

MASSIMO BRUTTI  
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

# Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

Tommaso dalla Massara

Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e  
un'esemplificazione | 111–147



MAX PLANCK INSTITUTE  
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-20-9  
eISBN 978-3-944773-21-6  
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, <http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication  
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie; detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:

Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

## Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'eseemplificazione

### 1. Un dibattito sulla comparazione diacronica, oggi

Coglie appieno un'esigenza del nostro tempo il confronto avviato – al quale sono davvero lieto di poter contribuire, per il cortese invito di Alessandro Somma – intorno ai presupposti e ai modi con cui siano sperimentabili nuove prospettive di ricerca orientate a una comparazione giuridica che involga la storia; e aggiungo che l'esigenza di un confronto su questo terreno pare essersi fatta sempre più urgente, in questi ultimi anni, via via che gli studi storici – e maggiormente, all'interno di questi, quelli romanistici – sono entrati in una dinamica di crescente isolamento.

In altre sedi ho avuto occasione di sviluppare qualche considerazione intorno ai limiti di una ricerca storica che in Italia sovente si è espressa nei termini di un linguaggio endoparadigmatico, perseguendo proposte scientifiche che in molti casi non contribuiscono a realizzare ciò che i filosofi chiamano una *conoscenza cumulativa* (nella specie, in relazione al sapere giuridico nel suo complesso).<sup>1</sup>

Beninteso, non si potrebbe mettere in dubbio che la ricerca storico-romanistica – di sicuro se prendiamo a riferimento la situazione in Italia e in Germania – sia nel suo insieme tanto prolifica quanto impegnata, scrupolosa e accurata. Però credo si possa dire che essa si sia a tratti disinteressata del rischio che frattanto andasse logorandosi, forse fino quasi a spezzarsi, il filo del dialogo con la più ampia comunità dei giuristi. Ecco così che, oggi, il coefficiente di integrazione dialogica delle ricerche condotte sulle fonti

1 Su ciò, muovendo dalla lettura di MARCONI (2014) 112 ss., mi ero soffermato in DALLA MASSARA (2015) 657 ss., 668; in precedenza, avevo espresso qualche considerazione nella medesima prospettiva in DALLA MASSARA (2013a) 173 ss., frutto di una riflessione convegnistica in cui avevo avuto l'onore e il piacere di condividere il tema con P. Grossi, il quale condensò poi il suo pensiero in GROSSI (2012) 321 ss. I contenuti del mio intervento sono invece confluiti in DALLA MASSARA (2013b) 927 ss.

romane o comunque nel solco della tradizione romanistica – giacché a queste mi riferirò in particolare – con quelle sviluppate *in primis* dalla civilistica, non meno che con quelle dei cultori del diritto comparato, appare al momento ridotto al minimo.<sup>2</sup>

È difficile negarlo: tra i romanisti, la comparazione diacronica conta al momento pochi estimatori.

Il metodo che almeno da una trentina d’anni era in voga chiamare storico-comparatistico<sup>3</sup> (mentre oggi quest’etichetta appare assai meno *à la page*: però forse è anche un fatto di pura moda nominalistica), accolto dapprima con qualche semplicismo in Italia, risulta di questi tempi marginalizzato. Di ciò non v’è da dubitare anche sol che si faccia un paragone quantitativo con il ben più corposo e crescente impegno profuso su fronti che, pur tra loro assai differenziati, sono accomunati proprio dal fatto di poggiare su una piattaforma di conoscenze comunicanti rispetto al presente giuridico.

È da dire subito che, nella cornice delle tante riflessioni che possono svolgersi su questi temi, non si potrebbe fingere di non vedere la presenza incombente di un convitato di pietra: e quest’ultimo porta il nome, ormai quasi famigerato, di *Fondamenti del diritto europeo* ovvero – secondo altra variante – di *Fondamenti del diritto privato europeo*.

Certo, è intorno alla decisione legislativa, presa quasi a sorpresa poco meno di vent’anni fa, di creare un insegnamento di *Fondamenti* – da collocarsi tanto nei corsi di laurea quanto nel *post lauream* – che è andato sviluppandosi per anni un dibattito, focalizzato principalmente sulla didattica (e, almeno a me pare, in più piccola parte spintosi lungo il crinale della ricerca),

- 2 Per più ampie considerazioni, mi permetto di nuovamente rinviare a DALLA MASSARA (2015).
- 3 Tra i primi in Italia a parlare espressamente di quel metodo, più di quarant’anni fa, IMPALLOMENI (1971) I, 369 ss. Fotografa lo stato dell’arte della romanistica italiana MASI DORIA (2016) 179 ss. (anche se l’arco temporale rappresentato è quello tra gli anni Settanta e il Duemila), dedicando un paragrafo (192 ss.) a «Diritto delle Pandette, relazione tra diritto romano e diritto vigente e Neopandettismo»: «il “neopandettismo” di matrice tedesca (in una linea che va da Knütel a Zimmermann e oltre), ha preso piede anche da noi negli anni ’90, con tentativi attualizzanti e giustificazioni del metodo che hanno toccato anche il posizionamento della disciplina all’interno delle Facoltà giuridiche (soprattutto nella prospettiva – ma quanto poi effettivamente attuata? – del dialogo con i privatisti)» (così, in specie, 193).

in ordine ai presupposti e ai metodi più idonei a sviluppare una comparazione diacronica.

Il dibattito sui *Fondamenti*, apparso ben presto ridondante e spesso poco fruttifero per qualche eccesso d'astrazione (invero si è parlato di *Fondamenti* più di quanto non si sia tentato di metterli in opera), appare oggi sopito; e questo può dirsi quasi più per l'esaurirsi delle forze dei contendenti in campo che per la satisfattività degli esiti raggiunti.<sup>4</sup>

D'altra parte, dopo tanto dibattere e disputare, la stessa possibilità di attivare corsi di *Fondamenti* è stata poi per lo più lasciata cadere nei piani didattici dei nostri Atenei (spesso si ritrova l'insegnamento nei percorsi che ancora potremmo chiamare a libera o liberissima scelta). In parallelo, anche i non molti itinerari di sperimentazione di un metodo di ricerca incentrato sulla comparazione diacronica paiono essersi in buona parte sfilacciati e quasi dispersi.

Ebbene, svolte queste poche premesse, vien fatto di chiedersi: ha dunque ancora un senso interrogarsi, oggi, sulla plausibilità di nuovi percorsi di comparazione diacronica?

Forse queste pagine sembreranno a taluno ingenuie (giacché ogni ottimismo, di fatto, è un atto di ingenuità), ma la risposta che tenterò di dare è di segno affermativo.

## 2. Ripartire dalla comparazione: brevi appunti di lavoro sulla ricerca del comparatista-storico

Come appena detto, lungi dalle intenzioni di queste pagine è di ritornare sulla vecchia discussione intorno ai *Fondamenti*: parrebbe altrimenti di assecondare la consueta tendenza della romanistica a ripiegare su una delle sue tante battaglie di retroguardia.<sup>5</sup>

4 Sulle polemiche metodologiche scaturite dall'introduzione dei *Fondamenti*, a valle del decreto n. 537 del 1999, si veda anzitutto GAROFALO (2015a) 137 ss., ove una sintesi delle posizioni e una prospettiva di superamento dei problemi; tra le tante posizioni espresse di recente in argomento, segnalo inoltre quella – molto equilibrata – di GARBARINO (2013) 63. In passato, fu dedicato un convegno all'identificazione e alla perimetrazione dei *Fondamenti del diritto europeo*, i cui esiti sono pubblicati in ZAMORANI et al. (2005).

5 La romanistica italiana ha in tante occasioni combattuto battaglie di retroguardia: cfr. SANTUCCI (2016) 63 ss.

Penso invece che si debba muovere proprio dalla constatazione, se non di un vero e proprio fallimento, almeno di un diffuso senso di insoddisfazione rispetto agli esiti sin qui prodotti quando si siano tentati percorsi orientati in senso storico-comparatistico.

Certo, molto si potrebbe chiosare sul punto.

Per esempio – come accennavo poc'anzi – varrebbe la pena di chiedersi se, al di là di tanto discutere sulla didattica dei *Fondamenti*, sia stato compiuto uno sforzo adeguato per elaborare una nuova metodologia della ricerca, giacché resta il dubbio che quell'intenso dibattito abbia solo in parte e indirettamente intercettato il tema – più arduo, sicuramente, e nondimeno ineludibile – posto dall'identificazione e dalla perimetrazione dello statuto epistemologico di uno studio seriamente orientato nel senso della comparazione diacronica.

Forse proprio questo è mancato. Sì, perché il problema non risolto, al fondo, credo sia quello di non aver messo a punto i presupposti e gli scopi di un metodo di ricerca giuridica correttamente sviluppata nella dimensione diacronica; in altri termini, il problema non era quello – banalmente legato alle evenienze di una spesso imprevedibile legislazione universitaria – di organizzare un settore scientifico-disciplinare di fronte alla possibilità di attivazione di un nuovo insegnamento. Il tema, invece, era e resta da affrontarsi sotto il profilo della *conoscenza*, nonché in specie dei suoi modi e dei suoi obiettivi.

Le cause della diffusa insoddisfazione – di cui dicevo – di fronte agli esiti di una ricerca in cui si sperimenti un confronto tra modelli giuridici tratti dall'esperienza romana e modelli della contemporaneità sono tante e in larga parte note.

In estrema sintesi, a me pare che talvolta la bontà degli esiti sia stata minata dalla retoricizzazione della primazia/priorità storica del diritto romano; credo poi che altre volte la pochezza dei risultati sia scaturita da una banalizzazione della metodologia comparativa impiegata, o perché in diretta dipendenza di un'impostazione eccessivamente macro, oppure perché derivante dall'isolamento arbitrario (con conseguente enfaticizzazione) dei soli tratti di continuità storica a fronte dei molti altri – sottaciuti – di discontinuità.<sup>6</sup>

6 Sono limiti messi a fuoco da SOMMA (2008) 225 ss.; cfr., inoltre, MONATERI (2008) 213 ss. Sull'ideologizzazione del diritto romano, peraltro, già SACCO (1992) 55 s.

Ciò vale ovviamente solo come diagnosi in via di primissima approssimazione.

In ogni caso, se non paiono mancare i buoni motivi per confermare la sensazione di insoddisfazione di cui sopra parlavo, tuttavia sono persuaso – lo dico a costo di ripetermi – che vi siano spazi per dar luogo a ottimi filoni di ricerca nella prospettiva diacronica; a patto, però, che si riparta dall'idea che quel che si va conducendo è un lavoro di *comparazione giuridica*.

Eccoci al punto. L'idea di fondo che sento qui di sostenere è proprio che una ricerca declinata nella dimensione diacronica debba essere condotta secondo *parametri comparatistici*.

In questo senso, nulla v'è di troppo nuovo: che quello dello storico del diritto sia un lavoro imprescindibilmente comparatistico, era detto con chiarezza da Francesco Carnelutti: « la storia del diritto non ha mai operato né sarebbe possibile che operasse a servizio della scienza se non mediante comparazione... fino a ieri il problema del metodo storico comparativo non era stato affrontato: e il difetto del metodo ha pregiudicato non di rado la fecondità dello sforzo ».<sup>7</sup>

Al netto di qualche ripulitura (certamente non piace la visione di una storia del diritto *servente*), l'idea è perspicua. Se si muove da questa premessa,

7 Così CARNELUTTI (1936) 3. Si tratta di una linea di pensiero – quella che lega intimamente la comparazione alla storia – che arriva fino ai nostri giorni: si veda, per esempio, BUCHER, (2010) 252 s.: « Rechtskomparatistik (ist) eine Betrachtungsweise, die notwendig neben der Dimension des Ortes auch jene der Zeit einbezieht. In zahlreichen Beiträgen wird die Bedeutung der historischen Sicht explizit herausgestellt oder als selbstverständlich vorausgesetzt, dass Rechtsvergleichung ohne Einbezug der historischen Grundlagen nicht sinnvoll, oft genug gar nicht möglich ist. Dabei bedeutet für alle Autoren Rückbezug heutigen Rechts auf die Geschichte seiner Verwurzelung im römischen Recht ». Su *Rechtsgeschichte e Rechtsvergleichung* – definite scienze gemelle (« Zwillingwissenschaften ») e legno della stessa radice (« Holz vom gleichen Stamm ») – KÖRZ (1992) 20 s. precisa che « alle rechtsgeschichtliche Forschung ein Operieren mit der vergleichenden Methode ist und daß umgekehrt Rechtsvergleichung, sofern sie mehr bieten will als bloße Bestandsaufnahmen, stets auch die historischen Bedingungen bedenken muß ». La comunanza di obiettivi è enfatizzata anche da HAASE (2005) 233: « selbst wenn man... die Rechtswissenschaft nicht als reine Rechtsgeschichtswissenschaft begreift, so ist doch nicht zu verkennen, dass die Rechtsvergleichung einem ganz ähnlichen Ziel dient: Während hier zwei Rechtsordnungen nach derzeitiger Rechtslage auf dem Prüfstand stehen, werden dort z.B. zwei verschiedene Jahrhunderte derselben Rechtsordnung miteinander in Beziehung gesetzt ».

occorre allora concentrarsi su quali siano le specificità legate alla comparazione nella dimensione diacronica.

Provo a procedere fissando qualche breve appunto di lavoro.

(i) Anzitutto, come ogni comparatista, anche il comparatista-storico muoverà dall'individuazione di almeno due modelli giuridici (quello del passato e quello del presente, salvo possibili varianti di comparazione *triangolare*)<sup>8</sup> dei quali intenda mettere a paragone i profili strutturali e funzionali. Certo, il comparatista-storico attinge dal bacino della storia e non soltanto da quello del presente, ammesso che così si voglia molto all'ingrosso semplificare il modo di lavorare del *comparatista puro* (ma, soprattutto, ammesso che il *comparatista puro* oggi esista);<sup>9</sup> però, che si tratti di costruire una comparazione sincronica oppure di mettere a paragone modelli giuridici nella diacronia, comunque quella degli oggetti della comparazione è una scelta in sé non determinabile a priori, la quale rientra pienamente nel margine di rischio di ogni ricerca comparatistica.

D'altra parte, sembra superfluo ricordare che l'idea stessa di comparazione non è esclusiva dei giuristi, ma costituisce – almeno se la si pensa come *modalità della conoscenza* – patrimonio assodato delle scienze sociali; vale forse la pena di rileggere Marc Bloch: comparazione è « selezionare in uno o più ambienti sociali differenti, due o più fenomeni che sembrano, di primo acchito, presentare fra loro talune analogie, descrivere le curve delle loro evoluzioni, constatare le somiglianze e le differenze e, per quanto è possibile spiegare le une e le altre. Dunque sono necessarie due condizioni perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati – è ovvio – e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti ».<sup>10</sup>

Quando si percorre la via della comparazione, sempre si deve accettare il rischio di un'assunzione errata degli elementi della comparazione.

8 ZIMMERMANN (1991) 61 ss.

9 Naturalmente, un discorso proposto in termini così marcatamente semplificanti rimane un passo a monte tanto rispetto al tema dei molti e differenti modi di intendere la comparazione (che, per esempio, nella linea di Gorla è essa stessa, in quanto tale, immersa nella storia: cfr. LUPORI [1994] v, 448 ss.). Ma oggi il discorso è radicalmente mutato nei suoi stessi presupposti: quanto alle difficoltà recenti di una comparazione *sconfinata*, disorientata di fronte alle *porosità* del mondo contemporaneo, cfr. VIGLIONE (2011) 162 ss.; VIGLIONE (2012) 1 ss.; cfr., inoltre, HUSA (2007).

10 BLOCH (1997) 109 s.

Sotto questo primo profilo, non v'è dunque un differenziale specifico tra la comparazione sincronica e quella diacronica.

(ii) Un'attenzione particolare merita invece la scelta della *direzionalità* da imprimere alla comparazione diacronica. Per meglio spiegarmi, ritengo che la comparazione diacronica sia preferibilmente da svilupparsi procedendo *à rebour* lungo la storia, ossia muovendo dai problemi collegati a un modello della contemporaneità per costruire, accanto a questo, la comparazione con i profili del modello *in antiquo*, così mettendo in opera un lavoro di scavo archeologico che consenta di tratteggiare la linea genealogica di un'idea: ma, sempre, senza cadere nel gioco consolatorio dei facili riconoscimenti, senza indulgere nella banale mitologia dell'*Ursprung*.

Genealogia delle idee, archeologia del sapere: il lessico che ho appena impiegato non è certo senza padri, giacché non mancano nel pensiero del Novecento i contributi che, pur elaborati in altri contesti, hanno esplorato percorsi e metodi legati a una prospettiva epistemica così orientata; né è necessario qui soffermarsi troppo a lungo su ciò che ormai costituisce bagaglio imprescindibile per chi oggi intraprende un itinerario di comparazione diacronica.<sup>11</sup>

Se si tiene a mente quella prospettiva culturale e metodologica, si comprende che cadrebbe in errore chiunque s'illudesse di disegnare la comparazione diacronica secondo meccaniche evoluzionistico-darwiniane, confidando magari di tracciare facili traiettorie in grado di portare per via rettilinea dal passato al presente o viceversa.

Senza dubbio, non è quest'ultima la comparazione diacronica alla quale sto pensando.

Nell'analisi del comparatista-storico sarà invece necessario lavorare *per sovrapposizione*, quasi come un geografo che mette in stratigrafia il modello giuridico del presente rispetto a quello del passato.

Per poter circoscrivere la comparazione a una polarizzazione tra modelli, ho detto poc'anzi di preferire una traiettoria che dal presente rimonti al passato.

In altra occasione, ho avuto modo di paragonare l'operazione conoscitiva cui penso a quella che si usa definire *retroditiva* da parte dei fisici, quando questi si prefiggono di determinare la posizione e la quantità di moto di una

11 Cfr. FOUCAULT (2004); FOUCAULT (2009).

particella in via retrospettiva, da un momento  $x$  a un momento  $x-1$ , sulla base di un certo numero di elementi noti (e altri inevitabilmente resteranno ignoti, proprio come nell'analisi storico-giuridica).<sup>12</sup>

Si tratta, in fin dei conti, di accettare un modello conoscitivo consapevole dell'instabilità dei presupposti di partenza.<sup>13</sup>

Ma, anche qui, il discorso rischia di travalicare di molto i confini di questi pochi appunti.

(iii) V'è poi da dire che il lavoro del comparatista-storico andrà orientato all'approfondimento delle strutture sostanziali e processuali con precipua attenzione ai meccanismi tecnico-giuridici. Intendo dire che occorrerà sforzarsi di parlare – sia consentito dire: bettianamente, almeno in questo senso<sup>14</sup> – sempre *da giuristi a giuristi*, individuando un *problema giuridico* e trattandone le singole componenti in chiave di decostruzione critica e di proposta ricostruttiva.

Non mi pare vi sia la necessità di tornare su antiche questioni intorno all'uso di categorie e di linguaggio della contemporaneità con riferimento alla storia del diritto: la polemica è antica quanto nota, né vale la pena di riaccenderla.<sup>15</sup>

(iv) Ancora un punto – esso pure in sé pacifico, o almeno così a me sembra – rimane da sottolineare.

In effetti, non è mai ribadito a sufficienza che la funzione unica della comparazione diacronica sia quella *epistemica*. Sarebbe del tutto incongruo attendersi di perseguire una funzione che – per contrapposizione – potremmo dire *euristica*.

In altri termini, nessuna velleità di *trovare la soluzione* può fondatamente trarre linfa nella storia giuridica, così assecondando l'antica retorica didascalico-ciceroniana dell'*historia* intesa come *magistra vitae*.

12 In DALLA MASSARA (2013a) 182 ss., sviluppavo alcune considerazioni partendo da HEISENBERG (1991) 128: « nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso ».

13 Sono considerazioni di contesto che inducono ad accettare con consapevolezza la necessità che nella ricerca si proceda per *aree circoscritte*, come suggerito da HINTIKKA (1987) 9.

14 Cfr. BETTI (1991a), come pure BETTI (1991b) 393 ss., nonché BETTI (1991c) 573 ss.; per una visione di sintesi del pensiero bettiano proprio sulla necessità che « il romanista dev'essere prima di tutto e sopra tutto giurista », cfr. SANTUCCI (2016) 92 ss.

15 Più ampiamente, DALLA MASSARA (2013a) 186 ss.

Parimenti fuorviante si rivelerebbe qualsivoglia sforzo di lettura del diritto romano che fosse condotto in chiave giusnaturalistica, secondo una differente variante retorica in base alla quale nel diritto romano si condenserebbe la sempiterna *ratio scripta*, ovvero la *giusta* regolamentazione dei rapporti tra gli uomini, *proportio* universale che soltanto si tratterebbe di ri-scoprire in un lavoro di scavo, quasi assecondando uno sforzo di pura anamnesi (condotto, a seconda delle esigenze dell'uso retorico, su scala nazionale, europea, dell'Occidente giuridico o dei diritti universali).

Anche su ciò appare superfluo indugiare: l'inclinazione giusnaturalistica ha nuociuto allo studio del diritto romano ben più di quanto non ne abbia tratto profitto chi ha tentato per questa via di tenerlo artificialmente in vita.

Come anticipato, vorrei tuttavia evitare di incorrere nell'errore – troppe volte ripetuto – di parlare in astratto di metodo, piuttosto che sperimentare una concreta applicazione del metodo di cui finora sono andato parlando.

È perciò che interrompo qui questi miei appunti di lavoro e vado invece subito a proporre un esempio di comparazione diacronica su un tema, quello polarizzabile tra abuso del diritto e dolo generale, del quale mi sono già occupato: però questa volta lo intenderò come specifico terreno di esercizio metodologico.

### 3. Un esempio di comparazione diacronica: abuso del diritto *vs.* dolo generale

In una recente occasione convegnistica, mi è stato chiesto di sviluppare una comparazione tra l'idea contemporanea di abuso del diritto e quella, propria del processo formulare romano classico, di dolo generale.<sup>16</sup>

Com'è noto, l'idea di dolo generale è direttamente ricavabile dall'*exceptio doli generalis seu praesentis* di cui forniscono limpida testimonianza le Istituzioni di Gaio (4.119).

Individuati gli elementi essenziali della comparazione, il tema sul quale svilupperò le mie riflessioni è dunque così compendiabile: quali continuità e quali discontinuità presenta l'idea dell'abuso rispetto all'antica figura del dolo generale?

16 Mi riferisco al convegno tenutosi a Brescia, per iniziativa di Giovanna Visintini, nei giorni 26–27 giugno 2015, su *Il divieto di abuso del diritto*, i cui atti sono poi confluiti in VISINTINI (2016).

Come detto testé, è opportuno orientare in senso – per così dire – anti-storico la direzionalità cronologica del discorso, procedendo *per sovrapposizione* dalla moderna idea dell'abuso al dolo generale.

Se questa è la domanda che il comparatista-storico si pone, occorre fin da subito svolgere un paio di precisazioni essenziali rispetto alla specificità del tema.

La prima è utile a sgombrare il campo dalla tentazione di creare genealogie improprie.

In effetti, è da dire che l'antecedente immediato dell'odierna figura dell'abuso del diritto deve ravvisarsi nella teorica sostanzialista e fondamentalmente dominicale dell'*abus de droit* di matrice prettamente francese,<sup>17</sup> ossia in un modello concettuale piuttosto lontano dal perimetro di elaborazione romana del tema della buona fede; non v'è dubbio, poi, che su quella matrice francese, che nella nostra codificazione del 1942 trova un'espressione forte nelle parole dell'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi, abbia avuto modo di svilupparsi in Italia un autonomo e significativo ripensamento, in forza del quale furono recuperate istanze provenienti dalla cultura giuridica tedesca, 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.<sup>18</sup>

Va dunque ribadito che nell'analisi diacronica occorre stare alla larga da processi di facile identificazione.

Ciò detto, la seconda precisazione va nel senso che nell'eccezione di dolo generale è il termine di comparazione che, proprio nella prospettiva diacronica, può condurre a una più esatta comprensione della moderna figura

17 Cfr. JOSSERAND (1905); RIPERT (1925) secondo un'intuizione che trovò poi recepimento giurisprudenziale, per esempio, in: Chambre Reg. 3 agosto 1915, citata in: Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Paris, 1984, 254; sulla tradizione francese dell'abuso di diritto, DURRY (1972) 395.

18 Senza pretesa di esaustività, cfr. NATOLI (1958) 18 ss.; ROMANO (1958) 168 ss.; decisivo il punto di svolta segnato da RESCIGNO (1965) 205 ss.; quindi PATTI (1978) 111 ss.; PATTI (1987) 1 ss.; PATTI (1999) 17 ss.; MESSINETTI (1998) 1 ss.; SALVI (1988) 1 ss.; GAMBARO (1988) 1 ss.; LEVI (1993); SACCO (2001) 281 ss., in specie 309 ss.; VIARO (2006) 1 ss.; RESTIVO (2007); BARCELONA (2014) 467 ss.

dell'abuso del diritto; e vale naturalmente il percorso reciproco, dall'abuso del diritto all'eccezione di dolo generale.<sup>19</sup>

Com'è noto, il diritto romano ricava dal principio di *bona fides* un'infinita varietà di soluzioni,<sup>20</sup> molte delle quali in collegamento con l'idea di dolo generale.<sup>21</sup> Ciò dipende dal fatto che, essendo la relazione tra *bona fides* e dolo generale di esatta antitesi, nella misura in cui una condotta appaia connotata da dolo, essa impone ai giuristi romani uno sforzo teso a far prevalere il principio di buona fede attraverso una sottile analisi del caso di specie.<sup>22</sup>

L'eccezione di dolo rappresenta quindi il più significativo veicolo tecnico-giuridico del principio romano della *bona fides*; l'idea del dolo generale si presta a fungere da utile specola dei problemi legati al moderno abuso del diritto.

Con riguardo all'eccezione di dolo, ai fini di un discorso che si vuol condurre in chiave di comparazione diacronica (e dunque prescindendo da un'infinità di aspetti storici in sé rilevanti), soggiungo ancora soltanto quanto segue.

(i) L'eccezione di dolo costituisce uno strumento *pretorio* per intero appartenente al processo civile romano e, più esattamente, essa rispecchia le complesse forme di funzionamento del giudizio *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.<sup>23</sup>

19 Cfr. LABRUNA (2006) 127 ss.; ELSENER (2004); BUZZACCHI (2002). Soprattutto, i differenti possibili campi applicativi dell'eccezione di dolo generale sono esplorati in GAROFALO (2006a) ove VIARO (2006) loc. cit.; di recente, in argomento, PIRAINO (2015) 343 ss.

20 Per una prima ricognizione sulla buona fede romana, RANIERI (2012) 790 ss.; inoltre CARDILLI (2004); CARDILLI (2002) 123 ss.; SCHERMAIER (2000) 87 ss.; GROSSO (1959) 661 ss. Muovendo dal diritto romano, attraverso le sue diramazioni diacroniche, cfr. i quattro volumi a cura di GAROFALO (2003).

21 In argomento, GAROFALO (2006b).

22 In questo senso soprattutto BRUTTI (1973); in precedenza, BRUTTI (1968) 261 ss. In particolare sulla connessione tra l'eccezione di dolo e le strutture del processo formulare, CANNATA (2003) 269 ss.

23 BURDESE (1960) 1073 ss.; v. anche DALLA MASSARA (in corso di pubblicazione – a). Sulle origini dello strumento, BURDESE (2006) 104 s.; FIORI (2006) 49 ss.

(ii) Oggetto di ampio e lungo dibattito entro la romanistica (che ne ha messo in dubbio finanche la fondatezza),<sup>24</sup> la distinzione tra dolo speciale o passato, per un verso, e dolo generale o presente, per altro verso,<sup>25</sup> si evidenzia efficacemente già nella scelta dei tempi verbali utilizzati nella formulazione giulianea dell'*exceptio doli* riportataci 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.<sup>26</sup> Ciò che più preme sottolineare in proposito è che il dolo generale o presente, per come emerge dalle fonti,<sup>27</sup> rappresenta una figura che assume rilievo *nella cornice del processo*.<sup>28</sup>

(iii) Tanto per il caso del dolo passato o speciale quanto per quello del dolo 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 a *fatto antiggiuridico* rilevante<sup>29</sup> – apre la via all'applicabilità di una controregola, la quale giustifica una decisione di reiezione della domanda attorea. Se non fosse opposta l'eccezione (a meno che ci si trovi in un giudizio di buona fede), non sarebbe viceversa sufficiente per il convenuto affidarsi all'istruzione probatoria che si sviluppa nella fase *apud iudicem* allo scopo di contrastare la pretesa attorea. In altri termini, senza la richiesta di uno specifico accertamento del dolo a mezzo dell'eccezione concessa dal pretore, la domanda risulterebbe *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 entro l'arco della tradizione

24 Cfr. BRUTTI (1973) I, 166 ss. e note 85 e 87.

25 La formulazione editale dell'*exceptio doli* è ricavabile da Gai. 4.119. Cfr. LENEL (1927) 512 e MANTOVANI (1999) 99.

26 BRUTTI (1973) I, 171 s.

27 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.*).

28 MITTEIS (1908) 318 ss.; CARCATERRA (1970); KASER (1971) 488 e nota 38; KASER, HACKL (1966) 54; BRUTTI (1973) I, 166 ss. e 191 ss., e II, 624 ss.; MAC CORMACK (1985) 1 ss., 20 ss.; MAC CORMACK (1993) 83 ss., in specie 127 ss.; tra i vari contributi in GAROFALO (2003), CANNATA (2003) 257 ss. e TALAMANCA (2003) 33 ss. e 289 ss.; SCHERMAIER (2000) 63 ss., in specie 86 s. V. poi nell'insieme GAROFALO (2006b), entro cui BURDESE (2006) 93 ss. e LABRUNA (2006) 123 ss.

29 In prospettiva di comparazione, MARTENS (2012) 730 ss.

romanistica: si tratta di una storia che è stata raccontata a più voci, per vero non sempre assonanti;<sup>30</sup> tuttavia, per quanto detto sopra, procederò direttamente a una comparazione che prenda a riferimento, al capo opposto della polarizzazione diacronica, l'abuso del diritto, e ciò farò riferendomi alle coordinate legislative, dottrinali e giurisprudenziali italiane.

#### 4. La cornice di riferimento della comparazione con riguardo all'oggi

È anzitutto opportuno 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, ultimo comma, c.c. Infatti, per la via indiretta della statuizione di imprescrittibilità dell'eccezione – a fronte della prescrittibilità 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,<sup>31</sup> fonda pertanto un'eccezione – di dolo passato o speciale – che rimane sempre opponibile.

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

Per identificare il corretto termine di comparazione rispetto all'abuso del diritto, occorre invece guardare all'articolazione dell'eccezione di dolo che si orienta al presente.

È necessario dunque tenere conto di una difesa da intendersi fondata sull'«esistenza di una qualsiasi circostanza, anche sopravvenuta, che faccia apparire contrario alla *bona fides* l'insistere dell'attore nel riconoscimento della pretesa da lui fatta valere in giudizio».<sup>32</sup>

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.<sup>33</sup> Né potrebbe trarsi argomen-

30 Nella prospettiva europea, RANIERI (1991) 311 ss.; RANIERI (1998) 1055 ss.

31 Cfr. TRABUCCHI (2015) 130.

32 Così BURDESE (1960) 1074.

33 Per limitarsi ai riferimenti essenziali: CARRARO (1949) 782 ss.; PELLIZZI (1960) 1074 ss.; TORRENTE (1965) 218; PORTALE (1982) I, 407 ss.; NANNI (1988); RANIERI (1991) loc. cit.;

to 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*.<sup>34</sup>

Com'è noto, dopo una lunga stagione di diffidenza nei confronti dell'eccezione di dolo generale,<sup>35</sup> il dibattito dapprima dottrinale e poi giurisprudenziale ha concentrato un'assai forte attenzione su tale eccezione, fino a raggiungere alcuni punti fermi in tema di riconoscibilità, contorni ed efficacia.<sup>36</sup>

Per sintetizzare il quadro (a rischio di qualche semplificazione), si può ritenere che due essenzialmente si siano rivelati i principali canali di penetrazione dell'eccezione di dolo generale entro il sistema italiano.

Per un verso, l'eccezione di dolo generale fu introiettata 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;<sup>37</sup> e così 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 di quello specifico contratto.<sup>38</sup>

In altri termini, l'eccezione di dolo generale appare, in rapporto al contratto autonomo di garanzia, quasi decontestualizzata rispetto alla cornice (processuale) d'origine, per essere invece riplasmata all'interno di una disciplina (sostanziale) specifica.

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

RANIERI (1998) loc. cit.; GAROFALO (1996) I, 629 ss.; DOLMETTA (1998) 147 ss., anche in DOLMETTA (1997) 1 ss. Più recentemente, UDA (2004) 399 ss.; MERUZZI (2005) 452 ss.; PIRAINO (2015) 431 ss.

34 Cfr. CATTANEO (1971) 638.

35 Cfr. PELLIZZI (1960) 1075, ma cfr. già VON JHERING (1954) 32.

36 Per un punto di riferimento in tema di eccezione di dolo, Cass. 7 marzo 2007, n. 5273, su cui v. DALLA MASSARA (2008a) II, 228.

37 Su tale figura contrattuale, di recente, BERTOLINI (2010) II, 435 ss.; NAVARRETTA (2012) 553 ss.; FRIGENI (2013) 565 ss.; TARTAGLIA (2013) 967 ss.

38 Su questo percorso, GAROFALO (1996) I, 629 ss.

In questo senso, l'onda del dibattito dottrinale cui facevo cenno dianzi sospinse dapprima le corti di merito, e 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 fu accolta in sé, essa venne a rappresentare uno strumento strategicamente collocato al centro del terreno delle obbligazioni e dei contratti, ove esso trova una leva robusta nelle clausole di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.;<sup>39</sup> 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 concreto impiego dell'eccezione di dolo generale, quale mezzo disancorato rispetto a qualsivoglia regime contrattuale, è rappresentata da un certo qual disallineamento tra nomi e cose: intendo dire che talora viene 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.<sup>40</sup>

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 all'interno del processo, realizzando così una larga saldatura del dibattito intorno alla sua reviviscenza rispetto all'altra figura posta qui in comparazione, ossia l'abuso del diritto.<sup>41</sup>

## 5. La mappatura semantica del “dolo”: sua natura delittuale

Ribadita la collocazione *processuale* dell'antica *exceptio doli generalis*, appare ora opportuno offrire, nel gioco della comparazione diacronica, una sintesi delle polarità di significato della nozione di dolo quali emergono dall'esperienza giuridica romana.

39 Questa la prospettiva aperta soprattutto da NATOLI (1961) 169 ss.; NATOLI (1974), 27 ss.; NATOLI (1975) 170 ss.; v. anche BIGLIAZZI GERI (1988) 154 ss., in specie 183 ss.; in prospettiva simile DI MAJO (1988) 284 ss.; D'ANGELO (1988) 1 ss.; D'ANGELO (1990) 702 ss.; PIRAINO (2015) 12 ss.

40 Si rinvia nuovamente a Cass. 7 marzo 2007, n. 5273.

41 Indicative di questa tendenza sincretistica le pagine, scritte più di quarant'anni fa, da CATTANEO (1971) 613 ss.; sul punto, PIRAINO (2015) 343 ss., in specie 379, nota 152.

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).<sup>42</sup>

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: dolo, dunque, da intendersi come volontarietà dell'evento lesivo.<sup>43</sup>

In questa estrema sintesi delle aree semantiche 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, poi, presenta evidenti nessi e correlazioni con le altre e tuttavia è anche chiara la caratterizzazione di ognuna di esse.

Si coglie l'attenzione della giurisprudenza romana ad 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 venga resa oggetto di un processo di precisa tecnicizzazione.<sup>44</sup>

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 è atipica.

Con riguardo all'idea del dolo generale non è affatto necessario che siano posti in essere raggiri o macchinazioni; né occorre che sussista una caratterizzazione soggettiva nel senso dell'intenzionalità dell'evento lesivo.<sup>45</sup>

Il primo esito della comparazione diacronica è da vedersi pertanto nella constatazione che, per la sua latitudine, non meno che per la sua atipicità, la nozione larga del dolo romano evidenzia alcuni generalissimi tratti di continuità rispetto alla moderna idea dell'abuso del diritto. Tuttavia fin qui si

42 BRUTTI (1973) II, 625 ss.

43 CASAVOLA (1960) 148 e LUZZATTO (1964) 712 s.

44 CANNATA (2003) loc. cit.; SCHERMAIER (2000) 87.

45 ZIMMERMANN (1996) 667 ss.

tratterebbe di una mera constatazione morfologica, di valenza sostanzialmente descrittiva, rispetto alla quale occorre procedere ad analizzare la questione, costruttivamente più interessante, che si pone allorché ci si chieda se anche in relazione al comportamento abusivo ricorra il carattere, tipicamente proprio del dolo romano, rappresentato dalla sua *natura delittuale*.

Prima di procedere nell'esame diacronico, occorre mettere meglio a fuoco i profili propriamente delittuali della figura del dolo generale nel diritto romano classico.

Come detto, è il diritto pretorio a creare la figura del dolo generale: e ciò avviene proprio in quanto si tratta di *fatto antigiuridico* rilevante *all'interno del processo*.<sup>46</sup>

Se il dolo generale rappresenta dunque un delitto, esso più precisamente è integrato da quell'illecito pretorio che si consuma 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.<sup>47</sup> Dal dolo muove quindi una ramificazione concettuale di straordinaria ricchezza e vitalità, su cui non mi soffermerò, giacché l'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*.

Piuttosto, merita 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, della corrispondente azione di dolo.<sup>48</sup> Riconosciuta l'azione, il dolo venne pienamente ad assumere tutti i profili di un autonomo tipo delittuale: si costituisce infatti la concatena-

46 BRUTTI (1973) I, 11 ss.

47 ZIMMERMANN (1996) 670 ss.

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

zione tra delitto, obbligazione che ne nasce e azione corrispondente; appare così edificata la corrispondenza biunivoca tra *obligatio* e *actio*.

Quella collegata all'*actio doli* è una vicenda assai nota e studiata in seno alla romanistica, e anche su questa non intendo qui soffermarmi.<sup>49</sup>

Sul fronte dell'azione, rimane confermata la valenza delittuale, larga e atipica, della nozione di dolo generale: in questa intrinseca ed essenziale atipicità delle situazioni sussumibili entro la nozione di dolo generale si rinviene quel tratto morfologico di continuità, tra l'antica figura e la moderna, cui si è fin da subito fatto riferimento.

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*).

## 6. I modelli del dolo generale e dell'abuso di diritto nella cornice del sistema italiano contemporaneo

Si è detto dianzi che l'antecedente diretto della figura dell'abuso del diritto è da ravvisarsi nella teorica dell'*abus de droit*, la quale 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 alla metà dell'Ottocento aveva raccolto l'eredità più autentica del pensiero dei *prudentes* anche con attenzione al tema della buona fede.

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

V'è quindi una fase storica nella quale si riannodano i fili che collegano la moderna elaborazione dell'abuso del diritto alla concettualizzazione romano-classica del dolo generale.

49 COLACINO (1960) 259 s.; LUZZATTO (1964) 712 s.; CASAVOLA (1960) 148; ALBANESE (1961) 253 ss.; BRUTTI (1973) I, 135 s.; WACKE (1977) 10 ss.; FERCIA (2004) 421 ss.; CURSI (2008); LAMBRINI (2010); LAMBRINI (2013); inoltre, DALLA MASSARA (in corso di pubblicazione - b).

Rappresentazione quasi plastica del saldarsi delle due linee culturali – a questo punto si può dire brevemente, l’una di matrice francese e l’altra di origine tedesca – si coglie nell’art. 74 del « Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti comune all’Italia 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 confluita 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.

Quindi, nel dibattito dottrinale italiano degli ultimi cinquant’anni si trova un’ampia sovrapposizione concettuale tra l’abuso del diritto e il dolo generale;<sup>50</sup> eppure, tutte le comprensibili contaminazioni non arrivano a offuscare l’evidente disomogeneità che si riscontra non appena si confronti in essenza per un verso il dolo generale, rilevante nel processo e allocato in maniera più forte proprio nell’ambito dei rapporti di credito, e per altro verso l’abuso del diritto, concepito come un trasmodare rispetto all’esercizio di un diritto paradigmaticamente 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*<sup>51</sup> – del principio di buona fede e correttezza nei termini più esatti dell’operatività dell’eccezione di dolo generale, quale si realizzò nel torno di tempo che va dall’entrata in vigore del BGB ai primi decenni del Novecento. 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 *königlicher Paragraph*, il compito di veicolare decisioni nelle

50 Cfr. per esempio PELLIZZI (1960) loc. cit.; non dissimile, da questo punto di vista, l’impostazione di PORTALE (1982) 415 ss.

51 Ricavo l’espressione da WIEACKER (1988) 43 ss.

quali le forme di abuso trovassero sanzione a mezzo dell'eccezione di dolo generale.<sup>52</sup>

In Italia, la riscoperta del dolo generale – quale 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 di impronta antiformalista.<sup>53</sup>

In questo senso, come più ampiamente in direzione di una valorizzazione delle clausole generali, un rilievo ebbe sicuramente l'accentuarsi della sensibilità del diritto privato nei confronti del dettato costituzionale, con attenzione non solo rivolta all'imperativo solidaristico di cui all'art. 2, ma anche negli ultimi anni dedicata all'art. 111 sul giusto processo.<sup>54</sup>

È questa una storia assai lunga, rispetto alla quale basti qui osservare che oggi l'eccezione di dolo generale appare strumento pressoché irrinunciabile, dotato di piena cittadinanza nel patrimonio concettuale della nostra giurisprudenza.

Conferma di ciò si riceve allorché si sperimenti la comparazione diacronica sul terreno del dolo che venga opposto al creditore il quale compia deliberatamente la scelta 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, normalmente allo scopo di adire la competenza del giudice di pace in luogo di quella del tribunale.

La fattispecie è nota oggi con il nome di domanda frazionata.

Le molte questioni coinvolte sono fin troppo conosciute per essere qui riproposte: conviene invece guardare fin da subito alla sentenza che tuttora detta la regola del caso, e mi riferisco così alla pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 2007, n. 23726, con cui fu deciso di sanzionare una siffatta forma di abuso rigettando in tronco la domanda frazionata.<sup>55</sup>

52 A ridosso dell'entrata in vigore del BGB, WENDT (1906) 1. Su ciò, LUIG (2003) 417 ss.; RANIERI (1972a) 158 ss.; RANIERI (1972b) 1216 ss.; HAFERKAMP (2000) 1 ss.; PROCCHI (2006) 77 ss., con ampia bibliografia alla nota 4.

53 Cfr., per tutti, RESCIGNO (1998) 205 ss.

54 DE CRISTOFARO (2008) 336.

55 Quella sentenza si può leggere in: *Rivista di diritto civile*, 2008, II, 335 ss., con commento di DE CRISTOFARO (2008) e di DALLA MASSARA (2008b) II, in: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, 458 ss., con nota di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni Unite*; in: *Foro italiano*, 2008, I, 1514 ss., con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di CAPPONI,

Si tratta di una pronuncia che manifesta una nuova attenzione per i valori che, nella lente del processo civile romano, avrebbero trovato scudo nell'eccezione di dolo generale (sebbene la superficie delle parole usate dai Supremi Giudici non lasci affiorare il riferimento diretto all'*exceptio doli*).

Ebbene, la più profonda esigenza di ricorrere alla comparazione diacronica si avverte ora allorché si tratti di comprendere se il comportamento giuridicamente sanzionabile in chiave di abuso (consistente, come detto, nel frazionamento della domanda) rilevi *sul piano degli interessi e delle regole di diritto processuale* ovvero arrivi ad attingere *interessi e regole di diritto sostanziale*.

La questione è stata oggetto di specifico scrutinio da parte della Terza Sezione della Suprema Corte in una recentissima sentenza del gennaio 2017:<sup>56</sup> tale questione assume significato sotto molteplici profili, però – come presto si vedrà – ciò che qui preme rilevare è che il raffronto con l'eccezione di dolo generale accresce la capacità di comprendere i problemi e di articolare possibili percorsi di risposta.

## 7. I problemi ricostruttivi posti dal frazionamento della domanda sotto le lente della comparazione diacronica

La reviviscenza dell'*exceptio doli generalis* nella cornice contemporanea muove da presupposti significativamente ridelineati rispetto al processo civile romano: a tacer d'altro, è da considerare che la generalizzazione della regola di buona fede all'intera area delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1175 e 1375 c.c.), il superamento della strutturazione dualistica tra apparati di norme (diritto civile *vs.* diritto onorario), nonché in generale l'abbandono della prospettiva processuale del diritto (c.d. *aktionenrechtliches Denken*) impongono la configurazione dell'eccezione in termini nuovi.

Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?; in: Corriere giuridico, 2008, 745 ss., con commento di RESCIGNO, L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite).

<sup>56</sup> Il punto di osservazione specificamente assunto da Cass. 17 gennaio 2017, n. 929, è rappresentato dall'applicabilità o meno dei principi affermati dalla Suprema Corte in ragione del fatto che soltanto in presenza di *overruling* in materia processuale « gli effetti preclusivi determinati dalla nuova interpretazione della norma processuale non potevano andare a detrimento della parte che aveva fatto incolpevole affidamento sul precedente indirizzo interpretativo al momento in cui aveva iniziato il giudizio ».

Un'indagine schietta in prospettiva di comparazione consente di comprendere quali itinerari siano percorribili per fondare un'argomentazione nel senso che la violazione realizzatasi con il frazionamento della domanda rilevi *sul piano degli interessi e delle regole di diritto sostanziale* ovvero *su quello degli interessi di diritto processuale*, nonché per immaginare come possa costruirsi in concreto il funzionamento dell'eccezione di dolo generale nel nostro processo.

In effetti, superate (almeno in larga parte) le storiche difficoltà incontrate da dottrina e giurisprudenza nel rinvenire un fondamento normativo per l'eccezione di dolo negli artt. 1175 e 1375 c.c.,<sup>57</sup> l'attenzione merita oggi di volgersi al profilo rimediale-operativo.<sup>58</sup> E occorre quindi chiedersi: quando e per iniziativa di chi è opponibile una difesa basata sulla violazione dei principi di buona fede e correttezza? Quali effetti processuali scaturiscono dall'accoglimento in sentenza di una simile obiezione? Ancora, per meglio 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? Infine, si tratterebbe di un'eccezione di quale natura, di merito oppure di rito?

È in questa prospettiva operativa che ritengo possa esprimere la sua massima utilità la comparazione diacronica.

La già citata decisione a Sezioni Unite del 2007, n. 23726 (intervenuta sul tema del frazionamento sette anni dopo una pronuncia a Sezioni Unite di segno opposto)<sup>59</sup> introdusse – come detto – l'idea che sia meritevole di reiezione una domanda la quale, sebbene *in thesi* incontestabile quanto al suo titolo, manifesti un abuso nella scelta dell'agire ovvero della modalità

57 Sulla riconducibilità dell'eccezione di dolo al fondamento degli artt. 1175 e 1375 c.c., DALLA MASSARA (2003) 429 ss., in specie 432 ss. Peraltro, oggi appare anacronistico un fondamento normativo soltanto nazionale: sul punto, ALPA (2015) 245 ss.

58 Il profilo è preso in esame da MANNINO (2006a) 1283 ss.; inoltre MANNINO (2006b) 171 ss., il quale si colloca nella prospettiva di DI MAJO (2005) 341 ss.; da ultimo, v. la raccolta di saggi pubblicata a cura di GAROFALO (2015b).

59 Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, con cui si annullava Conc. Napoli 15 maggio 1995, in: Corriere giuridico, 2000, 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.

dell'agire stesso.<sup>60</sup> Più esattamente, quella decisione 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 integri una non ammissibile forma di abuso.

In prima battuta credo si debba osservare che, una volta accolto quest'impianto concettuale, colui che muova un'obiezione di scorrettezza avverso il creditore il quale abbia frazionato artatamente la domanda stia sollevando proprio un'eccezione di dolo generale.

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

Se così è, allora le ulteriori questioni in ordine alla ricostruzione concettuale e sistematica del rimedio sono le seguenti: in primo luogo, se la difesa che contiene un'obiezione di tal genere – nella sostanza, al di là dell'etichetta, *exceptio doli generalis* – corrisponda a un'eccezione propria o impropria. Si tratterebbe di un'eccezione in senso stretto, paragonabile quanto al suo regime a un'eccezione con la quale si faccia valere l'annullabilità del contratto,<sup>61</sup> oppure saremmo a cospetto di un'eccezione rilevabile d'ufficio?

Intrecciata con queste domande è un'altra questione di lettura 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 questione appare nient'affatto banale perché, in effetti, la maliziosa disarticolazione dell'agire di cui il debitore convenuto può lamentare l'abusività si manifesta con assoluta certezza soltanto in seguito alla proposizione della seconda domanda, giacché la mera proposizione di una domanda per il

60 Alle molte questioni collegate al frazionamento della domanda sono dedicati i lavori monografici di FONDRIESCHI (2005) e di FINESI (2007) nonché poi di ASPRELLA (2015); per un recente stato dell'arte, CARIGLIA (2016) 371 ss.

61 Su ciò, VIARO (2006) 74; inoltre, IMPALLOMENI (1996) 656 ss.

*minus* evidenza di per sé soltanto in termini di possibilità una violazione delle regole di correttezza e buona fede e, anzi, una domanda per il *minus* potrebbe corrispondere addirittura all'interesse del convenuto-debitore a una dilazione di pagamento (o magari in un'ipotesi ancora preferibile per il debitore, la domanda per una frazione potrebbe lasciar immaginare una remissione parziale del debito).

Orbene, 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 le altre questioni – 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) da altre decisioni successive,<sup>62</sup> 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 segmenti 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 nel *fatto stesso di agire in modo scorretto*, ossia *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 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 farebbe valere un vero e proprio *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.<sup>63</sup>

62 Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in: *Obbligazioni e contratti*, 2009, 813 ss., con nota di VERONESE, L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto nel rito o nel merito?

63 Per un inquadramento, PUGLIATTI (1965) 173 ss.

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 dalla Cassazione – 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 di un anno successiva rispetto a quella delle Sezioni Unite, nella quale si parla di *improporzionalità* della domanda, così lasciandosi intendere nel corso del ragionamento sviluppato in motivazione che – pure al di là dell'espressione in sé non illuminante – debba giungersi a una decisione di rigetto *nel merito*.<sup>64</sup>

L'esito di ciò 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*.

Ebbene, esattamente sul profilo delle questioni sin qui tracciate è intervenuta la recentissima pronuncia della Terza Sezione della Suprema Corte cui si è poc'anzi fatto cenno: ivi si afferma che la violazione realizzata per effetto della scelta di frazionare la domanda, pur inserendosi senza dubbio nella cornice del processo, presenta un'incidenza che travalica il piano degli interessi e delle regole di *diritto processuale* e arriva a toccare interessi e regole di *diritto sostanziale*; e così, più precisamente, si dice che la maliziosa disarticolazione dell'azione arriva a impattare direttamente « sullo stesso interesse di diritto sostanziale (bene della vita) che si intende 'abusivamente' tutelare ». <sup>65</sup>

64 Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, cit., 813 ss. La pronuncia delle Sezioni Unite del 2007 parlava invece di « inammissibilità »: espressione « in sé anodina », secondo DE CRISTOFARO (2008) II, 335; una riclassificazione terminologica emerge da Cass. 17 gennaio 2017, n. 929, su cui si veda la nota che segue.

65 L'indagine della Suprema Corte del 17 gennaio 2017, n. 929, è orientata ad appurare la « natura *processuale* o *sostanziale* della regola giuridica oggetto del revirement » (*id est*, quello che, nel 2007, portò a ritenere abusivo il frazionamento della domanda); « nella specie occorre quindi accertare se la 'nuova' qualificazione della domanda giudiziale o meglio dell'esercizio dell'azione in giudizio, come condotta integrante un abuso del diritto ad agire (ovvero di abuso dei mezzi di tutela accordati dall'ordinamento), abbia ad oggetto l'interesse sostanziale sotteso alla tutela giurisdizionale o invece un effetto preclusivo interno allo stesso processo (analogo alla decadenza, preclusione, o altre sanzioni di tipo

Sulla base di queste premesse, la Cassazione opta dunque per una sentenza di *improponibilità*, espressiva dell'insussistenza dell'interesse sostanziale meritevole di tutela; la concatenazione logica diviene pertanto quella in base alla quale, ravvisata la violazione di una regola di natura sostanziale, se ne ricava l'attitudine della decisione a costituire *cosa giudicata materiale*.<sup>66</sup>

Si può cogliere – e nella prospettiva della comparazione diacronica sembra quasi di poterlo fare per logica conseguenza e simultaneamente – che il dolo del quale si sta parlando è quello che, pur realizzandosi *nella cornice del processo*, deve intendersi però come *delictum*, fatto giuridico che incide su interessi e regole di diritto sostanziale, cosicché arriva ad assumere un senso coerente il fatto che, qualora il creditore agisca per una frazione anziché per l'intero, la sua domanda debba ritenersi abusiva fin già per la prima *tranche*, subendo quindi una decisione di rigetto idonea a costituire decisione *di merito* e così a rimanere d'ostacolo per ogni successiva domanda, anche quella con cui si riproponga la pretesa a un credito riportato al suo naturale ammontare.

Come si può vedere, la comparazione diacronica non sospinge verso l'una o l'altra soluzione, bensì aiuta a comprendere la natura dei problemi.

## 8. Un differente percorso concettuale per attribuire rilievo all'abuso del diritto

Non manca una diversa strada che potrebbe guidare all'applicazione di una sanzione avverso la scorrettezza dell'attore frazionante, senza però giungere all'esito di una sentenza di rigetto nella quale si consolidi una decisione di merito.

processuale): in sostanza occorre accertare se l'abuso determini una *improponibilità* della domanda (per insussistenza di un interesse sostanziale meritevole di tutela) ovvero determini una *inammissibilità* della domanda (che la esistenza di detto interesse sostanziale invece presuppone, e che si risolve in una sanzione di inaccessibilità alla tutela in conseguenza della condotta o della omissione imputabile alla parte interessata) ».

66 Nella messa fuoco della Suprema Corte del gennaio 2017, l'*improponibilità* della domanda corrisponde alla « insussistenza di un interesse sostanziale meritevole di tutela », in contrapposizione all'*inammissibilità*, che « l'esistenza di detto interesse sostanziale invece presuppone, e che si risolve in una sanzione di inaccessibilità alla tutela in conseguenza della condotta o della omissione imputabile alla parte interessata ».

Potrebbe infatti accreditarsi l'idea secondo cui l'abusività della domanda si riveli 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.<sup>67</sup>

A voler invertire i termini della questione, si potrebbe affermare che la *non abusività* venga a costituire un attributo coesenziale dell'interesse ad agire.<sup>68</sup>

La ricaduta operativa di un'impostazione siffatta sarebbe 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*.

In questo modo, non scatterebbero le preclusioni collegate al formarsi del giudicato materiale.

Mutata la prospettiva, andrebbe ridefinito l'intero scenario dogmatico di riferimento: l'abuso corrisponderebbe 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 della domanda, assumendo così l'eccezione di dolo la foggia di un'*eccezione in senso lato*.

Con riguardo al caso del frazionamento della domanda qui preso a paradigma dell'abuso del diritto, 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.

Ci collocheremmo in questo caso in una prospettiva piuttosto lontana da quella propria del dolo inteso come *delictum* che si consuma nel processo, ma che arriva a rilevare sul piano delle regole sostanziali.

67 Questa la prospettiva di GHIRGA (2004) 205 ss.; in critica, MARINELLI (2005) 85 ss.; cfr. inoltre CONSOLO (2012) 1286 ss.

68 Trib. Torino 13 giugno 1983, in: Responsabilità civile e previdenza, 1983, 815, con nota di GAMBARO.

Anche qui, la comparazione diacronica ha svolto la sua funzione nel generare un accrescimento della conoscenza degli strumenti messi in campo, cogliendo in modo più esatto le nervature del ragionamento che corre sotto superficie.

Non mi soffermerò sulle ragioni per le quali, a mio giudizio, la strada preferibile dovrebbe essere cercata in una direzione ulteriore e differente rispetto alle due fondamentali sin qui illustrate: si tratta di ragioni che ho già altrove esposto e che non presentano un legame diretto con le riflessioni comparatistiche che intendevo qui condurre.<sup>69</sup>

Provo invece a tirare le fila del discorso.

## 9. Qualche conclusione

Ho fin qui cercato di delineare le tappe fondamentali che segnano l'itinerario a ritroso che dalla moderna figura dell'abuso del diritto riporta al modello del dolo generale.

Va tenuto in conto che il progressivo allargamento dei confini dell'abuso ha indotto a ricondurre all'interno di quest'ultimo anche problemi in realtà piuttosto lontani dalla tradizionale area di rilievo dell'antica *exceptio doli generalis* (solo per esemplificare, si pensi alle condotte temerarie tenute in processo che fondano oggi la possibilità di una condanna a danni – nella sostanza – punitivi).

A fronte di uno scenario nel suo complesso assai difficile da decifrare, resta da chiedersi con quale significato tutte queste differenti figure avrebbero titolo per rientrare all'interno della nozione di abuso del diritto. V'è il rischio che si finisca per parlare di abuso soltanto per riferirsi a un labile denominatore nominalistico, impiegato per accomunare situazioni con caratterizzazioni e livelli di gravità della condotta assai variegati, nonché soprattutto da sottoporsi a discipline disomogenee.

Certo non si vuol negare legittimità a chi intenda fare uso della categoria dell'abuso come di una struttura nominale polisemica, però senza dubbio emerge in questa chiave ancor più prezioso il contributo della comparazione diacronica.

69 Rinvio a DALLA MASSARA (2008b) II, 345 ss.

Nel mettere a paragone il modello moderno dell'abuso del diritto e quello antico del dolo generale, è stato possibile scavare al di sotto delle parole, per mettere a nudo con più esatta capacità ricostruttiva quali sono gli strumenti tecnico-giuridici che risultino poi in grado di attribuire concreto rilievo a differenti profili di abusività, nonché di indicare quale sia il loro regime.

Per quanto è emerso, la comparazione diacronica tra la figura dell'abuso del diritto e quella del dolo generale romano ha evidenziato tratti di continuità, così come di discontinuità.

Al di sotto del modello più immediato dell'*abus de droit*, il comparatista-storico legge in stratigrafia il modello del dolo romano.

*In primis*, la qualificazione di una condotta in termini di abusività si traduce in una reiezione della domanda nel merito, secondo il modello di funzionamento dell'*exceptio doli generalis*; ma, più ancora, la sentenza della Suprema Corte del gennaio 2017 sulla natura *sostanziale* (e non già soltanto *processuale*) degli interessi violati per effetto del frazionamento della domanda traccia una linea che riporta direttamente all'antica nozione di dolo inteso come *delictum*.

Conduce invece lontano dall'idea romana del dolo inteso come *delictum* – pur tenendo fede all'idea che esso si consuma nella cornice del processo – la concettualizzazione della meritevolezza quale attributo dell'interesse ad agire, astrattamente in grado di tradurre la valutazione di abusività nelle forme di una reiezione della domanda in rito, per carenza dell'interesse ad agire.

Il compito che, con il diritto romano, la comparazione è chiamata a svolgere non può essere celebrativo, né monumentalizzante.

L'analisi comparata consente di mettere in rilievo linee sottili e altrimenti illeggibili, le quali compongono una geografia di idee preziose per riempire di significato e di precisa valenza le singole figure nelle quali si estrinseca oggi l'abuso del diritto.

Giunto al termine, credo di poter ribadire l'idea espressa in apertura: sarebbe addirittura falsante una ricostruzione in termini genealogici del rapporto tra l'abuso del diritto e il dolo generale.

L'abuso del diritto non difetta della sua storia, rispetto alla quale certamente non è estraneo il diritto romano, ma l'obiettivo non è quello di *cercare risposte* nel diritto romano: la comparazione diacronica consente una riorganizzazione delle idee che, lungi dal dogmatizzare l'antico a favore del moderno, sottopone a vaglio critico tanto l'antico quanto il moderno, per il solo beneficio che la migliore comprensione dei problemi può dare.

Non è dunque da leggersi in termini semplicisticamente euristici il significato più autentico di una comparazione tra modelli giuridici, bensì a livello di acquisizione di nuova conoscenza.

## Bibliografia

- ALBANESE, BERNARDO (1961), La sussidiarietà dell'actio de dolo, in: *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 28, 173–322
- ALPA, GUIDO (2015), Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri, in: *Contratto e impresa*, 31, 245–261
- ASPRELLA, CRISTINA (2015), Il frazionamento del credito nel processo, Bari
- BARCELLONA, MARIO (2014), L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolamentazione teleologicamente orientata del traffico giuridico, in: *Rivista di diritto civile*, 60, 467–499
- BASEDOW, JÜRGEN et al. (a cura di) (2012), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford
- BERTOLINI, ANDREA (2010), Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale, in: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 26, 435–488
- BETTI, EMILIO (1991a), Diritto romano e dogmatica odierna, in: CRIFÒ, GIULIANO (a cura di), *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 59–133
- BETTI, EMILIO (1991b), Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica, in: CRIFÒ, GIULIANO (a cura di), *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 398–403
- BETTI, EMILIO (1991c), Storia e dogmatica del diritto, in: CRIFÒ, GIULIANO (a cura di), *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 573–586
- BIGLIAZZI GERI, LINA (1998), Voce Buona fede nel diritto civile, in: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, vol. 2*, Torino
- BLOCH, MARK (1997), *Storici e storia*, Torino
- BIROCCHI, ITALO, MASSIMO BRUTTI (a cura di) (2016), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino
- BRUTTI, MASSIMO (1968), *Formulae de dolo e dolo processuale tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato*, in: *Studi Senesi*, 80, 261–320
- BRUTTI, MASSIMO (1973), *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 2 voll., Milano
- BUCHER, EUGEN (2010), *Komparatistik – Rechtsvergleichung und Geschichte*, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, 251–317
- BURDESE, ALBERTO (1960), Voce Exceptio doli (diritto romano), in: *Novissimo digesto italiano, vol. 6*, Torino

- BURDESE, ALBERTO (2006), L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 91–122
- BUZZACCHI, CHIARA (2002), *L'abuso del processo in diritto romano*, Milano
- CANNATA, CARLO AUGUSTO (2003), *Bona fides e strutture processuali*, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *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)*, vol. 1, Padova, 257–273
- CARCATERRA, ANTONIO (1970), *Dolus bonus, dolus malus. Esegesi di D. 4.3.1.2–3*, Napoli
- CARDILLI, RICCARDO (2002), *La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in: *Roma e America*, 7, 123–186
- CARDILLI, RICCARDO (2004), *Bona fides tra storia e sistema*, Torino
- CARIGLIA, CHIARA (2016), *L'infrazionabilità del credito tra limiti oggettivi del giudicato e divieto di abuso del processo*, in: *Giurisprudenza italiana*, 52, 371–374
- CARNELUTTI, FRANCESCO (1936), *Scuola italiana del diritto*, in: *Rivista di diritto processuale civile*, 13, 3–17
- CARRARO, LUIGI (1949), *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 782–802
- CASAVOLA, FRANCESCO PAOLO (1960), *Voce Dolo (diritto romano)*, in: *Novissimo digesto italiano*, vol. 6, Torino
- CATTANEO, GIOVANNI (1971), *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 25, 613–659
- COLACINO, VINCENZO (1960), *Voce Actio de dolo*, in: *Novissimo digesto italiano*, vol. 1, Torino
- CONSOLO, CLAUDIO (2012), *Note necessariamente divaganti quanto all'abuso sanzionabile del processo e all'abuso del diritto come argomento*, in: *Rivista di diritto processuale*, 72, 1284–1299
- CURSI, MARIA FLORIANA (2008), *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli
- DALLA MASSARA, TOMMASO (2003), *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di) *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)*, vol. 1, Padova, 429–458
- DALLA MASSARA, TOMMASO (2008a), *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in: *Rivista di diritto civile*, 54, 223–237
- DALLA MASSARA, TOMMASO (2008b), *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il ripensamento delle Sezioni Unite*, in: *Rivista di diritto civile*, 54, 345–362
- DALLA MASSARA, TOMMASO (2013a), *Lo storico*, in: VISINTINI, GIOVANNA (a cura di), *La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, Napoli, 173–210

- DALLA MASSARA, TOMMASO (2013b), Brevi considerazioni intorno al ruolo del romanista nella formazione universitaria, in: *Europa e diritto privato*, 16, 927–957
- DALLA MASSARA, TOMMASO (2015), Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica, in: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 28, 657–672
- DALLA MASSARA, TOMMASO (in corso di pubblicazione – a), Die Arglistenrede, in: BABUSIAUX, ULRIKE et al. (a cura di), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (in corso di pubblicazione)
- DALLA MASSARA, TOMMASO (in corso di pubblicazione – b), Die Klage wegen Arglist, in: BABUSIAUX, ULRIKE et al. (a cura di), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (in corso di pubblicazione)
- D'ANGELO, ANDREA (1988), Voce Buona fede, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 5, Roma
- D'ANGELO, ANDREA (1990), La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale, in: *Contratto e impresa*, 6, 702–755
- DE CRISTOFARO, MARCO (2008), Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato, in: *Rivista di diritto civile*, 54, 335–344
- DI MAJO, ADOLFO (1988), Delle obbligazioni in generale, in: SCIALOJA, ANTONIO, GIUSEPPE BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Roma
- DI MAJO, ADOLFO (2005), Il linguaggio dei rimedi, in: *Europa e diritto privato*, 8, 341–363
- DOLMETTA, ALDO ANGELO (1997), Voce Exceptio doli generalis, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*, Aggiornamento, Roma
- DOLMETTA, ALDO ANGELO (1998), Exceptio doli generalis, in: *Banca, borsa e titoli di credito*, 64, 147–198
- DURRY, GEORGES (1972), La conception jurisprudentielle de l'abus de droit, in: *Revue trimestrielle de droit civil*, 70, 395–398
- ELSENER, URSULA (2004), Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit, Bâle
- FERCIA, RICCARDO (2004), Appunti su funzione e struttura formulare dell'actio de dolo, in: *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, vol. 1, Torino, 421–444
- FINESSI, ARIANNA (2007), *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano
- FIORI, ROBERTO (2006), Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di) *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 49–89
- FONDRIESCHI, ALBA (2005), *La prestazione parziale*, Milano
- FOUCAULT, MICHEL (2004), *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it., Torino
- FOUCAULT, MICHEL (2009), *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it., Milano
- FRIGENI, CLAUDIO (2013), Riflessioni sul contratto autonomo di garanzia, in: *Vita notarile*, 65, 565–581
- GAMBARO, ANTONIO (1988), Voce Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 1, Roma

- GARBARINO, PAOLO (2013), Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà, in: CERAMI, PIETRO, MARIO SERIO (a cura di), Scritti di comparazione e storia giuridica (Atti del seminario del Dottorato di Diritto Comparato dell'Università di Palermo e del Convegno SIRD-ARISTEC del giugno 2012 « Storia, Comparazione, Scienza Giuridica » svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo), Torino, 63–68
- GAROFALO, LUIGI (1996), Per un'applicazione dell'*exceptio doli generalis* romana in tema di contratto autonomo di garanzia, in: Rivista di diritto civile, 42, 629–661
- GAROFALO, LUIGI (a cura di) (2003), 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), Padova
- GAROFALO, LUIGI (a cura di) (2006a), L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali, Padova
- GAROFALO, LUIGI (a cura di) (2006b), L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova
- GAROFALO, LUIGI (2015a), Diritto romano e scienza del diritto, in: GAROFALO, LUIGI, Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi, Torino, 137–199
- GAROFALO, LUIGI (a cura di) (2015b), Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali, Torino
- GHIRGA, MARIA FRANCESCA (2004), La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale, Milano
- GROSSI, PAOLO (2012), Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline, in: Contratto e impresa, 28, 315–338
- GROSSO, GIUSEPPE (1959), Voce Buona fede (diritto romano), in: Enciclopedia del diritto, vol. 5, Milano
- HAASE, FLORIAN (2005), Einführung in die Methodik der Rechtsvergleichung, in: Juristische Arbeitsblätter, 37, 232–237
- HAFERKAMP, HANS-PETER (2000), Die *exceptio doli generalis* in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, in: FALK, ULRICH, HEINZ MOHNHAUPT (a cura di), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt am Main, 1–37
- HEISENBERG, WERNER KARL (1991), Indeterminazione e realtà, Napoli
- HINTIKKA, JAKKO (1987), Self-profile, in: BOGDAN, RADU (a cura di), Jaakko Hintikka. A profile, Dordrecht, 3–40, [https://doi.org/10.1007/978-94-009-3763-5\\_1](https://doi.org/10.1007/978-94-009-3763-5_1)
- HUSA, JAKKO (2007), About the Methodology of Comparative Law – Some Comments Concerning the Wonderland, Maastricht
- IMPALLOMENI, GIAMBATTISTA (1971), La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato, in: Rivista di diritto civile, 17, 369–378
- IMPALLOMENI, GIAMBATTISTA (1996), Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, Padova
- VON JHERING, RUDOLF (1954), Serio e faceto nella giurisprudenza, trad. it., Firenze

- JOSSERAND, LOUIS (1905), *De l'abus des droits*, Paris
- KASER, MAX, KARL HACKL (1966), *Das römische Zivilprozessrecht*, München
- KASER, MAX (1971), *Das römische Privatrecht*, vol. 1: *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München
- KÖTZ, HEIN (1992), *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in: *Juristen-Zeitung*, 47, 20–22
- LABRUNA, LUIGI (2006), *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto nelle vedute dei giuristi classici*, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 123–137
- LAMBRINI, PAOLA (2010), *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova
- LAMBRINI, PAOLA (2013), *Studi sull'azione di dolo*, Napoli
- LENEL, OTTO (1927), *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. ed., Leipzig
- LEVI, GIULIO (1993), *L'abuso del diritto*, Milano
- LUIG, KLAUS (2003), *Il ruolo della buona fede nella giurisprudenza della Corte dell'Impero prima e dopo l'entrata in vigore del BGB dell'anno 1900*, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *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)*, vol. 2, Padova, 417–424
- LUPOI, MAURIZIO (1994), *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in: *Foro Italiano*, 119, 448–451
- LUZZATTO, GINO (1964), *Voce Dolo (diritto romano)*, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 13, Milano
- MAC CORMACK, GEOFFREY (1985), *Dolus in Republican Law*, in: *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 27, 1–38
- MAC CORMACK, GEOFFREY (1993), *Dolus in Decisions of the Mid-classic Jurists*, in: *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 96, 96–97
- MANNINO, VINCENZO (2006a), *Considerazioni sulla « strategia rimediale »: buona fede ed exceptio doli generalis*, in: *Europa e diritto privato*, 8, 1283–1317
- MANNINO, VINCENZO (2006b), *Eccezione di dolo generale e contratti di stretto diritto*, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 169–201
- MANTOVANI, DARIO (1999), *Le formule del processo privato romano*, Padova
- MARCONI, DIEGO (2014), *Il mestiere di pensare*, Torino
- MARINELLI, MARINO (2005), *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento
- MARTENS, SEBASTIAN (2012), *Voce Fraud*, in: BASEDOW, JÜRGEN ET AL. (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. 1, Oxford
- MASI DORIA, CARLA (2016), *La romanistica italiana verso il terzo Millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in: BIROCCHI, ITALO, MASSIMO BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 179–201

- MERUZZI, GIOVANNI (2005), *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova
- MESSINETTI, DAVIDE (1998), Voce Abuso del diritto, in: *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. 2, Milano
- MITTEIS, LUDWIG (1908), *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig
- MONATERI, PIER GIUSEPPE (2008), Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione, in: *Ostraka*, 17, 213–220
- NANNI, LUCA (1988), *La buona fede contrattuale*, Padova
- NATOLI, UGO (1958), Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12, 18–37
- NATOLI, UGO (1961), L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza, in: *Banca, borsa e titoli di credito*, 28, 157–175
- NATOLI, UGO (1975), La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio, in: NATOLI, UGO, *Studi sulla buona fede*, Milano, 119–178
- NAVARRETTA, EMANUELA (2012), Il contratto autonomo di garanzia, in: GITTI, GREGORIO et al. (a cura di), *I contratti per l'impresa*, vol. 1, Bologna, 553–566
- PATTI, SALVATORE (1978), *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli
- PATTI, SALVATORE (1987), Voce Abuso del diritto, in: *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, vol. 1, Torino
- PATTI, SALVATORE (1999), *Vicende del diritto soggettivo*, Torino
- PELLIZZI, GIOVANNI LUIGI (1960), Voce *Exceptio doli* (diritto civile), in: *Novissimo digesto italiano*, vol. 6, Torino
- PIRAINO, FABRIZIO (2015), *La buona fede in senso oggettivo*, Torino
- PORTALE, GIUSEPPE BENEDETTO (1982), *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in: *Giurisprudenza commerciale*, 9, 407–425
- PROCCHI, FEDERICO (2006), *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 77–137
- PUGLIATTI, SALVATORE (1965), Voce *Eccezione* (teoria generale), in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 14, Milano
- RANIERI, FILIPPO (1972a), *Dolo petit qui contra pactum petat. Bona fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts*, in: COING, HELMUT (a cura di), *Ius commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main*, vol. 4, Frankfurt am Main, 158–187
- RANIERI, FILIPPO (1972b), *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 26, 1216–1237
- RANIERI, FILIPPO (1991), Voce *Eccezione di dolo generale*, in: *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, vol. 7, Torino

- RANIERI, FILIPPO (1998), Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law, in: *Revue internationale de droit comparé*, 50, 1055–1092, <https://doi.org/10.3406/ridc.1998.1044>
- RANIERI, FILIPPO (2012), Voce Good Faith, in: BASEDOW, JÜRGEN et al. (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford
- RESCIGNO, PIETRO (1998), *L'abuso del diritto*, Bologna
- RESTIVO, CARMELO (2007), *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano
- RIPERT, GEORGES (1925), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris
- ROMANO, SALVATORE (1958), Voce Abuso del diritto, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 1, Milano
- SACCO, RODOLFO (2001), *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato Sacco di diritto civile*, Torino
- SACCO, RODOLFO (1992), *Che cos'è il diritto comparato*, a cura di CENDON, PAOLO, Milano
- SALVI, CESARE (1988), Voce Abuso del diritto. I) Diritto civile, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 1, Roma
- SANTUCCI, GIANNI (2016), « Decifrando scritti che non hanno nessun potere ». La crisi della romanistica fra le due guerre, in: BIROCCHI, ITALO, MASSIMO BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 63–102
- SCHERMAIER, MARTIN (2000), Bona fides in Roman Contract Law, in: ZIMMERMANN, REINHARD, SIMON WHITTACKER (a cura di), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 63–92
- SOMMA, ALESSANDRO (2008), Fare cose con il diritto romano, in: *Ostraka*, 225–236
- TALAMANCA, MARIO (2003), La bona fides nei giuristi romani: Leerformeln e valori dell'ordinamento, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *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)*, vol. 4, Padova, 1–313
- TARTAGLIA, PAOLO (2013), Il contratto autonomo di garanzia e la giurisprudenza di legittimità, in: CORRIAS, PAOLOEFISIO (a cura di), *Liber Amicorum per A. Luminoso, Contratto e mercato*, vol. 2, Milano, 967–980
- TORRENTE, ANDREA (1965), Voce Eccezione di dolo, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. 14, Milano
- TRABUCCHI, ALBERTO (2015), *Istituzioni di diritto civile*, 47. ed., Padova
- UDA, GIOVANNI MARIA (2004), *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino
- VIARO, SILVIA (2006), Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale, in: GAROFALO, LUIGI (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 1–75
- VIGLIONE, FILIPPO (2011), I “confini” del diritto privato comparato, in: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 27, 162–193
- VIGLIONE, FILIPPO (2012), Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale, in: [www.comparazonedirittocivile.it](http://www.comparazonedirittocivile.it)

- VISINTINI, GIOVANNA (a cura di) (2016), *L'abuso del diritto*, Napoli
- WACKE, ANDREAS (1977), Sul concetto di *dolus nell'actio de dolo*, in: *Iura*, 28, 10–39
- WENDT, OTTO HEINRICH GUSTAV (1906), Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht oder *Treu und Glauben* im Recht der Schuldverhältnisse, in: *Archiv für civilistische Praxis*, 86, 1–417
- WIEACKER, FRANZ (1988), Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, in: DIEßELHORST, MALTE (a cura di), *Franz Wieacker. Kleine juristische Schriften*, Göttingen, 43–75
- ZAMORANI, PIERPAOLO et al. (a cura di) (2005), *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, Torino
- ZIMMERMANN, REINHARD (1991), *Usus hodiernus Pandectarum*, in: SCHULZE, REINER (a cura di), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 61–88
- ZIMMERMANN, REINHARD (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford
- ZIMMERMANN, REINHARD, SIMON WHITTAKER (a cura di) (2000), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge

## Indice

- 1 | Massimo Brutti, Alessandro Somma  
Introduzione
- 5 | Alfons Aragoneses  
La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos
- 31 | Eliana Augusti  
Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione
- 49 | Massimo Brutti  
Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica
- 81 | Antonello Calore  
“Cittadinanza” tra storia e comparazione
- 95 | Salvatore Casabona  
Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica
- 111 | Tommaso dalla Massara  
Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’emplificazione
- 149 | Thomas Duve  
Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale

- 187 | **Giuseppe Franco Ferrari**  
Law and history: some introductory remarks
- 207 | **Tommaso Edoardo Frosini**  
Diritto comparato e diritto globale
- 219 | **Mauro Grondona**  
Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”  
Un esercizio di lettura
- 245 | **Luigi Lacchè**  
Sulla Comparative legal history e dintorni
- 267 | **Pier Giuseppe Monateri**  
Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”  
e la modernità politica
- 291 | **Edmondo Mostacci**  
Evoluzione del capitalismo e struttura dell’*ordine giuridico*:  
verso lo Stato neoliberale?
- 323 | **Matteo Nicolini**  
Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi  
di delimitazione delle aree geogiuridiche africane
- 359 | **Luigi Nuzzo**  
Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western  
colonialism
- 379 | **Giovanni Pascuzzi**  
La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta  
propulsiva?
- 389 | **Giorgia Pavani**  
El papel de la historia del derecho en la formación del  
“criptotipo centralista” en América latina

- 419 | **Giovanni Poggeschi**  
Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto
- 457 | **Giorgio Resta**  
La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi
- 477 | **Roberto Scarciglia**  
Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione
- 491 | **Mario Serio**  
L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens
- 509 | **Alessandro Somma**  
Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto
- 541 | **Bernardo Sordi**  
Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?
- 551 | **Emanuele Stolfi**  
Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi
- 575 | **Vincenzo Zeno-Zencovich**  
Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"
- 589 | **Contributors**