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., p. 166 ss. e spec. alle note 85 e 87.

⁽²¹⁾ BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., p. 171 s.

⁽²²⁾ Di *dolus praesens*, in contrapposizione al *dolus praeteritus*, si parla in D. 44.4.4.18 (Ulp. 76 *ad ed.*). V. inoltre D. 44.4.2.3-5 (Ulp. 76 *ad ed.*); D. 2.14.10.2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

⁽²³⁾ MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 318 ss.; CARCATERRA, « Dolus bonus », « dolus malus ». *Esegesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli, 1970; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 488 e nota 38; KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1966 (1996), p. 54; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., spec. I, pp. 166 ss. e 191 ss., e II, p. 624 ss.; MAC CORMACK, « Dolus » in *Republican Law*, in *BIDR*, XXVII, 1985, p. 1 ss., spec. p. 20 ss.; ID., « Dolus » in *Decisions of the Mid-classic Jurists*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1995, p. 83 ss., spec. 127 ss.; tra i vari contributi in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., spec. CANNATA, « Bona fides » e *strutture processuali*, cit., p. 257 ss., e TALAMANCA, *La « bona fides » nei giuristi romani*, cit., loc. cit., spec. pp. 33 ss. e 289 ss.; SCHERMAIER, « Bona fides » in *Roman Contract Law*, cit., p. 63 ss., spec. p. 86 s. V. poi nell'insieme *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., entro cui spec. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, p. 93 ss., e LABRUNA, *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, p. 123 ss.

⁽²⁴⁾ In una prospettiva di comparazione, MARTENS, voce *Fraud*, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, I, Oxford, 2012, p. 730 ss.

sviluppa nella fase *apud iudicem* allo scopo di contrastare la pretesa attorea; senza la richiesta di uno specifico accertamento del dolo a mezzo dell'eccezione, la domanda risulterebbe infatti *iure civili* fondata.

Com'è noto, assai lunga e controversa è la storia delle idee di cui si è via via arricchita la vicenda dell'eccezione di dolo — concepita nel presente e nel passato — entro l'arco della tradizione romanistica: si tratta di una storia che è stata raccontata a più voci, per vero non sempre assonanti ⁽²⁵⁾.

Più utile qui — nella prospettiva di comparazione sopra descritta — tentare un diretto confronto con l'ordinamento italiano vigente.

Al riguardo, appare sufficiente ricordare che l'eccezione di dolo speciale o passato può ritenersi figura tuttora vigente e addirittura tipizzata entro il nostro codice civile, allorché si abbia riguardo all'art. 1442 c.c., ultimo comma.

Dunque per la via indiretta della statuizione di imprescrittibilità dell'eccezione — a fronte della prescittibilità in cinque anni dell'azione di annullamento — è riconosciuta la vigenza anche dell'eccezione con cui sia fatto valere il vizio consistente nei raggiri di cui all'art. 1439 c.c.; il dolo inteso come vizio della volontà, che conduce all'annullamento del negozio giuridico ⁽²⁶⁾, fonda pertanto un'eccezione — di dolo passato o speciale — che rimane sempre opponibile.

Ma non è evidentemente questa la figura di dolo da porre a confronto con quella dell'abuso del diritto.

Per identificare il termine di comparazione con l'abuso del diritto, occorre invece guardare all'articolazione dell'eccezione di dolo orientata al presente. È necessario dunque tenere conto di una difesa da intendersi fondata sull'«esistenza di una qualsiasi circo-

⁽²⁵⁾ Per uno sguardo d'insieme, nella prospettiva europea, RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 311 ss.; Id., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du « civil law »*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 1055 ss.

⁽²⁶⁾ « Il dolo può essere anche oggi definito con Labeone *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* »: così TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁷, a cura di Trabucchi, Padova, 2015, p. 130.

stanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contrario alla *bona fides* l'insistere dell'attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio » (27).

Qui, però, le cose sono ben differenti sotto vari punti di vista giacché, mancando nel nostro sistema una corrispondente base testuale, si pone il tema del riconoscimento dell'eccezione di dolo generale, nonché dell'identificazione dei suoi presupposti di operatività (28).

Né potrebbe trarsi argomento sufficiente a fondare la vigenza dell'eccezione di dolo dal tenore testuale dell'art. 1460, comma 2°, c.c., ove è delineata nella sostanza una *replicatio doli* (29).

Com'è noto, dopo una lunga stagione di diffidenza nei confronti di un'eccezione di dolo generale percepita come « cavallo di Troia entro la sicurezza del sistema » (30), il dibattito dapprima dottrinale e — con qualche ritardo — giurisprudenziale ha concentrato un'assai forte attenzione sul tema dell'eccezione di dolo, fino a raggiungere alcuni punti fermi in tema di riconoscibilità, contorni ed

(27) Così BURDESE, voce *Exceptio doli*, cit., p. 1074, riecheggiando D. 44.4.2.3 (Ulp. 76 *ad ed.*).

(28) In una bibliografia vastissima, per limitarsi ai riferimenti essenziali: CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, in questa rivista, 1949, p. 782 ss.; PELLIZZI, voce *Exceptio doli (dir. civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1074 ss.; TORRENTE, voce *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218; PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed « exceptio doli »*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 407 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, Padova, 1988; RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, cit., loc. cit.; ID., *Bonne foi*, cit., loc. cit.; GAROFALO, *Per un'applicazione dell'« exceptio doli generalis » romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 629 ss.; DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss., anche in *Enc. giur. Treccani*, voce *Exceptio doli generalis*, *Aggiornamento*, Roma, 1997, p. 1 ss. Più recentemente, UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 399 ss.; MERUZZI, *L'« exceptio doli » dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, spec. p. 452 ss.; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., spec. p. 431 ss.

(29) V., per esempio, le considerazioni di CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in questa rivista, 1971, p. 638.

(30) PELLIZZI, voce *Exceptio doli (dir. civile)*, cit., p. 1075. Già VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. di Lavaggi, Firenze, s.d. [ma 1954], p. 323, rilevava che con l'eccezione di dolo « non c'è nulla che non si riesca a combinare. Per parte mia mi impegnerei a scardinare per mezzo suo tutto un ordinamento giuridico: avrei con il suo ausilio di che respingere ogni norma che appena non mi garbi ».

efficacia di tale eccezione: sicché, rispetto a quei punti, con difficoltà si potrebbe oggi immaginare di retrocedere ⁽³¹⁾.

Per sintetizzare il quadro (a rischio di qualche semplificazione), si può ritenere che due essenzialmente possano rivelarsi i principali canali di penetrazione dell'eccezione di dolo generale all'interno di un ordinamento il quale — come detto — a essa *de lege lata* non riconosce espressa cittadinanza.

Per un verso, lo strumento dell'eccezione di dolo generale fu introiettato per la via del recepimento nel contesto di discipline contrattuali progressivamente tipizzate a livello giurisprudenziale.

Paradigmatico, in questo senso, è il caso del contratto autonomo di garanzia, il quale venne recepito dalle nostre corti per derivazione diretta dalla prassi internazionale ⁽³²⁾. Il contratto autonomo di garanzia fu riconosciuto quale figura contrattuale atipica meritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c., proprio e fin da subito con inclusione dell'eccezione di dolo generale in quanto segmento costitutivo e imprescindibile del regime complessivo di quello specifico contratto ⁽³³⁾.

In altri termini l'eccezione di dolo generale appare, in relazione al contratto autonomo di garanzia, quasi decontestualizzata rispetto alla cornice (processuale) d'origine, per essere invece ripasmata all'interno di una disciplina (sostanziale) specifica. L'eccezione di dolo diviene in questo modo parte di un preciso regime contrattuale.

Per altro verso, e senza dubbio con maggiori difficoltà, l'eccezione di dolo generale cominciò a essere riconosciuta in quanto tale.

In questo senso, l'onda del dibattito dottrinale cui si faceva

⁽³¹⁾ Per un punto di riferimento in tema di eccezione di dolo, Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, su cui v. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 228.

⁽³²⁾ Su tale figura contrattuale, di recente, BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 435 ss.; NATOLI, *Riflessioni sulla struttura del contratto autonomo di garanzia e della polizza fideiussoria*, in *Giureta*, 2012, p. 1 ss.; NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, Bologna, 2012, p. 553 ss.; FRIGENI, *Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 2013, p. 565 ss.; TARTAGLIA, *Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità*, in « *Liber Amicorum* » per A. Luminoso, *Contratto e mercato*, II, a cura di Corrias, Milano, 2013, p. 967 ss.

⁽³³⁾ Spec. su questo percorso, GAROFALO, *Per un'applicazione dell'« exceptio doli generalis » romana*, cit., p. 629 ss.; inoltre, LAMBRINI, in nota a Trib. Treviso 24 dicembre 1997, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 443 ss.

cenno dianzi sospinse dapprima le corti di merito, ma poi anche la Cassazione, a dare accogliamento in via generalizzata a uno strumento le cui potenzialità sono pressoché infinite, al di là di ogni specifico collegamento con un individuato regime contrattuale.

Nella misura in cui l'eccezione di dolo generale sia accolta in sé, essa rappresenta uno strumento strategicamente collocato al centro del terreno delle obbligazioni e dei contratti, ove esso può trovare una leva robusta nelle clausole di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. ⁽³⁴⁾; ma la sua capacità espansiva investe in potenza tutti i settori dell'ordinamento, inclusi quindi i diritti reali e le successioni.

Semmai, a tal riguardo, la difficoltà di un censimento dei casi di impiego concreto dell'eccezione di dolo generale, quale mezzo disancorato rispetto a qualsivoglia regime contrattuale, è rappresentata da un certo qual disallineamento tra nomi e cose cui si è fatto cenno in apertura. Talora è riconosciuto lo strumento, ma non lo si chiama con quel nome per una sorta di ritrosia da parte della giurisprudenza a qualificare l'eccezione di dolo come tale; in altri casi, invece, lo strumento c'è e lo si chiama con quel nome ⁽³⁵⁾.

Tuttavia non v'è dubbio che numerose siano ormai le decisioni che hanno aperto le porte all'eccezione di dolo generale quale mezzo di sanzionamento sul piano processuale, realizzando così una larga saldatura del dibattito intorno alla sua reviviscenza rispetto all'altro fronte di discussione, impegnato nella ricerca dei mezzi di repressione dell'abuso del diritto ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Questa la prospettiva dischiusa soprattutto da NATOLI *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1961, I, p. 169 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1974, p. 27 ss.; ID., *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 170 ss.; v. anche BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss., spec. p. 183 ss. In prospettiva simile anche DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 284 ss.; D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; ID., *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 702 ss.; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., spec. p. 12 ss.

⁽³⁵⁾ Si rinvia nuovamente a Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, cit., sulla quale v. *infra* n. 3.

⁽³⁶⁾ Indicative di questa tendenza « sincretistica » le pagine, scritte più di quarant'anni fa, da CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, cit., p. 613 ss.: pur cogliendosi la distinzione tra buona fede e abuso del diritto, se ne vede ivi il congiunto

3. — Nel vigore del codice civile del 1942, una delle prime decisioni nelle quali fu riconosciuta la reviviscenza dell'eccezione di dolo generale è quella della Pretura di Parma del 30 marzo 1950 ⁽³⁷⁾. Ivi era data tutela al conduttore il quale, dopo essersi accordato con il locatore per ottenere una sentenza di sfratto soltanto per dare al primo la condizione formale di sfrattato, tale per cui fosse consentito allo stesso di ottenere un alloggio in assegnazione, aveva visto in realtà attivare contro di sé (e contro gli accordi) l'esecuzione di quella sentenza: di qui l'opponibilità dell'eccezione di dolo.

Negli anni successivi, piuttosto numerose sono le decisioni delle corti di merito e — in misura minore — della suprema Corte che hanno dato corpo a una consolidata giurisprudenza in senso favorevole all'operatività dell'eccezione di dolo generale ⁽³⁸⁾.

Certamente nodale, nella maturazione di una sensibilità particolare sui temi della buona fede e correttezza, nonché sulla messa a punto degli strumenti correttivi del contratto, è la celebre Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, sul c.d. caso Fiuggi ⁽³⁹⁾.

Quella decisione, nella quale per vero si parla molto di buona fede ma non di dolo generale, attivò senza dubbio una nuova sensibilità in seno alla giurisprudenza. Sicché si può ritenere che la pronuncia sul caso Fiuggi rappresenti la cornice di riferimento imprescindibile per alcune sentenze rilevanti del 1997 nelle quali si faceva operare in concreto uno strumento corrispondente all'eccezione di dolo generale, anche in questo caso, tuttavia, senza che se ne spendesse il nome ⁽⁴⁰⁾.

operare; sul punto, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 343 ss., spec. p. 379 nota 152.

⁽³⁷⁾ In *Foro civ.*, 1950, p. 337, con nota di ARNONE, *Esecuzione di sentenza emessa in lite simulata ed « exceptio doli »*.

⁽³⁸⁾ V. la rassegna proposta da NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'« exceptio doli generalis »*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.

⁽³⁹⁾ Si legga la sentenza, per esempio, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota — significativamente — di CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; su quel caso ritorna PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 37 s.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 23 luglio 1997, n. 6900, come pure la sentenza « sorella » Cass., 8 agosto 1997, n. 7400, entrambe in *Giur. it.*, 1998, p. 889 ss., con nota di RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del « petitum » di condanna fondato su un'unica « causa petendi » o su « causae petendi » dal nucleo comune, ammissibilità delle*

Si tratta di decisioni assunte in tema di abuso realizzato nella forma del c.d. frazionamento della domanda, del quale si dirà tra breve; sono pronunce ancora di « sperimentazione », le quali condurranno, dieci anni dopo, alla notissima decisione delle sezioni unite n. 23727 del 15 novembre 2007, n. 23726 ⁽⁴¹⁾: anche in quest'ultimo caso, la sanzione dell'abuso era congegnata senza che comparisse alcun espresso richiamo all'eccezione di dolo generale ⁽⁴²⁾.

Diverso invece il tenore della sentenza, di poco precedente, della I sezione Cass., 7 marzo 2007, n. 5273. Qui solo si menzionava l'eccezione di dolo generale, ma la decisione offriva l'occasione, sia pure in *obiter*, per un'ampia ridefinizione giurisprudenziale dello strumento ⁽⁴³⁾.

Vale la pena di riportare un tratto della massima: « *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 ».

Assai perspicua, dunque, la definizione — fedelmente romanistica — dello strumento in grado di veicolare in concreto i principi di buona fede e correttezza.

Successivamente, centrale in tema di abuso del diritto era la rappresentazione del recesso *ad nutum* quale veniva offerta dalla notissima pronuncia Cass., 18 settembre 2009, n. 20106: con riguardo a questo, noto come « caso Renault », l'ampia discussione dottrinale si era soffermata in particolare sull'idea che l'abuso funga da schema attraverso il quale l'ordinamento si mostri in grado di rilevare l'esistenza di un conflitto di regole, rispetto a cui, dunque,

domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata, giungevano all'esito della reiezione della domanda frazionata in quanto proposta contro buona fede.

⁽⁴¹⁾ V. *infra* n. 9.

⁽⁴²⁾ Si tenga conto che alla pronuncia a sezioni unite hanno fatto séguito altre sentenze, tra cui spec. Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, e Cass., 9 aprile 2013, n. 8576, nelle quali pure è omessa la diretta menzione dell'eccezione di dolo generale.

⁽⁴³⁾ Su cui v. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, cit., p. 224 ss.

buona fede e correttezza sarebbero da valutarsi come parametri di soluzione di tale conflitto ⁽⁴⁴⁾.

Su questa decisione, ancora una volta silente sul dolo generale, non mi soffermo.

Vorrei invece tenere al centro dell'attenzione la pronuncia del 2007, opera della I sezione, sull'eccezione di dolo generale, perché in essa la Cassazione si era concentrata con apprezzabile esattezza sulla definizione del mezzo di difesa di tradizione romanistica.

Orbene, ciò che più mi preme qui sottolineare è che l'eccezione di dolo generale appare rimedio recepito e tecnicamente definito entro l'ordinamento vigente in forza di un intervento giurisprudenziale ormai maturo.

Si afferma che il dolo generale è quello commesso nel momento stesso in cui l'azione viene proposta in giudizio; e l'eccezione corrispondente si offre come meccanismo processuale volto alla reiezione della domanda che fosse stata proposta in contrasto con i principi di correttezza e buona fede.

Mancano di essere compiuti non pochi svolgimenti concettuali, in ordine alle caratteristiche dello strumento di cui si discute. Prima, però, appare utile ancora dedicarsi ad alcuni chiarimenti per i quali la comparazione diacronica risulta indispensabile.

4. — Ribadita la natura squisitamente processuale dell'antica *exceptio doli generalis*, ben fotografata nei suoi tratti anche nella recente giurisprudenza poc'anzi richiamata, è opportuno ora tentare una sintesi sulle polarità di significato della nozione di dolo quali emergono dall'esperienza giuridica romana.

⁽⁴⁴⁾ V., per esempio, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., in *Giur. it.*, 2010, p. 552 ss., nonché in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 830 ss.; in margine alla sentenza, tra molti, GALGANO, *Qui suo iure utitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss., e D'AMICO, *Recesso « ad nutum », buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.; ID., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss.; inoltre ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 157; v. inoltre in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss., con nota di GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie « a volte ritornano »: l'abuso del diritto alla riscossa*; CENINI-GAMBARO, *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.

Le prime due polarità semantiche — di cui si è detto — sono legate all'esperibilità di un'eccezione con cui si faccia valere l'esistenza di artifici o raggiri collocabili al momento della conclusione del negozio che costituisce anche il titolo della pretesa attorea (dolo passato o speciale), oppure con cui si opponga la violazione di una regola di correttezza e buona fede manifestatasi nel momento del processo, precisamente al tempo della *litis contestatio* (dolo presente o generale) ⁽⁴⁵⁾.

Accanto a queste due, è da rinvenirsi già nella terminologia delle fonti romane una nozione di dolo riferibile allo stato soggettivo che connota al suo più alto grado la responsabilità civile: dolo, dunque, da intendersi come volontarietà dell'evento lesivo ⁽⁴⁶⁾.

In estrema sintesi, quella appena rappresentata è la mappatura delle diverse polarità di significato della nozione di dolo: due di esse sono collegate all'opponibilità dell'eccezione, nella sua declinazione presente (ovvero generale) o passata (ovvero speciale).

Ciascuna polarità presenta evidenti nessi e correlazioni con le altre e tuttavia è anche chiara la caratterizzazione di ognuna di esse.

Nell'insieme, si compone un quadro complesso e nondimeno piuttosto perspicuo. Si coglie l'attenzione della giurisprudenza romana per assicurare un presidio forte alla correttezza e alla buona fede, sotto vari aspetti; e però sempre si registra la necessità che ciascuna situazione nella quale sia potenzialmente rilevante una violazione della regola di buona fede e correttezza sia resa oggetto di un processo di precisa tecnicizzazione ⁽⁴⁷⁾.

Naturalmente non potrebbe sfuggire che la nozione più ampia e tendenzialmente assorbente rispetto alle altre è quella di dolo generale, in relazione alla quale si condensa una violazione della correttezza e della buona fede che per definizione stessa è atipica.

Con riguardo all'idea del dolo generale non è affatto necessario che siano posti in essere raggiri o macchinazioni; né occorre che

⁽⁴⁵⁾ BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., p. 625 ss.

⁽⁴⁶⁾ CASAVOLA, voce *Dolo (dir. romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 148; LUZZATTO, voce *Dolo (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 712 s.

⁽⁴⁷⁾ CANNATA, « Bona fides » e strutture processuali, cit., loc. cit.; SCHERMAIER, « Bona fides » in *Roman Contract law*, cit., p. 87.

sussista una caratterizzazione soggettiva nel senso dell'intenzionalità dell'evento lesivo ⁽⁴⁸⁾.

Non v'è dubbio allora che per la sua latitudine, non meno che per la sua atipicità, la nozione di dolo generale, in qualche modo ricomprendente le altre nozioni di dolo, evidenzia tratti di continuità piuttosto marcati rispetto alla moderna idea di abuso del diritto.

5. — Non si potrebbe cogliere il senso più profondo e autentico della funzione correttiva svolta dal dolo generale nel sistema processuale romano se si mancasse di precisare che l'eccezione chiamata a sanzionarlo rappresenta uno strumento appartenente all'ordinamento pretorio.

Risulta dunque presupposta la contrapposizione, sulla quale si costruisce l'intero sviluppo del sistema giuridico romano, tra diritto civile e diritto pretorio. Si tratta di una contrapposizione che, per radicalità e — al contempo — capacità di duttile ricomposizione, appare per molti versi paragonabile soltanto a quella tra *common law* ed *equity*, tipica della tradizione giuridica anglosassone ⁽⁴⁹⁾.

In altri termini l'eccezione di dolo generale, nella sua ampia portata, rappresenta forse il più efficace degli strumenti pretori, il quale evidenzia la sua funzione proprio nella misura in cui risulta correttivo dell'ordinamento civile ⁽⁵⁰⁾.

In tanto l'ordinamento pretorio nel suo complesso interviene a porre una serie di regole concorrenti rispetto all'ordinamento di *ius civile*, in quanto l'eccezione di dolo rappresenta uno strumento in grado di veicolare una regola alternativa e prevalente rispetto a quella di diritto civile.

In questa misura si coglie l'analogia funzionale rispetto alle modalità con cui opera l'ordinamento di *equity* nei riguardi di quello di *civil law*.

⁽⁴⁸⁾ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 667 ss.

⁽⁴⁹⁾ DE VITA, *Buona fede e common law. Attrazione non fatale nella storia del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, I, cit., p. 459 ss., spec. p. 472 ss.; GAMBARO, *Common law ed equity in Inghilterra*, in GAMBARO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 69 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1979, p. 530 ss.

⁽⁵⁰⁾ D. 1.1.7.1 (Pap. 2 def.): per un inquadramento, TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 236 ss.

La regola posta dal *ius praetorium* si rivela prevalente e quindi, in esito, escludente rispetto a quella del *ius civile*: le fonti ci dicono che *exceptio dicta est quasi quaedam exclusio* ⁽⁵¹⁾.

La straordinaria profondità di pensiero dei giuristi romani coglie appieno l'omogeneità ontologica intercorrente tra azione ed eccezione, giacché ciascuna delle due porta con sé una propria regola, sia pure di segno opposto: *agere etiam is videtur, qui exceptione utitur* ⁽⁵²⁾.

In questo senso la contrapposizione tra ordinamenti concorrenti si traduce in un vero e proprio concorso di norme; e, in tale conflitto, lo *ius praetorium* esprime — com'è fin troppo noto — la già evocata sua funzione correttiva.

Mi pare molto efficace l'espressione che preferiva impiegare il mio Maestro, Alberto Burdese, quando parlava del principio di buona fede come di un « criterio normativo » ⁽⁵³⁾. Proprio l'idea del « criterio normativo » consente di cogliere al meglio in qual modo la regola di buona fede trovi sempre concretizzazione, in relazione al caso di specie, in un « dover essere » differente rispetto a quello che emergerebbe *tout court* dalla regola di *ius civile*.

In questa cornice mi pare possa valutarsi la piena portata del dolo generale, in quanto nozione in grado di sanzionare qualsivoglia comportamento che si manifesti in contrasto con il criterio normativo della buona fede, giustificando in tal modo il subingresso di una regola alternativa.

6. — Occorre ora mettere meglio a fuoco i profili propriamente delittuali della figura del dolo generale.

Come detto poc'anzi, è il diritto pretorio a creare la figura del dolo generale: e ciò avviene proprio in quanto fatto antiggiuridico rilevante all'interno del processo civile ⁽⁵⁴⁾.

Se il dolo generale rappresenta dunque un delitto, esso più precisamente è rappresentato da quell'illecito pretorio che si con-

⁽⁵¹⁾ Così D. 44.1.2 (Ulp. 74 *ad ed.*).

⁽⁵²⁾ D. 44.1.1. (Ulp. 4 *ad ed.*), nella lettura di PUGLIATTI, voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 160.

⁽⁵³⁾ Tra i tanti luoghi, v. per esempio in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, IV, cit., p. 581.

⁽⁵⁴⁾ BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., p. 11 ss.

suma nel momento in cui il soggetto agisca in giudizio contro buona fede e correttezza.

Va detto che già nella riflessione della giurisprudenza romana il dolo negoziale, corrispondente alla nozione di dolo passato o speciale, contiene in sé soltanto *in nuce* gli elementi che nello sviluppo della tradizione romanistica diedero luogo — però in esito a una faticosa e contrastata elaborazione — alle figure oggi distinte del dolo determinante, che produce effetti caducatori, e del dolo incidente, il quale invece comporta effetti soltanto risarcitori ⁽⁵⁵⁾.

Dal dolo muove quindi una ramificazione concettuale di straordinaria ricchezza e vitalità, ma la nostra attenzione deve rimanere concentrata specificamente sul dolo generale, ossia sull'ipotesi in cui a ricevere sanzione sia un qualunque comportamento contro buona fede e correttezza il quale possa dirsi verificato al momento della *litis contestatio*.

Merita allora qui precisare che il progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza romana della nozione di dolo quale autonoma figura delittuale, rilevante sul piano del diritto pretorio, condusse all'introduzione nell'editto magistratuale, in un tempo plausibilmente non lontano da quello in cui fu riconosciuta l'eccezione di dolo, anche della corrispondente azione di dolo ⁽⁵⁶⁾.

Ecco quindi che, riconosciuta l'azione, il dolo davvero venne ad assumere tutti i profili di un autonomo tipo delittuale: si costituisce infatti la concatenazione tra delitto, obbligazione che ne nasce e azione corrispondente. Appare edificata la corrispondenza biunivoca tra *obligatio* e *actio*.

Quella collegata all'*actio doli* è una vicenda assai nota e studiata in seno alla romanistica, sulla quale non intendo certamente soffermarmi in questa sede ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 670 ss.

⁽⁵⁶⁾ Per il tenore della clausola editale dell'*actio doli*, v. D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*).

⁽⁵⁷⁾ COLACINO, voce *Actio de dolo*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1960, p. 259 s.; LUZZATTO, voce *Dolo (dir. romano)*, cit., p. 712 s.; CASAVOLA, voce *Dolo (dir. romano)*, cit., p. 148; ALBANESE, *La sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in *AUPA*, XXVIII, 1961, p. 253 ss.; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., p. 135 s.; WACKE, *Sul concetto di « dolus » nell'« actio de dolo »*, in *Iura*, XXVIII, 1977, p. 10 ss.; FERCIA, *Appunti su funzione e struttura formulare dell'« actio de dolo »*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, I, Torino, 2004, p. 421 ss.; CURSI, *L'eredità dell'« actio de dolo » e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008; LAMBRINI,

Invece mi pare qui sufficiente evidenziare l'ampiezza e la varietà delle situazioni che appaiono idonee a trovare sanzione per effetto dell'introduzione dell'azione di dolo.

Anche sul fronte dell'azione, dunque, rimane confermata la valenza delittuale, larga e atipica, della nozione di dolo generale.

Proprio in questa intrinseca ed essenziale atipicità delle situazioni sussumibili entro la nozione di dolo generale si rinviene un tratto di significativa continuità, nella prospettiva di un raffronto diacronico a livello di modelli giuridici, tra quell'antica figura e le moderne teorie sull'abuso del diritto.

Per comprendere appieno il rilievo che assume, a livello sistematico, il riconoscimento del delitto di dolo, occorre peraltro tenere presente che la nozione di dolo si prospetta come macro-categoria sanzionatoria, la quale si affianca a un sistema di tipicità dei delitti ritenuti rilevanti sul piano del diritto civile (nella tradizione modellata su Gaio: furto, rapina, *iniuria, damnum iniuria datum* ⁽⁵⁸⁾).

Ancora nella prospettiva di una macrocomparazione diacronica, ciò potrebbe indurre a sostenere con buone ragioni che un corrispondente ideale dell'odierna clausola della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. sia da rinvenirsi, molto più che nell'antica *lex Aquilia*, nella nozione romana di dolo generale ⁽⁵⁹⁾.

Sicché la continuità concettuale tra la *lex Aquilia* e la responsabilità aquiliana, al di là del profilo nominalistico, finisce per apparire molto più tenue di quanto non siano strutturalmente vicine due figure a un primo sguardo più distanti, quali l'antico modello romano del dolo generale e la moderna clausola della responsabilità extracontrattuale, l'uno e l'altra caratterizzate da una spiccata atipicità, non disgiunta dal profilo imprescindibile della lesione di un interesse giuridicamente protetto.

Sempre su un piano di ampie corrispondenze comparatistiche, mi pare interessante aggiungere che, partendo da questa modellistica del diritto romano, si avverte ancor più netto il movimento della storia che ha condotto alla divaricazione realizzatasi nel corso

Dolo generale e regole di correttezza, Padova, 2010; ID., *Studi sull'azione di dolo*, Napoli, 2013. Inoltre, DALLA MASSARA, *Die Klage wegen Arglist*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, herausgegeben von U. Babusiaux et alii, in corso di pubblicazione.

⁽⁵⁸⁾ Gai. 3.182.

⁽⁵⁹⁾ Spunti in questo senso in CURSI, *L'eredità dell'« actio de dolo »*, cit., p. 21 s.

dei secoli tra i sistemi di responsabilità civile, i quali, per un verso, hanno mantenuto l'impronta della tipicità delle figure di illecito e quelli che, per altro verso, appaiono invece ispirati all'atipicità. Così nell'ambito dei primi — com'è noto — è sicuramente da ascrivere il sistema della responsabilità civile quale emerge dal *BGB* (fondato sull'*Enumerationsprinzip*)⁽⁶⁰⁾, mentre nel novero dei secondi rientrano i sistemi di matrice napoleonica, e così dunque anche quello italiano, con riguardo tanto al codice del 1865, quanto pure a quello del 1942.

7. — Come si è detto fin già in apertura, l'antecedente diretto della figura dell'abuso del diritto è da ravvisarsi nella teorica dell'*abus de droit*, la quale — non senza radici nel diritto medievale — trova il suo luogo di elaborazione nell'esperienza giurisprudenziale francese.

Nondimeno, è innegabile che questo filone concettuale di matrice francese, sostanzialista e dominicale, si sia in larga parte intrecciato con l'elaborazione dottrinale tedesca che fin già nella metà dell'Ottocento aveva raccolto l'eredità più autentica del pensiero dei *prudentes* anche con attenzione al tema della buona fede.

Così, proprio in forza di un innesto del contributo concettuale romano, per il medio della sua rigenerazione pandettistica, fu segnato il percorso che conduce fino alle moderne teorie sull'abuso.

Nella direttrice *à rebour* che ho adottato in questo scritto, è così possibile riannodare i fili che collegano la moderna elaborazione dell'abuso del diritto alla concettualizzazione romana del dolo generale.

Rappresentazione quasi plastica del ricongiungersi delle due linee culturali — a questo punto si può dire, l'una di matrice francese e l'altra di origine tedesca — si rinviene nell'art. 74 del « Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all'Ita-

⁽⁶⁰⁾ Per un quadro aggiornato sulla responsabilità civile in Germania, DIURNI, *Le novità in tema di risarcimento del danno nello « Zweite Gesetz zur Änderung Schadenersatzrechtlicher Vorschriften »*, in *Annuario di diritto tedesco 2004*, a cura di S. Patti, Milano, 2006, p. 341 ss.; per uno sguardo di comparazione a livello europeo, tra tipicità e atipicità dell'illecito, VISINTINI, *La tecnica della responsabilità civile nel quadro dei modelli di civil law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 51 ss.; sullo sfondo rimane l'ampio affresco rappresentato da ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 953 ss., spec. p. 1031 ss.

lia e alla Francia », ove, al comma 2°, dopo un primo comma nel quale era contenuta la formula aquiliana del vecchio art. 1151, si precisava che « è ugualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto fu riconosciuto ».

Ecco dunque idealmente saldata in una stessa disposizione l'idea sostanzialista del *détournement*, della *chicane* non consentita (di *chicane* poi si parlerà anche nella letteratura tedesca), per un verso, e la tradizione antica della buona fede e correttezza di impronta processuale, recante in sé ancora un chiaro conio romano, per altro verso.

La codificazione della figura dell'abuso di diritto non mancò peraltro di trovare spazio in altri codici europei ⁽⁶¹⁾.

Nel dibattito dottrinale italiano è lo specchio più nitido di un'ampia sovrapposizione concettuale tra l'abuso del diritto e il dolo generale ⁽⁶²⁾; eppure, se questo è in larga misura l'esito della riflessione di molti, ciò non può far velo rispetto all'evidente disomogeneità che si riscontra non appena si confronti il dolo generale, di matrice processuale e allocato in maniera più forte proprio nell'ambito dei rapporti di credito, con l'abuso del diritto, concepito in chiave sostanziale come un trasmodare rispetto all'esercizio di un diritto, paradigmaticamente, un diritto da intendersi come *in rem* ed *erga omnes*.

A preparare i presupposti per una siffatta, vasta fascia di sovrapposizione fu il processo giurisprudenziale di concretizzazione — nel senso originario di *Präzisierung* ⁽⁶³⁾ — del principio di buona fede e correttezza nei termini più esatti dell'operatività dell'eccezione di dolo generale, quale si realizzò in modo particolarmente intenso nel torno di tempo che va dall'entrata in vigore del *BGB* ai primi decenni del Novecento.

⁽⁶¹⁾ In particolare nell'art. 2, comma 2°, del codice svizzero e nell'art. 281 di quello greco.

⁽⁶²⁾ *Ad exemplum*, PELLIZZI, voce *Exceptio doli (dir. civile)*, cit., loc. cit.; non dissimile, da questo punto di vista, l'impostazione di PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed « exceptio doli »*, cit., p. 415 ss.

⁽⁶³⁾ Ricavo l'espressione da WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, in *Franz Wieacker. Kleine juristische Schriften*, a cura di Dießelhorst, Göttingen, 1988, p. 43 ss.

Nell'elaborazione del *Reichsgericht* fu, a ben vedere, superato lo stesso tenore letterale del § 226 *BGB*, contenente un espresso *Schikaneverbot* e quindi disposizione in sé deputata a raccogliere il dibattito intorno all'abuso del diritto, giacché venne affidato in via nettamente prevalente al § 242 *BGB*, il *königliche Paragraph*, il compito di veicolare decisioni nelle quali le forme di abuso trovasero sanzione a mezzo dell'eccezione di dolo generale ⁽⁶⁴⁾.

Vennero in questa maniera a cristallizzarsi nelle Corti tedesche *Fallgruppen* assai ampi e al contempo dettagliati, in grado di costituire un'intelaiatura stringente di precedenti collegati al § 242 *BGB*.

Per tornare all'Italia, la riscoperta del dolo generale — in quanto idea fondativa di un ampio recupero sul piano processuale delle esigenze di buona fede e correttezza proclamate con riguardo a obbligazioni e contratti — dipende in primo luogo da un intenso lavoro dottrinale.

I tanti fautori di quella che si rivelò un'autentica rivoluzione culturale — cito qui soltanto il nome di Pietro Rescigno ⁽⁶⁵⁾ — riuscirono quindi a trovare terreno recettivo in una giurisprudenza che via via nel tempo cominciava a lasciarsi persuadere della necessità di superare un precedente e assai radicato approccio formalista.

Certo, in questo senso, come più ampiamente in direzione di una riscoperta delle clausole generali, un rilievo ebbe sicuramente l'accentuarsi della sensibilità del diritto privato nei confronti del dettato costituzionale, non solo con attenzione rivolta all'imperativo

⁽⁶⁴⁾ A ridosso dell'entrata in vigore del *BGB*, WENDT, *Die « exceptio doli generalis » im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, in *AcP*, 1906, p. 1. Su ciò, LUIG, *Il ruolo della buona fede nella giurisprudenza della Corte dell'Impero prima e dopo l'entrata in vigore del BGB dell'anno 1900*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., p. 417 ss.; RANIERI, « Dolo petit qui contra pactum petat ». « Bona fides » und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts, in « Jus commune ». *Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main*, IV, herausgegeben von H. Coing, Frankfurt am Main, 1972, p. 158 ss.; ID., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del « Rechtsmissbrauch »*, in questa rivista, 1972, p. 1216 ss.; HAFERKAMP, *Die « exceptio doli generalis » in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt am Main, 2000, p. 1 ss.; PROCCHI, *L'« exceptio doli generalis » e il divieto di « venire contra factum proprium »*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, cit., p. 77 ss., con ampia bibliografia alla nota 4.

⁽⁶⁵⁾ Decisiva la svolta segnata con RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 205 ss.

solidaristico di cui all'art. 2, ma anche negli ultimi anni dedicata all'art. 111 sul giusto processo ⁽⁶⁶⁾.

Il punto d'approdo sul dolo generale, che può oggi dirsi ben rappresentato dalla sentenza della suprema Corte del 2007, n. 5273, dianzi citata ⁽⁶⁷⁾, appare quindi indicativo di una nuova apertura nei confronti dell'antica eccezione quale veicolo di sanzionamento delle forme di abuso, non tanto del diritto, quanto piuttosto specificamente del processo.

Oggi l'eccezione di dolo generale è da ritenersi uno strumento pressoché irrinunciabile, dotato di piena cittadinanza nel patrimonio concettuale della nostra giurisprudenza.

8. — Se, come si è detto, il dolo generale ha trovato negli ultimi anni una significativa riviviscenza proprio in stretta connessione con la teoria dell'abuso del diritto, non v'è dubbio che in questo processo di contaminazione tra differenti linee concettuali alcuni dei suoi profili originari appaiano smarriti.

D'altra parte, che l'eccezione di dolo risulti modificata nel corso di duemila anni di storia rappresenta un dato non significativo o sorprendente: né v'è motivo di intendere questa constatazione in chiave — per così dire — nostalgica, nel senso che possa sembrare auspicabile un ritorno ai tratti primigenii dell'*exceptio doli generalis*.

Non reputo che la purezza della costruzione romana garantisca *ipso iure* una migliore efficienza del sistema: a tacer d'altro, è da considerare che i presupposti rappresentati dalla generalizzazione della regola di buona fede all'intera area delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1175 e 1375 c.c.), dal superamento della strutturazione dualistica tra apparati di norme (diritto civile *vs.* diritto onorario), nonché in generale dall'abbandono della prospettiva processuale del diritto (c.d. *aktionenrechtliches Denken*), abbiano imposto una riconfigurazione dell'eccezione in termini nuovi.

Ben più che un auspicio di ritorno al passato, appare quindi urgente che sia ancora percorso un tratto di strada nel senso di un'indagine schietta e neutra in termini di comparazione tra l'antico dolo generale e la moderna teorica sull'abuso; e tale indagine va ora

⁽⁶⁶⁾ M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 336.

⁽⁶⁷⁾ *V. retro* n. 3.

concentrata proprio sul percorso decisionale seguito da alcune delle sentenze degli ultimi anni, per arrivare a comprendere come possa costruirsi in concreto il funzionamento dell'eccezione di dolo generale nel nostro processo.

In effetti, pare a me che la vera frontiera di un ragionamento sul dolo generale si sia oramai spostata dal *focus* sul fondamento normativo dell'eccezione di dolo (con le note difficoltà nel ricavare una risposta sicura dagli artt. 1175 e 1375 c.c. ⁽⁶⁸⁾), verso quello sulla sua ricostruzione di regime e sistematica; in altri termini, occorre oggi porre l'attenzione sul profilo rimediabile-operativo ⁽⁶⁹⁾, per chiedersi quando e per iniziativa di chi sia opponibile una difesa basata sulla violazione dei principi di buona fede e correttezza, nonché quali effetti processuali scaturiscano dall'accoglimento in sentenza di una simile obiezione.

Si badi che proprio in questa prospettiva operativa credo possa esprimere la sua massima utilità la comparazione diacronica ⁽⁷⁰⁾.

Nella specie, un esame dei profili concreti che emergono a fronte dell'eccezione sollevata da colui che subisca un comportamento contrario a buona fede e correttezza (o, se si preferisce dire, abusivo) evidenzia tutta la difficoltà di offrire risposte univoche; per concretizzare: l'obiezione fondata sulla violazione di buona fede e correttezza integra davvero un'eccezione o costituisce una mera difesa? Si tratta di un'eccezione in senso proprio o improprio? E

⁽⁶⁸⁾ Del tema della riconducibilità dell'eccezione di dolo al fondamento degli artt. 1175 e 1375 c.c. mi ero occupato in DALLA MASSARA, *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, I, cit., p. 429 ss., spec. p. 432 ss. Peraltro, oggi appare finanche anacronistico il problema di rinvenire un fondamento normativo soltanto nazionale: sul punto, ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 245 ss.

⁽⁶⁹⁾ Il profilo preso in esame da MANNINO, *Considerazioni sulla « strategia rimediabile »: buona fede ed « exceptio doli generalis »*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 1283 ss.; inoltre ID., *Eccezione di dolo generale e contratti di stretto diritto*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 171 ss., il quale si colloca nella prospettiva di DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; da ultimo, v. la raccolta di saggi pubblicata a cura di GAROFALO, *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino, 2015.

⁽⁷⁰⁾ DALLA MASSARA, *Lo storico*, in *La scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, a cura di Visintini, Napoli, 2013, p. 173 ss., derivante dalla medesima occasione convegnistica cui risale il testo di GROSSI, *Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 321 ss.

ancora: si tratterebbe di un'eccezione di quale natura? Eccezione di merito oppure di rito?

L'esemplificazione che segue renderà tutto più chiaro.

9. — Il già evocato caso della c.d. domanda frazionata è fin troppo noto per essere qui riproposto in tutta la sua ampiezza: come si sa, i numerosi problemi interpretativi sottesi nascono dalla deliberata scelta del creditore di agire per la tutela del proprio diritto non già con una sola azione e per l'intero, bensì segmentando il credito in una molteplicità di procedimenti — monitori oppure ordinari, senza che la sostanza muti —, normalmente allo scopo di adire la competenza del giudice di pace in luogo di quella del tribunale.

Proprio su questo caso intendo sperimentare il mio ragionamento in tema di eccezione di dolo generale.

Orbene, il problema che giurisprudenza e dottrina si sono poste si traduce nel dubbio se un siffatto aggravamento della posizione difensiva del convenuto — aggravamento che peraltro si riverbera anche nei termini più ampi di una diseconomia processuale — trovi ostacolo in uno strumento di difesa da parte del convenuto-debitore ⁽⁷¹⁾.

Molti e interconnessi sono i profili toccati: appaiono implicati aspetti di diritto sostanziale come pure di diritto processuale, tutti in grado di imporre una riflessione assai larga sui valori dell'ordinamento, tra diritto d'agire ed esigenze di contenimento dei processi.

Assai celebre è la decisione a sezioni unite del 15 novembre 2007, n. 23726 ⁽⁷²⁾, la quale davvero occupa un posto centrale nello

⁽⁷¹⁾ Alle molte questioni collegate al frazionamento della domanda sono dedicati i lavori monografici, pur differentemente impostati, di FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, e FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, nonché poi di ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015; il più recente stato dell'arte in argomento si ricava da CARIGLIA, *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in *Giur. it.*, 2016, p. 371 ss.

⁽⁷²⁾ Quella sentenza si può leggere in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 335 ss., con commento di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito*, cit., e di DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il « ripensamento » delle Sezioni Unite*; inoltre in *Giur. it.*, 2008, p. 929 ss., con nota di RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 458 ss., con nota di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni Unite*, e di COSSIGNANI, *Credito unitario*,

sviluppo di una stagione nuova della nostra giurisprudenza in tema di buona fede nel processo.

Con quella decisione la suprema Corte non solo optò — a sette anni di distanza da una pronuncia a sezioni unite di segno opposto ⁽⁷³⁾ — nel senso del rigetto della domanda frazionata, ma con la propria argomentazione aprì anche, e senza lasciare spazio a dubbi, all'idea che dovesse respingersi una domanda la quale, sebbene *in thesi* incontestabile quanto al suo titolo, manifestasse un abuso nella scelta dell'agire ovvero della modalità dell'agire stesso.

Più esattamente, quella decisione del 2007 argomentava in maniera molto ampia sulla base del valore costituzionale di cui all'art. 2, come pure dei principi di buona fede e correttezza, nonché ancora richiamandosi all'economia processuale, per giungere all'esito che il frazionamento della domanda per la tutela di un credito in sé unitario avrebbe integrato una non ammissibile forma di abuso ⁽⁷⁴⁾.

unica azione; in Foro it., 2008, I, c. 1514 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, Frazionamento del credito e buona fede inflessibile, e di CAPPONI, Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?; in Corr. giur., 2008, p. 745 ss., con commento di RESCIGNO, L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite); in Obbl. e contr., 2008, p. 784 ss., con nota di MELONI CABRAS, Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede, e di VERONESE, Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza.

⁽⁷³⁾ Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, con cui si annullava Conc. Napoli, 15 maggio 1995. Intorno a tale pronuncia era venuto alimentandosi un vivace dibattito: essa compare pubblicata in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268 ss., con nota di MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1618 ss., con nota di DALLA MASSARA, *Tra « res iudicata » e « bona fides »: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel « quantum » della domanda di condanna pecuniaria*; in *Stud. iur.*, 2000, p. 1273 ss., con nota di FINESSI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 502 ss., con nota di ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*; in *Giur. it.*, 2001, p. 1143 ss., con nota di CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale « frazionata » in più processi?*, oltre a osservazioni di MINETOLA, nonché di RONCO. A una ricostruzione dei problemi del frazionamento della domanda, prima della pronuncia a sezioni unite del 2007, si dedicava anche in DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, « exceptio litis dividuae » e domanda frazionata*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, cit., p. 251 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726: « il frazionamento della domanda, consistente nella proposizione di più domande giudiziali aventi fondamento nel medesimo credito unitario, è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, risolvendosi in un abuso del processo (ostativo all'esame della domanda) ».

Si tratta di una decisione assai coraggiosa, dunque.

Essa ci consente di approfondire talune questioni qualificatorie e ricostruttive, sottese al riconoscimento dell'abusività della domanda e quindi alla fondatezza di una difesa — *id est* comunque eccezione, al di là di tanti aspetti anche terminologici — basata sulla scorrettezza del comportamento attoreo.

La questione da cui partire riguarda il ruolo svolto dalla nozione di dolo generale rispetto all'esito della decisione.

La risposta appare qui obbligata: colui che muova un'obiezione di scorrettezza avverso il creditore il quale abbia frazionato artatamente la domanda sta sollevando precisamente ed esattamente un'eccezione di dolo generale.

Al di là di possibili equivoci sui nomi, il debitore sta infatti opponendo che un comportamento genericamente *contra bonam fidem* si è consumato sul piano processuale; come detto, non sarebbe *in thesi* eccepibile alcunché sul piano della validità del negozio giuridico, mentre l'unica obiezione sollevabile da parte del debitore-convenuto è proprio ed esattamente sul piano del dolo generale.

Se così è, allora le ulteriori questioni in ordine alla ricostruzione concettuale e sistematica del rimedio sono quelle già anticipate.

A cascata, occorre chiedersi: in primo luogo, se la difesa che contiene un'obiezione di tal genere — nella sostanza, *exceptio doli generalis* — corrisponda a un'eccezione propria o impropria.

Si tratterebbe pertanto di un'eccezione in senso stretto, paragonabile quanto al suo regime a un'eccezione con la quale si faccia valere l'annullabilità del contratto ⁽⁷⁵⁾, oppure saremmo a cospetto di un'eccezione rilevabile d'ufficio?

Intrecciata con queste domande è un'altra questione di ricostruzione complessiva della fattispecie: la difesa con cui il debitore opponga al creditore la scorrettezza consistente nel non agire per l'intero bensì soltanto per *tranches* è sollevabile già in relazione alla domanda avanzata per la prima porzione di credito oppure soltanto a fronte dalla domanda per la seconda frazione?

La domanda appare nient'affatto banale perché, in effetti, la

⁽⁷⁵⁾ Su ciò, VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, cit., p. 74; in argomento, inoltre, IMPALLOMENI, *La « denegatio actionis » e l'« exceptio » in diritto romano in relazione con l'eccezione rilevabile e non rilevabile d'ufficio in diritto moderno*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 656 ss.

maliziosa disarticolazione dell'agire di cui il debitore convenuto può lamentare l'abusività si manifesta con assoluta certezza soltanto in séguito alla proposizione della seconda domanda.

La mera proposizione di una domanda per il *minus* evidenzia infatti soltanto in termini di possibilità una violazione delle regole di correttezza e buona fede. Anzi, una domanda per il *minus* potrebbe corrispondere addirittura all'interesse del convenuto-debitore per una dilazione di pagamento; o addirittura, in un'ipotesi ancora preferibile per il debitore, la domanda per una frazione potrebbe lasciar immaginare una remissione parziale del debito.

In ordine all'eccezione che sia sollevata dal debitore-convenuto contro la domanda per una porzione del debito, il problema che mi pare da affrontare per primo — al fine di sciogliere anche gli altri — è il seguente: se l'eccezione debba ritenersi di merito oppure di rito.

Stando al ragionamento svolto dalla suprema Corte nella sentenza del 2007, nonché pure (e forse in modo più chiaro) in altre decisioni successive ⁽⁷⁶⁾, si ricava che dovrebbe essere rigettata già la prima domanda per il *minus*, poiché essa manifesterebbe in maniera sufficientemente chiara la maliziosità della condotta attorea.

Ciò orienta verso una ricostruzione della vicenda che — se si vuol che assuma profili di coerenza — dovrebbe presentarsi nei termini seguenti: l'abusività della condotta tenuta da parte dell'attore il quale disarticola il proprio credito decidendo di agire in più *tranches*, anziché in una sola volta, integrerebbe gli estremi del dolo; e resta confermato che sarebbe da intendersi proprio ed esattamente come un dolo romanisticamente inteso, ossia come una condotta di dolo generale o presente.

Quindi, se di vero e proprio fatto illecito si tratta, esso consisterebbe precisamente nel fatto stesso di agire in modo scorretto, ovvero contro il canone di buona fede.

Ecco allora recuperata la circolarità del ragionamento: se l'abuso è da intendersi come dolo presente, in quanto condotta di natura delittuale, occorre quindi pensare che la difesa del convenuto-debitore si traduca in un'eccezione in senso proprio, dunque sollevabile su istanza di parte.

Con tale eccezione si fa valere in effetti un vero e proprio

⁽⁷⁶⁾ Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 813 ss., con nota di VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata*, cit.

« controdiritto » che rimane nella disponibilità del soggetto il quale ne sia titolare: si tratta tecnicamente di *Einrede*, diritto potestativo esercitato dentro alle strutture del processo, per lo meno se si accolga l'impostazione chiovendiana del tema dell'eccezione ⁽⁷⁷⁾.

In altri termini, il frazionamento della domanda integrerebbe una forma di illecito che si consuma nel processo, meritevole di trovare sanzione a mezzo di un'eccezione di dolo generale, da intendersi quale eccezione propria.

La conseguenza non chiaramente espressa — per lo meno in sede di pronuncia della Cassazione del 2007 — di una siffatta impostazione è giocoforza ravvisabile nel fatto che la sentenza di rigetto scaturente dall'accoglimento di quell'eccezione deve ritenersi di merito, non di rito.

Si tratta di una conseguenza che, in modo un po' più chiaro, sembra di poter cogliere da una pronuncia in tema di frazionamento della domanda di un anno successiva rispetto a quella delle sezioni unite. In quella sentenza del 2008, in cui si parla per vero di « improponibilità » della domanda, si lascia intendere nel corso del ragionamento sviluppato in motivazione che — al di là dell'espressione in sé non illuminante ⁽⁷⁸⁾ — si debba giungere a una decisione di rigetto nel merito della domanda frazionata ⁽⁷⁹⁾.

L'esito di ciò — senza dubbio di rilevantissimo momento — è rappresentato dal fatto che una decisione con cui la domanda sia rigettata in ragione della fondatezza dell'eccezione di dolo generale sarebbe destinata a realizzare cosa giudicata materiale.

È questa l'acquisizione più rilevante sul piano della ricostruzione del dolo generale che sembra di poter ricavare dall'impostazione delle sezioni unite del 2007.

Quanto al profilo specifico della qualificazione della vicenda della domanda frazionata, i suoi contorni possono riassumersi al modo seguente: qualora un creditore agisca per una frazione anziché per l'intero, la sua domanda risulta abusiva fin già per la prima *tranche*, subendo quindi una decisione di rigetto idonea a costituire

⁽⁷⁷⁾ Per un inquadramento, PUGLIATTI, voce *Eccezione*, cit., spec. p. 173 ss.

⁽⁷⁸⁾ D'altra parte, anche la pronuncia delle sezioni unite del 2007, parlando di « inammissibilità », ricorreva a un'espressione « in sé anodina » (così M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito*, cit., p. 335), non in grado di per sé di chiarire tutti i dubbi in ordine alla natura e agli effetti della declaratoria di rigetto.

⁽⁷⁹⁾ Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, cit., p. 813 ss.

decisione di merito e così a rimanere d'ostacolo per ogni successiva domanda (sia pure emendata, nonché ripristinata nel suo « naturale » ammontare), che sia basata sul medesimo titolo.

Può sorgere il dubbio — o, per lo meno, a chi scrive è sempre parso — che la ricostruzione della vicenda dalla domanda frazionata fornita dalla Cassazione ormai quasi dieci anni fa risulti eccessivamente sanzionatoria per l'attore-creditore, se paragonata al fatto che *in thesi* si tratta di domanda quanto al titolo fondata.

10. — Esiste una strada che potrebbe condurre all'applicazione di una differente sanzione avverso la scorrettezza dell'attore frazionante, senza giungere all'esito di una sentenza di rigetto nella quale si consolidi una decisione di merito, idonea dunque al giudicato materiale.

In effetti, potrebbe accreditarsi l'idea secondo cui l'abusività della domanda si rivelerebbe idonea a incidere sul giudizio di sussistenza dell'interesse ad agire: e così, più esattamente, quando la domanda risulti abusiva, sarebbe da giudicarsi non meritevole l'interesse ad agire del creditore ⁽⁸⁰⁾.

A voler invertire i termini della questione, si potrebbe affermare che la « non abusività » venga a costituire un attributo coesistente dell'interesse ad agire ⁽⁸¹⁾.

La ricaduta operativa di un'impostazione siffatta sarebbe non di poco momento, in specie da ravvisarsi nel fatto che, trovando fondamento il rigetto della domanda frazionata nella mancanza dell'interesse ad agire, ossia — se così si vuol dire — in una delle c.d. condizioni di trattabilità e decisione della causa nel merito, allora la sentenza che a ciò desse rilievo risulterebbe essere di rito, non già di merito.

Pertanto, una volta pronunciata sull'abusività una sentenza in rito, non scatterebbero le preclusioni collegate al formarsi del giudicato materiale.

⁽⁸⁰⁾ Questa la prospettiva di GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, spec. p. 205 ss.; in critica, MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, p. 85 ss. Su questa linea concettuale, CONSOLO, *Note necessariamente divaganti*, cit., spec. p. 1286 ss.

⁽⁸¹⁾ Trib. Torino, 13 giugno 1983, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 815, con nota di GAMBARO.

Se questa fosse la prospettiva, andrebbe allora ridefinito l'intero scenario dogmatico di riferimento: l'abuso corrisponderebbe infatti a una mancanza di meritevolezza dell'interesse *ex art. 100 c.p.c.*, che a questo punto dovrebbe ritenersi rilevabile *ope iudicis*.

Le conseguenze, assai più temperate per effetto del formarsi del giudicato formale, andrebbero a bilanciarsi con una maggiore incisività dei poteri del giudice: sarebbe infatti da rimettere a quest'ultimo la valutazione in ordine alla meritevolezza o meno della domanda, assumendo così l'eccezione di dolo la foggia di un'eccezione in senso lato.

Con riguardo al caso qui preso a paradigma dell'abusività della domanda, risulterebbe rimessa all'autonoma valutazione del giudice la scelta attorea nel senso del frazionamento, come pure — più ampiamente — ogni ponderazione sulla bontà dei modi e dei tempi dell'agire, onde scrutinarne l'eventuale abusività.

Ricostruita la vicenda in termini di meritevolezza dell'interesse ad agire, l'intervento del giudice presenterebbe dunque forti potenzialità correttive; esso muoverebbe da un giudizio chiamato a investire i limiti di disponibilità della domanda, nonché in particolare le ragioni che sono alla base di un modo o di un altro di proporre quella domanda.

Molti degli aspetti essenziali di ricostruzione concettuale e sistematica del rimedio rappresentato dall'eccezione di dolo sono stati fin qui — seppur rapidamente — richiamati.

Eppure lo scenario dei percorsi argomentativi collegati al dolo generale non appare ancora esaurito.

Come già ho avuto occasione di dire in altre sedi ⁽⁸²⁾, esiste a mio giudizio una strada ancora differente (e preferibile) per attribuire rilievo all'abusività della domanda.

Per restare al caso preso in esame quale laboratorio per l'identificazione dei caratteri dell'eccezione di dolo generale, si pensi ancora alla scorrettezza commessa dall'attore-creditore, il quale decida di segmentare la propria domanda in danno del convenuto-debitore: ebbene, è percorribile una via che evita di incorrere negli eccessi di una sentenza di merito, idonea al giudicato materiale, ma anche di cadere nelle difficoltà di dover immaginare un sistema di

⁽⁸²⁾ Per esempio, DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza*, cit., p. 345 ss.

controllo automatico della meritevolezza della domanda da parte del giudice, con il rischio di un'espansione eccessiva delle prerogative di quest'ultimo in ordine alla valutazione del « buon » uso della giustizia.

Il terreno entro il quale mettere a punto questa ulteriore possibile soluzione è quello — assai fertile, nonché reso oggetto di ampia attenzione in questi ultimi anni ⁽⁸⁵⁾ — delle spese di giudizio, più esattamente delle spese nella loro connessione con il tema della correttezza e dell'economia processuale ⁽⁸⁴⁾.

Ritengo infatti che una ragionevole dissuasione rispetto a ogni forma di abuso degli strumenti processuali possa derivare da una decisione in ordine al carico delle spese di lite che, a prescindere dalla soccombenza, il giudice può assumere ai sensi dell'art. 92 c.p.c., in modo tale che quelle spese siano poste a carico dell'attore che, sebbene vittorioso in processo, abbia violato i doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. ⁽⁸⁵⁾.

In altre parole, se per lealtà e probità in giudizio di cui all'art. 88 c.p.c. s'intenda quella correttezza che connota anche il primo atto introduttivo del giudizio, e sempre che di quei valori si fornisca una lettura incisiva e non puramente formale, allora in combinato disposto con l'art. 88 c.p.c. verrebbe a operare l'art. 92 c.p.c., proprio ove quest'ultimo consente al giudice di valutare distintamente la

⁽⁸⁵⁾ CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, *Presupposti storici*, e II, *Diritto positivo*, Padova, 2000; ID., *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in questa rivista, 2005, p. 249 ss.; NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., spec. p. 196 ss.; ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2007, p. 1 ss.; COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 320 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Il giusto processo*, 2009, p. 993 ss.; GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, su cui CONSOLO, *Note necessariamente divaganti*, cit., loc. cit.; TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, sull'abuso del processo civile, spec., p. 221 ss.; utili i chiarimenti provenienti da VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1085 ss.

⁽⁸⁴⁾ DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quanto, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 55 ss.

⁽⁸⁵⁾ Sul rapporto tra gli artt. 88 e 92 c.p.c., da un lato, e l'art. 96 c.p.c., dall'altro, GUARNIERI, *Regolamento di giurisdizione: lite temeraria e dovere di lealtà e probità del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 201 ss. Sul dovere di lealtà e probità processuale, SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in questa rivista, 1998, p. 139 ss.; MAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010.

decisione sull'*an*, per un verso, e quella sulle spese di lite, per altro verso. E così, con riguardo all'ipotesi del malizioso frazionamento della domanda processuale, il giudice sarebbe autorizzato a valutare da un lato se il credito esista (e, in tal caso, non potrebbe rigettare la domanda), nonché dall'altro lato se la domanda sia proposta con violazione della regola di correttezza (di qui la decisione di porre le spese di lite a carico dell'attore vittorioso) ⁽⁸⁶⁾.

Specialmente quando — come nel caso del frazionamento della domanda — l'abusività assume i contorni di una tanto palese violazione delle ragioni di economia processuale, ancor più adeguata mi sembra una soluzione che operi proprio sulla leva delle spese di giudizio.

11. — A fronte dello scenario rappresentato, credo si possa constatare che i modi attraverso cui assume rilevanza l'abusività della condotta processuale vadano vieppiù estendendosi, secondo percorsi via via differenti, talora anche imprevedibili.

La mappatura delle questioni che possono farsi rientrare nel vasto recinto concettuale dell'abuso del diritto mostra un profilo che nel corso del tempo si è fatto sempre più articolato e complesso.

Si è provato a delineare alcune tappe che segnano l'itinerario a ritroso che dalla moderna figura dell'abuso del diritto riconduce al modello del dolo generale.

Va tenuto in conto che il progressivo allargamento dei confini dell'abuso del diritto ha indotto a ricondurre entro i suoi confini anche figure e problemi piuttosto lontani dalla tradizionale area di rilievo dell'antica *exceptio doli generalis seu praesentis*.

Merita di essere segnalata, per esempio, la tendenza giurisprudenziale e dottrinale a riconnettere alla figura dell'abuso le due forme di temerarietà della lite — tra loro senza dubbio eterogenee — disciplinate dall'art. 96 c.p.c.: mi riferisco a quella peculiare forma di responsabilità che è tipizzata entro il comma 1° dell'art. 96 c.p.c., ove trova disciplina il danno processuale da lite temeraria (la cui natura, come noto, è omogenea a quella del danno aquiliano); ma al tema generale dell'abuso è attratta anche quella variante italiana di *punitiva*

⁽⁸⁶⁾ È questa una via già percorsa con lungimiranza da una — ormai lontana nel tempo — pronuncia della Pretura di Sondrio (18 giugno 1988, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 525, con nota di VENOSTA, *Note sull'« exceptio doli generalis »*).

damages di cui all'odierno art. 96, comma 3°, c.p.c., con cui è attribuito al giudice il potere di condannare *ex officio* il soccombente a una somma equitativamente determinata in ragione del comportamento di dolo o colpa grave tenuto in sede processuale ⁽⁸⁷⁾.

A fronte di uno scenario così disaggregato, resta da domandarsi con quale significato tutte queste differenti figure avrebbero titolo di rientrare all'interno di una nozione di abuso del diritto (a tal punto sicuramente estesa a ricomprendere anche l'abuso del processo), che — a ben vedere — diverrebbe un contenitore di valore meramente descrittivo.

Si potrebbe parlare di abuso del diritto per riferirsi in realtà non più che a un labile denominatore, da identificarsi nel fatto che sia realizzata una generale violazione dei principi di correttezza e buona fede, chiamato ad accomunare situazioni con caratterizzazioni e livelli di gravità della condotta assai variegate, nonché soprattutto da sottoporsi a discipline differenti ⁽⁸⁸⁾.

Sicché, se pure non si voglia negare legittimità a chi intenda fare uso della categoria dell'abuso come di una struttura nominale polisemica, che contenga al suo interno forme giuridiche e discipline normative in larga misura disomogenee, però allora ancora più prezioso ritengo che si riveli il lavoro di comparazione diacronica con cui si metta a paragone il modello moderno dell'abuso del diritto e quello antico del dolo generale: ciò infatti consente di scavare al di sotto delle parole, per mettere a nudo con più esatta capacità ricostruttiva quali siano gli strumenti tecnico-giuridici che siano poi davvero in grado di attribuire concreto rilievo a quei differenti profili di abusività, nonché quale sia il loro regime.

Per quanto è emerso sin qui, si vede come la sfida di una comparazione diacronica tra la figura dell'abuso del diritto e quella del dolo generale romano evidenzii tratti di significativa continuità, nella misura in cui la qualificazione di una condotta in termini di abusività si traduca in una reiezione della domanda nel merito, secondo il modello di funzionamento dell'*exceptio doli generalis*;

⁽⁸⁷⁾ *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile. Prime applicazioni del Protocollo Valore Prassi sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.*, a cura di Dalla Massara e Vaccari, Napoli, 2012.

⁽⁸⁸⁾ DALLA MASSARA, *Per un inquadramento sistematico della condanna prevista dal terzo comma dell'art. 96 c.p.c.*, in *Economia processuale e comportamento delle parti nel processo civile*, cit., p. 115 ss.

accanto a questi vi sono poi — e prevalenti, direi — profili di discontinuità, allorché l'abuso si traduca nelle altre forme cui si è dianzi fatto cenno, dalla reiezione in rito per carenza dell'interesse ad agire, al sanzionamento sul piano delle spese di lite, fino alle forme di condanna punitiva di recente conio, di cui all'art. 96, comma 3°, c.p.c.

Non v'è dubbio tuttavia che l'idea di dolo generale pulsi ancora dentro le forme del dibattito moderno sull'abuso del diritto.

Nella polarizzazione tra antico e moderno del diritto privato europeo, al di sotto del retaggio più immediato dell'*abus de droit*, persiste il modello di riferimento dei *prudentes*, ampio e pregnante. Soprattutto, la sua analisi ci consente di mettere in rilievo molte linee altrimenti illeggibili, le quali compongono una geografia di idee assai preziose per riempire di significato e di precisa valenza le singole figure nelle quali si estrinseca oggi l'abuso del diritto.

Giunti alla conclusione, credo si possa ribadire l'idea espressa in apertura: sarebbe senza dubbio semplificante, se non addirittura falsante, una ricostruzione del rapporto tra l'abuso del diritto e il dolo generale in termini di genealogia diretta. Tuttavia, potrebbe per questa ragione parlarsi — per parafrasare il titolo di un'opera piuttosto provocatoria — dell'*abus de droit* come di una *notion sans histoire* ⁽⁸⁹⁾? La risposta mi pare debba essere di segno negativo.

L'abuso del diritto non difetta della sua storia, rispetto alla quale certamente non è estraneo il diritto romano. Però il significato più autentico di una comparazione tra modelli giuridici si rinviene a livello di acquisizione di conoscenza, non invece in termini di dirette derivazioni.

Senza una comprensione esatta dei contorni di operatività del dolo generale, v'è il rischio che il richiamo al divieto dell'abuso di diritto si riveli vuoto esercizio di retorica, mera evocazione di un principio *bon à tout faire*, con l'aggravante che sarebbe addirittura così più concreto il rischio di un intralcio concettuale rispetto all'operatività tecnica di tante e assai utili soluzioni.

⁽⁸⁹⁾ ANCEL-DIDRY, *L'abus de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX^e siècle*, in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suissees. Études reunites*, par Ancel-Aubert-Chappuis, Saint-Étienne, 2001, p. 51 ss.