

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Collegio di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)

SOMMARIO: 1. La decisione n. 17814/2019 del Collegio di Coordinamento ABF. – 2. *Exceptio e replicatio doli*. – 3. La proporzionalità come criterio giustificativo della *replicatio* e la proporzionalità dell'eccezione di prescrizione. – 4. Il Collegio di Coordinamento di fronte alla valutazione *de dolo* o *ex fide bona*. – 5. E le Sezioni Unite di fronte al medesimo genere di valutazione. Conclusioni

1. La decisione n. 17814/2019 del Collegio di Coordinamento ABF

Ripercorro dapprima il fatto su cui il Collegio di Coordinamento ABF si è pronunciato il 18 luglio 2019, con la decisione n. 17814. Una chiara percezione del fatto e delle sue particolarità è indispensabile per dare un qualche senso alle riflessioni delle prossime pagine.

Il fatto è questo. Nel 2018 un cliente si rivolge all'intermediario per avere il rimborso di alcuni buoni postali fruttiferi ¹. I buoni erano stati sottoscritti nel 2006, ed erano scaduti dopo 18 mesi dalla sottoscrizione, nel 2007. La richiesta del 2018 era quindi avanzata a più di dieci anni dalla scadenza dei titoli.

Siccome il credito al rimborso era divenuto esigibile alla scadenza, ed era quello il momento a partire dal quale il diritto poteva essere fatto valere (art. 2935 c.c.), l'intermediario eccepì la prescrizione. Il cliente evidenziò però che al momento della sottoscrizione non gli era stato consegnato il necessario foglio informativo, recante le caratteristiche dei titoli, tra le quali appunto la loro durata. La assenza di informazioni sulla durata sarebbe poi stata in concreto significativa. Quello stesso cliente credeva infatti che la scadenza fosse trentennale (e non di 18 mesi), come era stato per alcune sue precedenti esperienze di investimento.

(*) Lo scritto è destinato al *liber amicorum* per Mario Segni, ed è a lui dedicato con gratitudine e amicizia.

¹ Sulle caratteristiche del titolo e della disciplina a esso applicabile cfr. ora U. MALVAGNA, *Buoni fruttiferi postali e trasparenza*, in questa *Rivista*, 2019, I, 547 ss.

Pacifico in causa l'inadempimento dell'intermediario all'obbligo di consegnare il foglio informativo², sorgeva allora il dubbio che il suo comportamento processuale potesse considerarsi repressibile. Più specificamente, sorgeva il dubbio che la questione della prescrizione potesse essere superata da un'eccezione di dolo generale.

Il Collegio di Coordinamento, richiesto dal Collegio milanese di affrontare il tema «*in considerazione della notevole gravità del problema e del non sicuro orientamento dei Collegi territoriali*», segue un percorso motivazionale collaudato. Il discorso giustificatorio comincia dall'evidenziare la differenza tra *exceptio doli generalis seu praesentis* ed *exceptio doli specialis seu praeteriti*³. Successivamente, vengono passate in rassegna le ipotesi nelle quali la giurisprudenza è solita ritenere che l'*exceptio doli generalis* possa essere utilmente sollevata: sono il caso in cui, nella prospettazione della fattispecie, vengano di proposito sottaciute situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato che abbiano efficacia modificativa o estintiva dello stesso; il caso in cui il diritto sia stato esercitato per realizzare uno scopo diverso da quello in vista del quale esso è riconosciuto dall'ordinamento; il caso in cui il diritto sia stato esercitato all'esclusivo fine di recare pregiudizio ad altri; e il caso infine in cui il diritto sia stato esercitato contro ogni legittima e incolpevole aspettativa altrui⁴.

Detto questo in termini astratti, il Collegio di Coordinamento si rivolge poi alla vicenda concreta, e osserva fondamentalmente tre cose. La prima è che l'intermediario, nel momento in cui fece valere la prescrizione in via di eccezione, probabilmente neppure si pose la questione della mancanza di foglio informativo al momento della sottoscrizione, avvenuta dodici anni prima; la seconda è che l'intermediario non sottacque alcuna circostanza sopravvenuta; e la

² Ancora U. MALVAGNA, *op. cit.*, 562 s.; 567 ss.

³ Cfr. ad esempio Cass., 11 maggio 2012, nn. 7320 e 7321; Cass., 7 marzo 2007, n. 5273. Si avverte che le sentenze citate, di legittimità e anche di merito, sono reperibili tutte nella banca dati *online Pluris*.

⁴ Cito dall'ultimo precedente che mi consta, Cass., 21 giugno 2018, n. 16345, che però si appoggia su varie decisioni dal medesimo contenuto (Cass., 31 luglio 2015, n. 16213 e le tre sentenze citate dal CC: Cass., 12 settembre 2012, n. 15216, Cass., 20 marzo 2009, n. 6896, Cass., 7 marzo 2007, n. 5273).

terza è che la omessa consegna del foglio informativo non risultava ascrivibile a dolo o frode dell'intermediario o di suoi dipendenti ⁽⁵⁾.

Per queste ragioni, il Collegio di Coordinamento nega la fondatezza dell'*exceptio doli* sollevata dal cliente, e in accoglimento dell'eccezione di prescrizione rigetta la sua domanda di rimborso. Il principio enunciato è che «*La mancata consegna al sottoscrittore al momento dell'acquisto dei buoni del Foglio Informativo non impedisce all'intermediario di eccepire, allorché ne venga richiesto il pagamento, l'intervenuta prescrizione*».

Come si può notare, il principio non menziona affatto l'*exceptio doli generalis*, nonostante la intera motivazione sia incentrata su questo rimedio, e nonostante proprio questo profilo rimediale fosse lo specifico punto che il Collegio rimettente aveva sottoposto alla attenzione del Collegio di Coordinamento⁶. È una interessante incongruenza, sulla quale avrò modo di tornare.

2. *Exceptio e replicatio doli*

Questa dunque la decisione. Sulla quale la prima cosa da dire è che il caso deciso dal Collegio di Coordinamento riguarda non già una *exceptio doli generalis*, bensì una *replicatio doli generalis*. Se infatti, come dice il giurista Paolo, *replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis excepti*⁷, allora accusare di dolo generale chi abbia eccepito la prescrizione è un comportamento processuale il quale mira ad evitare l'effetto (che in questo caso è) estintivo del fatto oggetto dell'eccezione, e a consentire così l'utile esercizio del diritto.

Si potrebbe dire che questa constatazione, seppure indiscutibile, altro non è se non un vezzo del lettore un po' *âgé* di un qualche polveroso tomo di una qualche vecchia biblioteca. Ed è così, per certi

⁵ Con ciò assumendo peraltro un concetto di dolo generale non del tutto convincente, come nota U. MALVAGNA, *op. cit.*, 572 ss.

⁶ A leggere la motivazione della decisione del Collegio di Coordinamento, l'ordinanza di rimessione del Collegio milanese gli aveva invero chiesto «*di verificare l'applicabilità a casi come quello di specie dell'istituto di diritto sostanziale denominato exceptio doli generalis, idoneo a neutralizzare gli effetti dell'esercizio di una pretesa o di un potere formalmente fondati allorché, il darvi corso si rivelasse, alla luce delle circostanze concrete, contrario a buona fede (oggettiva)*».

⁷ Paul. *l.s. de var. lect.* D. 44.1.22.1. Sul tema della *replicatio de dolo et fraude* cfr. G. PAPA, *La 'replicatio'. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009, 35 ss.

versi. Solo che non è questo il punto. Il punto è che, tornando alla decisione del Collegio di Coordinamento, la confusione tra i due mezzi processuali, tra *exceptio* e *replicatio*, genera una incongruenza abbastanza evidente. Il Collegio giudica infatti della efficacia o inefficacia di una *replicatio doli* chiedendosi se nel caso concreto ricorrano alcune figure sintomatiche. Ma le figure sintomatiche prese in esame sono quelle elaborate per identificare i casi in cui la *exceptio doli* è efficacemente opponibile. E quelle figure sintomatiche sono appropriate soltanto per l'*exceptio*, e non anche per la *replicatio*. Solo l'attore o comunque chi avanza la pretesa può infatti – le ripercorro – tacere fraudolentemente, nella prospettazione della fattispecie, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso; solo all'attore o a chi abbia avanzato la pretesa può imputarsi di avere esercitato il diritto per realizzare scopi diversi da quello riconosciuto come meritevole di tutela dall'ordinamento; e ancora, l'esercizio del diritto all'esclusivo fine di recare pregiudizio ad altri, ovvero contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui, è contegno possibile solo a chi, per l'appunto, eserciti il diritto.

Se tutte queste sono le situazioni in cui è ritenuto possibile ricorrere efficacemente all'*exceptio doli*, è evidente che nel contempo tutte queste situazioni sono diverse ed estranee al contesto processuale ove può collocarsi un'eccezione di prescrizione, e così l'eccezione sollevata dall'intermediario per paralizzare la pretesa al rimborso avanzata dal suo cliente. A fronte di quella eccezione occorre infatti chiedersi se sia possibile ricorrere efficacemente non già a una *exceptio doli*, ma a una *contraria exceptio*, cioè a una *replicatio doli*. E allora il problema va spostato. Occorre cioè verificare se nella fattispecie decisa dal Collegio di Coordinamento sussistano non già le figure sintomatiche in cui si ritiene che la pretesa possa essere paralizzata da una *exceptio doli*, perché quelle non ci servono, ma se sussistano gli estremi necessari per applicare la *replicatio doli*.

Arriviamo così alla più importante tra le possibili *replicationes doli*. Alludo alla disciplina dell'art. 1460, comma 2°, c.c., vale a dire alla regola per cui l'eccezione di inadempimento non impedisce di accogliere l'azione di adempimento là dove l'eccezione debba ritenersi contraria a buona fede. Alla eccezione di inadempimento sollevata contro la pretesa all'adempimento si replica quindi – con una

exceptionis exceptio – che la eccezione è contraria a buona fede e va quindi disattesa. Non occorre soffermarsi in questa sede sui tratti generali della figura. Dovendoci occupare di una vicenda applicativa, è sufficiente fermare l'attenzione sulla esperienza altrettanto applicativa dell'art. 1460, comma 2°, c.c., per identificare quali siano le figure sintomatiche che giustificano questa *replicatio doli*.

Qui si usano fondamentalmente due criteri.

Il primo è un criterio funzionale simmetrico a quello utilizzato per l'*exceptio doli*. Lì gli effetti dell'esercizio del diritto vengono declinati là dove esso sia usato per scopi diversi da quelli per cui è concesso; qui la deviazione funzionale esclude l'efficacia impeditiva o estintiva dell'eccezione sollevata a sproposito⁸.

Il secondo criterio è invece un criterio di proporzionalità. Si ritiene cioè che il rifiuto di adempiere sia contrario a buona fede, e si nega quindi efficacia impeditiva alla eccezione di inadempimento, quando l'uno e l'altra siano motivati da un inadempimento attoreo di scarsa rilevanza, un inadempimento che nel rapporto con il contrapposto interesse della controparte non abbia l'effetto di alterare l'equilibrio sinallagmatico del contratto⁹. In altri termini, se all'esito di questa valutazione comparativa dei contrapposti interessi risulti che l'eccezione di inadempimento è stata sollevata a fronte di un inadempimento non grave del contraente che pretende l'esecuzione, vale la *replicatio doli* del contraente attore che, sia pure a sua volta inadempiente, pretenda l'altrui adempimento. In questa situazione, la sua pretesa all'adempimento non può quindi essere paralizzata dall'eccezione.

⁸ Il principio risulta enunciato in casi in cui l'eccezione di inadempimento sia stata sollevata per la prima volta nel corso del giudizio, cosa che viene ritenuta sintomatica del fatto che essa sia volta a mascherare una inadempienza del contraente che l'abbia sollevata (Cass., 3 novembre 2010, n. 22353); sostanzialmente, poi il criterio riappare nella sola giurisprudenza di merito (Trib. Milano, sez. VII, 16 luglio 2012; Trib. Nuoro, 2 gennaio 2013; App. Potenza, 14 maggio 2013; Trib. Padova, sez. II, 1° giugno 2017; Trib. Arezzo, 8 febbraio 2018; Trib. Bergamo, sez. III, 26 settembre 2019; Trib. Napoli, sez. XI, 3 ottobre 2019).

⁹ La affermazione ricorre. Nella sola giurisprudenza di legittimità dell'ultimo decennio si vedano almeno Cass., 26 luglio 2019, n. 20322; Cass., 25 giugno 2019, n. 16918; Cass., 22 settembre 2017, n. 22039; Cass., 14 settembre 2017, n. 21315; Cass., 8 novembre 2016, n. 22626; Cass., 26 novembre 2013, n. 26365; Cass., 27 marzo 2013, n. 7759; Cass., 19 luglio 2012, n. 12454.

3. La proporzionalità come criterio giustificativo della replicatio e la proporzionalità dell'eccezione di prescrizione

Tra questi due criteri, è il secondo che fornisce qualche significativa indicazione per il caso scrutinato dal Collegio di Coordinamento. Anche in questa vicenda la questione potrebbe infatti essere posta in termini di proporzionalità, da valutarsi nel rapporto tra eccezione di prescrizione dell'intermediario e suo iniziale inadempimento all'obbligo di consegnare il foglio informativo.

Naturalmente, tra le due *replicationes doli*, quella all'esame del Collegio di Coordinamento e quella che ha condotto alla elaborazione giurisprudenziale del secondo tra i *Fallgruppen* ora descritti, ci sono elementi comuni ed elementi diversi.

In comune c'è un contraente inadempiente (per quanto qui interessa l'inadempiente è l'intermediario che non ha consegnato il foglio informativo) il quale cerca di sottrarsi al versamento della somma pretesa dalla controparte (e cioè il cliente il quale chiede il rimborso dei buoni postali).

Di diverso c'è il fatto che il soggetto attore, e cioè il cliente che chiede il rimborso, non è a sua volta inadempiente. Il cliente nulla ha fatto di male, se non peccare – magari non di negligenza, ma certamente – di ingenuità per il fatto di non aver controllato se la scadenza dei buoni acquistati fosse la medesima scadenza trentennale degli altri buoni nei quali aveva in passato investito. E questa diversità ha un'implicazione significativa.

La legge è infatti esplicita nel dire che può risultare contraria a buona fede l'eccezione con cui si faccia valere il fatto impeditivo, l'inadempimento, commesso dal contraente che sta pretendendo l'adempimento. Questo è detto dalla norma dell'art. 1460, comma 2°, c.c. Ma allora, se questa contrarietà a buona fede è possibile nel caso in cui l'eccezione sia sollevata contro la pretesa del contraente inadempiente, allora a maggior ragione quando il contraente che pretende l'adempimento neppure sia inadempiente (come non lo è il cliente che chiede il rimborso dei buoni postali, il quale magari è malaccorto, ma certo non è inadempiente) ben potrebbe essere ritenuto contrario a buona fede sollevare l'eccezione di prescrizione. Nulla sposta la circostanza che il fatto opposto in via di eccezione sia non impeditivo, ma estintivo: non l'inadempimento, ma la prescrizione. Il

dato significativo è infatti che nella situazione in esame il comportamento inadempiente è solo uno, quello dell'intermediario che solleva l'eccezione, ed è per ciò solo esclusa in radice una possibile proporzionalità tra due inadempienti.

Si dirà che la possibilità è esclusa per definizione, perché per definizione la fattispecie non è sussumibile nella *replicatio doli* di cui all'art. 1460, comma 2°, c.c. Ma questo non significa che il criterio di proporzionalità, elaborato in riferimento a quella norma, non possa essere utilizzato. Si consideri infatti che nella *replicatio doli* della parte inadempiente, la quale voglia ottenere l'adempimento del contraente che si difenda eccependone l'inadempimento, la proporzionalità, il giudizio comparativo degli inadempimenti, è volto a salvaguardare ciò che la giurisprudenza ha chiamato 'equilibrio sinallagmatico' del contratto¹⁰. Il giudizio di proporzionalità è quindi commisurato agli interessi dei contraenti, al sacrificio dell'uno ed al sacrificio dell'altro, e all'esigenza di un equilibrio tra questi possibili sacrifici: il giudizio mira cioè a capire se e quando l'eccezione del convenuto o più in genere di colui nei cui confronti la pretesa sia rivolta sacrifici eccessivamente l'interesse dell'attore o più in genere di chi pretenda l'adempimento. E là dove lo squilibrio si verifichi, la *replicatio doli* deve ritenersi concessa. Ecco allora che, alla luce di un criterio di proporzionalità, l'eccezione di prescrizione sollevata dall'inadempiente (l'intermediario) nei confronti di un soggetto non inadempiente (il cliente che chiede il rimborso) potrebbe essere considerata squilibrata. Se così fosse, e diversamente da quanto sostenuto dal Collegio di Coordinamento, la *replicatio doli* del cliente potrebbe quindi ritenersi fondata per il fatto di alterare in modo inaccettabile l'assetto dei contrapposti interessi.

L'uso del condizionale non è però casuale, né è vuole essere un gesto di cortesia verso l'organo giudicante. In effetti, di sicuro c'è solo che una confusione tra *exceptio doli* e *replicatio doli* non può certo essere condivisa. Precisata però la più appropriata qualificazione dello strumento di tutela di cui si tratta, e proprio perché lo strumento esige una valutazione *de dolo*, non c'è in verità alcuna possibilità di

¹⁰ A tale equilibrio sinallagmatico si riferiscono esplicitamente, quanto meno, Cass., 26 luglio 2019, n. 20322; Cass., 25 giugno 2019, n. 16918; Cass., 8 novembre 2016, n. 22626.

giustificare o al contrario di condannare la scelta del Collegio di Coordinamento. Nell'ambito di una valutazione *de dolo* o *ex fide bona*, è intrinsecamente necessario apprezzare tutte le circostanze del caso concreto. E dato che le circostanze del caso concreto sono variabili tanto quanto sono variabili i fatti della vita, le valutazioni devono allora poter essere altrettanto variabili. Al massimo si può ragionare per figure sintomatiche, nel senso consueto nella applicazione di clausole generali. Ma per quanto questi *Fallgruppen* vengano intesi in senso elastico ed aperto a nuovi ambiti e nuove accezioni della regola ⁽¹¹⁾, resta il fatto che il giudizio *de dolo* o *ex fide bona* sfugge per sua natura a ogni schematismo. Se allora non si riesce a individuare un fatto che non sia stato preso in considerazione all'interno del giudizio, o una incongruenza interna al percorso motivazionale giudizio stesso, diviene veramente difficile, se non impossibile, poter capire se la valutazione *de dolo* o *ex fide bona* sia corretta o no. Ben più facile è opporre valutazione individuale a valutazione individuale, cioè esprimere un giudizio che, secondo il proprio personale apprezzamento, conduca a risultati diversi di quelli raggiunti da altri.

Nel nostro caso, detto qual è stato il giudizio del Collegio di Coordinamento, la valutazione personale di chi commenta quel giudizio non ha nessun interesse. E per questa ragione le ragioni di un possibile dissidio con il Collegio di Coordinamento sono state poc' anzi affidate ad una proposizione ipotetica formulata al modo condizionale.

4. *Il Collegio di Coordinamento di fronte alla valutazione de dolo o ex fide bona*

Ciò detto, va però anche aggiunto che al Collegio di Coordinamento era specificamente chiesta una valutazione *de dolo*. E si è constatato che in effetti la motivazione della decisione è tutta e giustamente votata a un giudizio sulla correttezza o buona fede delle parti.

In chiusura, ci si poteva allora attendere una conclusione nel senso della conformità o difformità a buona fede, o della abusività, o della correttezza o scorrettezza del contegno consistente nella eccezione di prescrizione sollevata dal contraente inadempiente.

Invece il Collegio di Coordinamento pronuncia una massima

¹¹ Cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 35 ss.

stranamente *tranchant*, enunciando un principio di diritto nel modo assolutamente netto che si può leggere nella sua decisione («*La mancata consegna al sottoscrittore al momento dell'acquisto dei buoni del Foglio Informativo non impedisce all'intermediario di eccepire, allorché ne venga richiesto il pagamento, l'intervenuta prescrizione*»)¹², un principio del tutto scevro da riferimenti a buona fede, abusività, correttezza, dolo e quant'altro. Il Collegio di Coordinamento usa dunque l'accetta, e con l'accetta scolpisce una soluzione drastica, molto forte, che non lascia spazio a diverse valutazioni del fatto.

Non è il caso di imputare questo scarto tra percorso motivazionale e principio di diritto a una scelta consapevole dell'organo giudicante. Non c'è modo di sapere se in effetti quella scelta ci sia stata. Ma c'è invece una netta impressione di quale possa essere l'effetto complessivo della decisione, a prescindere dal fatto che questo effetto sia stato voluto o no. Una decisione la quale, da un lato, nel caso concreto rifiuta di concedere il rimedio *de dolo* e, dall'altro, lato neppure menziona quel rimedio nel principio volto ad orientare la giurisprudenza (almeno) dei Collegi territoriali, è infatti decisione la quale di certo non incoraggia possibili valutazioni *de dolo*, o *ex fide bona*, né l'uso dei corrispondenti apparati rimediali nell'ambito dei rapporti bancari.

La cosa è abbastanza strana. Tutti sanno che l'uso della *exceptio doli generalis*, fuori dei pochi casi in cui è tipicamente prevista, è un frutto grandemente debitore degli studi dedicati da Benedetto Portale alle garanzie autonome¹³. Sono quindi studi che esplorano le prassi

¹² C'è di nuovo una qualche imprecisione. Ovviamente, non è questione di impedire o non impedire l'eccezione, ma è questione di efficacia o non efficacia dell'eccezione di fatto sollevata.

¹³ È facile ricordare G.B. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di G.B. Portale, 2, Milano, 1978, 1045 ss.; e poi, negli anni immediatamente successivi, ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 169 ss.; ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 1 ss.; nello stesso torno di tempo v. anche S. MACCARONE, voce «*Contratto autonomo di garanzia*», in *Diz. del dir. priv.*, III, *Dir. comm. e ind.* a cura di U. Carnevali, Milano, 1981, 399 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 169 ss.; E. BRIGANTI, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 573 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1989, 192 ss.

bancarie: sicché è almeno curioso che nel diritto bancario, il quale fu una sorta di cavallo di troia per l'*exceptio doli*, si possa registrare oggi una tendenza antagonista.

5. *E le Sezioni Unite di fronte al medesimo genere di valutazione.*

Conclusioni

Al di là della stranezza, la tendenza merita però di essere attentamente presa in considerazione. Il Collegio di Coordinamento mostra invero una prudenza, nel maneggiare i rimedi *de dolo*, ignota alla giurisprudenza togata.

Alludo evidentemente alla decisione delle Sezioni Unite 4 novembre 2019, n. 28314: sentenza normalmente discussa e commentata in riferimento al tema della nullità relativa e delle cosiddette nullità selettive; e, tuttavia, sentenza nella quale la questione della nullità è soltanto un passaggio per giungere al vero *thema decidendum*.

Le Sezioni Unite si pronunciano infatti su di un motivo di ricorso con cui veniva censurato l'accoglimento di un'eccezione di compensazione sollevata dall'intermediario contro una pretesa restitutoria del cliente. La genesi dell'eccezione è evidentemente ancorata agli effetti per l'appunto restitutori fatti valere in esito della richiesta declaratoria di nullità del contratto quadro. E la questione della nullità non è affatto controversa, ed è anzi risolta con efficacia di giudicato¹⁴. Il titolo non c'è più; bisogna decidere solo ed esclusivamente della estensione degli effetti restitutori derivanti dalla assenza di un titolo giustificativo per lo spostamento patrimoniale.

Collocare la questione nel quadro delle regole settoriali sulla nullità contrattuale, e cercare in queste regole una improbabile soluzione per un problema che per sua essenza presuppone esaurita la questione della nullità¹⁵, tutto questo può essere visto come un gesto di riguardo verso

¹⁴ Il dato è ben rimarcato da S. MONTICELLI, *Le nullità selettive secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 163 ss., *ivi* a p. 164.

¹⁵ Come pure le Sezioni Unite mostrano di fare, in una lunga parentesi giustificatoria che si risolve peraltro in un altrettanto lungo *obiter dictum*. Su questa impostazione metodologica si collocano anche M. GIROLAMI, *La fiera delle nullità*, in *Annuario del contratto 2018* diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2018, 63 ss. (e poi ID., *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 154 ss.); C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto*

un nobile argomento teorico. Ma alla fine il nodo problematico è diverso, e deve essere (ed in definitiva è) sciolto su un piano diverso¹⁶, che è per l'appunto il piano dei rimedi *de dolo*.

Orbene, in linea di principio un'eccezione di dolo generale opposta alla pretesa restitutoria non ha nulla di strano¹⁷. Se infatti si ammette l'eccezione di dolo generale in linea di principio, non c'è ragione per non consentire che essa venga sollevata per difendersi da una domanda di ripetizione dell'indebito. E non conta che la domanda restitutoria sia proposta in ragione e in conseguenza di una nullità contrattuale relativa o assoluta, rilevabile d'ufficio o no, di protezione o non di protezione. Non c'è bisogno di giustificare questo piano rimediale contro la ripetizione dell'indebito; c'è solo bisogno di darne una applicazione coerente e sensata.

Queste coordinate astratte sono allora la chiave per leggere la decisione¹⁸. E in questa chiave, tra tutti i più o meno condivisibili ragionamenti delle Sezioni Unite¹⁹, qui viene in considerazione

normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 176 ss.) e il commento – che infatti si vuole riferire per lo più (ed esplicitamente) a ciò di cui le Sezioni Unite non si sono occupate – di D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 160 ss.

¹⁶ Piano diverso della *post* – nullità, come dice S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 169 ss., *ivi* a p. 170.

¹⁷ Allo stesso modo in cui, in materia di contratti conclusi fuori sede dall'intermediario, nulla di strano le stesse Sezioni Unite, 3 giugno 2013, n. 13905 ebbero a ravvisare in una valutazione *ex fide bona* capace di neutralizzare il recesso scorrettamente esercitato dal cliente.

¹⁸ Come più di altri fa S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente debole?*, in *Persona e mercato*, 2019, 123 ss., spec. 125 ss.

¹⁹ Per quanto specificamente riguarda i temi qui in discussione, osservo che non possono in alcun modo convincere né l'idea di un'eccezione di dolo generale ancorata alla presenza di uno specifico intento di danneggiare (un'azione «*preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'altro contraente*», dicono le Sezioni Unite), né le accezioni soggettiva e oggettiva della buona fede, che le Sezioni Unite fanno coincidere rispettivamente con quell'intento, e con un principio di equilibrio tra i rispettivi sacrifici. Quanto al primo aspetto critico, per il vero istituzionale, sia sufficiente rinviare ad A.A. DOLMETTA, voce «*Exceptio doli generalis*», in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, spec. 13 s.; F. RANIERI, voce «*Eccezione di dolo generale*», in *Digesto/civ.*, VII, Torino, 1991, 311. Quanto al secondo, al di là dei sin troppo facili

soprattutto il fatto che la sentenza si spinge a definire il confine tra buona e mala fede, là dove consente all'intermediario, convenuto dal cliente che vuole la restituzione di quanto ha versato, ma a fronte dei soli ordini di acquisto risoltisi in perdite, di «*opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità* (ma in realtà della pretesa restitutoria) *determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini*».

Questo è il punto: il giudice di legittimità accerta il confine tra buona e mala fede senza poter conoscere il fatto concreto, accontentandosi di un confronto aritmetico tra valore complessivo degli ordini andati a buon fine e valore complessivo degli ordini che abbiano generato perdite per il cliente. È stato detto che «*non è chiaro però come e perché una sottrazione aritmetica costituisca applicazione della regola di buona fede*»²⁰. Ed è proprio così. Di più, si può anche aggiungere che la intrinseca rigidità di un'operazione matematica si colloca agli antipodi di un giudizio necessariamente elastico qual è quello di buona fede. La buona fede esiste per superare le rigidità delle norme formali, sicché costringere la buona fede nella formalità della aritmetica è un controsenso. D'altro canto, una soluzione diversa, una soluzione capace di superare l'astrattezza aritmetica per aderire alle circostanze del caso concreto, sarebbe assai vicina al giudizio di merito precluso (sinanco) alle Sezioni Unite²¹.

In conclusione, è forse più convincente la prudenza: è forse meglio rinunciare a un'avventura affidata ad argomentazioni che qualcuno ha definito 'pompose'²², e accontentarsi del sobrio 'contemplare il mare

riferimenti alle norme codicistiche che smentiscono le concezioni di 'soggettivo' e 'oggettivo' accolte dalla motivazione, basti citare (perché è riferito a questa sentenza) il paragone della buona fede usata nella decisione con un «*passerpartout, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette*» (R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in www.questionegiustizia.it (7 gennaio 2020), 6.

²⁰ D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in dirittobancario.it, 2019, 2

²¹ Cfr. infatti l'acuta notazione di A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, I, 106.

²² D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, cit., 161.

MARCELLO MAGGIOLO

dal porto' del Collegio di Coordinamento ABF.