

MAURO GRANDI

**L'ABUSO DEL DIRITTO E SUE
APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI**

INDICE

PARTE PRIMA

PROFILI GENERALI

CAPITOLO I – DEFINIZIONE E CONFINI DELL’ABUSO DEL DIRITTO

1. Premessa 1
2. Breve panoramica sul concetto di diritto
soggettivo.....4
3. Le elaborazioni della dottrina in tema di abuso
del diritto..... 17
4. Abuso del diritto ed *exceptio doli generalis*..... 50
5. Abuso del diritto e divieto di *venire contra
factum proprium* 65
6. Abuso del diritto e *Verwirkung* 73
7. Riferimenti normativi dell’abuso del diritto.....81

PARTE SECONDA

APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

CAPITOLO II – APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELL’ABUSO DEL DIRITTO NELL’AMBITO DEI RAPPORTI CONTRATTUALI

1. Premessa 105
2. Abuso del diritto e buona fede *in executivis* 106

3. Profili di abusività del recesso della banca nei contratti di finanziamento 114
4. Abuso del diritto, recesso e recesso *ad nutum* .. 121
5. Abuso del diritto (e del processo) e domanda frazionata di credito unitario 134

CAPITOLO III – APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELL’ABUSO DEL DIRITTO NEL DIRITTO SOCIETARIO

1. Premessa 145
2. Brevi cenni sulla prospettiva istituzionalistica e contrattualistica delle società di capitali e sul cd. “interesse sociale” 149
3. L’abuso della maggioranza nelle delibere assembleari 160
4. Le condotte abusive della minoranza 192
5. Altre fattispecie “abusive” nell’ambito delle società di capitali 206

CAPITOLO IV – APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELL’ABUSO DEL DIRITTO NEL DIRITTO TRIBUTARIO

1. Premessa 211
2. Le prime applicazioni dell’abuso del diritto e l’influenza della giurisprudenza comunitaria.... 212
3. Il divieto di abuso del diritto quale espressione di norme costituzionali 231
4. Fattispecie problematiche e profili critici dell’istituto 238
5. Abuso del diritto e clausola generale antielusiva 247

BIBLIOGRAFIA 255

Capitolo I

Definizione e confini dell'abuso del diritto

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Breve panoramica sul concetto di diritto soggettivo – 3. Le elaborazioni della dottrina in tema di abuso del diritto – 4. Abuso del diritto ed *exceptio doli generalis* – 5. Abuso del diritto e divieto di *venire contra factum proprium* – 6. Abuso del diritto e *Verwirkung* – 7. Riferimenti normativi dell'abuso del diritto

1 - Premessa

La nozione di abuso del diritto si presenta all'interprete non solo come molto controversa ma, soprattutto, e prima ancora, sfuggente ed incerta nei suoi caratteri costitutivi e addirittura nella possibilità logica della sua predicabilità: già a livello definitorio, essa deve fare i conti con una sua intrinseca ed apparentemente insuperabile contraddittorietà: dove c'è diritto non può esserci abuso; dove c'è abuso già non c'è più diritto, i due termini si escluderebbero a vicenda. La stessa storia delle dottrine relative all'abuso del diritto risulta infatti essere soprattutto la storia di una inesausta ricerca, sul piano concettuale e sul piano della pratica giudiziale, di condivisibile e ferme condizioni di utilizzazione di tale formula.

Se davvero questo rappresenta il fulcro del problema dell'abuso del diritto, allora il primo passo da compiere è rappresentato inevitabilmente dal fare il punto su uno dei due termini essenziali coinvolti nella costruzione di tale figura giuridica: il concetto di diritto

soggettivo¹. È risaputo che di diritto soggettivo molto si sia discusso e scritto, sotto ogni profilo, sia dogmatico che tecnico². È evidentemente impossibile dar conto del tema nella sua completezza: qui interessa unicamente fornire una panoramica che, per il prosieguo del discorso, consenta di comprendere quali radici teoriche e quali elementi strutturali entrano in gioco, e consenta, quindi, di comprendere i riferimenti sottintesi nelle dottrine sull'abuso. In particolare modo, ove l'intento dichiarato sia quello di affrontare un ragionamento sull'abuso di diritto che si svolga anche sul piano del valore concettuale di tale formula, non ci si può esimere dall'affrontare un concetto ad esso senz'altro "prodromico", vale a dire appunto il diritto soggettivo.

¹ Osserva puntualmente NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943, p. 2, che chiunque «si sia accinto a studiare problemi che involgono questioni di ordine generale si sia immediatamente preoccupato di esaminare il problema del diritto soggettivo, quale fondamento necessario su cui poggiare l'intera costruzione».

² «Per d.s. può, quindi, intendersi: a) una categoria di particolari ordinamenti; b) una categoria generale attinente all'organizzazione concettuale del diritto privato; c) una categoria attinente all'organizzazione concettuale di altri rami del diritto o del diritto tout court; d) una categoria filosofica. (...) Una tale intersezione di piani può spiegare come le polemiche intorno al concetto di d.s. possano avvenire non solo per ragioni tecniche, ma ideologiche, come avvenne, ad esempio, da parte di vari studiosi tedeschi (attivi soprattutto a Kiel) alla metà degli anni trenta, i quali vi contrapposero l'idea di solidarietà sociale, avviando un dibattito che a tutt'oggi non è completamente sopito»; così MONATERI, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VI, Torino 1990, p. 411 ss.

Del resto, tanto il profilo della complessità del concetto di diritto soggettivo e di quello di abuso del diritto, quanto il profilo della loro reciproca dipendenza sono stati ben espressi in una recente riflessione sul tema: «si nota subito come la teoria dell'abuso abbia il grado di complessità comune a tutti i dogmi che potrebbero definirsi di secondo grado, ossia ai dogmi che diano già per conosciuto e per accettato un altro dogma di primo grado. Naturalmente non è così. I dogmi di secondo grado devono assumere come un postulato proprio quello che è oggetto di una discussione ancor viva. Questa sorta di consapevole finzione è quasi sempre indispensabile per l'economia stessa del ragionamento. Anche nel caso dell'abuso del diritto, si resterebbe paralizzati fin dall'inizio se non si procedesse per necessità argomentativa dal postulato arbitrario che "diritto" nella sua proiezione soggettiva sia un concetto ormai immune da negazioni radicali»³.

Al fine di delineare poi i confini tra l'abuso del diritto e fattispecie che allo stesso sono state di volta in volta affiancate (o addirittura, da taluni, ad esso sovrapposte), si procederà ad una breve disamina della *exceptio doli generalis*, del principio del divieto di *venire contra factum proprium*, nonché della peculiare figura della *Verwirkung*, la cui ammissibilità nel nostro ordinamento è oggetto di particolare controversia.

Infine, come necessario in una prospettiva che non vuole relegare l'abuso del diritto a fenomeno di matrice extra-giuridica, si procederà ad una, sia pur rapida, disamina delle norme che di tale figura sono state viste sintomatica espressione all'interno di un ordinamento

³ BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, III, p. 68.

positivo che, come il nostro, non conosce una clausola generale di divieto.

2 – Breve panoramica sul concetto di diritto soggettivo

La nozione di diritto soggettivo, nel significato più elementare e generico in cui può essere utilizzata dai giuristi della tradizione di *civil law*, indica sostanzialmente una certa posizione di vantaggio di un soggetto dell'ordinamento giuridico, il quale si trova, conseguentemente, a poter esercitare legittimamente facoltà e poteri⁴.

In particolare, peraltro, nell'esperienza giuridica italiana il diritto soggettivo si può dire costituisca «(...) al tempo stesso una nozione di diritto positivo (oggettivo) ed un concetto utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tanto nel diritto privato, quanto in altri settori del diritto, sia per fini conoscitivi sia per fini pratici»⁵, e che quindi nella sua duplice funzione debba

⁴ Si limita ad enunciare una definizione elementare di diritto soggettivo, da intendersi come «(...) libertà garantita all'individuo, o a un gruppo privato, da una norma giuridica: vuol dire potere di volontà e di azione che la norma concede al soggetto, o al gruppo, nei confronti di uno, o di più, o di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.», l'opera che costituisce l'indiscusso punto di partenza della recente riflessione sull'abuso del diritto in Italia, RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 e ss., ora pubblicato, con altri saggi sul tema, in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna 1998, (a quest'ultima opera devono intendersi riferite le citazioni effettuate)..

⁵ GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile 7* (diretto da Sacco), Torino 2001, p. 3.

essere considerato. Questa comprensiva nozione di diritto soggettivo, con i tratti, la portata, le connotazioni che oggi siamo abituati a riconoscergli, costituisce frutto peculiare del secolo diciannovesimo, l'età delle codificazioni⁶.

Altrettanto risultano sostanzialmente concordi e uniformi le ricostruzioni storiche della nozione e acclarati i processi e le matrici che l'hanno prodotta. Essa incarna, nel secolo diciannovesimo, da un lato il significativo prodotto dell'atteggiamento che arriva a celebrare la volontà individuale, nel quadro della progressiva caduta dei vincoli di *status* caratteristici dell'antico regime⁷; dall'altro lato rappresenta una

⁶ «Nello stato liberale dell'Ottocento, succeduto allo Stato delle monarchie assolute, è logico che la personalità umana, configurata come soggetto del diritto, acquisti il massimo rilievo, e che pertanto il diritto soggettivo venga posto al centro dell'indagine e dei dibattiti»; così FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano 1968, p. 7.

⁷ Una chiara rappresentazione di come alla base della idea di diritto soggettivo vi sia la affermazione della individualità e della volontà del singolo si ritrova in GORLA, *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Milano 1948. In particolare l'Autore individua tali fermenti già nel periodo medievale, quando, dalla rovina del mondo romano, si compie un processo di ricostruzione della personalità, sia pure nelle forme "più barbare e rozze". Ben consapevole che soltanto con la riflessione giusnaturalista e illuminista si inizia a parlare di diritti e di diritti "originari", egli afferma però che alla base dei diritti si trova comunque la affermazione della personalità che già qui si compie, come già germoglia - secondo Tocqueville - un «sentimento "aristocratico" della libertà e dei diritti. (...) Qui non astrattamente all'uomo, per natura o ragione, si riconoscono diritti e personalità, ma a chi uomo o gruppo ha radicati nella propria storia, nella propria tradizione, nella attività sua e dei suoi, personalità e diritti.», pp. 32-33.

formula che emancipa il discorso relativo ai diritti dal tecnicismo del sapere romanistico relativo alle azioni⁸.

Se questi sono i portati fondamentali della categoria del diritto soggettivo, si può dire che essa è tuttora avvertita dalla scienza giuridica continentale come cardine imprescindibile dell'ordinamento giuridico, termine necessario per la costruzione di qualsivoglia discorso giuridico; questo è vero nonostante la nozione stessa sia stata ripetutamente oggetto di forti critiche e contestazioni, tali che hanno fatto parlare di crisi del concetto di diritto soggettivo. Stante la sua centralità non si può non ricostruirne i passaggi che ne hanno determinato la struttura essenziale di legittima posizione di vantaggio di un soggetto all'interno dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive. Ogni indagine storica è sempre partita dalla considerazione dell'ordinamento romano, laddove nasce il termine *ius*, ma che nulla ha a che fare con quanto modernamente si può intendere per diritto soggettivo.

È stato autorevolmente e ripetutamente affermato⁹ che nella tradizione dell'antichità romana (ma anche in

⁸ Individua queste due fondamentali ragioni storiche e logiche GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 12.

⁹ «È abbastanza pacifico che non vi sia traccia del concetto di diritto soggettivo nell'antichità greca e romana. Per una consolidata tesi storiografica si ritiene che società "comunitaristiche" quali la *polis* greca e la *civitas* romana, nelle quali la figura di un individuo spogliato delle sue molteplici appartenenze è pressoché inconcepibile, non potessero ammettere un concetto giuridico come quello di diritto soggettivo, fortemente dipendente da una visione individualistica e convenzionalistica del contratto sociale»; così LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996, p. 51.

quella greca) non c'è traccia del concetto di diritto soggettivo, laddove ostano alla configurabilità di tale nozione la struttura “comunitaristica” della società romana e, ancor più, l'impossibilità di rinvenire nella struttura del diritto romano classico la distinzione tra posizione giuridica sostanziale e rimedio processuale, di talché l'unica categoria che possa essere messa a confronto con quella di diritto soggettivo risulta essere quella dell'*actio*. Parimenti si può sostenere che nemmeno l'esperienza giuridica medievale mostri di conoscere il concetto di diritto soggettivo: piuttosto la sola categoria giuridica realmente significativa era quella di *status*, una categoria capace di rappresentare la situazione del soggetto che trova la sua ragion d'essere sociale nel trovarsi solidamente radicato nella struttura gerarchica dell'ordinamento feudale (si ritrova in quest'epoca nel termine *recht*, corrispettivo dello *ius* del diritto romano, la stessa ambiguità di significato che caratterizzava quest'ultimo, capace di significare molte situazioni, ma nessuna riconducibile a quella moderna di diritto soggettivo). Neppure in epoca rinascimentale è dato rinvenire traccia del concetto. Nel lungo trascorrere di questi periodi non si può dunque parlare di diritto soggettivo; è però possibile seguire a ritroso le tappe dei movimenti ideali che ne hanno preparato il terreno. Se è vero che solamente nel secolo diciannovesimo convergono in una autonoma categoria concettuale alcune significative svolte teoriche nel senso della costruzione dell'individualità giuridica del soggetto, le più risalenti tra queste possono fin d'ora essere indagate: una di natura ideale, l'altra più strettamente tecnica: «la svolta che prepara la dottrina giuridica europea all'assunzione di una categoria come questa è la rivoluzione epocale segnata dal pensiero

cristiano. In questo vi è una netta tendenza a individualizzare la nozione di diritto naturale che accompagna la soggettivizzazione del concetto d'essere umano»¹⁰.

Questa è la grande impostazione di fondo che costituisce l'indispensabile presupposto della moderna nozione di diritto soggettivo. Nel campo della dottrina giuridica tale radicale mutamento di prospettiva trova applicazioni e declinazioni nel lavoro affrontato dalla scuola dei Glossatori bolognesi, i quali indicano la direzione della distinzione tra titolo giuridico e oggetto di esso, accanto a quella della distinzione tra posizione giuridica sostanziale e rimedio processuale¹¹.

Sono questi i primi passi dell'evoluzione che arriverà a costruire l'idea dell'ordinamento giuridico come costruito attorno a posizioni giuridiche proprie, di spettanza dei soggetti stessi dell'ordinamento:

«la categoria moderna del diritto soggettivo emerge così dalla convergenza di due principali sviluppi teorici: da un lato dall'operazione che distingue tra titolo giuridico e oggetto di questo, e tra titolo giuridico e rimedio processuale operata dalla Scuola bolognese, e d'altro lato dalla soggettivizzazione della nozione di *jus naturale*, che finisce per estendersi al concetto più generale di *jus*, proveniente dal pensiero cristiano»¹².

Sono i principi del giusnaturalismo razionalistico e dell'illuminismo a portare a compimento l'uscita dagli

¹⁰ LA TORRE, *op. cit.*, p. 55

¹¹ Per la fondamentale distinzione tra approccio "sostanziale" e approccio "rimediale" all'ordinamento delle relazioni intersoggettive, e che costituisce anche la chiave di lettura delle due grandi famiglie giuridiche europee, cfr. MONATERI, *op. cit.*, in particolare p. 416.

¹² LA TORRE, *op. cit.*, p. 57

schemi degli *status* e del particolarismo giuridico, conducendo sostanzialmente alla universalizzazione e unificazione del soggetto di diritto. Su queste fondamenta concettuali si costruiscono i tratti della posizione propria ed identificativa del soggetto, attore della vita giuridica: il diritto soggettivo.

Tutto inizia, si è detto, con l'idea del diritto soggettivo come posizione giuridica nuova, autonoma e rappresentativa della soggettività individuale. In questa sua prima declinazione tale nozione sta ad indicare, appunto, la sfera della libera esplicazione della volontà e della potestà degli individui, nozione la cui esistenza e il cui valore si giustifica di per sé, unicamente per il fatto di essere attribuzione ed espressione del soggetto libero e razionale. Di questo modo di intendere il diritto soggettivo si può trovare qualche eco sino alla metà del diciannovesimo secolo, come testimonia la emblematica affermazione contenuta in un testo manualistico della prima metà dell'ottocento: «i diritti considerati come potenze libere ed inviolabili, ci sono così scoperti dalle facoltà umane e dal bisogno della natura e ci sono dimostrati dalla ragione»¹³.

Tale alba della nozione di diritto soggettivo non conosce però lunga vita: è molto vicino un suo radicale rivolgimento che, conservando l'apparenza di tale nozione, la svuota però del suo originario contenuto. Pur conservando la definizione di diritto soggettivo come sfera di libertà e potestà dell'individuo, fa di esso in realtà quanto di più estraneo all'autonomia del soggetto. È la coincidenza della nascita del concetto di diritto

¹³ LA TORRE, *op. cit.*, p. 61, laddove riporta alcuni brani tratti da DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, Parte I, Pisa 1844, p. 28

soggettivo, come risultante delle matrici teoriche più sopra evidenziate, e della nascita dello stato moderno a modificare bruscamente il significato del diritto soggettivo. Questi due movimenti e le istanze ad essi sottese si trovavano decisamente a configgere, e il loro dualismo viene risolto nel senso della soccombenza dei connotati originari del diritto soggettivo.

Proprio della riflessione ottocentesca, infatti, è l'operazione di riduzione del contenuto di potere e facoltà che costituisce il nucleo del diritto soggettivo esclusivamente alle statuizioni dell'ordinamento giuridico, ai rapporti di forza istituiti e garantiti dall'ordinamento giuridico¹⁴, ed è questo l'evento che segna il discrimine della storia del diritto soggettivo.

Questa sostanziale trasformazione del significato di diritto soggettivo, e quindi anche della valenza che lo stesso assume nella costruzione di una teoria generale dell'ordinamento giuridico, è senz'altro la ragione contingente della sua enorme diffusione nei sistemi di *civil law*, della sua pervasività, della sua capacità di conformare la struttura e il funzionamento del discorso giuridico, e questo pur nella diversità delle ricostruzioni teoriche del suo contenuto. Il diritto soggettivo, in un primo momento, conserva quindi la sua definizione di potere della volontà, ma tale espressione conosce una

¹⁴ GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 13; osserva che la riflessione ottocentesca matura la sua visione del diritto soggettivo come celebrazione della volontà individuale, ma «questi sviluppi maturano nel momento in cui lo Stato rivendica a sé il controllo delle fonti del diritto. La riflessione intorno al diritto soggettivo deve così affrontare in modo esplicito il problema di conciliare il positivismo giuridico e la sovranità statale con la dottrina del diritto soggettivo, santuario dell'autonomia privata».

declinazione pienamente funzionale al suo collegamento con l'unica legittima ed effettiva fonte di potere, costituita dalla volontà dello Stato sovrano¹⁵.

Il diritto soggettivo diventa un potere di cui il soggetto dispone in quanto gli viene garantito da parte dell'ordinamento giuridico¹⁶; in questo si sostanzia la rivoluzione che, in breve volgere di tempo, coinvolge la nozione di diritto soggettivo: da *proprium* del soggetto ad attribuzione dello Stato, da concetto "fondante" dell'ordinamento a concetto "fondato"¹⁷.

¹⁵ GRAZIADEI, *op. loc. cit.*, fa notare che «nelle pagine dei classici, cui risale questa impostazione, il discorso si svolge in termini ancora più netti: il potere della volontà che costituisce il nucleo del diritto soggettivo è il potere concesso dall'ordinamento giuridico ai privati».

¹⁶ GRAZIADEI, *op. cit.*, n. 28 a p. 14; MONATERI, *op. cit.*, ricorda che si deve a Savigny la identificazione del diritto soggettivo con la «sfera in cui si concede sia sovrana la volontà del titolare del diritto» e che «l'impostazione volontaristica del Savigny ebbe fortuna e divenne classica; la si ritrova presso i maggiori pandettisti, e fu portata a perfezione da Windscheid, secondo cui il diritto è una signoria alla volontà per cui essa è decisiva per l'attivazione o l'esistenza di un dato precetto imposto dall'ordinamento giuridico».

¹⁷ La coincidenza tra la formazione della moderna idea di diritto soggettivo - nelle sue matrici soggettivistiche e liberali - e la nascita dello stato moderno non poteva che condurre a tale conclusione; il positivismo giuridico si fa fautore dell'inevitabile processo che culmina nella costruzione dello stato come forma preferenziale, anzi esclusiva, del giuridico; «In questa operazione(...) la scienza giuridica ha trovato sul suo cammino l'ostacolo di una categoria, il diritto soggettivo, la quale, nell'accezione di —giuridico— adottata da quel sapere, finiva per risultare pregiuridica se non talvolta addirittura anti-giuridica.» LA TORRE, *op. cit.*, p.3.

Una rivoluzione inevitabile, che costituisce il prodotto del positivismo giuridico e della sua opera di costruzione dello Stato come monopolista delle fonti del diritto e della regolamentazione dei rapporti: «in una cultura imbevuta di positivismo giuridico, il discorso sul diritto soggettivo si iscrive nella dimensione del diritto oggettivo. L'eredità storica della riflessione ottocentesca intorno al diritto soggettivo si traduce nella teoria secondo cui il diritto soggettivo è estrinsecazione del diritto oggettivo. In questa prospettiva, il diritto soggettivo è il potere che l'ordinamento giuridico garantisce al soggetto»¹⁸.

Ed è con questa portata teorico-generale, con questo sottinteso valore che la definizione imperniata sulla equazione diritto=potere conosce enorme fortuna, accompagnandosi e scortando la fortuna della moderna forma-Stato. È grazie alla sua perfetta funzionalità alla struttura e agli scopi dello Stato moderno che la nozione di diritto soggettivo, in particolare nella sua declinazione volontaristica, come potere della volontà, deve in gran parte la sua centralità. Nel contesto di siffatta operazione di risemantizzazione, si può affermare anche che la teoria volontaristica del diritto soggettivo viene più convenientemente declinata come “teoria della pretesa”: il diritto soggettivo viene cioè risolto nel potere, riconosciuto a ciascun soggetto, di valersi degli strumenti processuali che l'ordinamento giuridico predispone a tutela delle relazioni interindividuali.

In un secondo momento è sempre all'interno dell'elaborazione della dottrina tedesca - nella quale si svolge particolarmente e compiutamente, fino agli esiti

¹⁸ GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 13.

negatori di Kelsen, la parabola del diritto soggettivo come concetto - che si compie una decisa contestazione della teoria volontaristica del diritto soggettivo. Essa muta decisamente i connotati di tale figura teorica, senza tuttavia modificarne la collocazione e la funzione, il suo essere intrinsecamente e necessariamente espressione del diritto oggettivo: si tratta della teoria del diritto soggettivo come interesse protetto giuridicamente, quindi per mezzo dell'azione, che si lega essenzialmente al nome di Jhering.

L'intenzione di tale Autore è quella di negare ogni presupposto volontaristico della teoria del diritto soggettivo, intendendo così espungere da tale figura quanto di arbitrario riteneva connesso al definirla come signoria della volontà individuale. Si tratta di un deciso cambio di prospettiva, dalla centralità del volere, arbitrio dell'individuo, alla centralità della utilità, dei beni della vita: in Jhering muta il modo di intendere la funzione del diritto soggettivo, funzione eminentemente pratica in quanto centrata sulla nozione di interesse, che altro non sta ad indicare se non le condizioni di vita dei soggetti. Ma la nozione di diritto soggettivo, in tale Autore, «(...) poggia sul momento sostanziale dell'interesse e sul momento formale della garanzia giuridica: sono due i momenti che costituiscono il concetto del diritto (sc. soggettivo), uno sostanziale, nel quale sta il suo scopo pratico, cioè l'utile, il vantaggio il guadagno che deve essere garantito mediante il diritto, e uno formale, che si atteggia come semplice mezzo rispetto a quello scopo, cioè la tutela giuridica, l'azione»¹⁹.

¹⁹ Così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche, Parte prima, Il concetto di diritto*, V ed. riv., 23 Milano 1996, p.

Tale teoria, comunque, pur ponendosi in netta contrapposizione rispetto all'elemento volontaristico del diritto soggettivo, ed al metodo della dogmatica, in nessun modo giunge a mettere in discussione il profilo del suo collegamento con il diritto oggettivo, né il valore, l'autonomia e la necessità della figura stessa del diritto soggettivo; è ben lontana dal negarla come arriveranno a fare in seguito la dottrina di Kelsen e le teorie dei realisti scandinavi²⁰.

199, con ivi la citazione tratta da JHERING., *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, V ed., vol III, Leipzig 1906, p.359.

²⁰ In proposito cfr. LA TORRE, *op. cit.*, pp. 66 e ss., il quale parla per Kelsen di “prospettiva riduzionistica”, che mira al superamento della contrapposizione tra diritto pubblico e privato e diritto soggettivo e oggettivo risolvendo l'area della giuridicità unicamente nel diritto pubblico e oggettivo. Così legge la “teoria pura del diritto” di Kelsen già FROSINI, *La struttura del diritto*, 2° ed., Milano 1968, il quale la colloca in un ampio contesto di concezioni negatrici del diritto soggettivo, ritenute prevalenti nella prima metà del novecento. In tal senso accomuna i due grandi fautori della eliminazione della figura del diritto soggettivo: «(...) si è verificata una esclusione della *facultas agendi* perché tutto l'interesse si è incentrato sulla *norma agendi*, e cioè sulla *règle de droit* di Duguit o sulle *Normen* del Kelsen. Posti di fronte a una sorta di duplicazione della realtà giuridica fra diritto soggettivo da una parte e diritto oggettivo dall'altra, si è ritenuto incompatibile il primo con il secondo; alla associazione dei due, al difficile equilibrio e contemperamento tra l'uno e l'altro (...) si è preferito operare una riduzione concettuale al “diritto sociale” o all'ordinamento normativo», p. 11. Per una trattazione più diffusa sulla crisi del diritto soggettivo agli inizi del ventesimo secolo cfr. ancora FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, VII, 1961, pp. 115 e ss.

Entro questi indiscussi presupposti la teoria del diritto come interesse protetto dall'ordinamento introduce altri significativi elementi per la costruzione della nozione di diritto soggettivo. Elementi che ne costituiscono i capisaldi, variamente combinati nelle teorie successive. Tant'è che, fino ad oggi, si può tranquillamente parlare della persistenza e predominanza nel discorso giuridico di impostazioni che propongono il diritto soggettivo come una commistione di elementi delle due teorie: diritto come potere e diritto come interesse²¹.

Si parla di una nozione sincretica del diritto soggettivo come ormai consolidata nella nostra tradizione giuridica, la quale conduce a definire tale figura come la zona entro la quale al privato è consentito agire secondo il suo insindacabile arbitrio, ovvero entro cui si riconosce un potere alle sue determinazioni «(...) alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse, di attuare un dato rapporto». Si può parlare di una stratificazione di elementi costitutivi, coesi dal consolidamento della riflessione. «Innanzitutto la nozione di diritto soggettivo è agganciata al fatto interiore della volizione del soggetto titolare. Tale volizione può essere esteriorizzata nei confronti del controinteressato, attraverso una dichiarazione, attraverso un comportamento (...) o attraverso la proposizione di una domanda giudiziale. Nella suddetta definizione ormai

²¹ Per una ampia panoramica sulla gamma delle soluzioni elaborate, con particolare riguardo alla dottrina italiana cfr. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978, nonché MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano 1987, in particolare p. 248 e ss.

accolta si crea, poi, una dicotomia tra il fatto interiore soggettivo, e l'interesse considerato o meno meritevole di tutela. Si aggancia la tutelabilità alla meritevolezza dell'interesse (alla sua omologabilità con l'interesse tipo per il cui perseguimento il diritto è concesso), e l'attuazione in concreto di tale tutela al fatto volitivo (esteriorizzato) del soggetto favorito. (...) si mette al centro della scena la volontà, ma la si controlla con la nozione di interesse. Interesse tutelato dal diritto soggettivo e scopo della norma che concede la tutela divengono due facce della stessa medaglia, e la visione teleologica all'ordinamento sale sul palcoscenico»²².

A questo punto della vicenda del diritto soggettivo si può allora riconoscere queste due componenti, della volontà e dell'interesse, quali elementi costitutivi della nozione, parametri imprescindibili anche di ogni riflessione sull'abuso. Elementi che si sono consolidati ed in varia misura coesistono: entrambi risultano infatti debitori di una ricostruzione che li lega indissolubilmente al diritto oggettivo, secondo l'impostazione che si è rivelata storicamente vincente. Inoltre, entrambe le posizioni che li accolgono si pongono comunque nella prospettiva di considerare il diritto soggettivo come concetto, come categoria su cui riflettere per comprendere e spiegare la struttura dell'ordinamento, e non come mero strumento della prassi.

²² MONATERI, *op. cit.*, p. 420; il quale peraltro, rilevata tale tendenza, ne contesta decisamente il metodo e l'utilità, affermando che l'unica ragione dell'inserimento della categoria dell'interesse nella definizione di diritto soggettivo risiede nella volontà di internalizzare un sistema di limiti non espliciti al diritto stesso, limiti che sono in realtà prodotto della interpretazione ed applicazione giurisprudenziale.

Ed è proprio la possibilità di parlare del diritto soggettivo come concetto che consente di affrontare l'analisi dell'abuso del diritto inteso come categoria concettuale.

3 – Le elaborazioni della dottrina in tema di abuso del diritto

Nell'introdurre il concetto di “abuso del diritto”, è d'uopo procedere anzitutto alla enunciazione delle varie ricostruzioni storiche dello stesso, ascrivibili essenzialmente alla dottrina francese da fine Ottocento alla prima metà del Novecento, e dando conto successivamente dalle posizioni recepite e poi autonomamente elaborate dalla dottrina italiana, prevalentemente più recenti, sviluppatasi soprattutto sulla scia della fondamentale opera di Rescigno del 1965²³ - e della sentenza che ne ha fornito l'occasione, Cass. 15 novembre 1960, n. 3040 - anche se non mancano, tra i nostri autori, fondamentali opere risalenti ai primi anni del secolo scorso²⁴.

Ripercorrere la storia e le varie tipologie di studi sull'abuso del diritto consente di cogliere un dato che non sempre viene opportunamente evidenziato e che tuttavia risulta alquanto significativo, ossia che in tutte le teorie considerate vi è non solo una successione cronologica e un continuo dialogo, ma anche un filo rosso che traccia una evoluzione precisa sotto l'aspetto

²³ RESCIGNO, *op. cit.*

²⁴ ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, rist. , Padova 1979, ma già in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 295 ss.; nonché LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova 1912.

della configurazione e del ruolo da attribuirsi alla figura dell'abuso; una evoluzione che, forte della progressiva sistemazione dei rapporti tra il divieto di abuso e il divieto degli atti emulativi, tra l'abuso e le singole fattispecie abusive tipizzate, tra l'abuso e le clausole di buona fede e correttezza, conduce ad una sempre più consapevole e matura affermazione della autonomia concettuale della figura stessa.

È indiscutibile che, nelle sue prime manifestazioni, la nozione di abuso del diritto si sia configurata come un principio etico piuttosto che giuridico. L'esigenza di reagire all'incondizionato potere che tradizionalmente costituisce il contenuto dei diritti soggettivi e anzi esaurisce la loro definizione²⁵, trovava la più naturale e immediata espressione mediante il tentativo di

²⁵ Per vedere tematizzata la stretta e strutturale interdipendenza tra la nozione di abuso e la categoria del potere e le sue modalità di estrinsecazione, anche e soprattutto nelle logiche della normazione e dell'attribuzione delle prerogative soggettive, vedasi MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano 1998, p. 1 ss., ove anche una acuta analisi della evoluzione delle modalità operative e delle logiche del potere e, quindi, conseguentemente, anche del modo di intendere i diritti soggettivi e l'abuso: «ma nelle opere e nelle analisi contemporanee ha preso il posto una nuova rappresentazione giuridica del potere. L'idea del potere essenzialmente centrato sul comando e sull'osservanza di contenuti e limiti fissati a priori è assolutamente estranea ai nuovi procedimenti di potere. Questi funzionano, infatti, creando omogeneità e normalizzazione, anziché distinzioni ed esclusioni; di conseguenza si esprimono in strategie che assumono la forma del controllo, attraverso tecniche molto più complesse del semplice effetto di un "divieto"», p. 6.

introdurre nei giudizi sulle condotte giuridicamente rilevanti un criterio correttivo extragiuridico²⁶.

Ad illustrazione di tale assunto pare opportuno presentare le tesi di due autori francesi, in quanto oltremodo rappresentative di tale atteggiamento, oltre che significative espressioni dell'ambiente culturale a cui si deve la nascita della categoria stessa dell'abuso.

Alla dottrina francese si deve la prima e più massiccia elaborazione della problematica dell'abuso: come rilevato dalla dottrina più autorevole, «la formula “abuso del diritto” apparve per la prima volta nella giurisprudenza francese, nel secolo scorso, in materia di proprietà. Ci si chiese in quell'occasione se ogni forma di esercizio del diritto soggettivo fosse da considerare legittima, per il fatto stesso di essere estrinsecazione del diritto, o se la tutela dell'ordinamento dovesse invece essere negata ad atti del proprietario che, pur rientrando nei limiti del diritto, erano sentiti dalla coscienza sociale come abusivi, perché dettati dalla intenzione di nuocere e non rispondenti ad alcuna meritevole esigenza. Formulando il principio dell'abuso, la giurisprudenza

²⁶ Secondo MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, p. 348, la categoria dell'abuso del diritto ha rappresentato negli ordinamenti giuridici europei, fino al momento della “laicizzazione del dibattito sulle clausole generali e sul criterio di buona fede”, una categoria etica, tramite la quale attuare la realizzazione di dettami di giustizia sostanziale. Questa idea si trova esplicitata nel pensiero di GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss., il quale inserisce la tematica dell'abuso «nel problema più vasto della realizzazione di una effettiva giustizia nell'esercizio dei diritti», p. 1408.

francese si mostrò favorevole all'idea di un controllo "contenutistico" del diritto soggettivo, ammettendo in alcune ipotesi la responsabilità del titolare del diritto, anche se il danno era stato causato nell'esercizio del diritto stesso. La dottrina manifestò invece opinioni discordanti: una parte sostenne l'assoluta insindacabilità dell'esercizio del diritto che non avesse oltrepassato i limiti stabiliti dalla legge (...); un'altra parte affermò invece l'insufficienza di una legittimità formale, ma non riuscì ad elaborare un criterio unitario per determinare le forme "abusive" di esercizio del diritto, e seguì strade diverse nella formulazione del principio. Così (...), a seconda dei diversi contesti culturali ed ideologici, furono indicati vari parametri (morale, finalistico, intenzionale, ecc.), in base ai quali valutare l'eventuale abusività dell'esercizio del diritto»²⁷. Una figura, «(...) sorta in Francia, ad opera della giurisprudenza, come reazione e correzione ai principi che costituiscono le fondamenta ideologiche e giuridiche del codice napoleonico: il formalismo legale e l'assolutismo dei diritti»²⁸; e forse proprio per la valenza che la figura

²⁷ PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, p. 2.

²⁸ MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, p. 33; v., altresì, RESCIGNO, *op. cit.*, p. 28: «il problema, anzi l'idea stessa dell'"abuso di diritto", nasce, come già si è accennato, nell'ambito dell'ordinamento liberale della società del secolo scorso. Sul piano giuridico la distruzione dei vincoli individuali con le comunità particolari aveva cercato di portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato e si era tradotta nella proclamazione dell'eguaglianza di tutti innanzi alla legge. Sul piano economico, gli stessi principi ponevano l'individuo di fronte al gioco delle leggi dell'economia, onde si creava e si acuiva una sostanziale disuguaglianza, in contrasto stridente con l'uguaglianza formale». La

dell'abuso assume nel paese del Codice napoleonico, particolarmente esplicita è la connotazione correttiva e il riferimento extragiuridico di queste riflessioni. In particolare, si esamineranno la tesi svolta da Savatier, secondo il quale il tratto identificativo dell'abuso deve essere ravvisato nella immoralità della condotta con cui il diritto viene esercitato, ma anche la tesi di Josserand il quale ravvisa l'abuso nella "antisocialità" della condotta medesima, cioè nella circostanza che essa risulta contrastante con la funzione sociale in vista della quale il diritto viene riconosciuto dall'ordinamento giuridico. È evidente come il divieto di abuso si sostanzia, in entrambe tali impostazioni, in parametri extragiuridici, rispondenti non tanto alla logica interna, alla *ratio* degli strumenti giuridici e delle loro condizioni di utilizzo bensì, piuttosto a valutazioni di carattere etico e ideologico.

ricognizione interpretativa delle origini e delle ragioni storiche della figura dell'abuso è largamente condivisa in dottrina: anche PATTI (*op. loc. cit.*), rileva che «volendo brevemente indicare le ragioni che determinarono questo processo, può dirsi che la formulazione del principio dell'abuso del diritto appare una conseguenza dell'assolutezza dei principi enunciati dopo la rivoluzione francese. La proclamazione dei diritti e la garanzia delle libertà diedero all'economia la certezza dei rapporti che essa richiedeva, ma nel contempo permisero uno sviluppo del tutto autonomo rispetto ad ogni controllo ed intervento dello Stato, favorendo così il verificarsi di "abusi". (...) L'elaborazione della figura compiuta nell'esperienza francese appare in definitiva particolarmente significativa con riferimento all'epoca che ne vide la nascita, ma essenzialmente legata ad essa, perché fu determinata e rispose a particolari esigenze di un certo momento storico e di un determinato ambiente».

Quanto alla posizione di Savatier²⁹, infatti, se da un lato viene affermata con forza la legittimità e l'utilità della figura dell'abuso del diritto, dall'altro lato si tratta però di una affermazione che davvero prescinde da ogni collegamento con la logica del sistema giuridico; il fondamento dell'abuso è infatti indicato a chiare lettere nel contrasto tra una determinata condotta di esercizio di una prerogativa, pur attribuita da una norma giuridica, e i dettami della morale³⁰.

L'Autore, in realtà, premette a questa affermazione una indagine delle prerogative soggettive e una classificazione di varie tipologie di diritti soggettivi, arrivando con ciò a circoscrivere il possibile ambito di realizzazione di un abuso, ma detta indagine non condiziona in alcun modo il nucleo teorico della sua riflessione, nel senso che non risulta funzionale a collegare il divieto di abuso alla struttura ed alla *ratio* del diritto soggettivo.

Egli individua anzitutto cinque categorie di diritti, nei quali riconosce come caratteristica strutturale quella di essere dei "diritti di nuocere" ed afferma che, in

²⁹ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris 1951.

³⁰ Oltre a Savatier tale impostazione si deve anche alla elaborazione di DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p.307 ss., e ID., *Le droit subjectif*, Paris 1952. Tale Autore, in particolare nell'opera più recente, si ritrova a sostenere la tesi della immoralità del diritto, ma come soluzione necessitata per evitare la caduta nella contraddizione, apparentemente insolubile, individuata da Planiol, secondo la quale, sostanzialmente, se vi è diritto non può esserci abuso e se c'è abuso non c'è diritto; questo pur avendo l'Autore correttamente intuito la non coincidenza tra abuso e illecito.

relazione ad essi, non può parlarsi di eventuale abuso; ciò non significa che il loro esercizio sia insindacabile, bensì che essi sono soggetti ad un proprio specifico criterio di controllo: la loro “misura” è data dall’equità. Fintantoché l’esercizio di tali diritti si mantiene entro i limiti fissati dall’equità, quindi dai valori etici e sociali che essa esprime, non v’è spazio perché essi possano generare responsabilità, ma nel momento in cui travalica questi limiti non si può certo parlare di abuso del diritto bensì di illecito, cioè di assenza del diritto stesso.

Sono invece suscettibili di abuso esclusivamente diritti in cui il “diritto di nuocere” non è costitutivo della loro struttura, ma risulta dal loro specifico regolamento normativo; l’abuso presuppone che l’esercizio del diritto si mantenga nei limiti di una esatta corrispondenza al regolamento normativo e, ciò nonostante, venga avvertito come contrastante con un dovere morale in virtù della anormalità del danno che esso provoca³¹.

³¹ Savatier non è il solo autore che invoca il criterio del danno al fine della individuazione e qualificazione di una vicenda abusiva; si veda altresì CHARMONT, *De l’abus de droit*, in *Revue trim. de droit civil*, 1902, p. 122 ss.; è chiaro però che tale criterio non può avere la capacità di costruire la nozione di abuso, e quindi individuare una categoria giuridica sulla base dei suoi effetti. In particolare critica aspramente questa impostazione GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963, l’intento del quale è proporre l’abuso come una “forma qualificativa autonoma”, accanto a quella di diritto soggettivo e di illecito; egli osserva: «Ma parlare di danno “anormale”, al fine di discriminare l’esercizio abusivo dall’esercizio lecito del diritto, vuol dire fare implicitamente appello a un elemento che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all’esercizio del diritto, e quindi tale che ad esso venga connessa una

Oltre alla necessità di compiere una distinzione strutturale delle prerogative soggettive, ecco quindi che Savatier avverte la necessità di introdurre nella propria ricostruzione un'ulteriore parametro di riconoscimento dell'abuso, quello della anormalità del danno. Nell'economia della sua riflessione, tanto la classificazione delle prerogative soggettive suscettibili di abuso quanto il criterio del danno dovrebbero fornire la concreta misura della riscontrabilità e utilità della figura. Rimane però ferma l'affermazione di principio, l'individuazione del fondamento del fenomeno: l'abuso può aversi nell'esercizio di un diritto esattamente conforme al suo schema legale, laddove esso risulti però contrastante con un dovere indicato dalla legge morale;

responsabilità. Nel qual caso, è troppo evidente che è quest'ultimo, il criterio dirimente l'esercizio lecito dall'esercizio abusivo del diritto: non già, cioè, l'anormalità del danno, ma ciò che rende giuridicamente rilevante il danno relativo all'esercizio del diritto», p. 79, n. 4. Più di recente fanno riferimento all'elemento del danno, ma per ricostruire la nozione di abuso al di fuori dell'ambito dei rapporti giuridici, e sul presupposto di una dimensione "relazionale" dell'abuso del diritto, BUSNELLI-NAVARRETA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 171 ss.; in particolare a p. 204-205 si osserva: «La regola che consente di specificare il dato della "relazionalità" rispetto all'esercizio di un diritto diverso da un diritto relativo è, dunque, l'ingiustizia del danno che, non solo, identifica l'altro soggetto coinvolto, attraverso la titolarità di un interesse meritevole di protezione risarcitoria, ma permette altresì di risalire alla diversa tipologia di impatto, determinata dal formale esercizio del diritto, in quanto elemento capace di contribuire a risolvere il conflitto di interessi determinato dalla fattispecie illecita».

il fatto che sia moralmente un illecito lo rende, per ciò solo, fonte di responsabilità giuridica³².

Colpisce particolarmente la posizione di Savatier (e con lui quella di Dabin) perché, senza alcun equivoco, ravvisa la possibilità di riconoscere e perseguire l'abuso sostanzialmente sulla scorta di un sistema di regole parallelo ed estraneo al sistema normativo, il sistema delle regole morali, che assume a vero e proprio correttivo delle norme giuridiche.

Accanto alla tesi di Savatier, è interessante esaminare un'altra famosa concezione dell'abuso del diritto elaborata dalla dottrina francese, quella riconducibile essenzialmente alla riflessione svolta da Josserand³³, che assume, quale parametro sulla scorta

³² MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli 2003, p. 98, sottolinea la continuità di simile impostazione rispetto ad una "tradizione risalente, riconducibile, secondo una ricostruzione accreditata, all'età del diritto intermedio e agli sviluppi della teorica dell'*aemulatio*, volta a censurare la condotta maliziosa del proprietario". In realtà, nella costruzione delineata da Savatier non sembra venga dato alcun peso alla componente psicologica "maliziosa" dell'agente, bensì sembra che rilevi la oggettiva contrarietà alla legge morale della sua condotta. Più che collocare la sua teoria nel contesto della riflessione sulla *aemulatio* e sulla rilevanza dei motivi dell'agire, pare utile riguardarla sotto il profilo della configurazione dei rapporti tra diritto e morale; l'Autrice stessa sottolinea l'interesse di questa tematica e l'attenzione che ha suscitato nelle riflessioni della scienza giuridica; vedasi. nota 54 a p. 99 e la bibliografia ivi citata.

³³ JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939; a parere di GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 94, con questa opera "il processo di teorizzazione dell'abuso raggiunge la sua fase di maggior penetrazione e maturità", egli ascrive al pensiero di Josserand due acquisizioni fondamentali e irrinunciabili in tema di abuso

del quale valutare la configurabilità e la consistenza dell'abuso, la funzione sociale del diritto soggettivo. Josserand riflette dunque sulla nozione stessa e sulla struttura del diritto soggettivo, con un'indagine che lo porta a riconoscere in ciascun diritto posto dall'ordinamento giuridico una sua propria ragione d'essere, un particolare "*esprit*" funzionale alle differenti, confliggenti ma componibili, dinamiche della convivenza intersoggettiva. Suddivide quindi i diritti soggettivi in tre essenziali categorie: quelli "*à esprit égoïste*", quelli "*à esprit altruiste*" e quelli "*non causés*", e qualifica i primi due tipi come diritti relativi ed il terzo come diritti assoluti³⁴.

Una volta riconosciuto che ciascun diritto si qualifica in virtù del suo "*esprit*", Josserand arriva alla fondamentale affermazione, che segna una irrevocabile e irrinunciabile acquisizione per la teoria dell'abuso del diritto, secondo la quale l'abuso è assolutamente distinto dall'illecito, poiché gli atti abusivi consistono in atti che "*ne violent pas la lettre (...) de la loi, mais ils en choquent l'esprit*"³⁵. Più specificamente, l'*esprit* di

del diritto: quella della strutturale, ontologica diversità tra atti illeciti e atti abusivi e quella «del fatto che la qualificazione in termini di abuso denunci una essenziale "*relativité des droits*", e ponga quindi in evidenza la complessa struttura della qualificazione in termini di diritto soggettivo», p.95.

³⁴ Lo stesso RESCIGNO, *op. cit.*, accoglie questa classificazione ed ne fa in certo qual modo la base della sua riflessione: la preminenza dell'attenzione che egli presta alla categoria dei diritti potestativi, in quanto caratterizzati dalla ampia misura di discrezionalità connessa al loro esercizio mostra una chiara coincidenza e discendenza dalla categoria dei diritti acausali o immotivati, «(...) i diritti cioè che si sottraggono ad ogni forma di sindacato circa i motivi e lo scopo dell'atto», p.22.

³⁵ JOSSERAND, *op. cit.*, p. 360.

un diritto incarna, in rapporto allo specifico contenuto della relativa norma, l'“*idéâl collectif du moment*”, la funzione che gli è attribuita dalla comunità, la sua funzione sociale; l'abuso consiste propriamente nel contrasto tra l'atto di esercizio del diritto e la sua funzione sociale³⁶.

Si vede chiaramente come questa tesi e quella di Savatier riflettano in fondo la medesima impostazione, consistente nel ricercare al di fuori del sistema giuridico il criterio, il termine di raffronto, alla luce del quale valutare l'esercizio del diritto soggettivo. Giorgianni rivolge appunto questa medesima critica all'opera di Jossierand, che pure considera il più profondo e acuto indagatore dell'abuso del diritto; egli ritiene che l'equivoco si compia nel momento in cui il giurista francese confonde il significato dell'“*esprit*” del diritto e, anziché confermare che esso coincide con l'“*idéâl collectif du moment*” - cioè, secondo l'interpretazione dello stesso Giorgianni, «come interesse, o valore, caratterizzante un determinato ambiente culturale in quanto in esso predominante in un determinato momento storico, e inerente alla stessa struttura formale del diritto soggettivo»³⁷ - lo identifica nella “finalità”

³⁶ Jossierand accoglie, dunque, il criterio teleologico per la individuazione dell'abuso; per i caratteri di tale impostazione vedasi MULLER-ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss.

³⁷ GIORGIANNI, *op. cit.*, p.100; si deve sottolineare, peraltro, che tra le moderne teorie dell'abuso del diritto assumono spazio preminente quelle che invocano come criterio la considerazione dell'interesse in vista del quale il diritto è attribuito; si tratta però del concreto e puntuale interesse consistente nella “funzione economico-sociale” della norma e

del diritto. Egli è convinto che tale disinvoltura terminologica porti con sé una ben più significativa confusione concettuale, che «provoca la trasposizione del discorso del Josserand su un piano metascientifico-giuridico: il che spiega il richiamo a concetti di ordine morale come “egoismo” e “altruismo”»³⁸.

La funzione sociale del diritto cui Josserand fa pur sempre riferimento è un criterio extragiuridico, un criterio che rinvia a «qualcosa che è fuori dal diritto e, forse, lo precede»³⁹; in sostanza Josserand, nell'indicare come parametro dell'abuso la funzione sociale o finalità del diritto soggettivo fa riferimento, non diversamente da Savatier, ad un sistema di valori che sono estranei al diritto e che sono sostanzialmente ravvisati nelle istanze e dinamiche che guidano la convivenza sociale.

L'esatta comprensione della consistenza e del significato delle componenti sostanzialmente metagiuridiche che sostanziano, in prima istanza, la figura dell'abuso, è consentita dalla fondamentale opera di Rescigno, alla quale il dibattito deve la esplicitazione

desumibile dalla lettera e dalla collocazione sistematica della stessa, non invece, come sembra in Josserand l'interesse inteso genericamente come valore, come espressione della ideologia che ispira la convivenza sociale.

³⁸ GIORGIANNI, *op. loc. cit.*, parla di « trasposizione del discorso del Josserand dal piano giuridico al piano metagiuridico della “finalità” del diritto, cioè al piano della “*relativité des droits*” intesa non più epistemologicamente come formale, ma ideologicamente come “concept social” inerente alla contrapposizione tra “*individualisme*” e “*socialisme juridique*”».

³⁹ MESSINA, *op. cit.*, p. 95.

delle più profonde matrici storiche e ideologiche della figura⁴⁰.

Questo è l'esito della particolare prospettiva da cui muove l'Autore, secondo il quale l'indagine sull'abuso del diritto esige di essere impostata non tanto sul piano dogmatico quanto sul piano delle manifestazioni storiche della figura: in tale ottica «la diversità degli strumenti positivi adoperati non toglie unità al problema dell'abuso, se si guarda il problema nei termini che si è cercato di chiarire, e cioè come “questione”, sorta storicamente dallo sviluppo e dalle contraddizioni della società liberale e dell'economia capitalistica, e mantenuta aperta dalla crisi sempre più acuta della società liberale e del suo sistema economico»⁴¹.

Così impostato il tema, come una questione di reazione dell'ordinamento - talvolta codificata, come nei codici venuti a formazione più tardi del codice Napoleone, talvolta elaborata in seno all'ordinamento stesso, come nei casi significativi del sistema italiano e francese - al tentativo compiuto dalle società liberali di «portare l'individuo in relazione immediata con lo Stato», Rescigno ravvisa due grandi posizioni ideologiche che accompagnano questo processo e quindi sorreggono l'affacciarsi dell'abuso sulla scena della riflessione teorica in merito all'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive (la giurisprudenza mostrava già da tempo - rispetto alle riflessioni di

⁴⁰ RESCIGNO, *op. cit.* Oltre alla ricchezza della riflessione sugli aspetti applicativi e teorici svolta dall'Autore, alla sua opera va riconosciuto, *in primis*, il merito di aver senza infingimenti evidenziato che quello dell'abuso del diritto rappresenta un tema «(...) nel quale si incontrano e si misurano, con particolare evidenza, le diverse ideologie dei giuristi», p. 33.

⁴¹ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 31.

Josserand, di Dabin o di Savatier - di voler e saper fare uso della nozione di abuso del diritto)⁴². Si tratta, *lato sensu*, della ideologia cattolica e della ideologia socialista⁴³, ciascuna delle quali comporta il riferimento ad un proprio codice etico ed a propri parametri di giudizio, estranei a quelli del sistema normativo. L'aver ravvisato questo contesto storico e queste matrici ideologiche conduce Rescigno ad affermare con chiarezza che cosa l'abuso del diritto rappresenta, quantomeno in queste prime, esemplari, compiute elaborazioni: nell'un caso la pretesa che «il giudice civile possa conoscere e sanzionare il peccato»⁴⁴,

⁴² Si vedano in proposito le due più risalenti pronunce delle corti francesi: il caso Colmar e il caso Clement-Bayard, di cui dettagliato resoconto in MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, p. 33 ss.

⁴³ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 33: «i due aggettivi vanno intesi in un'accezione non rigorosa: l'ideologia d'ispirazione cattolica non si identifica col giusnaturalismo; l'ideologia socialista non coincide rigorosamente con la concezione marxista della vita e della storia. Sarebbe più esatto contrassegnare la seconda con termini più vaghi, quali solidarista o sociale (...)».

⁴⁴ L'Autore arriva a tale drastica conclusione essenzialmente sulla scorta del pensiero di Dabin e di alcuni passaggi davvero inequivocabili della sua opera: «la meditazione cattolica sul problema giuridico rischia così di concludersi nella teologia morale, e rischia d'identificare l'abuso col "peccato", poiché la sanzione irrogata dalla norma positiva si aggiunge e presuppone la censura morale. Questo approdo alla teologia, e ad una concezione teologica del peccato e della grazia, si rivela con estrema lucidità in alcuni passaggi del discorso: dove si parla di "biasimo" del titolare del diritto in virtù di "una norma di specie diversa da quella della giuridicità, una norma concorrente e, sotto certi aspetti, regolatrice della prima"; e, più ancora, là dove si dice, riassumendo in brevi tratti la sostanza dell'abuso di diritto, che "l'atto

nell'altro caso un "travestimento laico" del peccato sotto la forma della "riprovazione della coscienza collettiva". In questa sua ricostruzione teorica delle fondamenta dell'istituto, Rescigno giunge ad affermare che, al di fuori delle posizioni che riconoscono ed elaborano la figura dell'abuso entro la matrice delle due grandi impostazioni ideologiche cattolica e socialista - le altre posizioni sono sostanzialmente volte a negare la figura: «le altre costruzioni presentano un interesse minore, poiché finiscono per risolvere il problema dell'abuso di diritto attraverso la negazione di uno dei due termini. In genere dei due termini "abuso" e "diritto soggettivo", si muta, ed anzi si sovverte, il significato tradizionale del secondo. Il concetto di diritto soggettivo viene ripudiato quale superstite residuo della metafisica, "ipostasi metafisica dell'anima"; e ad esso viene sostituito il concetto di "funzione". È evidente che la conversione del diritto soggettivo in funzione apre agevolmente la strada del controllo circa l'esercizio del diritto e circa l'eventuale abuso. Ma il termine "abuso" acquista un diverso significato, se mutano il senso e la nozione del diritto soggettivo, come avviene allorchè il diritto viene trasformato, *tout court*, in funzione sociale»⁴⁵.

Accanto alle citate ricostruzioni teoriche, non mancano tuttavia autori che negano assolutamente

economicamente irreprensibile non sarà "salvato" se ha peccato per un certo eccesso (*outrance*) che lo renderebbe moralmente odioso"; infine nelle parole che scorgono, nell'eventuale contrasto tra l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un perenne conflitto della tecnica e dell'umano». Così RESCIGNO, *op. cit.*, pp.37-38, citando DABIN, *op. cit.*, pp. 294 e 298.

⁴⁵ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 34.

legittimità all'abuso stesso: si tratta di opinioni che storicamente continuano a riproporsi nella dottrina civilistica continentale.

La prima celeberrima opposizione all'abuso del diritto è quella propugnata da Planiol⁴⁶, il quale autore, risolvendo drasticamente la dinamica dell'ordinamento giuridico nella dualità "diritto soggettivo–illecito" conclude quindi che o la condotta è qualificabile come esercizio del diritto, e perciò intangibile e insindacabile, oppure fuoriesce dai confini tracciati dal diritto soggettivo e consiste in un illecito, come tale sanzionabile: *tertium non datur*. Sua è la formula, fatta propria da tutti gli autori che hanno successivamente negato la categoria dell'abuso, secondo cui "*le droit cesse où l'abus commence*"⁴⁷.

Di fatto Planiol non nega l'interesse che la figura mostra di aver raggiunto nelle applicazioni giurisprudenziali e certo ritiene di doverne fare menzione; quello che nettamente contesta è la rilevanza sistematica dell'abuso, data la sua irriducibilità all'interno del sistema della responsabilità civile se non tramite la sua inclusione nella categoria dell'illecito. «Ma ciò che va ben chiarito, tuttavia, è che al Planiol non sfugge affatto la peculiarità del "dato" indicato dalla giurisprudenza pratica e teorica con l'espressione "abuso del diritto". Ciò che avviene è unicamente invece che, premuto da un'improrogabile esigenza sistematica, egli si trovi indotto a ricondurre questa particolarissima figura giuridica nell'ambito dei principi della teoria della responsabilità tramandati dalla tradizione dottrinale, concludendo le sue considerazioni

⁴⁶ PLANIOL., *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Paris 1900.

⁴⁷ PLANIOL, *op. cit.*, p. 269.

sull'abuso con l'affermazione secondo cui, posto che i diritti soggettivi sono "*limités dans leur étendue et soumis par leur exercice à des conditions diverses*", e che l'abuso del diritto "*sort de ces limites*", ovvero manca a "*ces conditions*", ponendosi per ciò stesso in rapporto di "contrarietà" col diritto, non potrebbe costituire che un illecito»⁴⁸.

E non mancano anche nella dottrina civilistica italiana numerose e variegate posizioni che negano la categoria dell'abuso: alcune risentendo di questa stessa difficoltà delle prime elaborazioni francesi, le quali non riescono a configurarne la giuridicità, altre negando che, nella struttura dell'ordinamento giuridico, residui uno spazio per la categoria dell'abuso, giacché i casi cui esso fornisce riposta non presentano alcun problema che non possa essere risolto tramite la clausola di buona fede oppure il divieto degli atti emulativi.

Merita senz'altro di essere esaminata, anche perché rappresenta la più risalente⁴⁹, completa elaborazione della dottrina italiana, l'opera di Rotondi, la riflessione del quale costituisce un fondamentale termine di riferimento per tutti i giuristi che si occupano del tema.

L'Autore nega la giuridicità della figura dell'abuso svolgendo tuttavia, in un approfondito confronto con l'esperienza francese, una rilevante analisi delle sue problematiche, e discutendo altresì l'affermazione,

⁴⁸ Così GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 82, L'Autore ravvisa la medesima impostazione anche in Ripert (RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, IV ed., Paris 1949) il quale si occupa dell'abuso e, a tal fine, prende in esame una casistica giurisprudenziale concentrata unicamente sul modello degli atti emulativi, sempre allo scopo di far rientrare l'abuso del diritto nella categoria dell'illecito.

⁴⁹ ROTONDI, *op. cit.*,

apodittica, secondo cui abuso e diritto soggettivo vanno considerati come due termini del tutto incompatibili, che non possono essere accostati⁵⁰.

Secondo Rotondi, invero, l'abuso costituisce senz'altro oggetto di interesse della giurisprudenza, pratica e teorica; deve essere indagato e deve trovare riscontro in sede applicativa, con la fondamentale precisazione che non può essere considerato una categoria giuridica ma è invece un "fenomeno che esiste di fatto" e per questo «(...) può trovare il suo "antidoto" in sede interpretativo-giudiziaria nel senso che qui si "debba" operare in modo da "prevenire" l'abuso, anche se il "rimedio radicale starà nelle mani del legislatore", dacché solo quest'ultimo potrà prestare una "regolare e continua opera di revisione dei singoli istituti del diritto, in uniformità dei nuovi bisogni"»⁵¹.

⁵⁰ ROTONDI, *op. cit.*, Prefazione, p. 5: «E' stato detto e ripetuto che - sul piano del diritto positivo - abuso e diritto sono termini incompatibili, per cui la formula abuso di diritto sarebbe un non senso e una contraddizione *in terminis*. Eppure quello che dal punto di vista del diritto positivo sembra un non senso, è una realtà e prende un contenuto se si considera un comportamento oltre che da un punto di vista giuridico, da un punto di vista morale. "*Non omne quod licet honestum est*", e la divergenza della valutazione diventa tanto più facile nel processo del tempo, se si confronta, in un regime di norme scritte, la lenta modifica di queste rispetto alla continua evoluzione della coscienza morale».

⁵¹ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 25, assume la posizione di Rotondi a misura delle posizioni di tutti gli autori che negano l'abuso del diritto; ne rifiutano, però, la rilevanza come categoria e problema giuridico, non già come fenomeno sociale ché, anzi, come tale viene riconosciuto essere una "costante ineliminabile dell'esperienza". E, opportunamente sottolinea Rescigno, viene classificato come fenomeno esterno ma non

Simili affermazioni si comprendono alla luce del fatto che, secondo Rotondi, l'abuso è sì un fenomeno di fatto, ma che si colloca in rapporto di stretta interrelazione con il sistema delle norme positive e funziona in un certo senso come loro correttivo, come «(...) cartina di tornasole, a livello sociale, della inadeguatezza, maturata nel tempo, con cui il diritto disciplina un dato comportamento o consente una data prerogativa»⁵².

Rispetto alle tesi elaborate dalla dottrina francese sopra esaminate, Rotondi si colloca su un diverso piano, ma forse ciò che cambia è solo una sua maggiore consapevolezza circa la collocazione dell'abuso, non la funzione essenzialmente "correttiva" di esiti iniqui che esso svolge. Ritiene, infatti, che l'abuso interpreti non già un conflitto tra il diritto soggettivo e il suo esercizio, bensì un «conflitto tra la formulazione rigida e tradizionale di una norma giuridica e quella che è (...) la nuova coscienza giuridica del popolo»⁵³; un "fenomeno sociale" quindi, e non giuridico, che tuttavia interpella il legislatore per una legislazione sempre più completa, che non lasci spazio ad utilizzi anormali delle prerogative soggettive.

Le fondamentali interpretazioni sviluppate da Planiol e Rotondi possono essere considerate come particolarmente rappresentative di quel radicato e costante atteggiamento della dottrina volto a contrastare la figura dell'abuso, ed esprimono le due obiezioni

estraneo, non irriducibile all'ordinamento giuridico, essendo destinato ad influire su esso: «il fenomeno viene collocato in una zona che non appartiene o, meglio, non appartiene ancora alla realtà giuridica positiva».

⁵² MESSINA, *op. cit.*, p. 107

⁵³ ROTONDI, *op. cit.*, p.24.

strutturali che ad essa possono essere mosse: l'una stigmatizza la radicale insostenibilità concettuale dell'abuso, l'altra la sua irriducibile extragiuridicità.

Sulla strada tracciata da questi autori si collocano molte posizioni convergenti. Si pensi, per esempio, a Barassi, maestro di Rotondi, il quale pure nel 1930 aveva avuto modo di pronunciarsi sul tema, abbracciando la più drastica posizione secondo cui il concetto stesso di diritto soggettivo esclude la possibilità di concepirne l'abuso: «l'ordine giuridico ci consente di agire e di muoverci a nostro piacere: se no a che servirebbe la garanzia che al titolare di un diritto è concessa circa l'appartenenza e quindi l'esercizio del suo diritto? E se, viceversa, si sconfinava, allora non vi è abuso, ma addirittura fatto illecito. Tuttavia, se si ponga un limite, fondato sulla buona fede e sullo scopo, al diritto garantito ad ognuno, si verrebbe a creare difficoltà grandissime al giudice, per la sua grande elasticità»⁵⁴.

Analogamente, occorre ricordare la posizione di Santoro-Passarelli, ad avviso del quale la figura dell'abuso del diritto «oggi, non ha più ragion d'essere, perché per definizione, il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal

⁵⁴ BARASSI, *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Milano 1930, p. 123. «

diritto e, in quanto tali, si intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali»⁵⁵.

Soprattutto però queste due tipologie di obiezioni mosse alla figura dell'abuso configurano due nodi concettuali con i quali, a quanto pare, ogni riflessione successiva è chiamata a misurarsi; anche in lavori molto recenti si ritrova la consapevolezza di dover dar conto della nozione di abuso di fronte alla sua quantomeno apparente contraddittorietà e di fronte al dubbio che essa rimandi a criteri di giudizio extragiuridici, risultando anche superflua laddove l'ordinamento comunque predispone alcuni strumenti che consentono di sindacare lo svolgimento dei rapporti e delle prerogative soggettive in conformità della propria *ratio* (è il caso del divieto degli atti emulativi e del principio di buona fede, sui quali sempre si concentra la riflessione).

Non si può, infine, trascurare un accenno ad altre, profonde resistenze che si possono ritrovare sul percorso dell'abuso del diritto; tra queste indubbiamente si colloca quella radicata nel timore che il sindacato che esso comporta sul contenuto o sulle modalità di esercizio del diritto soggettivo si ponga in irrimediabile contrasto con il dogma della certezza del diritto⁵⁶. Il

⁵⁵ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1957, p. 77.

⁵⁶ Si deve a MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1950, l'esplicitazione, tra gli autori italiani, di questo, diffuso, motivo di diffidenza nei confronti dell'abuso; egli ritiene che opportunamente e necessariamente il divieto di abuso non è stato formulato nel nostro ordinamento, giacché la sua previsione «(...) comprometterebbe la certezza del diritto oggettivo e

fatto che il divieto di abuso non sia codificabile, anzi che sia opportuno non venga codificato affinché riesca a perseguire le mutevoli modalità con cui l'abuso si realizza, fa intravedere infatti a molti interpreti il pericolo che con esso venga affidato ai giudici un criterio di controllo - con le relative, significative, sanzioni - le cui condizioni di utilizzo risiedono nella loro esclusiva discrezionalità e, quindi, «(...) il potere di creare, di volta in volta, i limiti all'esercizio del diritto ulteriori a quelli espressi, positivamente, dalla legge»⁵⁷.

Questo è il timore che l'abuso fa sorgere sotto il profilo del ruolo e dei poteri dei giudici; esso sembra pregiudicare altresì la certezza delle prerogative

renderebbe malsicura l'esercizio del diritto soggettivo», p. 138.

⁵⁷ MESSINA, *op. cit.*, p. 111. Anche RESCIGNO, *op. cit.*, p. 23 rileva che coloro i quali negano la categoria dell'abuso sono radicati in una ben precisa concezione dei compiti del giudice e della funzione dell'interpretazione, per la quale costituisce ostacolo insuperabile all'ammissibilità dell'abuso il fatto che nel nostro ordinamento non sia prevista una funzione creativa del diritto in capo ai giudici: «nel disconoscere il problema "giuridico" dell'abuso, si sottolinea la stretta connessione (negli ordinamenti positivi che contengono l'espresso divieto legislativo dell'abuso) tra la norma relativa all'abuso e la norma sui poteri del giudice. In quegli ordinamenti, la legge finisce infatti per riconoscere al giudice, almeno in via eccezionale, una funzione creativa di diritto». Rescigno osserva peraltro che tale problema risulta senz'altro superato alla luce delle più recenti riflessioni dell'attività del giudice, che riconoscono il carattere creativo dell'interpretazione della giurisprudenza, indicando come emblematici gli scritti di Tullio Ascarelli (in particolare ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi dir. comp. e in tema di interpretazione*, Milano 1952).

spettanti al singolo consociato il quale si troverebbe nell'impossibilità di conoscere e valutare a priori i confini della propria facoltà di agire e perciò esposto al rischio di vedere sanzionata una condotta che egli riteneva di compiere nel suo pieno diritto⁵⁸.

Dopo aver brevemente enunciato l'opera fondamentale di Rescigno e le posizioni di quella dottrina, italiana e straniera, che nega autonomia concettuale all'abuso del diritto, occorre senz'altro fare menzione all'opera di Giorgianni⁵⁹.

Si tratta di un'opera il cui indubbio motivo di interesse pare risiedere nel peculiare e convinto approccio metodologico alla figura dell'abuso, non certo

⁵⁸ MESSINA, *op. cit.*, pp. 112 e 113, dà conto di questo atteggiamento ma si preoccupa, altresì, di contestarne subito i presupposti, evidenziando come il principio stesso della certezza del diritto, se malamente inteso secondo parametri strettamente formalistici e legati alla lettera della norma possa diventare fattore di incertezza nello svolgimento dei rapporti giuridici: «ancor più incisivamente si è osservato che il principio dell'abuso del diritto non solo non contrasta con quello della certezza, ma è addirittura ad esso funzionale. Si deve a Natoli la prima, acuta critica a chi riteneva sussistere incompatibilità tra i due principi: alle osservazioni mosse dagli autori avversi all'ammissibilità dell'abuso quale figura pericolosa per la certezza, uno dei principi cardine dell'ordinamento, Natoli replica che, al contrario, è proprio l'esercizio indiscriminato del diritto, l'impossibilità di verificare le modalità di svolgimento dello stesso, in altre parole, la negazione di spazi per l'abuso, a mettere in discussione la certezza del diritto: escludere la vigenza del principio dell'abuso, infatti, si risolve "nell'affermazione del dominio incontrastato dell'arbitrio individuale e nella correlativa negazione di ogni autorità della legge"».

⁵⁹ GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit.

frequente nell'epoca in cui l'opera si colloca, e che pare, invece, ritornare alla base delle riflessioni dottrinali più recenti. Invero Giorgianni muove da una prospettiva di indagine molto differente da quelle degli autori sinora considerati; un'indagine improntata a finalità dichiaratamente teorico-generalis o, meglio, di epistemologia del diritto ed avente come oggetto privilegiato la norma giuridica intesa come "specifica struttura qualificativa". L'intento dichiarato dall'Autore è quello di disincagliare la norma, così intesa, e quindi la teoria generale del diritto, dal metodo formalistico kelseniano e da una «concezione epistemologica prefabbricata rispetto al farsi del concreto sapere del giurista».

L'abuso del diritto, in tale programma di indagine - e in tale modo di intendere il compito della scienza giuridica - rappresenta una figura di centrale importanza, sia perché consente di studiare il rapporto tra la struttura formale della norma e il "formalismo" cogliendo «la norma giuridica "at work", sia perché «nessun'altra ricerca, forse, all'infuori di quella relativa all'abuso del diritto (...) offre la possibilità di una descrizione analitica più accurata e penetrante della norma giuridica in quanto "specifica struttura qualificativa"»⁶⁰. Per quanto influenzata da questa peculiare impostazione, comunque la sua opera sull'abuso del diritto dichiara ed argomenta l'interesse per l'abuso come categoria concettuale, al pari del diritto e dell'illecito, e da affrontare come categoria dell'ordinamento, non già mero problema applicativo e di giustificazione di prassi applicative o urgenze correttive.

⁶⁰ GIORGIANNI, *op. cit.*, Introduzione, p. VII.

Giorgianni risolve l'abuso nella centralità dell'interesse⁶¹, di modo che sembra che essa sia la soluzione necessitata o l'unica congruente al tempo stesso con l'autonomia concettuale dell'abuso, la sua giuridicità, la sua interazione con il concetto di diritto soggettivo.

Afferma l'Autore che «(...) la nozione relativa a ciò che si designa con l'espressione tecnica "abuso del diritto" può essere determinata come la qualificazione connessa normativamente a quel comportamento relativo all'esercizio di un determinato diritto soggettivo che, non difforme dagli specifici obblighi normativi, previsti a delimitazione dell'esercizio del diritto (ed essendo quindi sotto tale aspetto ineccepibile), sia tuttavia difforme dall'interesse o valore che sta a criterio della qualificazione che di quel comportamento medesimo fa un esercizio del diritto soggettivo»⁶².

Quello che sta a cuore a Giorgianni è, infatti, assumere la parabola dell'abuso e la nozione di esso a paradigma di una ben precisa teoria della norma giuridica che, in contrapposizione all'assoluto formalismo di Kelsen, postula che la "forma" del diritto includa nella sua struttura un «(...) valore oggettivo il quale, esaminato nel suo esatto campo e nelle sue precise caratteristiche, si presenta come il valore culturale alla cui stregua il "contenuto", cioè il comportamento umano a cui esso si riferisce, è ambientalmente conosciuto nel reale processo della vita storica». A prescindere dal merito delle soluzioni proposte e delle finalità speculative entro le quali

⁶¹ Per il ruolo dell'interesse, e come debba essere inteso, vedasi, MESSINA, *op. cit.*, p. 173 e ss.

⁶² GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 193.

Giorgianni inquadra la propria indagine sull'abuso del diritto, pare non si possa sottrargli il merito di aver comunque esplicitato la possibilità, se non l'esigenza, di guardare all'abuso del diritto come ad una specifica categoria concettuale, come ad una nozione propria della "scienza" del giurista, che richiede di essere ricostruita dall'analisi del "discorso del giurista".

In epoca recente, il panorama dottrinario italiano in tema di abuso del diritto è inoltre stato arricchito da due significativi contributi monografici⁶³, di cui occorre senz'altro, sia pure sinteticamente, dare conto.

Nell'opera di Messina, è dichiarata la opzione metodologica di affrontare lo studio dell'abuso del diritto in una prospettiva propriamente sistematica, senza preoccuparsi più di tanto delle questioni applicative; essa si traduce nell'impostare l'indagine sottolineando la centralità, per la riflessione sull'abuso, della categoria del diritto soggettivo. La possibilità stessa dell'abuso è essenzialmente legata al contenuto di potere che è connaturato al diritto soggettivo, e conduce a valutare come «(...) ogni potere è previsto, attribuito e regolato dall'ordinamento per la realizzazione di interessi; sempre, nel mondo del diritto, ad un pubblico potere, ad una situazione giuridica soggettiva di diritto privato - assoluta o relativa -, ad un interesse legittimo, ad una potestà ecc., è sotteso un interesse sostanziale(...). I poteri privati sono riconosciuti in funzione della realizzazione d'interessi che convengono ai soggetti privati. Sicché, l'attribuzione di poteri per la realizzazione di codesti interessi prevede e postula: da un lato la meritevolezza dell'interesse(...); dall'altro, la

⁶³ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit.; RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007.

necessità che vi sia effettuale congruenza tra esercizio del potere e interesse per la realizzazione del quale il potere è stato costituito».⁶⁴

Questa essenziale riflessione sulle prerogative soggettive, sulla *ratio* della loro tutela da parte del sistema normativo e quindi sulla centralità dell'interesse, fissa i passaggi logici indispensabili a definire la nozione di abuso: «un diritto senza limiti è una contraddizione in termini, perché il diritto - come diritto oggettivo - nella sua intima essenza, non è altro che disciplina di interessi. Pertanto, la realizzazione dell'abuso si coglie nella verifica di mancata congruenza cui si è fatto riferimento prima, ossia nell'accertamento di non corrispondenza tra l'esercizio del diritto e l'interesse sostanziale, riconosciuto e tutelato, ad esso sotteso. La ragione giustificatrice del divieto di abuso del diritto consiste infatti nell'inammissibilità, per l'ordinamento giuridico, che un soggetto pubblico o privato⁶⁵, nell'esercizio del diritto riconosciuto, si discosti dall'interesse ad esso sotteso e che lo giustifica»⁶⁶.

L'ulteriore argomentazione svolta dalla Autrice muove su due fronti: sulla necessità di spiegare che concettualmente l'abuso è una possibilità intrinseca al diritto soggettivo e non dipende dalla valutazione comparativa dell'assetto di interessi che esso viene a creare. Soprattutto però l'Autrice avverte che la comprensione della effettiva natura e funzione

⁶⁴ MESSINA, *op.cit.*, pp.166-167.

⁶⁵ L'Autrice sottolinea peraltro come di abuso si parli in tutti i rami del diritto, anche se il diritto civile rappresenta il terreno di elezione per la sua elaborazione.

⁶⁶ MESSINA, *op.cit.*, p. 168.

dell'abuso invoca la necessità di segnare le distanze e chiarire quali rapporti logicamente debbano intercorrere tra il principio di abuso e, *in primis*, la regole di buona fede, come anche le singole norme che tale principio sembrano esprimere: ecco allora il senso della denuncia del rischio di confondere abuso e violazione della buona fede: «(...) la maggior parte degli orientamenti in materia finisce per assorbire l'abuso del diritto nell'ambito della buona fede. L'esistenza del divieto di abuso viene ricavata dalla presenza di questa, quasi si trattasse di un sottoprincipio ad essa sotteso. Viceversa sembra che l'abuso meriti un ruolo teorico-sistematico autonomo; utilizzare la buona fede per dimostrare l'esistenza nell'ordinamento del divieto di abuso del diritto, non può e non deve portare al vizio logico secondo cui l'abuso discende da quella; in altre parole, la buona fede, rispetto all'abuso del diritto, può essere un criterio, uno strumento da cui ricavare la sussistenza del divieto di abuso, non il principio da cui deriva il divieto di abuso»⁶⁷.

Per riassumere dunque il nucleo teorico del ragionamento svolto da Messina, si deve dire che l'abuso consiste nell'esercizio di una determinata prerogativa per la realizzazione di un interesse immeritevole e, quindi, con uno scarto rispetto alla norma che la attribuisce, laddove la meritevolezza non implica un giudizio extragiuridico ma, invece, la più vera comprensione della norma, secondo le dinamiche che possono essere desunte da alcune norme particolarmente significative e secondo i valori che sono espressi nella Costituzione. L'abuso quindi non può essere interpretato come un correttivo al funzionamento

⁶⁷ MESSINA, *op. cit.*, p. 148.

del sistema normativo, bensì come una garanzia interna, strutturale, della sua genuina esplicazione.

Un secondo contributo, ancora più recente⁶⁸, rivela la medesima impostazione sistematica del tema dell'abuso ed esprime quindi le medesime istanze metodologiche, che lo conducono a trattare dell'abuso con un approccio che parte non tanto dalle prassi applicative, né dai riferimenti normativi, quanto da una riflessione e da un inquadramento di ordine logico-sistematico.

Non stupisce pertanto che anche in questa opera sia attribuito rilievo preminente alla categoria del diritto soggettivo, in veste di antecedente logico e imprescindibile corrispondente della categoria dell'abuso. Restivo, in particolare, affronta nel dettaglio le vicende concettuali, storiche e applicative della figura del diritto soggettivo e, nell'alveo di queste, fa propria una ben specifica definizione: la sua analisi procede dall'assunto del diritto soggettivo come *facultas agendi*, quale acquisizione considerata incontestabile della nuova concezione della norma e del sistema normativo, non più una concezione imperativistica bensì una concezione imperniata sul rapporto di qualificazione giuridica: «(...)fulcro dell'esperienza giuridica, non più il rapporto giuridico, ma il rapporto di qualificazione, ovvero il processo di valutazione del fatto da parte della norma, valutazione che si esprime negli effetti giuridici che al fatto vengono imputati una volta che esso risulta sussumibile nella fattispecie normativa», cosicché viene meno la centralità del rapporto giuridico, a fronte della assoluta e pressoché esclusiva rilevanza del rapporto soggetto-norma.

⁶⁸ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit.

L'accoglimento di tale visione conduce l'Autore a quella impostazione "polarizzata - dualistica" dell'ordinamento che risolve lo stesso nella dialettica lecito/illecito e che costituisce in realtà per la dottrina tradizionale la più inconciliabile con il riconoscimento del principio del divieto di abuso. Questa visione dell'ordinamento - e del diritto soggettivo - non induce però l'Autore a trattare l'abuso del diritto come realtà extragiuridica, come fenomeno sociale che il giurista deve limitarsi ad evidenziare perché costituisca guida al legislatore (come aveva invece autorevolmente sostenuto Rotondi), e neppure ritiene soddisfacente un approccio esclusivamente storico, che guardi all'abuso del diritto come il principio che storicamente ha assunto le varie vesti di singole norme o singoli principi interpretativi, al fine di rispondere all'esigenza, immanente all'esperienza giuridica, di disporre di uno "strumento di contenimento dei poteri privati"⁶⁹.

⁶⁹ E' molto netta la distanza che Restivo rimarca nei confronti della pur ritenuta fondamentale opera di Rescigno; laddove quest'ultimo afferma «il problema dell'abuso non è un problema dommatico di interpretazione del diritto vigente: se così fosse, si ridurrebbe ad un capitolo della teoria della responsabilità civile», RESCIGNO, *op. cit.*, p. 27, Restivo sostiene, invece, che «tuttavia, la consapevolezza della dimensione storica della categoria non può trascurare il rilievo che essa assume su un piano dogmatico. È vero che «solo una considerazione storica consente di superare l'impasse che lo stesso concetto di abuso si trova ad affrontare, per la difficoltà tecnico-giuridica di darvi una adeguata collocazione nell'ambito della teoria del diritto soggettivo. Ma ciò non può giustificare una rilettura che ne apprezzi solo il destino e il ruolo storico, e non la riconduca ad una costruzione concettuale rigorosa»; così RESTIVO, *op. cit.*, pp. 66-67.

L'intento dichiarato di Restivo è quello di affrontare la figura dell'abuso in termini "dogmatici", con piena consapevolezza sia della sua struttura sia del suo ruolo nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive. E, a tal fine, così come contesta l'utilità e il significato speculativo di una prospettiva esclusivamente storica per poter affermare che cosa è l'abuso di un diritto, altrettanto egli pone in discussione, evidenziandone i limiti e i salti logici che comporta, la pretesa di poter ricavare il principio del divieto di abuso basandosi unicamente sulle indicazioni provenienti dalle singole norme che ne sono espressione.

In particolare Restivo critica un atteggiamento che è possibile riscontrare in alcuni Autori che pretendono poter dedurre tale principio per induzione da alcune norme che disciplinano l'esercizio dei diritti, anzitutto gli artt. 833 e 1175-1375 c.c.: «non è sufficiente individuare una serie di disposizioni che siano portatrici di una comune esigenza di assoggettare ad un sindacato l'esercizio del diritto; è anche necessario che il criterio di valutazione che esse pongono sia riconducibile ad una medesima logica»⁷⁰.

Tanto precisato, la summenzionata prospettiva "dualistica" (esclusività della qualificazione diritto soggettivo/illecito) fatta propria da Restivo, induce lo stesso a qualificare l'abuso del diritto come una "specie" del genere "eccesso dal diritto", senza peraltro che ciò nulla tolga alla autonomia e alla peculiare rilevanza dell'abuso⁷¹. L'abuso del diritto è una

⁷⁰ Così RESTIVO, *op. cit.*, p. 74.

⁷¹ «D'altra parte, la necessità di distinguere l'abuso dall'eccesso, pur se in entrambi i casi si assiste sostanzialmente ad uno sconfinamento dal contenuto del

particolare ipotesi di eccesso dal diritto che si qualifica in virtù del fatto che si “ammanta dell’apparenza” del diritto stesso. Non è, infatti, un eccesso nel senso che comporta l’esercizio di poteri e facoltà estranei al contenuto del diritto, ma un eccesso che comporta l’utilizzo dei poteri e facoltà propri del diritto soggettivo per la realizzazione di un interesse invece estraneo alla ragion d’essere del diritto stesso: «(...) può accadere che facoltà e poteri vengano utilizzati dal soggetto per perseguire un interesse diverso da quello in vista del quale gli sono stati attribuiti: è questa la patologia cui conviene riservare, ad avviso di chi scrive, la qualifica di abuso del diritto»⁷².

Nell’ottica dell’Autore l’abuso del diritto rappresenta una categoria del tutto peculiare, *in primis* perché si colloca sul piano del concreto esercizio del diritto, ma soprattutto in virtù di due caratteri importanti: essa rappresenta uno sviamento dall’interesse sotteso alla norma, attribuisce quindi assoluta centralità al momento dell’interesse ed implica un criterio di rilevazione assolutamente peculiare, che non può essere esclusivamente logico-formale⁷³ (perché,

diritto, trova una interessante conferma sul piano normativo, nella disciplina della rappresentanza volontaria, ove si distingue sintomaticamente l’eccesso di potere (art. 1398 cod. civ.) dall’abuso di potere (art. 1394 cod. civ.)»; così RESTIVO, *op. cit.*, p. 80.

⁷² RESTIVO, *op. cit.*, p. 81.

⁷³ L’Autore sembra anzi attribuire assorbente rilevanza proprio al criterio della rilevazione dell’abuso ai fini della distinzione tra questo e l’eccesso dal diritto; afferma infatti RESTIVO, *op. cit.*, p.85: «l’abuso del diritto, in altri termini, risulta soltanto in base ad un accertamento, compiuto a posteriori, dell’interesse concretamente perseguito dal soggetto. È la

anzi, l'Autore presenta l'abuso come vicenda esemplare dei insiti nella modalità di legiferare per fattispecie generali ed astratte e nella sottesa illusione che l'attività giuridica si fondi sul solo sillogismo giuridico): «lo scorrimento dal piano della norma a quello dell'esercizio concreto del diritto impone pertanto di valutare se le prerogative consegnate al soggetto siano state esercitate per realizzare l'interesse sotteso all'ascrizione del diritto o per conseguire un interesse diverso, ulteriore. In questa ultima ipotesi, l'atto non sarà esercizio, come *prima facie* appare essere, ma abuso del diritto. Sotto questo punto di vista, la categoria dell'abuso si rivela come conseguenza del procedere, tipico degli ordinamento di *civil law*, per fattispecie generali e astratte: la possibilità che le prerogative attribuite al soggetto vengano esercitate per realizzare un interesse diverso da quello tutelato è insita

tecnica di rilevazione dello sconfinamento dal contenuto del diritto a distinguere, pertanto, l'abuso dall'eccesso. (...) In altri termini, l'eccesso dal diritto risulta valutando l'atto staticamente; l'abuso si evidenzia valutandolo in una prospettiva dinamica, che metta a nudo l'interesse per il quale esso è stato posto in essere solo questa prospettiva, che si traduce nella necessità di compiere un accertamento in concreto e a posteriori, può mostrare l'eventuale abuso». Peraltro la peculiarità dell'accertamento giudiziale che l'abuso comporta è carattere che può considerarsi decisamente acquisito e sicuro nelle ricostruzioni dell'abuso del diritto; vedasi ad esempio BUSNELLI-NAVARRETA, *op. cit.*, p. 181: la distinzione tra abuso ed eccesso «(...) si identifica con la separazione tra differenti tipologie di norme e di giudizi ad esse correlati. L'eccesso dal diritto implica un superamento di limiti determinati in astratto e a priori. L'abuso del diritto coinvolge, viceversa, una tipologia di regole che permettono una valutazione giudiziale a posteriori».

nella necessità, posta proprio dal ricorso a fattispecie generali e astratti, di compiere una valutazione tipica dei poteri e delle facoltà che realizzano l'interesse dato. In questo senso può dirsi che l'abuso vive dello scarto tra fattispecie normativa e fatto concreto»⁷⁴. Anche in Restivo, dunque, appare centrale ancora una volta l'elemento dell'interesse sostanziale, sotteso a ciascuna norma attributiva di facoltà e poteri, e che il tema dell'abuso spinge a prendere in considerazione. Soprattutto, però, è degno di nota che tale ricostruzione è preferita in quanto maggiormente confacente alla più genuina funzione e rilevanza ordinamentale dell'abuso del diritto, il quale «almeno in una prospettiva conoscitiva, risulta strumento non solo utile, ma necessario all'apparato concettuale di cui il giurista si serve per dare forma giuridica ai fatti»⁷⁵.

4 - Abuso del diritto ed *exceptio doli generalis*

L'eccezione di dolo generale ha una storia ben più risalente⁷⁶ di quella dell'abuso del diritto - invece

⁷⁴ RESTIVO, *op. cit.*, p.82-83; in proposito è interessante l'osservazione formulata da GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I Roma 1988, p. 2 rileva che nei sistemi in cui i giudici «(...)assommano in sé il potere di distribuire e di conformare in astratto le situazioni soggettive di vantaggio e quello di giudicare a posteriori sulla legittimità dei comportamenti individuali», come è il caso del diritto romano classico e dei sistemi di *common law*, manca una teoria dell'abuso.

⁷⁵ RESTIVO, *op. cit.*, p. 299.

⁷⁶ Si tratta di un rimedio introdotto dal pretore sul finire della repubblica romana, rimedio strettamente processuale, riconosciuto al convenuto al fine di ottenere una correzione secondo la *naturalis aequitas* dei risultati cui avrebbe condotto

intimamente connesso e dipendente dall'affermarsi del diritto soggettivo - ma similmente a quest'ultimo sembra ora costituire oggetto di un rinnovato e serrato interesse⁷⁷ in modo analogo a quanto è accaduto appunto in relazione all'abuso del diritto⁷⁸.

l'applicazione del *ius civile* al di fuori dei *bonae fidei iudicia* e poi costantemente utilizzato fino a Giustiniano; per una ampia riflessione sugli aspetti storici della eccezione di dolo generale cfr. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova 2006.

⁷⁷ Consistente è ormai la bibliografia relativa al tema della *exceptio doli*: in particolare, di recente, hanno trattato dell'argomento MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, e GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale*, cit., alla cui ampia bibliografia si rinvia per ulteriori riferimenti. Garofalo, in particolare, nella sua Presentazione, parla di una "inversione di tendenza" nella considerazione dell'*exceptio doli* da parte della dottrina dopo il suo oblio dovuto al suo mancato recepimento nei codici del 1865 e 1942.

⁷⁸ Sotto tale riguardo *exceptio doli generalis* e divieto di abuso sembrano essere accomunati, però, non solo in virtù del rinnovato interesse nei loro confronti ma anche, particolarmente, dalla circostanza per cui tale interesse risulta soprattutto casistico e acritico. A fronte di una sempre più diffusa utilizzazione e menzione da parte della giurisprudenza, la elaborazione dottrinale sembra non offrire, dal canto suo, la necessaria profondità e consapevolezza. Con specifico riferimento al caso della *exceptio doli*, tale è la denuncia anche di MERUZZI, *op. cit.*, Introduzione, XI: «gli autori che, seguendo le direttive provenienti dall'opera delle corti, si sono di recente occupati dei vari profili di emersione dell'*exceptio doli* ne postulano ormai l'esistenza in termini per lo più acritici. Si consuma in tal modo, in un sostanziale silenzio della dottrina, un radicale mutamento di clima culturale sino a pochi anni fa difficilmente immaginabile. Tuttavia postulare

Per quanto riguarda l'eccezione di dolo generale, si può osservare come il nucleo essenziale e qualificante tale istituto consista nel meccanismo di tutela che esso pone a disposizione del soggetto agente del rapporto giuridico. L'*exceptio doli* trova la sua autonomia e la sua caratteristica configurazione nel proporre al soggetto e nel prospettare nel contesto dell'ordinamento giuridico una iniziativa giuridicamente rilevante di reazione ad una pretesa altrui la quale, astrattamente, scaturente da una posizione di diritto, si rivela, in realtà, *lato sensu* abusiva. La reazione prevista, disciplinata dalla regola dell'*exceptio doli*, è diretta a paralizzare l'efficacia di detta pretesa, invocando per essa diniego di tutela giuridica.

Pare, dunque, di poter affermare che l'*exceptio doli* abbia una sua sicura fisionomia, quanto al profilo ricostruttivo e propositivo, nel suo contenuto sanzionatorio; laddove invece, il suo profilo descrittivo, necessario a definire le situazioni alle quali è applicabile e le condizioni della abusività deve fare i conti con le medesime problematiche conoscitive e definitorie che interessano la figura dell'abuso del diritto⁷⁹ (ma anche

l'esistenza dell'*exceptio doli* senza indagarne risvolti sistematici e modalità d'uso costituisce un vero e proprio rischio metodologico ed operativo, che potrebbe condurre a pericolose deviazioni applicative o, all'opposto, ad un ricorso ad essa per giustificare, con finalità puramente retoriche, soluzioni già raggiungibili tramite l'uso di altre clausole generali presenti nel sistema, *in primis*, la buona fede oggettiva».

⁷⁹ Di contrario avviso sembra l'impostazione espressa da GIUSTI, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1887 ss., a commento della sentenza Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, con cui la Corte giudicava

della frode alla legge, del divieto di *venire contra factum proprium*, etc.), e tra queste trovare la propria collocazione⁸⁰. Indicative di questo debito logico della

ammissibile un'impugnativa di bilancio che era stata promossa da un soggetto che, in qualità di amministratore aveva approvato il progetto di bilancio e che, in qualità di socio, si era poi astenuto dalla delibera assembleare di approvazione dello stesso. Afferma l'Autore, in contestazione della proposizione della Corte, che inquadrava la fattispecie come abuso del diritto. «L'indagine pare dunque debba essere condotta sotto altri profili, nella specie, sotto quello dell'*exceptio doli generalis*. Ed è appena il caso di osservare come - contrariamente a quanto la Corte sembra ritenere - questo sia un profilo dogmaticamente e concettualmente distinto dal primo. Al di là delle innegabili sovrapposizioni di tipo applicativo, infatti, tra le figure dell'*exceptio doli* e dell'abuso del diritto intercorrono delle differenze di non poco spessore. L'*exceptio doli generalis*, invero è definita in dottrina come fattispecie di conflitto tra una norma di diritto oggettivo (lo *strictum ius*) ed una norma di *naturalis aequitas*. La figura ha il suo *proprium*, dunque, in un contrasto tra norme di diritto oggettivo, mentre prescinde del tutto dalla considerazione delle modalità o delle finalità con cui viene esercitato il diritto soggettivo».

⁸⁰ Questa tensione nell'individuare le fattispecie, i criteri, i presupposti e le modalità della reazione dell'ordinamento a comportamenti avvertiti come iniqui è particolarmente sentito nel dibattito contemporaneo, destinato a svolgersi sotto gli ammonimenti del dogma della certezza del diritto. E non è di molto aiuto in tal senso il riferimento al contesto in cui l'*exceptio doli* è nata, il diritto romano classico, ove «(...) fu dettata dall'esigenza di ricondurre a giustizia» le situazioni di ingiustizia che potevano sorgere in dipendenza di una rigida applicazione del *ius civile*, venendo a costituire - insieme all'*actio de dolo* - un compiuto sistema sanzionatorio di pretese che, pur fondandosi su questo, apparivano *lato sensu* abusive: e ciò, benché, a quanto pare, i giuristi classici non

exceptio doli nei confronti sia di una più comprensiva categoria capace di qualificare l'abusività dei comportamenti, così come di più specifiche categorie rappresentative di particolari modalità di comportamento non meritevoli di tutela, sono le più significative definizioni che di essa sono state fornite.

La più ampia, e tra le più recenti, parla dell'eccezione di dolo generale come di una «possibilità, accordata dall'ordinamento, di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione», laddove la pretesa deve rivestire i caratteri di un esercizio del diritto «doloso o scorretto», specificamente concretizzatesi nella «realizzazione di interessi ritenuti non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento stesso»⁸¹.

Concorrono pertanto a definire la figura gli stessi elementi di cui si discute per la configurazione di una fattispecie abusiva: la condotta di esercizio di un diritto, l'elemento soggettivo dato dall'atteggiamento

fossero giunti ad avere una consapevolezza piena e unitaria della dottrina dell'abuso del diritto, preoccupandosi piuttosto, con il consueto spirito pratico, di correggere gli effetti più iniqui che allo stesso potevano essere ricollegati»: così VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in GAROFALO, *op. cit.*, p.38-39.

⁸¹ Si tratta della definizione proposta da MERUZZI, *op. cit.*, in particolare a pp. 429 e ss.; lo stesso Autore sottolinea, dopo avere preso problematicamente posizione sui rapporti tra le figure, che «buona fede, abuso del diritto ed *exceptio doli* sono espressione della medesima esigenza di razionalizzazione dei rapporti giuridici e di selezione degli interessi meritevoli di tutela nell'esercizio dei diritti formalmente attribuiti dall'ordinamento», p.458.

“doloso”⁸², l’elemento oggettivo consistente nella idoneità del predetto esercizio a porre in essere “interessi non meritevoli di tutela”. Tutto ciò con il bisogno, poi, di specificare che la *exceptio doli* include e dà risposta a due altre regole più specifiche, implicite nell’ordinamento, e tese alla medesima istanza di “equità”: il «divieto di *venire contra factum proprium*, ovvero di tenere un contegno giuridico non coerente con il proprio precedente comportamento materiale, ed il divieto di trarre vantaggio dal proprio maleficio»⁸³.

Il vero *proprium* dell’*exceptio doli*, in realtà, è rappresentato dall’effetto giuridico che essa legittima: «il risultato cui si perviene con il ricorso all’*exceptio doli* consiste nella disapplicazione di norme positive che hanno consentito l’illegittimo esercizio del diritto. Elementi caratterizzanti dell’istituto, nella sua attuale conformazione, sono la stretta pertinenza al campo delle regole giuridiche e la rigidità del rimedio, che si sostanzia, per l’appunto, nella disapplicazione della norma illecitamente invocata e nella conseguente reiezione della domanda scorrettamente o fraudolentemente proposta»⁸⁴. E così era alle origini stesse dell’istituto, laddove il *dolus* rilevava come criterio di imputazione della responsabilità, a fondamento dell’*actio de dolo*, e come vizio del consenso, presupposto dell’*exceptio doli praeteriti* (o *specialis*). Ma soprattutto stava ad indicare comportamenti posti in essere in violazione dei doveri

⁸² Si vedrà peraltro *infra* come il modo di intendere l’aspetto della dolosità o scorrettezza del comportamento sia radicalmente mutato.

⁸³ MERUZZI, *op. loc. cit.*

⁸⁴ MERUZZI, *op. cit.*, pp. 430-431.

di correttezza tutelati, nell'ambito dei *iudicia bonae fidei*, in via di azione, nei *iudicia stricti iuris* in via di eccezione, proprio tramite l'*exceptio doli praesentis* (o *generalis*): «a differenza della *bona fides*, l'*exceptio doli* opera quindi solo in negativo, consentendo la correzione dello *ius civile* tramite l'integrale reiezione della domanda, e quindi con finalità prevalentemente difensive»⁸⁵.

Peraltro, se la figura dell'eccezione di dolo generale viene di nuovo autonomamente invocata nelle argomentazioni delle decisioni giurisprudenziali⁸⁶, è proprio in virtù della peculiarità del rimedio che essa offre. La mancata ricezione della figura nel Codice civile del 1865 e nel Codice vigente ha fatto sì che, per un certo tempo, di essa non si sia più parlato espressamente in dottrina e che non sia stata più utilizzata dalla giurisprudenza. È possibile però osservare come la *ratio* che la ispira, la basilare istanza di giustizia ed equità, consistente nel diniego di tutela, alla quale essa si conforma non possa essere surrettiziamente espunta dalle logiche dell'ordinamento. È stato efficacemente rilevato, infatti, come questa stessa istanza e questo stesso essenziale meccanismo costituiscano la ragione giustificatrice di svariate norme,

⁸⁵ MERUZZI, *op. cit.*, pp. 432-433.

⁸⁶ MERUZZI, *op. cit.*, pp. 453; l'Autore rileva che negli ultimi anni si è assistito ad una netta inversione di tendenza nella applicazione del rimedio: «le corti, sia di legittimità che di merito, hanno infatti utilizzato l'*exceptio doli* al di fuori delle ipotesi codificate dal legislatore e, spesso, senza ricorrere a finzioni o altri analoghi espedienti per ovviare, soprattutto nella contrattualistica commerciale e in ambito societario, alle conseguenze derivanti dal non corretto o fraudolento esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento».

le quali presiedono, in particolare, il sistema delle obbligazioni e dei contratti⁸⁷, e come il formale rifiuto di ricorrere espressamente al rimedio dell'*exceptio doli*, mentre inevitabilmente persiste la sua *ratio*, abbia provocato il proliferare, nelle argomentazioni giurisprudenziali, di meccanismi che altro non sono se non applicazioni tacite della eccezione di dolo generale e del divieto di *venire contra factum proprium*⁸⁸.

⁸⁷ Si rinviene in MERUZZI, *op. cit.*, oltre all'indicazione di una serie di principi ed istituti riconducibili alla *exceptio doli*, una puntuale elencazione delle norme del codice civile, della legge cambiaria e della legge assegni, del codice di procedura civile, che realizzano la sua medesima *ratio*, in singole fattispecie tipizzate. A solo titolo di esempio di come possa indagarsi la *ratio* di una norma e rinvenirvi l'uguale meccanismo che ispira la *exceptio doli*, si può considerare il caso dell'art. 1426 c.c., significativamente preso in considerazione da vari Autori. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli 1950, osserva che il fatto che il contratto stipulato dal minore, il quale con artifici e raggiri, ha nascosto la propria età, non sia annullabile, integra «la sanzione comminata contro la volontà diretta a creare, in contrasto col sistema di protezione previsto dalla legge, l'apparenza di capacità». Ed efficacemente PELLIZZI, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 1074 ss., precisa che in detta fattispecie ricorre la tipizzazione e la sanzione di un *dolo praesens*, non già *praeteritus*, giacchè «(...) ciò che la legge vuole reprimere non è il raggio in sé (...) bensì l'attuale tentativo di impugnazione», p. 1080.

⁸⁸ In tale senso ancora MERUZZI, *op. cit.*, p. 449; ma è pressoché unanime la precedente dottrina sul punto che l'*exceptio doli* sia sopravvissuta nel nostro ordinamento non solamente come *ratio* ispiratrice di svariate norme, ma anche come *ratio decidendi* occulta (anche travisata sotto le spoglie delle tecniche finzionistiche) delle Corti. Meritano attenzione sul punto, soprattutto per la disamina di ampia casistica

Ora la menzionata ricomparsa dell'istituto dell'*exceptio doli generalis* nelle formule e nelle applicazioni della giurisprudenza ripropone il problema di individuarne il fondamento sistematico, la funzione e la collocazione. E il perno di questa indagine si risolve nella descrizione dei rapporti reciproci tra *exceptio doli* e abuso del diritto⁸⁹.

Questo è probabilmente il punto più problematico e capace di qualificare l'istituto, poiché l'elemento che viene senz'altro riconosciuto rappresentativo

nonché per i tentativi di classificazione, tre opere fondamentali sulla figura della eccezione di dolo generale: NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova 1988, in particolare pp. 575 e ss.; RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, VII, Torino 1991, pp. 311 ss.; CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 613 ss., in particolare pp. 646 ss..

⁸⁹ La moderna dottrina riconosce che tanto per comprenderne il fondamento sistematico, quanto per distinguerne le peculiari condizioni operative, i due istituti devono essere trattati in parallelo, tanto che non v'è opera dedicata all'abuso che non contenga almeno un breve resoconto sulla eccezione di dolo generale, e viceversa. Ad esempio si veda LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano 1993: l'A. ritiene di affermare la complementarietà tra i due istituti, rilevandone la diversa matrice storica e il diverso ambito di applicazione: «ma essa (*l'exceptio doli*) non deve confondersi né con il dolo, né con la frode, malgrado l'affinità verbale; ed anzi tale concetto viene sicuramente a legarsi a quello di abuso del diritto perché completa, in un certo senso, la sua area di applicazione che, originariamente, era quella dei diritti assoluti (vedi gli atti di emulazione), con il disciplinare anche l'area delle obbligazioni: ciò che conta che entrambe (*exceptio doli* ed *aemulatio*) abbiano come denominatore comune il fatto abusivo (o doloso) sottoposto all'apprezzamento del magistrato.

dell'autonomia dell'*exceptio doli* si sostanzia nel consentire la disapplicazione della norma che tutela la posizione qualificata, ove utilizzata "maliziosamente", vale a dire il rimedio. Molto più accentuata, invece, è l'incertezza, la difficoltà di prendere posizione, al di là delle ipotesi tipizzate, sui presupposti che legittimano il ricorso all'*exceptio doli*. Pare che difficilmente si possa negare che i presupposti siano dati da fattispecie di esercizio di un diritto con intenti e modalità scorrette, abusive. Alla luce di questo si potrebbe sostenere prioritario l'impegno di approfondire la riflessione sull'abuso del diritto, sui suoi parametri di individuazione e valutazione, e poi discutere dell'eccezione di dolo come di una peculiare tra le possibili sanzioni del comportamento abusivo.

La definizione di tale rapporto si presenta assieme problematica e potenzialmente qualificante della figura della *exceptio doli*, soprattutto per la circostanza che tale figura, come anche quella dell'abuso del diritto, è innegabilmente tornata in auge sulla scia della enorme fortuna e della acquisita duttilità di significato del principio della buona fede obiettiva⁹⁰.

⁹⁰ Non è possibile non riconoscere che la radice ultima della fortuna di tutti gli strumenti di cui si va in questa sede discutendo - come si vedrà anche per la *Verwirkung* - è debitrice della centralità acquisita dalla clausola generale di buona fede, a partire dalle vicende dell'ordinamento tedesco; specificamente per quanto concerne la eccezione di dolo, «(...) nella sua versione moderna, l'eccezione è senz'altro tributaria, altresì, dell'intensa elaborazione, sia giurisprudenziale sia dottrinale ricevuta nel diritto tedesco fin dal XIX sec.: all'esito della quale si è convenuto esser fondata anch'essa, al pari della dottrina del *Rechtsmissbrauch*, sulla "Generalklausel" del celebre § 242 BGB, recante l'obbligo per le parti del rapporto

Secondo la dottrina e la giurisprudenza pressoché costanti, entrambi gli istituti sono *lato sensu* riconducibili al canone della buona fede oggettiva, anche se con molte discussioni se a titolo di fondamento sistematico o, più semplicemente, come canone, consacrazione di una regola sostanziale da utilizzarsi come parametro di interpretazione e valutazione della situazione concreta⁹¹.

Il consolidato orientamento che tende a ricondurre detti istituti all'ambito della buona fede ha infatti stimolato, nei sostenitori dell'autonoma rilevanza

obbligatorio di comportarsi così come "*Treu und Glauben*" impongono»: in tal senso VIARO, *op. cit.*, p. 42; sulla medesima questione osserva MERUZZI, *op. cit.*, pp.450-451, che il § 242 BGB (unitamente al § 157) «(...) hanno legittimato, a livello sistematico, la sopravvivenza, insieme al divieto di abuso, della stessa *exceptio doli*, consentendo di perpetuare la casistica già elaborata dalle Corti tedesche prima del 1900; infatti la giurisprudenza tedesca dei primi anni del XX secolo ricorre inizialmente all'*exceptio doli* in via autonoma. Solo in progresso di tempo, al fine di individuarne il fondamento testuale, la soluzione operativa è filtrata tramite il ricorso sistematico prima ai §§ 826 e 249, e successivamente al § 242 BGB. Il passaggio sistematico dall'una all'altra norma è in realtà cruciale, in quanto reca con sé un processo di oggettivazione della fattispecie: dal riconoscimento giurisprudenziale di una *exceptio doli specialis*, legata alla condotta dolosa dell'attore, si passa alla affermazione di una *exceptio doli generalis*, con cui si sanzionano le condotte contrarie a correttezza».

⁹¹ La distinzione può rivelarsi significativa laddove, volendo assumere che la clausola di buona fede deve essere considerata vero e proprio fondamento normativo dell'eccezione - ma la questione si pone negli stessi termini per l'abuso del diritto - si è poi costretti a circoscrivere l'ambito di applicazione di questa ultima al solo settore dei rapporti obbligatori.

dell'eccezione stessa, alcune precisazioni sistematiche di non poco conto, anzitutto sul regime processuale cui è sottoposta l'eccezione. In tale prospettiva il più o meno stringente legame dell'eccezione di dolo con la regola di buona fede, accompagnato al fatto che quest'ultima presiede sicuramente allo svolgimento di ogni rapporto obbligatorio, hanno consentito alla prevalente dottrina e giurisprudenza di affermare che la *exceptio doli* stessa "assurge a regola di diritto sostanziale", il ricorrere della cui violazione, dunque, è rilevabile d'ufficio da parte del giudice⁹².

Benché sviluppatasi essenzialmente in riferimento ai rapporti obbligatori, la riconduzione dell'*exceptio doli* alla buona fede ha fatto sì che molti autori si interrogassero se effettivamente di tale rimedio si possa parlare unicamente nel contesto e nella vigenza di un rapporto obbligatorio. A fronte delle posizioni della

⁹² L'espressione riportata è di MERUZZI, *op. cit.* p. 461; specificamente nel senso di affermare la rilevabilità d'ufficio della eccezione di dolo generale CATTANEO, *op. cit.*, p. 683 in nota 83 e DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, pp. 147 ss., il quale afferma che non vi possono essere dubbi in proposito - e nemmeno, del resto, sulla natura precipuamente sostanziale dell'eccezione di dolo - laddove, invece, nel diritto romano aveva sua quasi esclusiva ragion d'essere in quanto rimedio, espediente processuale - giacché «(...) l'*exceptio* concerne per definizione non fatti, ma regole e che, soprattutto, è in grado di prevalere, in tesi, sull'applicazione effettiva di una norma di *jus strictum*», p. 148. I dubbi qui evocati erano stati sollevati da GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, pp. 629 e ss., in particolare p. 654, laddove annovera l'eccezione di dolo generale tra le eccezioni sostanziali in senso stretto.

dottrina tradizionale, non mancano le voci che osservano come l'*exceptio doli*, pur ricorrendo come sua sede naturale a presiedere lo svolgimento di fattispecie obbligatorie e contrattuali, incarni in realtà una *ratio* e fornisca un rimedio valevole per tutto il campo del diritto privato⁹³; né mancano le voci che ritengono addirittura insoddisfacente la restrizione dell'*exceptio doli* a fattispecie di esecuzione di rapporti contrattuali⁹⁴,

⁹³ Avendo in realtà di mira il problema della individuazione del fondamento normativo della *exceptio doli*, DOLMETTA, *op. cit.*, pp 175-177 afferma comunque l'irriducibilità della clausola generale di buona fede, quindi anche della *exceptio doli* che ad essa fa riferimento, alla portata concettuale degli artt. 1175 e 1375 c.c., e, invece, la necessità di una sua definizione capace di rappresentare la sua funzione di regola di *naturalis aequitas*.

⁹⁴ MERUZZI, *op. cit.*, p. 459; l'Autore nega che l'eccezione di dolo generale sia strumento legittimato esclusivamente nell'ambito dei rapporti contrattuali e, al tempo stesso, osserva che «nell'ambito dei rapporti obbligatori l'*exceptio* è concettualmente sovrapposta e riassorbita, sotto il profilo funzionale, nel dovere di buona fede, al quale offre un ulteriore strumento operativo per garantire adeguate forme di tutela specifica». VIARO, *op. cit.*, invece, sembra addirittura affermare che la coincidenza, in tale ambito, di clausola di buona fede ed *exceptio doli* conduce sostanzialmente a negare legittimità a quest'ultima, dal momento che ne deriverebbe l'impossibilità di assegnare alla stessa la funzione di diniego di tutela che pure ne rappresenta il *proprium*, l'aspetto caratterizzante. L'Autore giunge a siffatta conclusione a seguito di un'indagine, *de iure condito*, sulle possibilità applicative consentite dalle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., indagine che assume a paradigma il caso dell'abuso del diritto di recesso *ad nutum* e la eventualità di poterlo vanificare eliminando gli effetti dell'atto che ne costituisce esercizio. Sulla scorta delle posizioni assunte dalla

quantomeno nella misura in cui essa viene fatta esclusivamente coincidere con la regola di buona fede. Soprattutto, però, la teorizzazione del legame tra il principio di buona fede e l'abuso del diritto, ma anche l'eccezione di dolo generale, ha segnato il momento ricostruttivo di questa ultima figura, ed ha inciso in maniera più che significativa sulla individuazione dei suoi presupposti.

In particolare, è valsa a determinare la ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'*exceptio doli*, portando all'abbandono del requisito della dolosità o malizia del comportamento, per dare invece piena centralità al rilievo della concreta e oggettiva scorrettezza⁹⁵.

giurisprudenza, la quale nega che il proprio giudizio *ex fide bona* possa rilevare in ordine alla validità degli atti in cui si estrinseca il comportamento di esecuzione degli accordi contrattuali, l'Autore afferma che «(...) gli artt. 1175 e 1375 cod. civ., dai quali si pretenderebbe di ricavare la sanzione dell'invalidità o di inefficacia, sono disposizioni che vengono in rilievo soltanto una volta che il vincolo negoziale sia validamente sorto e che, dunque, spettino alle parti delle posizioni giuridiche soggettive protette, il cui esercizio non sembra conforme al dettato di legge», p. 52. Per un'indagine in merito alla figura dell'*exceptio doli* nel diritto amministrativo, vedasi PATRITO, *Exceptio doli generalis e diritto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1546 ss.

⁹⁵ MERUZZI, *op. cit.*, pp. 462-463; l'Autore, il quale pure mira ad argomentare l'autonomia dell'istituto della *exceptio doli*, non può non riconoscere l'identità delle fattispecie coinvolte nei casi di abuso del diritto o, appunto, di *exceptio doli*. Egli qualifica quest'ultima come "fattispecie oggettivata" e, in tal senso, osserva che «su colui che invoca il rimedio incombe la prova non dell'intento fraudolento, bensì della mera conoscenza (o conoscibilità) della contrarietà ai canoni della correttezza della condotta tenuta, conseguente all'ingiustificato persistere della propria pretesa» Precisa, altresì, che «a

Conseguentemente, ciò che oggi legittima il ricorso al rimedio dell'eccezione di dolo generale risulta essere il riscontro di una condotta di esercizio di un diritto, la quale mira a porre in essere un assetto di interessi che danneggia la controparte negoziale o che, comunque, non è quell'assetto di interessi che la previsione normativa si proponeva di tutelare.

Si propone, quindi, come un dato acquisito alla piena consapevolezza delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali lo stretto legame tra il principio della buona fede oggettiva, da una lato, e l'abuso del diritto e l'*exceptio doli generalis*, dall'altro.

Può considerarsi altresì acquisita la consapevolezza che entrambe queste due figure inquadrano una medesima, vasta ed elastica, categoria di comportamenti che si qualificano per il loro carattere di abusività, quindi di anormalità, che può essere rivelato sia dalla presenza dell'intento fraudolento, o dell'intento esclusivo di nuocere ad altri, sia, e soprattutto, dal riscontro di una oggettiva, ingiustificata, difformità, nella procedura o nel risultato, tra l'esercizio del diritto ed il suo schema legale, quindi la ragione della sua tutela legislativa.

Ciò che varia, e quindi differenzia abuso e eccezione di dolo, sono essenzialmente aspetti accidentali e pratici, che fanno sì che la struttura di una determinata fattispecie renda più efficace e utile e

confutazione di tali argomenti, e a sostegno dell'opposta tesi circa la necessaria presenza di un intento fraudolento o di mala fede in capo a chi esercita il diritto, non vale il ricorso alla lettera degli artt. 21 l. camb., 25 l. ass., 1993 cpv, 2384 cpv e, da ultimo, 2475 bis cpv c.c. (...)), laddove un atteggiamento soggettivo dolosamente qualificato si impone per le particolarità della materia.

comprensiva la figura dell'*exceptio doli*, e, come unica reazione significativa dell'ordinamento, il rimedio che la stessa può fornire.

Tutto questo nulla toglie al fatto che, pur potendo avere la *exceptio doli* una autonoma e circostanziata definizione e configurazione, l'unica categoria dotata di rilevanza giuridica e concettuale è però quella dell'abuso. In tal senso si può ritenere condivisibile quella vasta opinione dottrinale e giurisprudenziale che inquadra la *exceptio doli*, con le sue peculiarità e le sue caratteristiche dinamiche, come uno tra gli effetti tipici della ricorrenza di un abuso del diritto.

Ciò non inficia minimamente le specifiche condizioni della sua valenza e applicabilità, ma al tempo stesso afferma con decisione la priorità logica dell'abuso del diritto. Ove ricorra un abuso del diritto, e ricorrano determinate circostanze di fatto (pretesa fatta valere in giudizio, rapporto intersoggettivo, e altre) può rivelarsi utile – o comunque storicamente si è rivelato utile - far seguire al riconoscimento dell'abuso la disapplicazione della norma invocata⁹⁶.

5 – Abuso del diritto e divieto di *venire contra factum proprium*

Nell'indagine relativa ai principi e alle regole che concorrono a definire il concetto e l'ambito dell'abuso del diritto, per ragioni storiche o per ragioni di contiguità concettuale, ci si deve confrontare con alcuni canoni e regole che parimenti valutano il momento

⁹⁶ Per un'ampia disamina di fattispecie tipizzate di *exceptio doli*, come anche di proposte di applicazione della stessa cfr. gli interventi raccolti in GAROFALO, *op. cit.*

dell'esercizio del diritto. Nel tentativo di definire quel profilo di "anormalità" che rappresenta la cifra, la misura e la giustificazione della riprovazione per l'abuso di una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento, evidentemente devono trovare spazio quelle ipotesi nelle quali la anormalità si configura come una illogicità della condotta che un soggetto esplica, condotta pur capace di produrre effetti nel mondo giuridico⁹⁷.

Si tratta, in primo luogo, delle ipotesi per le quali l'elaborazione giuridica continentale ha ritenuto di parlare della presenza, negli ordinamenti di diritto codificato, di un generale principio che sancisce il divieto di *venire contra factum proprium*. Anche questa figura, come l'*exceptio doli*, il principio di buona fede, l'abuso del diritto, etc., in quanto istituti che consentono di attribuire rilievo e dignità giuridica alle ragioni di giustizia sostanziale che dovrebbero costituire la logica prima del regolamento delle condotte umane, trova la sua origine nella riflessione della dottrina e della giurisprudenza tedesche del secolo scorso, laddove la codificazione si innesta sul sostrato esistente costituito dal connubio tra il diritto romano classico, recuperato e imperante per il tramite della pandettistica, e le elaborazioni della dogmatica giuridica).

L'entrata in vigore del BGB nel 1900 non ha comportato un radicale stravolgimento del modo di intendere l'ordinamento, e la prassi giurisprudenziale

⁹⁷ Per una compiuta disamina del divieto di *venire contra factum proprium*, delle sue radici storiche, delle sue connessioni con l'abuso del diritto e l'*exceptio doli generalis*, le sue possibili applicazioni cfr. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis* e il divieto di *venire contra factum proprium*, in GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale*, cit.

tedesca, «in perfetta consonanza con la propria precedente tradizione, mostra di conservare piena consapevolezza della rilevanza e della necessità di continuare a sanzionare comportamenti iniqui, ancorché leciti nell'ottica dello *ius strictum*»⁹⁸.

In mancanza di alcuna norma esplicita o di una clausola generale che in qualche modo riconoscesse il divieto di *venire contra factum proprium* o, *lato sensu*, il divieto dell'abuso del diritto, si deve alla giurisprudenza tedesca il recupero e la conservazione di queste figure, ed alla elaborazione dottrinale la loro compiuta configurazione e fondazione⁹⁹.

Ed è alla vasta e minuziosa elaborazione della dottrina tedesca che si deve in misura del tutto decisiva l'utilizzo e il significato attuale del divieto di *venire contra factum proprium*, come anche della figura della *Verwirkung*, nonché della figura della *exceptio doli generalis*. È infatti alla dottrina tedesca che si deve l'inaugurazione del modo di intendere questi istituti alla luce del principio di buona fede oggettiva, quale

⁹⁸ PROCCHI, *op. cit.*, p. 78-79.

⁹⁹ PROCCHI, *op. cit.*, p. 81, «(...)la proibizione di tenere condotte contraddittorie (*non venire contra factum proprium*) viene a contrapporsi alla generale regola di libera fruibilità delle situazioni giuridiche soggettive di cui si ha la titolarità (*qui iure suo utitur neminem laedit*). Non essendo rinvenibile nella neonata codificazione tedesca una generale affermazione di principio a favore del divieto di *venire contra factum proprium*, l'istituto necessitava della creazione di un fondamento dogmatico» Non rientra nell'economia del presente lavoro dar conto della vastissima ed approfondita produzione dottrinale tedesca relativa, anzitutto, al principio di buona fede ma poi, anche, al divieto di *venire contra factum proprium*. Si rinvia, pertanto, alla ricca bibliografia in proposito contenuta nel contributo citato.

espresso nel fondamentale § 242 BGB, il che vale a connotarli e ricostruirli in maniera decisamente differente rispetto al loro originario significato, soprattutto nella direzione di una loro comprensione ed efficacia sempre più oggettiva, capace di inquadrare gli interessi coinvolti e gli equilibri socialmente rilevanti¹⁰⁰.

Per quanto riguarda più specificamente la *ratio* e l'ambito applicativo del divieto di *venire contra factum proprium*, già si è detto di come esso miri a sanzionare condotte contraddittorie¹⁰¹, legittimato in ciò dal

¹⁰⁰ PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc.priv. - sez. civ.*, XIX, Torino 1999, pp. 728 e ss., ora anche in ID., *Vicende del diritto soggettivo*, cit., da cui si ricavano le citazioni riportate nel presente lavoro: «per quanto riguarda il divieto di *venire contra factum proprium*, la stessa formula esprime un tipo di valutazione che tiene conto di due successivi comportamenti contrastanti del(lo) stesso soggetto che agisce. Tuttavia il significato che ormai da tempo viene attribuito alla formula è diverso, perché in effetti si prende in considerazione anche l'affidamento della controparte. Cosicché si attua la valutazione richiesta dal § 242 BGB, basata sul bilanciamento dei contrapposti interessi alla luce del comportamento di entrambe le parti», pp 70-71.

¹⁰¹ Particolarmente efficace è la descrizione enunciata da PATTI nella nota a Corte cost. n. 347/98 e Cass. civ. 2315/99, *Lacune "sopravvenute" presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 347 ss.: «(...) il divieto del *venire contra factum proprium*, espresso anche mediante il brocardo secondo cui *protestatio contra factum non valet*, esprime la contrarietà dell'ordinamento nei confronti di comportamenti contraddittori: mediante queste regole, in definitiva, si sanziona un comportamento attribuendo rilevanza giuridica ad un fatto avvenuto in precedenza»

principio della buona fede o, più specificamente, dal principio della tutela dell'affidamento¹⁰².

Accanto a queste ricostruzioni dogmatiche del principio, che lo rivelano collocato nell'ambito degli strumenti volti a presidiare la giustizia sostanziale dell'ordinamento e la oggettiva correttezza dei comportamenti giuridicamente rilevanti, è stata peraltro proposta anche una sua ricostruzione in termini esclusivamente negoziali. Tale ricostruzione ha una qualche eco anche nel nostro ordinamento, laddove meno sicuro è l'utilizzo del divieto di *venire contra factum proprium*, o meglio, di tale divieto si rinvengono svariate applicazioni "occulte"¹⁰³, ma non accompagnate

¹⁰² PROCCHI, *op. cit.*, p. 105: «una originale posizione intermedia è quella sostenuta da Canaris, convinto sostenitore della riconducibilità dei comportamenti contraddittori ad una violazione del principio dell'affidamento». Il principio di tutela degli affidamenti si ritrova frequentemente evocato a giustificazione della figura dell'abuso del diritto così come della *Verwirkung*; per un approfondimento della tematica si rinvia a PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990.

¹⁰³ Così MERUZZI, *op. cit.*, p. 477-478, il quale cita una serie di casi giurisprudenziali in cui l'invocazione del principio di correttezza sottintende l'applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*; ciò rivela come spesso, nel ragionamento delle Corti, il ricorso alla buona fede diviene il tramite per l'applicazione del divieto: «buona fede e divieto di *venire contra factum proprium* (...) interagiscono tra loro per tutelare l'affidamento delle parti in sede di interpretazione e correzione del contenuto normativo del contratto»; non sempre peraltro il tramite della buona fede si rivela indispensabile: «a livello sistematico il ricorso al criterio della buona fede non è peraltro, nel ragionamento delle corti, un passaggio obbligato nell'applicazione del principio, la cui esistenza è altrettanto di

e supportate da un consapevole recepimento ed una conseguente adeguata elaborazione, capace di calare e coordinare tale principio con le peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano¹⁰⁴.

Ecco allora che gli interventi che si occupano di indagare la sussistenza di tale principio nel nostro ordinamento si ritrovano soprattutto, se non esclusivamente, a valutare i percorsi argomentativi di sentenze nelle quali il divieto di *venire contra factum proprium* viene espressamente evocato o, più spesso, si rivela presente come implicito criterio logico di decisione.

A titolo meramente esemplificativo delle modalità tramite le quali tale principio può guidare la valutazione del giudicante in fattispecie nelle quali si pone il problema di fornire una risposta dell'ordinamento a situazioni di legittimo affidamento (suscitate da un comportamento poi contraddetto), si possono prendere in considerazione una vicenda inerente rapporti contrattuali ed una vicenda che si colloca invece nell'ambito del diritto di famiglia.

Significativo è il caso in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto contrario a buona fede, alla luce dell'art. 1460 comma 2 c.c., applicato all'art. 1901 c.c., il rifiuto della compagnia di assicurazione di risarcire il sinistro occorso al proprio assicurato adducendo il mancato pagamento del premio. La contrarietà a buona fede era ravvisata, senza incertezza, nella contraddittorietà di

frequente desunta per implicito dal sistema, come si desume da una vasta serie di precedenti», così p. 482.

¹⁰⁴ MERUZZI, *op. cit.*, in particolare p. 476 ss., laddove afferma che il divieto di *venire contra factum proprium* costituisce principio riconosciuto e accolto in ambito comunitario.

tale rifiuto rispetto al precedente atteggiamento della assicurazione, la quale aveva instaurato con i propri clienti la prassi di provvedere al ritiro dei premi, per il tramite di un proprio incaricato e al di fuori delle scadenze stabilite¹⁰⁵.

Per quanto concerne l'ambito del diritto di famiglia, è da tempo conosciuta alle riflessioni di dottrina e giurisprudenza una peculiare ipotesi di conflitto logico tra due condotte successive: quelle del marito che acconsente alla pratica della inseminazione artificiale eterologa, ma successivamente agisce per ottenere il disconoscimento del figlio nato da quella inseminazione¹⁰⁶.

L'orientamento tradizionale in materia riteneva indisponibile l'azione di disconoscimento e, conseguentemente, riteneva nulla la rinuncia ad essa, che si voleva contenuta nella manifestazione di consenso alla inseminazione eterologa. Una importante sentenza della Cassazione del 1999¹⁰⁷, sulla scia di una pronuncia della Corte costituzionale, ha invertito tale posizione, negando al marito l'azione di disconoscimento di paternità in una ipotesi siffatta; ma, quel che più interessa il presente lavoro, è giunta a simile conclusione con una argomentazione che sembra

¹⁰⁵ È il caso di Cass. 8 novembre 1984, n. 5639, pubblicata in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 436

¹⁰⁶ Tale aspetto è peraltro ora oggetto di una specifica disposizione normativa (art. 9 della L. Legge 19 febbraio 2004, n. 40, che appunto vieta il disconoscimento di paternità nei casi di fecondazione eterologa, ove il consenso del coniuge o del convivente “è ricavabile da atti concludenti”).

¹⁰⁷ Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, pubblicata anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 517 ss., nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 347 ss.

assumere a fondamento precisamente il divieto di *venire contra factum proprium*.

Afferma, infatti, che l'azione di accertamento costitutivo - tale deve considerarsi l'azione di disconoscimento di paternità - «in assenza di una diversa (ed eccezionale) previsione non può spettare proprio al soggetto che abbia posto in essere o concorso a porre in essere, con atti o comportamenti non vietati dalla legge, la situazione giuridica per la cui modificazione è apprestata»; afferma altresì che tale regola deve «considerarsi immanente anche nel settore dei diritti personali ed indisponibili».

Sembra emergere, dunque, da questa decisione, l'assunzione a parametro di giudizio del divieto di *venire contra factum proprium*, con una scelta significativa proprio per l'ambito in cui operata, ma che per le concrete modalità del caso non ha mancato di suscitare dubbi ed obiezioni. Dubbi perché la sentenza pare voler fare applicazione del divieto di *venire contra factum proprium* quale criterio autonomo, non necessariamente collegato al principio della buona fede come, invece, è tendenza consolidata in materia, ma piuttosto immanente e deducibile dal complessivo sistema normativo¹⁰⁸. È stato poi autorevolmente

¹⁰⁸ Tale attitudine è stata riscontrata, nella sentenza in questione, da MERUZZI, *op. cit.*, p. 482, come indicativa di uno schema di ragionamento delle Corti per il quale «il ricorso al criterio della buona fede non è (...) un passaggio obbligato nell'applicazione del principio, la cui esistenza è altrettanto di frequente desunta per implicito dal sistema». Critico in proposito è Patti (*Lacune "sopravvenute"*, cit., p.349), il quale si limita ad osservare incidentalmente che, appunto, nella dottrina del divieto di *venire contra factum proprium* il fondamento dello stesso viene ravvisato nella clausola

sottolineato che nel caso di specie non si è in presenza di un comportamento, di un “fatto” cui si deve attribuire giuridica rilevanza per sanzionare un diverso comportamento, contraddittorio o illogico rispetto ad esso, dello stesso soggetto. Si è in presenza di un vero e proprio atto negoziale - il consenso prestato dal marito all’inseminazione eterologa - a mente del quale il problema si sposta sulla determinazione della sua natura ed effetti (primo fra tutti la revocabilità); ciò consente all’interprete di precisare che «(...) l’antico brocardo deve essere inteso in senso letterale, cioè facendo riferimento ad un mero fatto, non ad un atto negoziale, riconducibile al titolare del diritto»¹⁰⁹.

6 – Abuso del diritto e *Verwirkung*

In stretta contiguità con il divieto di *venire contra factum proprium* si pone l’istituto della *Verwirkung* che, analogamente ad esso, nasce e deve la sua fortuna esclusivamente alle applicazioni della giurisprudenza e dottrina tedesche, anche se non ha mancato di ricevere qualche attenzione - e qualche tentativo di applicazione - nell’ordinamento italiano¹¹⁰.

generale di buona fede, conseguentemente «(...) potrebbe osservarsi che il riferimento ad una regola con dubbi caratteri di autonomia, come quella del divieto di *venire contra factum proprium* potrebbe considerarsi superfluo, mentre appare più corretta la diretta applicazione del principio di buona fede».

¹⁰⁹ PATTI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁰ In Italia i più rilevanti contributi appositamente dedicati alla figura della *Verwirkung* sono quello di RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova 1971, e quello di PATTI, *Verwirkung*, cit., , il quale osserva che la *Verwirkung* è un prodotto della giurisprudenza tedesca e ha origini piuttosto

La *Verwirkung* può essere definita come un peculiare istituto che «comporta la perdita del diritto soggettivo in seguito alla inattività del titolare, durata per un periodo di tempo non determinato a priori, ed alla concorrenza di circostanze idonee a determinare un affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede»¹¹¹.

Una simile definizione risulta innanzitutto debitrice - come già più volte si è avuto occasione di sottolineare

recenti: «la giurisprudenza tedesca ha utilizzato frequentemente la *Verwirkung* negli anni successivi alla prima guerra mondiale», ed è particolarmente significativa la circostanza in cui l'istituto è nato: «l'esigenza si avvertì in occasione del crollo del marco, che spinse all'abbandono del principio del valore nominale dei debiti pecuniari e all'ammissione della rivalutazione giurisprudenziale dei crediti (...). Al creditore venne così concessa la possibilità di agire per la rivalutazione del credito ma, tenendo conto dell'esigenza del debitore di conoscere nel più breve tempo possibile l'entità della prestazione da eseguire, la giurisprudenza considerò decaduto dal diritto di rivalutazione chi fosse rimasto così a lungo inattivo da creare nel debitore la convinzione che il diritto non sarebbe stato più esercitato», p. 63.

¹¹¹ PATTI, *op. loc. ult. cit.*: è il caso di sottolineare quali siano i rapporti tra questa figura e gli istituti della prescrizione e decadenza, anche perché questo è il punto che probabilmente suscita la maggior diffidenza per la figura della *Verwirkung* nella dottrina e giurisprudenza italiane; *ibidem*, p. 67: «la *Verwirkung* non costituisce pertanto una eccezione del principio secondo cui l'inerzia del titolare del diritto può determinare la perdita del diritto soltanto per prescrizione o decadenza, perché nel caso in esame non è sufficiente una mera inattività ma occorre un certo atteggiamento del titolare del diritto che assume una precisa rilevanza alla luce delle circostanze».

in relazione a tutte le figure sin qui incontrate - di una evoluzione interpretativa nel senso di eliminare dalla struttura concettuale dell'istituto la considerazione di elementi soggettivi e, specificamente, della intenzione maliziosa del titolare del diritto, dello scopo ingiusto da questi perseguito tramite l'anomalo ritardo nell'esercizio del diritto stesso.

È stata quindi abbandonata ogni attenzione per un eventuale profilo di colpa del titolare del diritto, per attribuire invece esclusiva rilevanza alle circostanze del caso ed al comportamento del titolare del diritto, considerati alla luce del parametro di buona fede. L'attuale definizione e portata dell'istituto - sempre nel contesto della giurisprudenza tedesca - è il risultato di una significativa controversia in merito al suo fondamento dogmatico: a fronte dell'idea più ampia e dominante che riconduceva la *Verwirkung* al principio di buona fede e correttezza - nella specifica declinazione della tutela dell'affidamento della controparte - veniva proposta, invece, la natura negoziale dell'istituto e quindi la giustificazione del suo operare in quanto integrante una fattispecie di rinuncia tacita del titolare al proprio diritto. Se le letture a sostegno di una ricostruzione negoziale della *Verwirkung* - le quali hanno ugualmente interessato anche il dibattito sul divieto di *venire contra factum proprium* - rappresentano una alternativa sempre presente e sembrano emergere soprattutto negli altri ordinamenti europei nei quali l'istituto è conosciuto, tuttavia non vi è ormai alcun tentennamento nella

dottrina tedesca nel ricondurlo al principio di buona fede e al riferimento normativo del § 242 BGB¹¹².

Nella comune radice nel principio di buona fede, l'istituto della *Verwirkung* viene solitamente correlato, appunto, al divieto di *venire contra factum proprium* oppure anche alla figura dell'abuso del diritto. L'accostamento al divieto di *venire contra factum proprium* è tradizionale: ; se tuttavia accomuna i due istituti una medesima situazione di contraddittorietà tra un comportamento del titolare e la sua successiva pretesa di esercitare il diritto, la *Verwirkung* si qualifica perché la *ratio* della sanzione pretende il decorso di un apprezzabile periodo di tempo prima dell'esercizio del diritto, nonché che il comportamento precedente, cui attribuire giuridica rilevanza, sia un comportamento omissivo. Inoltre, autorevole dottrina ha messo in luce come, nonostante i numerosi punti di contatto tra gli istituti, nella *Verwirkung* la circostanza che il comportamento del titolare del diritto possa essere definito contraddittorio rileva soltanto perché in tal modo si determina la violazione del principio di buona fede e, conseguentemente, «superata la fase di descrizione del fenomeno, non sembra esatto fare riferimento al divieto del comportamento contraddittorio, perché a sua volta un siffatto comportamento può determinare effetti sfavorevoli soltanto se configura una violazione della norma sulla

¹¹² PATTI, *op. cit.*, p. 67: «una assoluta concordanza di opinioni esiste (...) per quanto riguarda la natura non negoziale della *Verwirkung*, che viene definita come effetto legale di un comportamento. Gli effetti sfavorevoli al titolare del diritto non si producono in forza di una sua dichiarazione negoziale, ma semplicemente come conseguenza dell'applicazione del principio di *Treu und glauben*».

buona fede. In definitiva non è corretto richiamare un principio che non ha propria autonomia normativa, quando può farsi riferimento direttamente ad una norma che in ogni caso costituisce il fondamento del principio. [...] Con riferimento al nostro ordinamento si impone un diretto riferimento alla normativa di buona fede piuttosto che il richiamo ad un brocardo di incerte origini e ormai quasi scomparso nell'attuale esperienza giuridica»¹¹³. La collocazione della *Verwirkung* nell'alveo dell'abuso del diritto, nel senso che si può definire abusivo l'esercizio del diritto posto in essere da un soggetto «dopo aver determinato con il suo comportamento un affidamento degno di tutela della controparte», costituisce invece una conclusione valida e fondata ove si accolga una nozione ampia della categoria dell'abuso, da intendersi come presupposto concettuale, fattispecie base la quale è in grado di giustificare l'applicazione di tutti i rimedi di giustizia sostanziale di cui si va ora discutendo. In particolare, pare di poter suggerire che la riconduzione della *Verwirkung* alla categoria dell'abuso del diritto - quale sua tipica e specifica modalità di estrinsecazione - possa risultare in particolare modo significativa in un sistema giuridico - quale è quello italiano - che non riconosce legittimità, e quindi nemmeno le conseguenze giuridiche che gli sono connaturate, ad un meccanismo che sia paragonabile alla *Verwirkung* tedesca.

Una così rilevante elaborazione della *Verwirkung* nella prassi e nella dottrina tedesca non poteva peraltro non suscitare qualche tentativo di studiarne l'applicabilità anche al sistema giuridico italiano.

¹¹³ In tal senso PATTI, *op. cit.*, 68.

Invero, la prima opera monografica in argomento¹¹⁴, forse in mancanza, all'epoca, del supporto di una elaborazione sufficientemente matura del principio di buona fede oggettiva, si è ritrovata a ricostruire l'istituto in un'ottica - decisamente minoritaria nella dottrina tedesca - che afferma la natura negoziale dell'istituto, secondo la quale, quindi, l'effetto tipico della *Verwirkung*, il disconoscimento della pretesa fatta valere, rappresenta la specifica conseguenza di un comportamento negoziale, ossia della precedente rinuncia tacita alla pretesa stessa. Tale opera, se ha indubbiamente avuto il merito di dare ingresso anche nel nostro ordinamento alla riflessione sulle problematiche che possono porsi in relazione alla poco affrontata questione del non uso del diritto o, più specificamente, dell'ingiustificato e "anomalo" ritardo nell'esercizio del diritto¹¹⁵, tuttavia si è mostrata debole

¹¹⁴ RANIERI, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, cit.

¹¹⁵ Oltre alle due opere citate, qualche accenno alla *Verwirkung* è dato rinvenire in alcune trattazioni manualistiche; l'istituto trova menzione anche nelle argomentazioni della giurisprudenza, ma sempre con esiti di rigetto, cfr. di recente Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397, ove si afferma che «il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e tale da generare nel debitore un ragionevole affidamento che il diritto non verrà più esercitato, non comporta una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria del diritto, salvo che tale ritardo sia la conseguenza di un'inevitabile rinuncia». Come osserva nel commento di questa pronuncia ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 602 ss., la ragione della diffidenza della giurisprudenza italiana nei confronti della *Verwirkung* dipende dalla scelta di precludere ogni spazio di intervento alla regola

e criticabile la tesi di fondo ivi propugnata: l'affermazione secondo la quale le medesime finalità realizzate con l'applicazione della *Verwirkung*, sostanzialmente si realizzano nel sistema italiano in tutti quei casi nei quali l'interprete può ricorrere alla figura della rinuncia tacita, risultando di fatto coincidenti le fattispecie coinvolte.

In tale prospettiva è stato ravvisato un sostanziale snaturamento dell'istituto della *Verwirkung* ed una inammissibile confusione con la rinuncia tacita: quest'ultima presuppone che nell'atteggiamento del titolare del diritto si possa rinvenire la espressione di una consapevole volontà negoziale, laddove la *Verwirkung* consente di attribuire rilevanza giuridica al mero comportamento omissivo, il quale, valutato unitariamente alle circostanze del caso, risulti adeguato a far sorgere un affidamento tutelabile.

Per quanto concerne invece l'utilizzo della categoria in esame da parte della giurisprudenza, deve segnalarsi un orientamento costantemente negativo, specie da parte della Suprema Corte: in una recente sentenza in argomento¹¹⁶, infatti, ad una corretta definizione della *Verwirkung* come il «principio, basato sulla buona fede, secondo cui, anche prima del decorso del termine prescrizione, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare e che abbia fatto sorgere nella controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento

di buona fede nelle discipline di carattere imperativo, quale è quella della prescrizione.

¹¹⁶ Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Giust. civ.* 2005, p. 2182 con nota di RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione.*

sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione, rappresenti un caso di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente rifiuto della tutela, per il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto»¹¹⁷, segue una decisa affermazione, in linea con i precedenti, di inapplicabilità dell'istituto nel nostro ordinamento positivo.

Per la Corte, infatti, l'estinzione dei diritti può avere luogo, ove non sia configurabile una rinuncia tacita (per la quale è necessario un comportamento concludente del titolare che riveli, in maniera univoca, la sua definitiva volontà di non avvalersi del diritto stesso, e non sono sufficienti l'inerzia o il ritardo nel suo esercizio, che ben potrebbero non implicare una volontà abdicativa ed essere esclusivamente frutto di ignoranza, di temporaneo impedimento o di altra causa)¹¹⁸, soltanto per prescrizione o decadenza, a norma degli artt. 2934 e seguenti del Codice civile: il semplice fatto di ritardo nell'esercizio di un proprio diritto, se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto, non dà luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto, qualunque convinzione possa essersi fatta, per effetto del ritardo, la controparte stessa¹¹⁹.

¹¹⁷ Così, in motivazione, Cass. 5240/2004, *cit.*

¹¹⁸ Cfr. Cass. 26 febbraio 2004 n. 3861; Cass. 25 agosto 1999 n. 8891; Cass. 20 gennaio 1994 n. 466; Cass. 27 giugno 1991 n. 7215; Cass. 15 dicembre 1981 n. 6635.

¹¹⁹ Questa conclusione della Corte di Cassazione è stata criticata, nella sua portata, già dai primi autori che hanno

7 - Riferimenti normativi dell'abuso del diritto

Dopo aver tratteggiato le ricostruzioni teoriche operate dalla dottrina riguardo all'abuso del diritto ed avere illustrato, sia pure sommariamente, le figure che possono considerarsi ad esso, in qualche misura, affini o riconducibili, occorre senz'altro procedere ad una breve rassegna dei riferimenti normativi presenti nel nostro ordinamento positivo, già largamente richiamati dagli autori citati a sostegno delle loro ricostruzioni della categoria dell'abuso.

Negli autori che ne riconoscono l'esistenza e la validità, infatti, l'esigenza di ricostruire con sicurezza i tratti della sua piena giuridicità trova risposta in una costante attività di indagine, volta a reperire i referenti normativi del divieto di abuso: mancando nel nostro ordinamento una norma che esplicitamente vieti l'abuso, quelle posizioni che intendono affermarlo, e appunto affermarne la giuridicità, hanno concentrato la loro attenzione su singole disposizioni normative le quali, o disciplinano specifiche condotte ritenute abusive oppure paiono ispirate alla medesima *ratio* del divieto di abuso o, comunque, si occupano specificamente del momento dell'esercizio dei diritti «in modi tali da presupporre controlli diretti ad evitare che il comportamento riferito al contenuto della situazione, sebbene non sia espressamente proibito, possa essere contestualmente usato come schermo a copertura di una condotta

commentato la sentenza, che ne hanno evidenziato la natura eccessivamente *tranchante*: in tal senso COLANGELO, Nota a Cass. 15 marzo 2004 n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1399 e RACHELI, *op. loc. cit.*

arbitraria»¹²⁰. E ciò, il più delle volte, con l'intento di procedere tramite generalizzazione, dalle singole norme alla individuazione di un vero e proprio principio di divieto di abuso implicito nel nostro sistema normativo¹²¹.

La prima disposizione normativa da cui tipicamente prendere le mosse è rappresentata indubbiamente dall'art. 833 del Codice civile: quello infatti tra la nozione di abuso del diritto e tale disposizione è un rapporto alquanto risalente nel tempo e del tutto peculiare, in quanto è parte integrante della storia stessa della nozione di abuso: nella figura romanistica della *aemulatio* gran parte degli interpreti ravvisano le radici dell'abuso¹²², ed il conseguente

¹²⁰ BRECCIA, *op. cit.*, pp. 5 e ss., p. 13. Per una approfondita indagine sui riferimenti codicistici e sulle recezioni nella legislazione speciale del principio di divieto di abuso cfr. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit.

¹²¹ In molti autori è riscontrabile la volontà e la convinzione della possibilità logica e speculativa di procedere alla analisi dell'abuso con la pretesa di creare il relativo principio tramite un procedimento induttivo, a partire da singole norme del codice civile: per tutti cfr. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 35 ss., secondo il quale «non potrebbe mettersi in dubbio che nelle due disposizioni (gli artt. 833 e 1175 cod. civ.) si esprima il medesimo principio generale: se esso vi trova formulazioni diverse, ciò è dovuto alla diversa struttura delle due categorie di diritti, cui, rispettivamente, l'una e l'altra disposizione si riferiscono». Questa impostazione dell'indagine sull'abuso è molto diffusa e ricorrente, ma anche aspramente contestata: cfr., tra gli altri RESTIVO, *op. cit.*, p. 69 ss.

¹²² Significativa, in tal senso, la lettura proposta da MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p.

divieto degli atti emulativi (codificato pressoché in tutti gli ordinamenti moderni) costituisce, per primo e per lungo tempo, la base normativa e teorica che giustifica lo studio e la applicazione dell'abuso del diritto¹²³.

89 ss., il quale pone in evidenza come la giurisprudenza e la dottrina francese, cui solitamente si ascrive la genesi della categoria dell'abuso del diritto, siano in realtà largamente debitrice della discussione che, in Germania, portò alla codificazione del § 226: «l'esercizio di in diritto non è ammesso se può avere solo per iscopo di recar danno ad altri», a sua volta frutto dell'elaborazione dei pandettisti tedeschi, e «sicuramente questi autori non rispondevano alla rivoluzione, e non valorizzavano la funzione sociale della proprietà, solo generalizzavano le regole romane sulla *aemulatio*. Queste regole erano d'altronde presenti nella tradizione francese. (...) Insomma, la storia dell'abuso del diritto nei sistemi di *Civil law* è una lunga storia. Più che la giurisprudenza (Colmar!), va menzionata la dottrina. Più che la Francia, la Germania. Più che le limitazioni all'assolutismo della proprietà, la fedeltà ai modelli romani, e il metodo delle generalizzazioni pandettistiche».

¹²³ L'indagine affrontata da MARTINES, *op. cit.*, pp. 33 e ss., dimostra efficacemente come le prime pronunce giurisprudenziali nelle quali è possibile vedere utilizzata la categoria dell'abuso si occupino di fattispecie relative al diritto di proprietà e al divieto degli atti emulativi. Si tratta di casi francesi, tra i quali il celeberrimo caso Coquerel contro Clement-Bayard, che l'Autrice ricostruisce per l'intero, citando anche la massima, che così recita: « (...)Il proprietario che faccia costruire sino ad un altezza di sedici metri delle strutture "letteralmente" delle incastellature" in legno sormontate da picche in ferro, sul confine del proprio terreno, senza interesse alcuno, non configurando tali strutture una recinzione, ma all'unico scopo di nuocere al proprio vicino, abusa del proprio diritto di proprietà e, pertanto, viene giustamente condannato al risarcimento dei danni». RESCIGNO, *op. cit.*, prende invece le distanze dalla categoria del divieto

Tradizionalmente, l'idea dell'abuso, inteso come uso genericamente "anormale", "abnorme" del diritto, si ritiene nasca assieme alla categoria degli atti emulativi, poiché nel percorso interpretativo e argomentativo che conduce alla creazione di questi ultimi si affaccia per la prima volta l'idea che l'intoccabile principio secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit* non escluda a priori la responsabilità del soggetto che agisce sotto la copertura di una prerogativa riconosciutagli dall'ordinamento¹²⁴.

degli atti emulativi, non tanto per negare che vi sia una relazione tra la figura generale dell'abuso e l'atto di emulazione (v. nota 3, p. 12), quanto per negare l'utilità dello stesso nella ricostruzione della fisionomia dell'abuso (v. pp. 51-52): «da questo criterio della utilità economica per il proprietario, criterio che la legge adotta nella disciplina degli atti emulativi, si ricava quanto sia limitata ed insufficiente una costruzione dell'abuso del diritto che si fondi sull'art. 833 c.c., e voglia estendere ed applicare a tutti i rapporti giuridici privati i principi generali ricavati da quella disposizione. L'economicità dell'atto di esercizio della proprietà o di altro diritto reale dispensa, dunque, da ogni indagine circa la moralità dell'intenzione o la socialità del fine. Dire che l'utilità per il proprietario, o per il titolare del diritto reale, valga a realizzare la funzione sociale tipica dell'istituto, significa solamente che la dottrina e la pratica si sforzano di svolgere nei termini propri della dottrina del negozio e della causa un discorso che riguarda invece, e solamente, l'esercizio del diritto».

¹²⁴ GROSSO, voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, pp. 161 e ss.. MERUZZI, *op. cit.*: «sebbene nel diritto romano manchi una parola o una locuzione che corrisponda univocamente a tale principio, ed una teoria generale del divieto di abuso sia sconosciuta anche al diritto giustiniano, la nozione romanistica di *aemulatio* ne costituisce senza dubbio il nucleo concettuale di partenza».

È nel diritto intermedio che inizia una compiuta elaborazione della categoria degli atti emulativi¹²⁵; essa conosce poi una sempre crescente specificazione fin quasi alla età delle codificazioni, soprattutto tramite la sistemazione di una casistica ormai davvero ampia in un completo sistema di presunzioni.

Il divieto degli atti emulativi trova un ostacolo proprio con le codificazioni: non è accolto dal *Code Napoléon* vuoi per ragioni di ordine pratico e di tecnica legislativa, vuoi, soprattutto, a cagione dell'impianto ideologico del codice, radicalmente individualista¹²⁶.

p.323. L'Autore descrive, e contestualizza, l'assenza di un generale divieto di abuso nel diritto romano così come la scarsa importanza degli atti emulativi nel diritto giustiniano; ciò non toglie che «(...) proprio l'eredità del diritto romano, e gli scarsi frammenti da esso dedicati al tema dell'*aemulatio*, costituisce il punto d'avvio, per i giuristi del periodo intermedio, della teoria del divieto degli atti emulativi, che della moderna nozione di abuso del diritto è il più rilevante antecedente storico», p. 325.

¹²⁵ GUALAZZINI, voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, pp. 161 e ss. Afferma l'Autore: «è solo nell'età di mezzo che il problema dell'abuso del diritto comincia a configurarsi nelle linee di una dottrina, intesa a definire i limiti dell'uso del proprio diritto in modi e forme che non rechino danno o molestia ad altri senza proprio vantaggio reale o concreto. Naturalmente, il problema degli atti emulativi è al centro, ma non è tutto: accanto a tale aspetto dell'uso non finalistico del proprio diritto, che, in fondo, rientra soltanto parzialmente nel concetto di abuso di diritto, sta, invece, una più sicura nozione di uso abnorme del diritto», p. 163.

¹²⁶ MERUZZI, *op. cit.*, p. 326: «ciò è la conseguenza di un triplice e concomitante ordine di fattori, ovvero la forte attenzione al momento individualistico, che costituisce uno dei tratti caratterizzanti della codificazione napoleonica,

Tuttavia, estromesso dal Codice, il divieto degli atti emulativi ritorna con prepotenza nelle formulazioni della dottrina e soprattutto della giurisprudenza che, con tale presa di posizione, prepara il campo all'abuso del diritto.

Nell'ordinamento giuridico italiano, dopo che il divieto degli atti emulativi ha trovato espresso accoglimento nel Codice civile (l'art. 833 c.c., sotto la rubrica "atti di emulazione", vieta al proprietario di compiere gli «atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri») non sono mancate le riflessioni che hanno ritenuto di poter ricostruire la fisionomia dell'abuso a partire da tale norma, quantomeno per l'ambito dell'esercizio del diritto di proprietà o degli altri diritti reali. E ciò con pieno fondamento: la norma dell'art. 833 c.c. venne infatti inserita nel Codice come conseguenza di una ben precisa scelta del legislatore, che ritenne opportuno evitare - come pur era stato previsto nel progetto definitivo del Codice civile del 1942¹²⁷ - la formulazione di una norma di carattere generale sul principio del divieto di abuso, preferendo la previsione di regole specifiche dirette a reggere i diversi ambiti del diritto privato.

Sulla scorta del riferimento alla disposizione dell'art. 833 c.c., i tratti qualificanti dell'abuso venivano

l'intervenuta regolamentazione sulla base di divieti obiettivi, ereditati dal diritto consuetudinario, della materia edilizia e dei rapporti di vicinato, che costituisce la base di partenza della dottrina, e la sostanziale sostituzione del concetto di atto emulativo con il sistema delle servitù legali».

¹²⁷ Cfr. PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 3; nonché VIARO, *op. cit.*, p. 12 ss., ove riportato anche il testo dell'articolo e della relazione del Guardasigilli.

così individuati in un elemento oggettivo, consistente nel difetto di un qualunque interesse e vantaggio in capo al titolare del diritto, ed in un elemento soggettivo dato dall'intenzione di nuocere, dall'esercizio del diritto ispirato a soli scopi maliziosi e riprovevoli.

Il riferimento all'art. 833 c.c è stato tuttavia ben presto abbandonato, *in primis* a cagione delle difficoltà poste dalla presenza dell'elemento soggettivo: difficoltà di ordine probatorio (lo sfuggente requisito dell'*animus nocendi* è oggetto di prova che incombe all'attore), ma, anche, più sostanzialmente, a motivo di difficoltà concettuali, dal momento che la dottrina più accorta ha presto avvertito che la nozione di abuso ha la sua ragion d'essere nella sua capacità di sanzionare l'esercizio del diritto che risulti di per sé, oggettivamente, anormale¹²⁸.

¹²⁸ Si è talora ritenuto - a prescindere dallo schema degli atti emulativi - che l'indagine sull'abuso potesse o dovesse comportare anche una indagine sui motivi della condotta, ma anche tale impostazione è stata abbandonata, in risposta alla esigenza di un carattere sempre più oggettivo dell'abuso. Anzi, è piuttosto l'elaborazione della nozione di abuso a sollecitare una diversa ricostruzione dell'elemento soggettivo degli atti emulativi, in vista di una piena coerenza sistematica dei due rimedi, come sottolinea MERUZZI, *op. cit.*, p. 362: «una concezione oggettiva dell'atto emulativo, la cui sanzione sia legata alla constatazione dell'obiettiva inutilità del comportamento in relazione ai contrapposti interessi delle parti, è coerente non solo con gli ulteriori indici normativi e sistematici relativi al divieto di abuso, ma con la stessa nozione di proprietà, che impone che l'atto di esercizio del diritto sia finalizzato al perseguimento di scopi normativamente rilevanti e socialmente tipizzati».

Invero, negli anni sessanta - con la famosa sentenza n. 3040 del 15 novembre 1960¹²⁹, commentata da Rescigno nel suo saggio sull'abuso del diritto - la Suprema Corte aveva mostrato di considerare l'art. 833 c.c. espressione di un principio generale di divieto dell'abuso del diritto di proprietà e, più in generale, di qualsiasi diritto: aveva infatti ammesso che «il proprietario potesse commettere un illecito anche se dal suo contegno poteva ritrarre utilità, quante volte egli perseguisse scopi non rispondenti a quelli per i quali il diritto di proprietà è protetto dall'ordinamento positivo», e che l'abuso potesse essere compiuto anche per mezzo di comportamenti omissivi.

La lettura del divieto degli atti emulativi proposta da questa pronuncia «non ha, tuttavia, trovato pratica applicazione negli anni successivi, essendo invalsa nella giurisprudenza una sorta di *interpretatio abrogans* della norma in questione, relegata entro confini piuttosto ristretti», quelli appunto che pretendono sia la dimostrazione dell'*animus nocendi*, sia la totale assenza di utilità, per il proprietario, dell'atto compiuto¹³⁰.

Ecco quindi che lo stesso precetto dell'art. 833 c.c. è oggi, di fatto, “dimenticato” dalla giurisprudenza anche nell'ambito suo proprio: non solo l'ostacolo rappresentato dalla prova dell'intenzione di nuocere, ma ancor più il fatto che basti una qualsiasi, pur minima, utilità per il proprietario ad escludere l'emulazione, fanno sì che il divieto di atti emulativi venga percepito

¹²⁹ Pubblicata in *Foro it.*, 1961, I, c. 256, con nota di SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*.

¹³⁰ Cfr. LEVANTI, *Abuso del diritto*, nella rivista on line *Diritto & Diritti*, 2001, p. 19 ss.

come strumento inefficace a reprimere gli abusi proprietari e, quindi, sostanzialmente disapplicato¹³¹.

Oltre al divieto di compiere atti emulativi, parte della dottrina ha ritenuto di rinvenire in talune fattispecie normative dei veri e propri divieti di abusare di un diritto, sanzionati e tipizzati dal legislatore: è questo il caso, in particolare, delle due norme di cui agli artt. 1015 e 2793 c.c.. La prima dispone che «l'usufrutto può anche cessare per l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni», la seconda prevede che «se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandarne il sequestro». In entrambi i casi

¹³¹ L'orientamento interpretativo dell'art. 833 c.c. che ricostruisce il relativo istituto sulla sussistenza dei due requisiti dell'*animus nocendi* e della assenza di utilità del proprietario è stato accolto dalla Suprema Corte, che ne ha però fatto applicazione in modo tale da neutralizzare la portata precettiva della norma; ciò risulta con ogni evidenza dalla argomentazione svolta nella sentenza n. 10250 del 20 ottobre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, p. 69 ss. Tale pronuncia ha valutato non emulativa la mancata potatura di un filare di arbusti la cui crescita sregolata impediva al proprietario del fondo vicino il godimento del panorama, sulla scorta della considerazione per cui proprio l'inattività, il contegno omissivo, rappresentava una utilità per il proprietario, coincidente con il risparmio di spese e energie necessarie per la potatura. Appare chiaro che tale interpretazione non lascia spazio ad una valutazione di correttezza e normalità dell'esercizio delle facoltà proprietarie. Tale orientamento è stato decisamente contestato in dottrina: vedasi MOLITERNI-PALMIERI, "*Dormientibus iura succurunt*": *eutanasia dell'art. 833 c.c.*, nota alla sentenza sopracitata in *Foro it.*, 1998, I, p.73; vedasi altresì, PATTI, *op. ult cit.*, per una differente proposta ricostruttiva dei presupposti applicativi dell'art. 833 c.c.

l'impiego da parte del legislatore della espressione specifica dell'abuso, così come probabilmente anche la previsione di una apposita sanzione - e si tratta sostanzialmente di una sanzione volta a reintegrare in maniera specifica l'interesse leso -, hanno indotto alcuni fautori della categoria dell'abuso a sostenere la vigenza nel nostro ordinamento, come norma implicita, del relativo divieto¹³².

In realtà hanno avuto facile gioco quegli autori che hanno criticato siffatta impostazione, dimostrando che l'analisi non può basarsi sulle formulazioni terminologiche impiegate dal legislatore dal momento che, anzi, le due norme citate offrono spunto per comprendere che cosa abuso non è, trattandosi invece di veri e propri illeciti.

Significativamente, ad esempio, la disposizione sopra citata di cui all'art. 2793 c.c. parla di "abuso della cosa" che costituisce l'oggetto del diritto del creditore pignoratizio: la norma sanziona infatti non già un'ipotesi di esercizio distorto del diritto bensì l'ipotesi che il soggetto eserciti sulla cosa poteri che non corrispondono al suo diritto, ad esso estranei. La medesima *ratio* giustifica la previsione dell'art. 1015 c.c.: l'usufruttuario è sanzionato con la cessazione del suo diritto per il caso in cui egli alieni i beni, li deteriori o li faccia perire, cioè se compia atti che non rientrano nel contenuto del suo diritto ed anzi risultano in conflitto, in contraddizione con la causa di esso e con la tutela del diritto di proprietà che gli è connaturata.

In entrambi i casi, insomma, risulta che il legislatore utilizza il termine abuso semplicemente per stigmatizzare situazioni nelle quali vi è la materiale

¹³² Tra questi, ad esempio, MESSINEO, *op. cit.*, pp. 137-138.

disponibilità della cosa ma non vi è alcun corrispondente potere giuridico, alcun diritto di cui si possa abusare¹³³; tali fattispecie, dunque, non possono offrire alcun valido contributo alla ricostruzione della categoria dell'abuso.

In molti altri casi la dottrina ha riflettuto - più che su fattispecie pretesamente di divieto di abuso - piuttosto su norme nelle quali fosse possibile ravvisare dell'abuso la medesima *ratio*, quindi la intenzione di sottoporre a sindacato, non meramente formalistico, l'esercizio della prerogativa che altra norma attribuisce¹³⁴.

C'è chi si è soffermato sulla considerazione che il nostro ordinamento rivolge alla minaccia dell'esercizio

¹³³ Molte altre sono le ipotesi, in particolare nel diritto di famiglia, nelle quali il legislatore parla espressamente di abuso, e che sono state prese in considerazione come tipizzazioni del divieto di abuso, ma che non possono in realtà essere accolte come tali o, per le quali, quantomeno, risulta infeconda una valutazione alla stregua della nozione di abuso del diritto; in proposito cfr. PARADISO, *L'abuso della potestà sui figli*, in *Dir. priv.*, III, 1997.

¹³⁴ SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. civ. Sacco*, Torino, 2001 rileva questo approccio nella dottrina prevalente e compie altresì una rassegna delle norme che più spesso e più efficacemente vengono prese in considerazione quali momenti di emersione della categoria dell'abuso: sono le disposizioni del divieto degli atti emulativi (art. 833 c.c.); il trattamento del motivo illecito che induce a contrattare (art. 1345 c.c.); la norma sulla minaccia di far valere un diritto (art. 1348 c.c.); le norme sulla buona fede oggettiva; la disciplina delle clausole vessatorie (artt. 1469 bis e ss.). L'Autore, peraltro, nega recisamente che la struttura e la *ratio* di queste norme possano giustificare la creazione di un principio generale di divieto di abuso del diritto.

del diritto, sostenendo che, con la disciplina dettata dall'art. 1438 c.c.¹³⁵, sostanzialmente, il legislatore ha voluto enunciare la riprovazione per un utilizzo anormale del diritto, creando «un antidoto preventivo allo sfruttamento antiggiuridico dello schermo del diritto allo scopo di evitare che il diritto (oggettivo) dia scacco a se stesso»¹³⁶.

L'art. 1438 c.c. interpreta, dunque, una vicenda di abuso del diritto giacché «con la minaccia, il soggetto esercita una facoltà ricompresa nel contenuto del suo diritto non più per conseguire quanto gli spetta, ma per estorcere un contratto che gli consente di appropriarsi di utilità ulteriori. La minaccia di far valere il proprio diritto cessa di essere strumento di difesa dei propri interessi, legittima espressione di autotutela, e diviene strumento di prevaricazione. La dinamica che contrassegna la fattispecie risulta essere, dunque, quella di uno sviamento dall'interesse tutelato»¹³⁷.

Anche Rescigno - nell'importante contributo più volte ricordato - mostra di attribuire particolare importanza all'individuazione delle norme che legittimano il controllo dell'esercizio dei diritti alla stregua del criterio dell'abuso. In particolar modo egli attribuisce un significato centrale alle diverse disposizioni degli artt. 1345, 1355 e 1359 c.c.; la prima disciplina la rilevanza del motivo illecito nel contratto,

¹³⁵ «La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti».

¹³⁶ BRECCIA, *op. cit.*, p.14. In tal senso anche NATOLI, *op. ult. cit.*,

¹³⁷ RESTIVO, *op. cit.*, p. 276, ove anche riferimento alla posizione della giurisprudenza sul problema dell'ingiustizia del vantaggio perseguito.

mentre le altre due, che riguardano peculiari aspetti della disciplina della condizione, tuttavia possono essere utilmente accostate nella misura in cui tutte fanno emergere la centralità - per l'individuazione e sanzione dell'abuso - della valutazione della causa dell'atto e degli interessi meritevoli di tutela¹³⁸.

Per quanto riguarda l'art. 1345 c.c., che regola il motivo illecito comune ai contraenti (e Rescigno dimostra come sia applicabile anche agli atti unilaterali), l'Autore osserva che l'indagine sui motivi si traduce, in una prospettiva oggettiva e razionale, in una indagine e ricostruzione degli interessi individuali sottostanti il compimento dell'atto in questione e sulla loro "dignità di tutela"¹³⁹ e che, proprio così intesa, consente la sindacabilità del motivo illecito individuale: «la corretta interpretazione dell'art. 1345 è quindi sufficiente a risolvere i problemi della sindacabilità della delibera assembleare per abuso della maggioranza e del licenziamento del lavoratore per rappresaglia politica o sindacale»¹⁴⁰.

Ugualmente, anche la norma dell'art. 1355 c.c. appare all'Autore destinata a segnare un limite all'autonomia privata, desumendone la necessità, per

¹³⁸ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 107: «l'indagine sui motivi si traduce in una ricerca degli interessi individuali per cui il contratto o l'atto venne compiuto, e sulla loro dignità di tutela. Che il motivo debba valutarsi con gli stessi criteri che il codice adotta per la causa - e cioè con riguardo agli interessi meritevoli di tutela (art. 1322) - risulta chiaramente dalla disciplina degli elementi accidentali del negozio. Attraverso gli elementi accidentali penetrano infatti, nella struttura del negozio, i motivi individuali».

¹³⁹ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 107.

¹⁴⁰ RESCIGNO, *op. cit.*, p.135.

l'efficacia dell'atto, della presenza di un interesse meritevole di tutela. Si tratta, infatti, della norma relativa alla condizione potestativa che sanziona con la nullità l'assunzione dell'obbligo o l'alienazione del diritto che dipenda dalla mera volontà del debitore o dell'alienante: «l'efficacia del contratto, quando sia rimessa alla volontà di un contraente non può dipendere dal suo mero arbitrio; è necessaria la presenza, anche stavolta, di un interesse meritevole di tutela»¹⁴¹.

Infine, dall'art. 1359, che contempla la cosiddetta finzione di adempimento della condizione, Rescigno deduce invece la disciplina dell'abuso delle libertà: «quando l'esercizio della libertà venga compiuto in vista di un risultato vietato, ma ne scaturisca un'efficacia che quel risultato trascende, è sufficiente sancire l'improduttività dell'atto in ordine all'effetto vietato: e la formulazione legislativa del principio è racchiusa nell'art. 1359 c.c.»¹⁴².

È peraltro indiscutibile che, nell'attuale panorama della dottrina e della giurisprudenza, ogni riflessione sull'abuso del diritto venga svolta con riferimento alle fondamentali norme degli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁴³.

¹⁴¹ RESCIGNO, *op. cit.*, p. 109.

¹⁴² RESCIGNO, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴³ ASTONE, *op. cit.*, p. 610 ed ivi n. 12 per ampi riferimenti bibliografici sul dibattito circa la buona fede e, più in generale, circa le clausole generali: «tecnicamente la buona fede rappresenta una “clausola generale”: tali sono le disposizioni di legge fondate su una nozione (...) che il legislatore rinuncia a definire, rimettendo al giudice l'individuazione dei comportamenti che in concreto rientrano nella nozione di cui si discute e quindi risultino contrari alla buona fede (...)». «l'interesse per il tema muove da una serie di studi apparsi a partire dalla metà degli anni sessanta (...)».

Anche la giurisprudenza infatti, come si vedrà, utilizza praticamente sempre assieme la categoria dell'abuso ed i parametri di giudizio offerti dalla clausola di buona fede e correttezza; parimenti, gli autori che si occupano dell'abuso non possono non dare conto dei reciproci rapporti tra i due principi, vuoi al fine di enunciare le ragioni di una distinzione, come in alcune recenti prese di posizione¹⁴⁴, vuoi al fine di chiarire in quale modo e secondo quale accezione il divieto di abuso trova il proprio fondamento giuridico nelle citate norme¹⁴⁵. Non è sufficiente, infatti, limitarsi ad affermare che le due norme suddette costituiscono il parametro normativo cui in maniera sempre più frequente e massiccia la dottrina e la giurisprudenza fanno riferimento per giustificare o rinvenire fondamento positivo al principio del divieto di abuso del diritto¹⁴⁶: molti sono invece i profili di

¹⁴⁴ Vedasi RESTIVO, *op. cit.*

¹⁴⁵ MERUZZI, *op. cit.*, p. 354, rileva che, nelle odierne teorie sull'abuso del diritto, il fondamento giuridico «(...) salvo rare eccezioni, è rinvenuto nella clausola di correttezza, talora nel senso che questa è espressione del divieto di abuso, più spesso nell'opposto significato che il divieto di abuso è estrinsecazione del dovere di buona fede, conclusione già sostenuta, nel vigore del precedente Codice, dagli autori più sensibili alle esigenze di repressione dei comportamenti abusivi e del tutto prevalente nella dottrina attuale».

¹⁴⁶ «Si tratta del nesso maggiormente evidenziato dalla dottrina più recente», avverte MESSINA, *op. cit.*, p. 137. Costituisce anch'esso il frutto della progressiva «rimozione della diffidenza, giurisprudenziale e dottrinale, nell'utilizzazione delle clausole generali» già osservata in un contributo pubblicato nel 1986 da NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1986, p.547. Tra le innumerevoli trattazioni dell'abuso del diritto che assumono a parametro normativo dell'abuso le regole di buona fede e

complessità che investono innanzitutto l'ambito della definizione e del funzionamento delle regole di correttezza e buona fede, del loro settore di applicazione e quindi dei rapporti ipotizzabili intercorrenti con la categoria dell'abuso. Come detto, allo stato attuale della riflessione, è largamente diffusa l'impostazione teorica

correttezza, si segnala la osservazione di questo legame formulata da CATTANEO, *op. cit.*, p. 613 ss., il quale correttamente lo riconduce alla fondamentale elaborazione in tal senso maturata in seno all'ordinamento tedesco, nel quale, nonostante la presenza di una norma espressa sanzionante l'abuso del diritto, dottrina e giurisprudenza hanno, di fatto, ricostruito la figura facendo riferimento, di preferenza, alla diversa norma enunciante il principio di buona fede: «tra i molteplici compiti, che la dottrina e la giurisprudenza tedesche di questo secolo hanno assegnato al principio di *Treu und Glauben*, figura anche quello di fornire una base normativa per la repressione dell'abuso del diritto. Nei §§ 157 e 242 BGB si manifesterebbe infatti quello stesso principio generale, che ispira anche il § 226, contenente il divieto della «*chicane*», e il § 826, riguardante la responsabilità per danni dolosamente cagionati in violazione dei «buoni costumi». Nonostante la presenza di queste due ultime norme, il ricorso al § 242 BGB è in ogni caso molto frequente, giacché esso permette di considerare talora inammissibile o «abusivo» anche l'esercizio di un diritto che non abbia quale unico scopo quello di recare danno ad altri (come prevede invece il § 226), mentre d'altro canto consente di affermare la sopravvivenza della cosiddetta *exceptio doli*, la quale costituisce spesso - specialmente nel diritto delle obbligazioni - un rimedio più efficace del risarcimento del danno», p. 613-614. (per una trattazione approfondita dei rapporti tra principio di abuso e regola di buona fede nell'ordinamento tedesco e le sue influenze nell'approccio del nostro ordinamento alla figura dell'abuso, si veda RANIERI, *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del *Rechtmissbrauch**, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1216 ss.).

e operativa secondo la quale, comunque, almeno nel settore delle obbligazioni e dei contratti, l'abuso trova, appunto, fondamento e opera per il tramite del canone di buona fede così come espresso nelle norme in questione.

Anzi, c'è chi sostiene che per il sindacato dei rapporti contrattuali e obbligatori non sia possibile distinguere tra il funzionamento della buona fede contrattuale e della categoria dell'abuso del diritto, la quale conserverebbe una propria autonomia solo al di fuori di tale ambito¹⁴⁷.

Alcuni Autori, essenzialmente i fautori dell'autonomia della figura dell'abuso del diritto, sostengono la vigenza nel nostro ordinamento di un generale principio di correttezza, principio ispiratore dell'intera disciplina delle situazioni e dei rapporti disciplinati dal codice civile; con la importante conseguenza che, anche al di fuori dei rapporti

¹⁴⁷ MERUZZI, *op. cit.*, p. 358, sul presupposto che tanto la regola della buona fede che il principio dell'abuso adempiano ad una medesima funzione selettiva degli interessi perseguiti nell'esercizio delle prerogative connesse alle posizioni giuridiche soggettive, ritiene si possa affermare «una loro sostanziale sovrapposizione nel campo del diritto delle obbligazioni e dei contratti, tale da renderli facilmente intercambiabili sotto il profilo sia concettuale che operativo»; osserva peraltro che si tratta di una sovrapposizione «sostanziale, ma anche parziale. Sia per il fatto che il divieto di abuso opera in un ambito sistematico più vasto della buona fede, sia in quanto la funzione selettiva ad esso affidata si attua, anche nello specifico settore dei rapporti obbligatori, tramite clausole generali e norme elastiche diverse dalla buona fede».

obbligatori e contrattuali, il divieto di abuso potrebbe ben trovare fondamento in tale principio¹⁴⁸.

¹⁴⁸ In tal senso si pronunciano vari autori, tra i quali NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 26 ss.; GALOPPINI, *op. cit.*, p. 1386 ss.; TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 499, il quale afferma che il principio di correttezza è valido per tutto il campo dei rapporti patrimoniali, e ne deriva «il requisito di un minimo di dignità morale quale presupposto per l'efficacia di una pretesa invocazione dei diritti». In tempi più recenti, e col peculiare intento di fondare sul principio di correttezza anche la repressione dell'abuso della maggioranza nelle società di capitali, si è pronunciato in tal senso GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano 1987; egli esclude che alla disciplina delle società per azioni sia applicabile la normativa generale dettata per i contratti e, rilevata la necessità di «un'autonoma configurazione di un principio di correttezza o di buona fede nella società di capitali: da fondare sulla specifica disciplina e sulle caratteristiche dell'ordinamento societario» (p. 165), afferma che dalle norme del codice che richiamano il criterio di buona fede e correttezza è possibile desumere che esso si estende a tutte le situazioni —in corso di effetto—, tra le quali il rapporto sociale. In particolare osserva che il principio di correttezza ha valenza sistematica più ampia di quello di buona fede, che l'art. 2373 c.c. ne costituisce significativa espressione, afferma, quindi, l'applicabilità della correttezza alla disciplina delle società per azioni e la sua capacità di sanzionare l'abuso del diritto di voto. Con riferimento all'ambito della responsabilità civile, e quindi alla collocazione dell'abuso anche nell'ambito extracontrattuale, peculiare è la posizione espressa da BUSNELLI-NAVARRETA, *op. cit.*, i quali sottolineano, appunto, come la principale riserva tecnica all'estensione dell'abuso alla responsabilità civile risulti dalla riserva circa l'applicabilità del diritto al di fuori di un preesistente rapporto giuridico. Osservano quindi che tale riserva risulta superata alla luce di un «trend legislativo che si avvale della correttezza in aree di

Altro aspetto che influisce sui rapporti della buona fede e correttezza con la figura dell'abuso, oltre all'ambito di estensione da riconoscersi alle prime, è quello relativo alle funzioni e al modo di operare che per esse sono stati riconosciuti e tipizzati. In particolare, la considerazione dell'evoluzione conosciuta dalla clausola di buona fede contrattuale, quindi delle funzioni che ad essa competono, si rivela essenziale per illuminare e dare ragione della pretesa convergenza con un generale divieto di abuso del diritto nel sanzionare fattispecie, obbligatorie, abusive o *lato sensu fraudolente*¹⁴⁹.

Invero oggi la clausola generale di buona fede è forte di alcune fondamentali acquisizioni, che fanno degli artt. 1175 e 1375 c.c. disposizioni di larga applicazione e indubbia efficacia¹⁵⁰: è ormai pacifico

responsabilità civile non limitate alla eccezione della concorrenza sleale (...), ma estese a un numero sempre più consistente di ipotesi»; così p. 201.

¹⁴⁹ MERUZZI, *op. cit.*, p. 364-365 sottolinea l'indifferenza della categoria dell'abuso rispetto all'elemento dell'atteggiamento soggettivo dell'agente che qualifica la condotta: «la rilevanza dell'*animus* dell'agente, ammissibile nel quadro di una concezione eticizzante della figura, è quindi inconciliabile con l'essenza stessa della funzione selettiva, e col rapporto di continuità logica ed operativa col principio causalistico. (...) Ciò peraltro non esclude che, analogamente a quanto già visto con riguardo alla regola di correttezza, l'abuso del diritto, oggettivamente inteso, non costituisca anche un efficace mezzo di repressione dei comportamenti fraudolenti o maliziosamente finalizzati a trarre indebiti vantaggi dagli atti d'esercizio di un diritto».

¹⁵⁰ NANNI, *op. cit.*, p. 601-602, a conclusione di una ampia rassegna delle decisioni giurisprudenziali che fanno applicazione, implicita o esplicita, della buona fede, così come

che la buona fede contrattuale si configura come un criterio affrancato da qualsivoglia componente di ordine soggettivo e rappresenta piuttosto una «regola obiettiva di condotta finalizzata al soddisfacimento dell'interesse individuale delle parti nei limiti del pieno rispetto della logica di mercato»¹⁵¹, consentendo perciò una valutazione dei comportamenti delle parti sulla base di parametri di normalità economico-sociale. Altra fondamentale acquisizione in tema di buona fede contrattuale consiste nella raggiunta consapevolezza che essa costituisce una norma primaria, ossia una fonte autonoma di obblighi giuridici, che sono direttamente garantiti dalle sanzioni predisposte dall'ordinamento giuridico¹⁵².

Tanto chiarito circa i caratteri della buona fede contrattuale, il problema che più direttamente interessa ai fini di una sua comparazione con la nozione di abuso consiste nel comprendere in quale modo essa consente di inquadrare (e, quindi, di reagire a) condotte che si

dell'abuso del diritto o della *exceptio doli*, osserva la loro funzione unitaria e, in particolare per quanto riguarda la buona fede: «la nozione di buona fede intesa in funzione di limite “da ritenersi immanente ed intrinseco nell'esercizio di una qualsiasi pretesa, sia essa fondata sul contratto o su altre fonti” (...) è d'altronde accettata da tempo in dottrina (...). Ciò che l'esperienza giurisprudenziale rivela è il passaggio da una configurazione di quel limite nei termini generici dell'*honeste vivere* e della rettitudine morale, al riconoscimento della capacità della correttezza contrattuale di assolvere la propria funzione in posizione paritaria rispetto ad ogni altro sistema di norme in senso tecnico, dotate di rilievo autonomo nell'ordinamento statale».

¹⁵¹ MERUZZI, *op cit.*, p. 176.

¹⁵² In proposito cfr. MERUZZI, *op. cit.*, p. 175 ss. e bibliografia ivi indicata.

presentano come formalmente legittime, ma sostanzialmente abusive o fraudolente.

L'operatività della clausola di buona fede in tal senso, le deriva in virtù della sua riconosciuta funzione integrativa, ossia della sua capacità di specificare e completare, mediante la creazione di nuovi obblighi, declinare in base alle specifiche circostanze della concreta fattispecie, il contenuto e gli effetti del rapporto obbligatorio¹⁵³. Si pensi, a titolo di esempio di tale funzionamento della clausola, al reciproco dovere di informazione incombente sulle parti del contratto, il quale, in virtù di una costante lettura secondo buona fede, operata dalla giurisprudenza, è divenuto oramai un contenuto normale di determinati rapporti contrattuali.

¹⁵³ In proposito, *ex plurimis*, cfr. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, I, p. 83 ss.; RESTIVO, *op. cit.*, il quale esaustivamente affronta la disamina dei tratti della c.d. "funzione integrativa" così come della c.d. "funzione correttiva" della buona fede; arriva a negare che abbia utilità e significato enucleare questa distinzione, la quale poggia esclusivamente non tanto sull'oggetto indagato ma sulla prospettiva prescelta per indagarlo, mentre esse condividono la medesima dinamica: «quella di adeguare e arricchire il rapporto in funzione delle esigenze poste dalle circostanze di fatto in cui esso si svolge», p. 154. Cfr. inoltre RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969 nonché BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano 1984, in particolare p. 493 laddove descrive la funzione integrativa della buona fede con la formula secondo cui essa «richiede un impegno di solidarietà che va oltre, e che obbliga ciascuna parte a tener conto dell'interesse dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali».

Accanto alla funzione integrativa, di cui la giurisprudenza fa ampissimo utilizzo¹⁵⁴, alla buona fede, secondo larga parte della dottrina¹⁵⁵, compete anche una funzione che può dirsi più propriamente “correttiva” degli effetti del rapporto, secondo la quale la clausola in questione opera non tanto provvedendo ad esplicitare nuovi obblighi giuridici, funzionali alla fedele realizzazione dell’assetto di interessi originariamente perseguito dalle parti, bensì, diversamente, limitando o addirittura modificando il contenuto o gli effetti delle obbligazioni che dal contratto già derivano. Quindi con la possibilità, sulla scorta della buona fede, per l’interprete, di decidere non soltanto «del come dovrà svolgersi una certa prestazione (primaria), ma fino a qual punto essa va svolta o addirittura quale è lo scopo o funzione che deve caratterizzarne l’esercizio»¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Emblematico di tale applicazione della regola di buona fede è il celeberrimo “caso Fiuggi”, ossia la pronuncia Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, pubblicata in *Corr. Giur.*, 1991, p. 791, per la quale si rimanda, altresì, alla trattazione svolta da MARTINES, *op. cit.*, p. 81 ss.

¹⁵⁵ Si rinvia a RESTIVO, *op. cit.*, p. 149 ss., e bibliografia ivi citata, ove la “funzione correttiva” è efficacemente descritta come la prospettiva per cui «la regola della correttezza esprimerebbe la sua rilevanza in sede di attuazione del rapporto: essa chiamerebbe il giudice a valutare il comportamento delle parti non solo in funzione della sua formale corrispondenza allo *strictum jus*, ma anche in base a un criterio elastico, attraverso il quale si attribuirebbe rilievo alle esigenze poste dalle circostanze del caso concreto e alla necessità di conformare ad esse l’attuazione del programma negoziale». Cfr. altresì DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 2000, 11., p. 1486 ss.

¹⁵⁶ DI MAJO, *L’esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 241.

Secondo alcuni autori, infine, sarebbe individuabile una ulteriore funzione esplicabile dalla buona fede contrattuale, una funzione cd. “eversiva”, la quale interviene non già nella definizione del rapporto contrattuale, bensì nella lettera della legge, creando nuove regole giuridiche, e non mancherebbero, in tale prospettiva interpretativa, alcuni esempi anche di queste peculiari possibilità applicative della clausola di buona fede¹⁵⁷.

Queste sono dunque le potenzialità applicative individuate da dottrina e giurisprudenza in relazione al principio di buona fede e correttezza, con riferimento specifico all’ambito delle obbligazioni e dei contratti. È evidente pertanto come, in tale ambito, esso sia in grado di contrastare sia comportamenti fraudolenti, viziati sotto il profilo dei motivi, ma anche ed altrettanto efficacemente comportamenti “abusivi”, nel senso di oggettivamente esorbitanti dal regolamento di interessi perseguito come obiettivo da ciascuno dei contraenti e dalla *ratio* delle facoltà che, a tal fine, sono loro spettanti.

In particolare la funzione “correttiva” della buona fede, più propriamente, sembrerebbe coincidere con la nozione di abuso: sembrano condividere la medesima logica ed esigenza, che conduce ad indagare la “meritevolezza” dell’esercizio dei diritti, delle facoltà nascenti da un rapporto obbligatorio. La funzione correttiva *in primis*, ma anche quella integrativa e quella

¹⁵⁷ Costituiscono testimonianza di dette potenzialità offerte dalla valutazione di buona fede le pronunce giurisprudenziali che affermano la legittimità del pagamento effettuato tramite assegno circolare anziché in moneta; ovvero le sentenze che sostengono la riducibilità *ex officio* della penale eccessivamente onerosa.

eversiva, con modalità e conseguenze differenti, consentono al giudice «con riferimento alla fase esecutiva del contratto, la medesima attività di controllo della funzione economico-sociale già effettuata, in sede di sua conclusione, ex art. 1322 cpv c.c.»¹⁵⁸.

Come si è detto nei paragrafi precedenti, è invece l'affermazione della radicale alterità tra regola di buona fede ed il criterio dello sviamento dall'interesse e, quindi, tra regola di buona fede e abuso del diritto, il presupposto essenziale per l'affermazione della piena autonomia dell'abuso stesso, per configurarlo come autonomo concetto giuridico volto a comprendere e qualificare il momento dell'esercizio dei diritti: questa è la posizione assunta dalla dottrina che da ultimo si è occupata della materia¹⁵⁹, la quale ha rilevato come «sviamento dall'interesse e violazione della buona fede sono le due gambe che, secondo una tradizione consolidata, sorreggono e fondano la categoria dell'abuso del diritto. Ma l'indagine condotta ne ha mostrato la strutturale alterità: la buona fede è categoria relazionale; lo sviamento dall'interesse, invece, valuta l'esercizio del diritto prima ancora che esso interagisca con le sfere di interesse concorrenti».

¹⁵⁸ MERUZZI, *op. cit.*, p. 288.

¹⁵⁹ RESTIVO, *op. cit.*, p. 185-186; in senso analogo anche MESSINA, *op. cit.*

Capitolo II

Applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto nell'ambito dei rapporti contrattuali

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Abuso del diritto e buona fede *in executivis* – 3. Profili di abusività del recesso della banca nei contratti di finanziamento – 4. Abuso del diritto, recesso e recesso *ad nutum* – 5. Abuso del diritto (e del processo) e domanda frazionata di credito unitario

1 - Premessa

Dopo avere brevemente delineato, nella prima parte della trattazione, i profili generali dell'abuso del diritto, le figure ad esso affini e le più rappresentative posizioni dottrinarie in merito, è d'uopo ora passare all'esame dell'altro fondamentale banco di prova per argomentare l'esistenza, la legittimità ed il significato teorico-generale dell'abuso del diritto, vale a dire quello delle sue applicazioni giurisprudenziali. Nel presente capitolo si procederà anzitutto all'analisi di una casistica riferibile all'ampio campo dei rapporti obbligatori e contrattuali, senza tuttavia alcuna pretesa di esaustività e limitandosi a talune pronunce ritenute particolarmente emblematiche e significative dell'evoluzione dell'impiego della categoria concettuale dell'abuso del diritto¹⁶⁰. In particolare, si analizzerà il percorso

¹⁶⁰ Per una rassegna completa sull'argomento, sia perciò consentito di rinviare all'ampia casistica giurisprudenziale presa in considerazione da MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto*

evolutivo della giurisprudenza relativamente all'applicazione dei concetti di abuso del diritto e di buona fede nell'esecuzione del contratto, cercando di delineare le tappe della loro crescente rilevanza, soffermandosi in particolare sulla fattispecie del recesso nei contratti bancari. Infine, si cercherà di delineare brevemente la problematica della domanda frazionata di un unitario diritto di credito, questione assai dibattuta a causa di pronunce tra loro difformi della Suprema Corte, e recentemente risoltasi con un importante intervento delle Sezioni Unite che fa perno proprio sul concetto di abuso del processo, costituente una sorta di precipitato dell'abuso del diritto sul piano dell'azione in giudizio.

2 - Abuso del diritto e buona fede *in executivis*

Forse il primo e più celebre caso giurisprudenziale nel quale si ha una decisa affermazione della sindacabilità, secondo il parametro della buona fede, di condotte di una parte contrattuale pur astrattamente corrispondenti alle prerogative alla medesima riconosciute dalle pattuizioni intercorse, è quello deciso dalla Corte di Cassazione del 20 aprile 1994 n. 3375¹⁶¹.

La vicenda concreta attiene ai rapporti tra il Comune di Fiuggi e la società Ente Fiuggi s.p.a., concessionaria delle sorgenti di acque minerali di cui il Comune stesso era titolare. Il contratto che regolava i rapporti tra i due soggetti prevedeva infatti, in estrema sintesi, che al Comune spettasse una determinata

civile al diritto commerciale, Padova, 2005 e NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.

¹⁶¹ Pubblicata, tra l'altro, in *Corr. giur.*, 1994, 566, con nota di CARBONE, ed in *Contr. impr.* 1994, 475, con nota di NANNI.

percentuale del prezzo di vendita della singola bottiglia d'acqua, da parte della società concessionaria: questo meccanismo di ripartizione dei profitti, nelle intenzioni delle parti, avrebbe consentito da un lato al Comune di stabilire *ex ante* la "remunerazione" allo stesso spettante in corrispettivo della concessione dei diritti di sfruttamento del bene pubblico, e dall'altro lato al concessionario di determinare liberamente il prezzo di vendita delle bottiglie, senza necessità di concordare la variazione con il concedente, in funzione delle condizioni concrete del mercato e della loro modificazione. Dalla lettura della sentenza della Cassazione, invece, ciò che appare essersi verificato è una sostanziale invarianza del prezzo di vendita delle bottiglie da parte della società concessionaria, e questo nonostante il fenomeno fisiologico della svalutazione monetaria, con conseguente riduzione, in termini per così dire reali, del profitto dell'Ente pubblico. Instauratosi il contenzioso tra i due soggetti, anche in relazione alla scadenza del termine della concessione, il Comune di Fiuggi promuove ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello (che a sua volta aveva sancito la nullità del lodo arbitrale pronunciato in principio della lite), la quale, sul punto, aveva affermato che «In definitiva, poiché dai patti contrattuali non è consentito dedurre alcun diritto in capo al Comune a che l'Ente Fiuggi aumentasse il prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie per adeguarlo alla svalutazione della moneta, né è lecito argomentare, in presenza di specifica pattuizione che attribuisce all'Ente stesso piena libertà principalmente nel fissare i prezzi di vendita, su pretesi comportamenti attuati in spregio delle regole della correttezza e della

buona fede, la domanda va rigettata, in quanto del tutto sfornita di fondamento».

Tale proposizione viene radicalmente criticata dalla Suprema Corte, la quale afferma espressamente la necessità di valutare la correttezza del comportamento delle parti contrattuali non solo basandosi su quanto testualmente previsto dalle clausole, ma considerando altresì la necessità dell'osservanza del dovere di correttezza (*ex art. 1175*), «che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 12 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio».

La *regola iuris* del caso concreto, per utilizzare ancora l'espressione della Suprema Corte, viene così ad essere creata non solo dal contenuto precettivo del testo contrattuale, ma anche dalla buona fede in senso oggettivo.

Nel caso di specie, al solo soffermarsi sulle ragioni che avevano spinto la società concessionaria a mantenere fermo il prezzo di vendita delle bottiglie, malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il

conseguente svilimento del canone spettante al Comune, a quel prezzo commisurato, la sentenza in esame attribuisce una corretta ed evidente rilevanza alla circostanza di fatto che il soggetto acquirente delle bottiglie (ad un prezzo sempre costante e divenuto viepiù distante dai valori di mercato), fosse non “il mercato” in senso proprio, ma una società appartenente allo stesso gruppo della concessionaria.

Il prezzo di effettiva vendita al pubblico, infatti, veniva poi ad essere più che raddoppiato rispetto al “primo prezzo”, su cui era appunto calcolato il canone spettante al Comune di Fiuggi, attraverso una serie di passaggi all’interno della filiera distributiva, sempre facente capo al medesimo gruppo societario: questo artificio, osserva la sentenza, «aveva conseguito il doppio vantaggio di impedire scorrettamente l'adeguamento del canone dovuto al Comune e di lucrare ugualmente sulle vendite, dando luogo ad una sproporzionata divaricazione tra prezzo e canone contraria allo spirito dell'intesa raggiunta sul punto dalle parti e, dunque, oggettivamente incompatibile con l'agire secondo buona fede, anche se, in ipotesi, non maliziosamente preordinata, atteso che la scorrettezza rileva per sé, indipendentemente dall'*animus* dell'autore, in quanto i rimedi predisposti per neutralizzarne le conseguenze hanno funzione riparatoria più che sanzionatoria». In questa ultima affermazione della Corte, si assiste dunque anche ad un deciso superamento della prospettiva tradizionale che richiedeva, perché fosse riscontrabile una condotta abusiva, la presenza dell'*animus nocendi* del soggetto, attribuendosi invece decisiva rilevanza alla condotta in sé e per sé, al di là del ricorrere di una “maliziosa preordinazione”.

Successivamente a questo *leading case*, è divenuto negli anni sempre più comune rinvenire, nelle pronunce dei giudici, ampi riferimenti al principio di correttezza e buona fede, visto «come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 Cost. (Cass., 13 gennaio 1993, n. 343): la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»¹⁶².

L'obbligo di solidarietà, tuttavia, impone sì a una parte di tenere comportamenti idonei a preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali, tuttavia ciò vale ove tali comportamenti non le impongano «un apprezzabile sacrificio»¹⁶³, e pertanto, è vero che «anche in presenza di una condotta conforme alla lettera di una clausola convenzionale può sussistere violazione del principio di buona fede contrattuale, sancito dall'art. 1375 c.c., in quanto esso ha proprio la portata di ampliare (ovvero di restringere) gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, nei casi, e nella misura in cui, farli valere nel loro letterale tenore contrasterebbe con detto principio, il quale opera essenzialmente come un criterio di reciprocità che deve essere osservato vicendevolmente dalle parti del

¹⁶² Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2190.

¹⁶³ Così già Cass. 27 settembre 2001 n. 12093, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1696.

rapporto obbligatorio»¹⁶⁴, tuttavia la parte è «tenuta ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte, tollerando anche inadempimenti ovvero comportamenti della controparte, che però non pregiudichino sensibilmente il proprio interesse (Cass. n. 5240/2004, cit.), restando tuttavia fermo che l'impegno solidaristico trova il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico»¹⁶⁵.

Ci soffermiamo ancora su altre tre recenti pronunce della Suprema Corte. La prima, del 31 maggio 2010 n. 13208¹⁶⁶, relativa a un contratto di locazione, ha ritenuto abusiva la richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento da parte del locatore, per mancato pagamento dei canoni, in un caso in cui il conduttore

¹⁶⁴ In tal senso Cass. 28 settembre 2005 n. 18947, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 6. In senso conforme anche Cass., 10 ottobre 2003 n. 15150, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10; Cass. 5 novembre 1999 n. 12310, *cit.*; Cass. 6 febbraio 1997 n. 1123, *Giust. civ. Mass.*, 1997, 196; Cass. 25 gennaio 1995 n. 888, *Giust. civ. Mass.*, 1995, 170. Il richiamo all'art. 2 Cost. è espresso solo nella prima (che riprende, su questo, Cass. 343/1993, *cit.*), mentre rimane implicito nelle altre pronunce.

¹⁶⁵ La citazione è tratta da Cass. 30 luglio 2004 n. 14605, *Giust. civ.* 2005, 6, I, 1566. Nel medesimo senso anche Cass. 4 marzo 2003 n. 3185, *Giust. civ. Mass.*, 2003, 444; Cass. 16 ottobre 2002 n. 14726, *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1811.

¹⁶⁶ Pubblicata, tra l'altro, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 263 ss., con nota di TRUBIANI, *Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*

aveva eseguito ingenti lavori di ristrutturazione dell'immobile, maturando un credito assai superiore al debito per i canoni, ma il locatore, proprio allo scopo di determinare l'inadempimento del conduttore, aveva pagato il corrispettivo dei lavori, e nel farlo non aveva trattenuto per sé in compensazione le somme dovutegli dal conduttore. In realtà, questa sentenza, pur facendo esplicito riferimento alla dottrina dell'abuso del diritto, richiamando molti dei precedenti recenti anche qui esaminati e fondandosi espressamente sui doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2, Cost., sembra più che altro ritenere di scarsa importanza l'inadempimento del conduttore (art. 1455 c.c.), con conseguente natura meramente formale del richiamo all'abuso del diritto, dal momento che il codice prevedeva già uno specifico rimedio.

La seconda sentenza da esaminare è invece Cassazione del 5 marzo 2009 n. 5348¹⁶⁷, che ha stabilito che il diritto al compenso del mediatore sorge per il solo fatto che grazie alla sua opera sia stato stipulato un preliminare di vendita, anche se dopo la scadenza del suo mandato, e anche se era stato contrattualmente previsto che nessun compenso gli spettasse, «ad incarico scaduto, in caso di mancata vendita», posto che la mancata conclusione del definitivo era dipesa solo dall'inadempimento del promissario acquirente: la negazione del compenso, in questa ipotesi, è stata ritenuta contraria al principio di buona fede in senso oggettivo. In particolare, questa sentenza ha affermato che «l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale - la cui

¹⁶⁷ Pubblicata, tra l'altro, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 391 ss.

costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce forza normativa e ricchezza di contenuti -, applicabile, sia in ambito contrattuale, sia in quello extracontrattuale (v. in questo senso, fra le altre, Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462). In questa prospettiva, si è giunti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (v. S.U., 15 novembre 2007, n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Calato, poi, nell'ambito contrattuale, va affermato che il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (Cass. 11 giugno 2006, n. 264; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345)». Come si vede, quindi, questa pronuncia, di pochi mesi anteriore alla citata sentenza n. 20106/2009, pur recependo in pieno l'orientamento per cui al giudice è consentito modificare lo statuto negoziale per riequilibrare gli opposti interessi, manteneva comunque fermo il limite al dovere di solidarietà rappresentato dal sacrificio dei propri interessi.

3 – Profili di abusività del recesso della Banca nei contratti di finanziamento

Una fattispecie ricorrente nella giurisprudenza degli ultimi due decenni è quella che viene genericamente definita come “rottura brutale del credito”: si tratta di un’espressione, ereditata dalla tradizione francese, utilizzata per descrivere una varietà di ipotesi, che vanno dalla revoca improvvisa del fido, dopo aver tollerato ripetuti sconfinamenti, al recesso da un rapporto di apertura di credito a tempo determinato, fino alla mancata rinegoziazione del finanziamento erogato in relazione alle sopravvenute esigenze del correntista¹⁶⁸.

In particolare, per quanto riguarda la configurabilità ed il *modus operandi* del divieto di abuso del diritto nel contesto dello svolgimento di rapporti contrattuali appare particolarmente significativa la casistica offerta dalle pronunce relative all’abuso del diritto di recesso dal contratto di finanziamento.

Come è noto, la disciplina codicistica, in materia di contratto di apertura di credito, prevede all’art. 1845 un regime diversificato a seconda che “il fido” sia a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato: nel primo caso, il recesso della banca è subordinato alla sussistenza di una giusta causa, mentre nella seconda

¹⁶⁸ In argomento, PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di MACCARONE-NIGRO, Milano, 1981, 263 ss.; PORTALE-DOLMETTA, *Recenti sviluppi nel diritto bancario italiano*, in *Vita not.*, 1991, 413; INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, 270;

ipotesi il recesso è libero, ma con il preavviso stabilito dal contratto ovvero dagli usi; in entrambe le fattispecie, tuttavia, il legislatore, consapevole della difficoltà e del pregiudizio che può arrecare al soggetto finanziato la restituzione *illico et immediate* delle somme utilizzate, stabilisce da un lato che il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma dall'altro lato che la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e degli interessi.

Nella “pratica degli affari”, è però altrettanto noto che, in forza della ammissibilità di un patto contrario, nelle condizioni di contratto sono di sovente consentite alla banca modalità di recesso dall'apertura di credito in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale, ancorché il fido sia concesso a tempo determinato, e si prevede l'obbligo del correntista di restituire immediatamente le somme con un preavviso di un giorno (tale prassi era addirittura “codificata” nelle Norme Bancarie Uniformi). Come ha rilevato attenta dottrina, peraltro, siffatte previsioni contrattuali, più che ad ottenere un immediato adempimento da parte del creditore, miravano a far ottenere alla banca creditrice, nel più breve tempo possibile, un titolo esecutivo: «l'esigenza di rapidità sottesa alla imposizione della immediatezza del pagamento, è, inoltre, unicamente dettata dalla finalità perseguita da qualsiasi creditore bancario di acquisire una priorità nell'esecuzione rispetto agli altri creditori, priorità che, nel caso di iscrizione di ipoteche giudiziali, può addirittura comportare l'acquisizione di una priorità di grado, appunto, ipotecario, dal quale può o meno dipendere la soddisfazione integrale del creditore tempestivo e la totale insoddisfazione degli altri creditori risultati

intempestivi, cui spetterà un grado successivo, priorità questa che si mantiene anche in caso di concorso fallimentare (fatta salva la diversa possibilità di una revoca dell'ipoteca da parte del curatore del fallimento)»¹⁶⁹.

Allo stato, pur rimanendo ferma la tralatizia affermazione della validità della deroga convenzionale alla disciplina dell'art. 1845 c.c., si registrano in giurisprudenza significative prese di posizione volte a sanzionare “l’abuso” del diritto di recesso riconosciuto alla banca: rilevano in particolare modo due importanti sentenze della Corte di Cassazione, la sentenza n. 4538 del 21 maggio 1997 e la sentenza n. 9321 del 14 luglio 2000¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Il punto è messo in luce con estrema chiarezza da INZITARI, *op. loc. cit.*, il quale richiama la prassi diffusa per cui «gli uffici legali delle diverse banche si cimentavano, sfidandosi a volte tra di loro in una sorta di sottintesa gara tesa a vedere vincitore chi riusciva nel corso di un sol giorno ad ottenere, dopo la comunicazione di recesso dall'apertura di credito e la comunicazione di chiusura del conto, il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e l'iscrizione ipotecaria con priorità rispetto alle altre banche concorrenti».

¹⁷⁰ La prima pubblicata in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 648 ss. Sul tema vedasi GALGANO, *Abuso del diritto: arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impresa*, 1998, p. 18 ss. Più in generale sul tema dell’abuso del diritto nel peculiare contesto dell’esecuzione dei contratti bancari cfr. CASALE, *Costituzione in mora, presunzione di conoscenza e abuso del diritto: spunti in tema di esecuzione dei contratti dell’impresa bancaria*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2003, 2 p. 135 ss., secondo il quale «in ordine al ricorso all’abuso del diritto nell’esecuzione dei contratti dell’impresa bancaria, si può dire che questo reticolo di previsioni e controlli che conformano l’attività contrattuale delle imprese a statuto speciale (...) può, indeterminati casi, rendere superfluo e a

La prima affronta un caso in cui il rapporto a tempo indeterminato consentiva alla banca il recesso *ad nutum* dal contratto, la seconda, invece, il caso in cui la banca esercitava il recesso al verificarsi di una circostanza costituente “giusta causa” secondo quanto convenuto dalle parti del contratto stesso. Le diverse condizioni di esercizio del diritto di recesso previste dalla disciplina normativa e pattizia nei due diversi casi non hanno però avuto influenza rilevante sul ragionamento della Corte e sul principio affermato, ossia la ricorrenza di una ipotesi di abuso del diritto potestativo di recesso, consistente nella violazione della regola di buona fede *in executivis*.

La prima sentenza svolge l’argomento soltanto in un *obiter dictum*¹⁷¹, affermando appunto la priorità del

volte addirittura fuorviante il richiamo alle regole di correttezza per vagliare la bontà o la censurabilità della condotta dell’operatore». La seconda pubblicata in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479 ss., con nota di DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*.

¹⁷¹ La Corte osserva che, nel caso di specie, è senz’altro nella facoltà della banca l’esercizio incondizionato del diritto di recesso, ma che tale facoltà non è però assolutamente insindacabile: «resta pur sempre da rispettare il fondamentale principio dell’esecuzione dei contratti secondo buona fede (art. 1375 c.c.), alla stregua del quale non può escludersi che, anche se pattiziamente consentito in difetto di giusta causa, il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito sia da considerare illegittimo, ove in concreto esso assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari; connotati tali, cioè da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all’assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto, e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a

canone di buona fede: le motivazioni addotte per la sindacabilità secondo buona fede del diritto potestativo, tuttavia, inseriscono nel ragionamento ragioni ulteriori, dal momento che appare chiaramente “evocato” il principio del divieto di *venire contra factum proprium*, con la contigua tematica della tutela degli affidamenti, accanto alla considerazione della *ratio* del contratto di finanziamento e quindi dell’interesse sostanziale cui esso (e conseguentemente anche il diritto di recesso che integra il regolamento negoziale) deve rispondere; in proposito efficacemente Meruzzi svolge una osservazione che rende bene l’idea di come la vicenda *de quo* sia qualificabile come abusiva, in quanto deviante ed anomala rispetto alla ragion d’essere e alla normalità economico-sociale del contratto: «infatti il principio secondo cui la banca non sarebbe soggetta a limitazioni nei poteri di revoca o restrizione del fido è in contrasto con l’essenza stessa di tale rapporto, con il quale il denaro messo a disposizione dal cliente è di norma impiegato nello svolgimento di ulteriori attività economiche. L’obbligo di tenere a disposizione della banca quanto necessario ad estinguere in ogni momento, e per tutta la sua durata, il rapporto di credito frustrerebbe quindi l’essenza stessa dell’operazione»¹⁷².

La seconda sentenza risulta ancora più significativa, giacché assume il giudizio di buona fede come criterio per la decisione della controversia, per di più a fronte di un’ipotesi in cui il recesso è stato esercitato al ricorrere di una circostanza che le parti avevano contemplato appunto come giusta causa di recesso. La Corte osserva

patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un’apertura di credito viene normalmente convenuta».

¹⁷² MERUZZI, *op. cit.*, pp. 390-391.

che la previsione stessa della necessità della giusta causa è, a maggior ragione, un elemento che conforma il rapporto al principio della buona fede in quanto «(...) come è stato autorevolmente osservato, costituisce una sorta di antidoto all'abuso del diritto» ed afferma quindi, come principio di diritto alla stregua del quale valutare la condotta pretesamente abusiva, «alla stregua del principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede(art. 1375 c.c.), il giudice deve accertare che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito a tempo determinato, in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, non sia esercitato con modalità del tutto imprevedute ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate». Ecco allora che la Corte nuovamente argomenta la soluzione attribuendo primaria e ampia rilevanza alla clausola di buona fede, per poi però individuare, al fine di inquadrare la fattispecie meritevole di sanzione, i tratti della imprevedibilità, anormalità, contrarietà agli affidamenti suscitati, della condotta in esame. Nella nota a commento della sentenza, Di Majo sostiene che l'affermazione con cui la Corte fa riferimento alle esigenze di tutela della aspettativa del cliente della banca sia un *obiter dictum* della sentenza¹⁷³: «tale aspettativa è in realtà cosa ovvia

¹⁷³ DI MAJO, *op. cit.*, p. 1487; l'Autore ritiene invece passibile di sindacato il fatto, emerso dalla vicenda processuale, «(...)

per ogni apertura di credito», mostrando forse di sottovalutare come la considerazione della “normalità” dei rapporti consimili nella pratica della esperienza giuridica costituisca il parametro cui la Corte suggerisce di riferirsi al fine di poter valutare la ricorrenza di un utilizzo pretestuoso e strumentale della lettera di una clausola, oltre e contro la *ratio* del diritto che la stessa attribuisce, e quindi un caso di abuso del diritto¹⁷⁴ («riconoscendo alla banca il potere di recesso anche di fronte a dichiarazioni inesatte del tutto innocue o irrilevanti ai fini dell’equilibrio contrattuale e della protezione dell’interesse dei contraenti (...), la Corte territoriale avrebbe finito per attribuire alla banca un potere di recesso del tutto svincolato dall’esistenza di una giusta causa, mentre le parti si erano limitate a tipizzare le circostanze costituenti giusta causa, ma non avevano voluto prescindere da tale presupposto»¹⁷⁵).

che l’istituto bancario usi strumentalmente dell’ampio potere che ad esso attribuiscono le regole legali (art. 1845) e negoziali (come nel caso di specie), per liberarsi molto probabilmente di un cliente non più utile e scomodo, dato il cattivo esito del parallelo rapporto di gestione intrattenuto con l’istituto. Dove si dimostra che la valutazione *ex fide bona* è principalmente strumento per leggere tra le righe dei contratti e sindacarne lo svolgimento».

¹⁷⁴ Cfr. NANNI, *op. cit.*, p. 1481, per la affermazione secondo cui in molte pronunce giurisprudenziali si rinviene l’applicazione implicita degli schemi concettuali dell’abuso del diritto e dell’*exceptio doli*.

¹⁷⁵ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Milano 2007, p. 174, n. 57; valutando la medesima sentenza, ed in polemica con l’affermazione di Di Majo sopra citata, ravvisa i tratti dell’abuso del diritto, in questa stessa vicenda, proprio nell’uso strumentale del diritto di recesso per liberarsi di un cliente non più utile o scomodo: «ipotesi che delinea una

4 – Abuso del diritto, recesso e recesso *ad nutum*

Al di là della specificità dei contratti bancari, in cui l'esercizio "abusivo" del diritto di recesso determina quasi un annichilimento della funzione stessa del contratto posto in essere tra le parti, è d'uopo illustrare altre fattispecie concrete in cui la giurisprudenza, richiamandosi al divieto di abuso del diritto ed agli obblighi di correttezza e buona fede, ha ritenuto doveroso un sindacato sulla legittimità dell'esercizio del recesso medesimo.

Meritevole di attenzione è anzitutto la vicenda presa in esame dalla sentenza della Cassazione n. 15482 del 16 ottobre 2003¹⁷⁶, consistente nel caso di una richiesta di risarcimento danni fondata sulla pretesa violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. realizzata tramite atti di scorretta concorrenza e comportamenti illegittimi

vicenda abusiva, irriducibile - secondo noi - alla violazione della regola di buona fede». Appena prima, peraltro, l'Autore aveva apprezzato che tale sentenza tenesse distinti due piani di valutazione in essa coinvolti: quello relativo all'arbitrarietà del recesso, quindi inerente il suo carattere abusivo e quello relativo alla sua imprevedibilità, che mette in discussione la tutela dell'affidamento del cliente, e con ciò aveva escluso il carattere abusivo della condotta della banca, giacché «(...) ove l'esercizio di un diritto sia condizionato alla sussistenza di una giusta causa, cade la possibilità di rilevare un abuso, perché sul piano della costruzione della fattispecie attributiva di un diritto, questa tecnica surroga e dunque esclude quel peculiare accertamento in concreto e a posteriori dell'interesse da cui dipende la rilevabilità di una vicenda di abuso», p. 172, n. 56.

¹⁷⁶ Pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 307 ss., con nota di GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*.

nell'esecuzione di un contratto di società e soprattutto tramite il pretestuoso esercizio del diritto di recesso dal contratto di fornitura correlato.

Più precisamente due soggetti, una Srl ed un imprenditore individuale, che svolgevano la medesima attività di commercio all'ingrosso di zucchero, costituivano una nuova Srl avente come ad oggetto lo svolgimento dell'attività stessa, con ciò regolamentando la concorrenza tra loro e concordando altresì la fornitura alla nuova Srl di prestabiliti quantitativi di zucchero; il contratto di fornitura prevedeva la durata di un anno, rinnovabile in mancanza di disdetta da comunicarsi sei mesi prima della scadenza. Prima dell'inizio dell'esecuzione della fornitura, il socio comunicava la volontà di recedere dal relativo contratto, iniziando altresì a tenere una serie di comportamenti atti ad ostacolare l'attività della nuova Srl, oltre a non rispettare prezzi e condizioni di vendita concordati con l'altra socia, con ciò rovesciando a proprio favore il rapporto di vendite fino a quel momento esistente tra le imprese. La Srl conveniva in giudizio il socio per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti alla concorrenza condotta in violazione degli impegni contrattualmente assunti nonché alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, causa della impossibilità di funzionamento della Srl costituita. Le domande della Srl non trovano considerazione nei primi due gradi di giudizio ed essa ricorre in Cassazione sottolineando, in particolare, che la violazione della buona fede, così come l'abuso insito nell'esercizio del diritto di recesso, risultano dalla considerazione unitaria della vicenda, giacché tutte le pattuizioni ed i conseguenti diritti ed obblighi erano funzionali ad una complessiva operazione economica.

La Suprema Corte accoglie esattamente questa prospettiva di giudizio, affermando che «(...) la corrispondenza a buona fede dell'esercizio del diritto di recesso, contrattualmente previsto, nella specie per il contratto di fornitura, deve essere valutata nel complessivo contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, onde accertare se il recesso sia stato esercitato o meno secondo modalità e tempi che non rispondono ad un interesse del titolare del diritto meritevole di tutela, ma soltanto allo scopo di recare danno all'altra parte, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni».

Ma per quanto qui interessa, è assai rilevante vedere più specificamente come la Corte affronta e inquadra la figura dell'abuso del diritto, che esplicitamente afferma ricorrere nel caso *de quo*; la Corte coglie pienamente il nucleo del problema censurando l'assunto della Corte d'appello, secondo cui il recesso era pienamente legittimo in quanto conforme alla sua previsione e tempestivo, per affermare invece con assoluta chiarezza che è del tutto erroneo il convincimento «(...) secondo cui l'esercizio del diritto non possa mai essere contrario a buona fede e non possa mai dar luogo a responsabilità di chi abusa del proprio diritto». Nel qualificare poi la figura dell'abuso, la Corte svolge due differenti ordini di considerazioni: dapprima sostiene che l'abuso è una figura autonoma, desumibile da una norma implicita nel nostro sistema normativo che afferma un principio generale di divieto di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito; ed il *proprium* di questa peculiare figura consisterebbe «(...) nell'esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è

riconosciuto dall'ordinamento giuridico», con ciò mostrando di recepire le più compiute elaborazioni della dottrina sull'argomento¹⁷⁷. Accanto a tale ricostruzione e fondamento dell'abuso, tuttavia, pone l'abuso stesso come specifica applicazione della contrarietà alla regola

¹⁷⁷ MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, pp. 73 e ss. illustra la sentenza in esame quale esempio della tendenza generalizzatrice della giurisprudenza" e della configurazione dell'abuso del diritto come categoria autonoma, ravvisabile nell'«orientamento della Cassazione che, con una serie di pronunce, individua nell'abuso del diritto un principio generale, come, si ricordi, era già stato previsto nel progetto preliminare del codice civile. In tal senso, la pronuncia della Suprema Corte vivifica la piena operatività di un principio di ben ampia portata, con tutta evidenza immanente all'ordinamento giuridico, pur se non contenuto in una norma specifica del codice civile», così p. 74. L'Autrice, conseguentemente, nella sentenza n. 15482/03, ravvisa il nucleo della vicenda e la presa di posizione della Corte nel momento in cui «(...) invoca la figura dell'abuso per risolvere il singolo caso, e la individua sotto le sembianze di un comportamento che oltrepassa i limiti previsti per il diritto soggettivo in oggetto, confermando la precedente posizione che la stessa Corte aveva assunto nella originaria sentenza del 1960», p. 77. Secondo MERUZZI, *op. cit.*, p. 347 ed ivi n. 74, invece, è da ritenersi prevalente e determinante nel ragionamento della Corte sull'abuso del diritto, l'assunto secondo cui l'abuso stesso deve essere considerato essenzialmente come una specifica applicazione della clausola di correttezza. L'Autore menziona peraltro una sentenza di poco precedente (Cass., sez. lav., 8 novembre 2002, n. 15749, in *Guida dir.*, 2002, 46, p. 35 ss.) la quale invece considera distinti e autonomi i due principi della buona fede e del divieto di abuso: «la buona fede costituisce infatti un limite (generale) che presiede l'esecuzione dei contratti, mentre l'abuso del diritto è considerato un divieto generale, immanente l'intero ordinamento giuridico».

di buona fede nell'esecuzione del contratto, con ciò evidenziando la perdurante difficoltà di definire i rapporti tra clausola di correttezza e abuso del diritto nell'ambito dei rapporti obbligatori.

Una medesima difficoltà concettuale nell'argomentare di "abuso del diritto" e "buona fede" è ben evidente nella recente (e celebre) sentenza della Suprema Corte n. 20106 del 18 settembre 2009¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Tra i numerosi commenti, si segnalano in particolare: MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giuridico*, 2009, 1577; ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *NGCC*, 2010, II, 129; SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva del contratto?)*, in *NGCC*, 2010, II, 139; VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *NGCC*, 2010, II, 148; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr. imp.*, 2010, 5; MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, 557; SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica, ibidem*, 560; BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. imp.*, 2010, 41; PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 95; NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, 2010, 524; MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, 347; DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, II, 828; BARCELLONA, *Abuso del diritto e mercato*, in questa *Giur. comm.*, 2011, GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 311.

Nel caso che ha dato origine a tale pronuncia, la casa automobilistica Renault, in utilizzo del diritto di recesso *ad nutum* riconosciute dal contratto che la legava ai propri concessionari in Italia, aveva determinato lo scioglimento anticipato del vincolo contrattuale, sostituendo la propria precedente rete distributiva di concessionari con una nuova rete “creata” utilizzando in larga parte personale prima in forza alla società stessa. Di fronte alla dichiarazione di recesso da parte della casa automobilistica, gli ex-concessionari, riunitisi in apposita associazione, proponevano un’azione giudiziaria volta ad accertare l’illegittimità di tale recesso, lamentando la frustrazione del loro legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto, giustificato dallo stesso comportamento della società concedente.

Il Tribunale prima, e la Corte d’Appello poi, rigettavano la domanda degli ex-concessionari, affermando che la previsione di un recesso *ad nutum* precludeva al giudice di procedere all’accertamento delle ragioni che avevano spinto il recedente all’esercizio del proprio diritto: in particolare, la sentenza della Corte d’Appello affermava chiaramente sul punto che la richiesta degli appellanti di un controllo diretto sull’atto di autonomia privata «tende ad introdurre un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull’esercizio del potere di recesso, senza avvedersi che in tal modo si introduce una valutazione politica, non giurisdizionale»; ancora, secondo la Corte di merito, nel nostro ordinamento «vi è un’impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico, e, particolarmente, in ambito contrattuale, in cui i valori di riferimento, lungi dall’essere unitari, sono addirittura

contrapposti, e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell'incontro delle volontà su una causa eletta dall'ordinamento come meritevole di tutela; solo allorché ricorrono contrasti con norme imperative può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua l'ampia libertà dell'autonomia privata che, si è detto, costituisce la regola fondamentale».

La Corte di Cassazione prende nettamente posizione proprio contro questo esplicito assunto della sentenza impugnata, ad avviso della quale, una volta pattuita la facoltà di recesso "libero", il suo esercizio è un diritto soggettivo ed il contrario interesse della controparte è solo un interesse di fatto: muovendo dal presupposto che la buona fede è espressione del principio costituzionale di solidarietà e pervade formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto, e che perciò il giudice può sindacare, sulla base di tale parametro, ciò che le parti hanno pattuito, la Suprema Corte conclude che la pattuita attribuzione di un potere (come il recesso) non è condizione sufficiente del suo legittimo esercizio, e che l'esercizio di un potere secondo modalità censurabili da un punto di vista giuridico o extragiuridico può determinare abuso del diritto, a prescindere dall'intenzione di nuocere. Riassunte così, in estrema sintesi, le conclusioni cui perviene la sentenza, è d'uopo cercare di analizzarne con attenzione i passaggi motivazionali sui quali più si sono soffermate le critiche della prevalente dottrina.

In linea generale sono state condivise le iniziali affermazioni, non particolarmente innovative, relative alla portata delle regole di buona fede e correttezza stabilite dagli articoli 1175 e 1375 del Codice civile,

norme dalle quali discendono autonomi obblighi contrattuali destinati ad informare ogni singola fase della vita del negozio, dalla sua formazione alla sua esecuzione, e quindi anche ciascuno degli atti in cui si concreta l'attuazione del rapporto, il tutto sempre nella "consuetà" cornice dell'interpretazione costituzionalmente orientata ai sensi dell'art. 2 Cost. ed ai correlativi doveri di solidarietà sociale.

Maggiori dubbi suscita invece il passaggio logico immediatamente successivo, che introduce per la prima volta nel ragionamento della Corte il concetto di "abuso del diritto": esso viene dapprima definito come «criterio rivelatore dell'obbligo di buona fede» e subito dopo richiamato affermando che, quale conseguenza dell'abuso stesso, «l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva». Già qui si palesa quella certa contraddittorietà concettuale, latente in tutta la motivazione, sui rapporti tra buona fede ed abuso del diritto, con un utilizzo "promiscuo" di concetti di cui invece si avverte l'opportunità di mantenere ben definite le coordinate.

Più esattamente, ciò che non emerge chiaramente dalla sentenza, su questo punto, è se la Corte consideri la violazione della buona fede quale giustificazione della qualificazione di una condotta come abusiva oppure se, al contrario, sia la sussistenza di un abuso a legittimare l'affermazione che si sarebbe in presenza di una violazione delle regole di correttezza e buona fede.

Ad ogni modo, continuando a ripercorrere il percorso della motivazione, dopo un diffuso *excursus* relativo ai diversi ambiti del diritto nei quali l'abuso del

diritto è stato utilizzato dalla giurisprudenza per reprimere condotte giudicate contrarie “allo spirito” delle norme e pertanto ritenute non meritevoli di tutela, la Corte afferma che abuso del diritto e buona fede costituiscono entrambi parametri alla luce dei quali valutare i comportamenti adottati dai privati nell’ambito dell’esecuzione dei loro contratti, e censura nettamente la conclusione della Corte d’Appello che aveva invece dichiarato ad essa preclusa ogni indagine valutativa fuori dall’ipotesi di contrasto con norme imperative.

La censura della Suprema Corte, su tale aspetto, appare peraltro condivisibile, laddove l’affermazione di principio fatta dalla sentenza impugnata sembra in effetti poco in linea con il riconoscimento di un’autonoma rilevanza alle norme contenute negli artt. 1175 e 1375, sopra citate, idonee a determinare un’integrazione degli obblighi delle parti in fase di esecuzione del contratto, anche al di là di specifiche obbligazioni derivanti dal testo contrattuale.

La preoccupazione dell’estensore, peraltro, è di precisare che l’opera di valutazione delle concrete modalità di esercizio di un diritto da parte del giudice non porta con sé il rischio di una valutazione politica o il pericolo di un’interferenza con le scelte economiche dell’imprenditore: viene infatti a chiare lettere affermato che non v’è dubbio che «le scelte decisionali in materia economica non siano oggetto di sindacato giurisdizionale, rientrando nelle prerogative dell’imprenditore operante nel mercato, che si assume il rischio economico delle scelte effettuate. Ma, in questo contesto, l’esercizio del potere contrattuale riconosciutogli dall’autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali quali quello appunto della buona fede

oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezza alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Ed il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto. La libertà di scelta economica dell'imprenditore, pertanto, in sé e per sé, non è minimamente scalfita; ciò che è censurato è l'abuso, ma non di tale scelta, sebbene dell'atto di autonomia contrattuale che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere».

Secondo la Corte deve ritenersi, conseguentemente, che proprio nella necessità di verificare il rispetto effettivo della regola emergente dagli art. 1175 e 1375 trovi fondamento il potere, per il giudice, di appurare se, nel contesto dell'esecuzione di un contratto, un diritto sia stato esercitato contro od oltre il limite rappresentato dalla sua funzione obiettiva, così indebitamente provocando la sproporzionata compressione dell'interesse antagonista.

Se fino a questo punto le argomentazioni della Corte si collocano nel solco di quanto affermato largamente da attenta dottrina, in merito alla portata del principio di buona fede *in executivis*, assai meno condiviso (e condivisibile) appare il prosieguo della motivazione, ove si afferma, pur richiamandosi formalmente ai canoni di ermeneutica contrattuale stabiliti dalla legge, che il giudice, «tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata» deve «operare ed

interpretare l'atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali».

L'affermazione, infatti, ben lungi dall'esprimere soltanto quanto disposto dall'art. 1366 in tema di interpretazione secondo buona fede, porta con sé il dubbio che, ad avviso della Corte, sia compito dell'autorità giudiziaria valutare addirittura quale sia «il contemperamento degli opposti interessi delle parti», con una sorta di funzione correttiva direttamente dell'atto di autonomia privata.¹⁷⁹ Se è infatti indubbio che la buona fede presieda alla formazione del contratto, con conseguente inammissibilità di condotte ingannatorie, astuzie o reticenze dirette a minare la libera e consapevole formazione della volontà, ed è parimenti indubbio che essa presieda anche all'applicazione della regola contrattuale, con conseguente obbligo per le parti di realizzare l'assetto di interessi convenuto nel modo più fedele allo scopo comune perseguito, non altrettanto chiaro è da dove la Corte inferisca che la buona fede debba presiedere anche “all'assetto di interessi convenuto”, che occorra cioè che le parti si accordino nel senso di bilanciare “correttamente” profitti e costi.

L'integrazione e la correzione del contenuto del contratto rispetto a quanto previsto dai contraenti sono, queste sì, eccezionali, tant'è che il legislatore, quando ritiene di dover intervenire sul contenuto della regola negoziale, lo fa in modo esplicito vietando od imponendo clausole: «fuori di ciò, i contratti li fanno le parti; né il principio di integrazione può essere spacciato

¹⁷⁹ Sul punto, chiaramente, GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 354 ss.

per un principio di modificazione»¹⁸⁰. La regola di buona fede nella formazione del contratto riguarda il modo di negoziarlo, non i contenuti negoziati; e, parimenti, la regola di buona fede nell'esecuzione del contratto se certamente impone di applicare correttamente la regola che ci si è dati, anche con comportamenti ulteriori rispetto a quelli indicati testualmente nel contratto stesso, altrettanto certamente non impone che la regola liberamente contrattata abbia un contenuto piuttosto che un altro.

È dunque in questa prospettiva, assai poco condivisibile e, soprattutto, assai poco correlata alle previsioni normative ed allo stesso spirito del nostro ordinamento giuridico, che la Corte procede a giudicare della legittimità dell'utilizzo del recesso nel caso posto alla sua attenzione.

Così, in luogo di valutare se l'esercizio del diritto di recesso (espressamente convenuto *ad nutum*) avesse avuto luogo in modo conforme a buona fede, il ragionamento della Corte, facendo leva sull'argomento dell'abuso del diritto, finisce per individuare quale bersaglio delle sue censure addirittura la clausola di recesso in sé considerata: pur negando di voler minimamente scalfire la libertà di scelta economica dell'imprenditore (cioè la conclusione di un contratto che contiene la clausola di recesso *ad nutum*), la Corte afferma che «ciò che è censurato è l'abuso, ma non di tale scelta, sebbene dell'atto di autonomia contrattuale che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere» (cioè appunto l'inserimento della clausola di recesso *ad nutum*). Quello che pare contrario a buona fede, dunque, è proprio l'inserimento di una siffatta pattuizione

¹⁸⁰ GENTILI, *op. cit.*, 355.

contrattuale, non già il suo concreto esercizio; una conclusione questa, tuttavia, che risulta priva di qualsiasi sostegno normativo.

Del resto, se l'abuso del diritto si ha quando si ravvisa un differenziale tra mezzo a disposizione e fine perseguito, appare assai arduo motivare in quale modo costituisca un abuso recedere *ad nutum* qualora si abbia, per l'appunto, il potere di recedere *ad nutum*; questa considerazione tuttavia, se spiega per quale ragione la Corte, una volta imboccata la strada della ricostruzione del comportamento del recedente in termini di abuso del diritto, abbia alla fine, forse oltre le intenzioni, dovuto ritenere abusiva la clausola "a monte" e non già il suo utilizzo "a valle", non elide affatto la difficile sostenibilità dei passaggi motivazionali che reggono il *decisum*.

Il ragionamento della Corte, piuttosto, avrebbe dovuto forse nel caso di specie non appoggiarsi affatto alla categoria dell'abuso, quanto valutare, in un'ottica più semplicemente di buona fede *in executivis*, se il comportamento del recedente fosse stato conforme al paradigma normativo fissato dagli artt. 1175 e 1375. In un passaggio della sentenza, tra l'altro, l'estensore fa un espresso riferimento alla procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto di recesso: si tratta di un aspetto poi non sviluppato nel ragionamento successivo e non messo sufficientemente in luce, quantunque esso si mostri di estrema rilevanza, giacché consentirebbe proprio di muovere quel "rimprovero" in ordine alla violazione degli obblighi di buona fede che la Corte cerca invece in altre direzioni. Altro aspetto non indagato, ma che invece avrebbe retto, assai più solidamente di quanto faccia l'*iter* motivazionale prescelto, una pronuncia di cassazione della sentenza

della Corte d'Appello, attiene all'analisi del comportamento concreto posto in essere dal recedente prima di esercitare il proprio diritto di determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale: autorevole dottrina¹⁸¹, infatti, ha attentamente analizzato la giurisprudenza di altri ordinamenti, rinvenendovi decisioni dirette a sanzionare atti giuridici astrattamente compiuti in esercizio di diritti spettanti alle parti, ma posti in essere, in realtà, all'esito di condotte dirette in direzione esattamente contraria e determinando così la violazione del divieto di *venire contra factum proprium*.

La sentenza in esame, dunque, mostra una significativa sovrapposizione di piani tra i concetti di abuso del diritto e di violazione del dovere di buona fede *in executivis*, concetti la cui sovrapposizione, non solo nel caso di specie, rischia di determinare derive logiche assai poco sostenibili. L'ampia portata del disposto degli articoli 1175 e 1375, infatti, finisce spesso, nell'ambito dei rapporti obbligatori, per relegare sullo sfondo lo spazio di concreta operatività dell'abuso del diritto, la cui autonomia concettuale non si accompagna spesso, in questo ambito, ad una effettiva autonomia applicativa.

5 – Abuso del diritto (e del processo) e domanda frazionata di credito unitario

Di particolare interesse, in relazione all'applicazione giurisprudenziale della figura dell'abuso del diritto, è la vicenda del frazionamento

¹⁸¹ In argomento ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, 132 ss., che riporta ampi riferimenti di sentenze di Corti francesi, tedesche e di Paesi di *common law*.

della pretesa creditoria, ossia della “strategia” in base alla quale il creditore agisce in giudizio per l’adempimento di una sola parte dell’intero credito che costituisce titolo della sua pretesa, senza con ciò rinunciare alla restante parte ma proponendosi al contrario di farla valere in successivi giudizi fino a realizzare l’intero credito.

Già nella seconda metà degli anni novanta era sorto in giurisprudenza un contrasto riguardo l’ipotesi che il creditore dividesse in molteplici iniziative giudiziali la richiesta di pagamento di un suo unico credito.

Secondo un primo orientamento¹⁸², tale comportamento del creditore che, potendo chiedere l’adempimento coattivo dell’intera obbligazione, frazionasse, «senza alcuna ragione evidente», la richiesta di adempimento in una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti, doveva ritenersi contrario al precetto di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., ed illegittimo per abuso del diritto, ed in quanto tale incorreva in declaratoria di inammissibilità.

Ripercorrendo l’*iter* argomentativo della sentenza della Suprema Corte n. 6900 dell’8 agosto 1997, si vede come da un lato la Corte neghi la rilevanza delle norme usualmente richiamate dal creditore (anzitutto l’art. 1181 c.c., ma anche una serie di norme processuali che

¹⁸² In questo senso Cass. 8 agosto 1997, n. 6900, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2727; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, in *Giur. it.*, 1998, 889, con nota di RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del “petitum” di condanna fondato su un’unica “causa petendi” o su “causae petendi” dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*; Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2727.

in qualche modo disciplinano ipotesi di suddivisione del credito in distinte domande giudiziali, quali l'art. 277, secondo comma c.p.c. e l'art. 278, secondo comma c.p.c.), affermando che le stesse configurano comunque « previsioni non relative al caso in esame, caratterizzato dalla proposizione di domande inerenti al medesimo credito in distinti giudizi, e non nel corso di un unico contesto processuale. Tuttavia risulta ancora una volta evidente che le ipotesi normativamente previste di parcellizzazione della prestazione oggetto dell'unico credito rispondono sempre ad una ben individuabile *ratio*, corrispondente ad un interesse del creditore esteriormente riconoscibile e meritevole di tutela. L'interesse del creditore, la sua riconoscibilità, nonché la sua meritevolezza, devono costituire per il giudice altrettanti criteri guida per un'indagine che abbia come oggetto l'ammissibilità di una modifica, attraverso lo strumento processuale, delle modalità di adempimento della prestazione pattiziamente stabilite, ovvero delle modalità normativamente introdotte per l'adempimento coattivo di un'obbligazione contrattuale rimasta insoddisfatta». L'affermazione di principio su cui regge la soluzione accolta dalla Cassazione nel caso di specie è l'indiscusso rilievo da riconoscere alla clausola di buona fede: «(...) nonostante che la questione prospettata dal ricorrente si situi sul crinale tra diritto sostanziale e diritto processuale, la fattispecie in esame resta pur sempre attratta nell'orbita del canone sostanziale di buona fede, come regola di governo sia della discrezionalità contrattuale(...), sia della fase patologica conseguente al mancato o all'inesatto adempimento dell'obbligazione». Una violazione della buona fede è senz'altro insita nella assenza di alcun interesse riconoscibile e meritevole in capo al creditore,

la cui condotta «(...) finisce con il concretare un vero e proprio abuso del diritto, e si qualifica di per sé antiggiuridica, in quanto lesiva dell'interesse del debitore alla stregua della regola della correttezza».

Secondo un altro orientamento¹⁸³, tale comportamento doveva ritenersi legittimo, avendo il creditore facoltà di chiedere un adempimento parziale in applicazione proprio del citato art. 1181 c.c. che prevede la sua facoltà di accettarlo, mentre il pericolo di un aggravio di spese per il debitore, ripetutamente evocato in sede giudiziale, poteva essere ovviato attraverso l'iniziativa di costituire il creditore in mora o svolgere domanda riconvenzionale di accertamento negativo del credito.

Il contrasto giurisprudenziale veniva composto grazie all'intervento della sentenza delle Sezioni unite 10 aprile 2000 n. 108¹⁸⁴, che, dopo aver vagliato criticamente gli argomenti portati a sostegno della tesi dell'inammissibilità dell'iniziativa del creditore, osservava come, in assenza di espresse disposizioni di legge o di principi generali di sicuro appiglio, non era

¹⁸³ Cfr. Cass. 15 aprile 1998, n. 3814, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 805; Cass. 19 ottobre 1998, n. 10326, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2111; Cass. 5 novembre 1998, n. 11114, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, XI; Cass. 9 novembre 1998, n. 11265, *Mass. Giust. civ.*, 1998, XI.

¹⁸⁴ Pubblicata tra l'altro in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268 ss., con nota di MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1618 ss., con nota di DALLA MASSARA., *Tra "res iudicata" e "bona fides": le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel "quantum" della domanda di condanna pecuniaria*; in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, p. 502 ss., con nota di ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*; Cass. 2 giugno 2000, n. 389, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, VI.

consentito all'interprete di concludere per l'inammissibilità di una domanda giudiziale per il solo fatto che riguardasse una quota parte dell'unico credito vantato.

Secondo la riflessione della Corte, nessuna delle norme positive poteva offrire una valida sponda teorica alla tesi dell'inammissibilità: non l'art. 1181 c.c., che nel riconoscere il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale non esclude affatto il potere dello stesso di accettarlo e, per traslato, di richiederlo giudizialmente, né l'art. 1453 c.c., posto che la possibilità di optare fra risoluzione e adempimento nulla dice sulla possibilità di richiedere un adempimento parziale, né tantomeno gli artt. 277, secondo comma e 278, secondo comma c.p.c., che per la tutela degli interessi del creditore consentono la limitazione a parte della domanda o ad una provvisionale. Al contempo veniva respinto il riferimento ai canoni di correttezza e buona fede, che devono improntare il comportamento delle parti nella fase di esecuzione del contratto, non potendosi, sull'assunta violazione di tali precetti da parte del creditore e senza una approfondita indagine in ordine alla meritevolezza e condivisibilità delle ragioni orientanti la condotta del medesimo, garantirsi una tutela rafforzata al debitore inadempiente e contemporaneamente sanzionare con la inammissibilità o l'improponibilità a domanda del creditore in un'ipotesi in cui tale sanzione processuale non era espressamente prevista né era ricavabile con certezza dal sistema.

La soluzione adottata, suffragata nell'immediato da un altro conforme pronunciamento delle Sezioni

unite¹⁸⁵, ebbe parziale seguito nella giurisprudenza successiva¹⁸⁶, ma non impedì il perdurare di un orientamento in senso contrario¹⁸⁷, tale da richiedere un nuovo intervento delle Sezioni unite nel 2007¹⁸⁸.

La sentenza n. 23726 del 15 novembre 2007 opera sul punto un deciso *revirement*, rispetto alle precedenti posizioni del Supremo collegio: dopo aver esposto i termini del conflitto giurisprudenziale esistente, la motivazione prosegue affermando che «nel rimeditare questa soluzione (...) il Collegio ritiene ora però di non poterla mantenere ferma, in un quadro normativo nel frattempo evolutosi nella duplice direzione, sia di una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede - siccome specificativa (nel contesto del rapporto obbligatorio) degli inderogabili doveri di solidarietà, il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 della Costituzione - sia in relazione al canone del "giusto processo", di cui al novellato art. 111 della Costituzione. In relazione al quale si impone una lettura "adeguata" della normativa di riferimento (in particolare dell'art. 88 c.p.c.), nel

¹⁸⁵ Cass. 2 giugno 2000, n. 389, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, VI.

¹⁸⁶ Cass. 9 novembre 2005, n. 21689, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, XI; Cass. 28 luglio 2005, n. 15807, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, VII-VIII; Cass. 16 giugno 2003, n. 9634, in *Studium juris*, 2003, 1384.

¹⁸⁷ Cass. 26 gennaio 2004, n. 1322, in *Giur. it.*, 2004, 2041; Cass. 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, IV; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, *Arch. Loc.*, 2007, 87.

¹⁸⁸ Cass. SS.UU. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, XI; *D&G*, 2007; *Giust. civ.*, 2008, 3, 641; *Guida dir.*, 2007, 47, con nota di FINOCCHIARO; *Resp. civ. prev.*, 2008, 5, 1183; *Foro it.*, 2008, 5, 1514, con nota di CALMIERI, PARDOLESI E CAPONI; *Il civilista*, 2008, 12, 34, con nota di BUFFONE; *Rass. dir. civ.*, 2010, 1, 292, con nota di ALPINI.

senso del suo allineamento al duplice obiettivo della “ragionevolezza della durata” del procedimento e della “giustizia del processo”, inteso come fase finale (della risposta cioè alla domanda della parte), che “giusto” non potrebbe essere ove frutto di abuso, appunto, del processo, per esercizio dell’azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell’interesse sostanziale, che segna il limite, oltrechè la ragione dell’attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

L’operazione concettuale compiuta dal Supremo Collegio consiste nello spostamento dell’attenzione dal piano degli interessi concreti e contingenti perseguibili dal creditore¹⁸⁹ al piano dell’interesse sostanziale che giustifica l’attribuzione di una determinata facoltà: se pur si può sostenere che tali interessi non siano di per sé in contraddizione con il sistema normativo né necessariamente di carattere emulativo, non per questo la loro sussistenza impedisce al Collegio di ravvisare

¹⁸⁹ Anche DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in *L’eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di GAROFALO, Padova 2006, p. 251 e ss., in particolare a p. 265 rileva, commentando la motivazione di una sentenza (Trib. Torino 13 giugno 1983, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, 815) che aveva deciso la medesima fattispecie e l’aveva qualificata come abusiva e sanzionata con l’inammissibilità della domanda a cagione della non meritevolezza, equiparata alla carenza, dell’interesse perseguito dal creditore, rileva, appunto, che «non può peraltro sfuggire che, muovendosi entro una prospettiva strettamente soggettiva, in tale argomentazione si scorga un tanto di paradossale: così, proprio le Sezioni Unite hanno osservato che difficilmente potrebbe smentirsi la sussistenza di un interesse in capo al creditore, allorché proprio nel frazionamento della domanda quest’ultimo abbia individuato il modo migliore per perseguire i propri fini».

nella “domanda frazionata” una violazione della buona fede a causa della «unilaterale modificazione aggravativa della posizione del suo debitore», così come di osservare che «la disarticolazione, da parte del creditore, dell’unità sostanziale del rapporto (sia pure nella fase patologica della coazione all’adempimento), in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche nell’abuso dello stesso».

La sanzione processuale applicabile alla fattispecie risulta poi meglio precisata nella successiva evoluzione giurisprudenziale, nel senso della necessità di una pronuncia in rito, ostativa ad un esame del merito e quindi della fondatezza delle pretese creditorie, oscillando le sentenze tra le formule della improponibilità della domanda giudiziale costituente una mera frazione di un credito unitario¹⁹⁰ e dell’inammissibilità dell’azione¹⁹¹. È evidente che, in questa prospettiva, in caso di proposizione simultanea di una pluralità di domande relative al medesimo credito, la natura abusiva dell’iniziativa giurisdizionale, vista nella sua complessità, imporrebbe all’interprete di dichiarare inammissibili tutte le domande, e non soltanto quelle relative al residuo credito rispetto alla quota creditoria azionata nella causa per prima introdotta, fermo restando che, arrestandosi ad una pronuncia sul processo, la declaratoria d’inammissibilità

¹⁹⁰ Nel senso della improponibilità cfr., in sede di legittimità, Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2766; Trib. Nola 9 dicembre 2008, *dejure.giuffre.it*.

¹⁹¹ In questo senso Trib. Salerno 2 gennaio 2010. Nella giurisprudenza contabile, cfr. C. conti reg. Lombardia, sez. giurisdiz., 1 ottobre 2008, n. 625, in *Foro amm. Tar*, 2008, 2908.

del ricorso o della domanda in via ordinaria non è ostativa alla riproposizione della domanda per l'intero.

Un siffatto orientamento giurisprudenziale, peraltro, potrebbe offrire altresì uno spunto per la soluzione della questione della sanzione processuale ricollegabile alla violazione dei doveri dell'art. 88 c.p.c., spingendo a considerare questa norma come clausola generale in tema di abuso del processo. Se infatti quello della sanzione economica dei cui agli artt. 92 e 96 c.p.c. è sicuramente uno strumento efficace e dissuasivo, questo resta tuttavia un rimedio applicabile solo a posteriori, quando il lavoro della “macchina giudiziaria” ha raggiunto uno stato avanzato, nel quale i costi per la collettività, in tema di ragionevole durata dei processi e di ipertrofia del sistema giustizia, si sono già prodotti. È quindi evidente come una sanzione processuale che eviti la celebrazione stessa del processo nel merito risponda meglio a scopi di tipo deflattivo, sia pure con l'avvertenza che l'attenzione alle ragioni dell'economicità e della speditezza deve rimanere nell'ambito della compatibilità con il prevalente valore del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione.

La fattispecie testé esaminata è stata da autorevole dottrina classificata come “abuso del processo” piuttosto che come “abuso del diritto”, dal momento che essa involge un esercizio anormale non tanto della pretesa creditoria sostanziale quanto del diritto di agire in giudizio e, più concretamente, un utilizzo anomalo e strumentale dei mezzi processuali predisposti dal nostro ordinamento (del resto è chiaro, e trova posto anche nelle valutazioni della Corte, quali siano le utilità di fatto che l'attore si propone di raggiungere per il tramite di tale espediente tecnico-giuridico: minori spese

processuali, maggior celerità di giudizio, possibilità di stare in giudizio personalmente, precostituirsi un titolo giudiziale che accerti il credito)¹⁹².

Non si ritiene però che vi sia una differenza strutturale tra i due fenomeni, che anzi appaiono espressione di una medesima *ratio*, vale a dire l'individuazione dei limiti e degli strumenti di cui la giurisprudenza si avvale per riconoscere e sanzionare ipotesi di utilizzo indiscriminato, arbitrario, delle prerogative attribuite e garantite dall'ordinamento.

¹⁹² In tema di “abuso del processo” si vedano, tra l'altro, DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso nel processo civile*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 459 ss.; PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Bessone, Torino 1996; TARUFFO, *Elementi per una definizione di “abuso del processo”*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 435 ss.

Capitolo III

Applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto nel diritto societario

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Brevi cenni sulla prospettiva istituzionalistica e contrattualistica delle società di capitali e sul cd. “interesse sociale” – 3. L'abuso della maggioranza nelle delibere assembleari – 4. Le condotte abusive della minoranza – 5. Altre fattispecie “abusive” nell'ambito delle società di capitali

1 – Premessa

Come si è in parte già accennato, uno degli ambiti in cui l'abuso del diritto ha avuto “maggiore fortuna” è quello relativo alla vita ed alle attività delle società di capitali, in particolare modo in riferimento alla formazione della volontà dell'ente, espressa dall'organo assembleare, situazione nella quale la regola maggioritaria risulta idonea a determinare abusi a danno dei soci costituenti la minoranza¹. Se infatti tale meccanismo decisionale risulta ormai pienamente inserito nel nostro ordinamento, consentendo, in chiave del tutto anomala rispetto ai principi generali, di modificare liberamente il contratto sociale senza il consenso di tutte le parti contraenti², è ormai da tempo

¹ In argomento si veda MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, 107 ss.

² Sul punto si veda PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 113, il quale colloca in Francia, con la sentenza Cass. 30 maggio 1892

venuta all'attenzione degli operatori la questione dei limiti all'esercizio di tale ampio potere riconosciuto alla maggioranza, che non sempre si sviluppa secondo modalità del tutto fisiologiche.

Stante le peculiarità dell'ambito societario, peraltro, in esso la nozione di abuso deve tenere conto del problema della dialettica tra interesse sociale e interesse individuale dei soci³, della impossibilità di giudicare

(caso *Société générale fournitures militaires, Petrix*), la prima affermazione del potere della maggioranza di produrre modifiche dei contratti sociali, contrariamente a quanto si sosteneva “agli albori” del fenomeno societario, ove quest'ultimo si configurava come assolutamente legato alla sua fonte contrattuale e non era neppure immaginabile una sua modifica non all'unanimità.

³ Costituisce problema di centrale importanza per il fenomeno societario la definizione dell'interesse sociale e la sua distinzione rispetto agli interessi dei singoli soci; le sue soluzioni dipendono strettamente dall'accoglimento della teoria istituzionalistica o invece contrattualistica nella ricostruzione della natura delle società di capitali. Affermava in proposito PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 3, Torino 1993, p. 5, nel vigore della precedente disciplina delle società, con evidente rilevanza anche per la nozione di abuso: «in origine la distinzione ateneva alla qualificazione giuridica della s.p.a. come contratto o come istituzione e solo consequenzialmente al tema dell'interesse sociale (...); ormai, in presenza dell'art. 2247 c.c., non vi è dubbio sul fatto che la s.p.a. nasce da un contratto e non vi è quindi una istituzione. Si discute solo se la disciplina dei contratti si applichi ad essa anche dopo l'iscrizione o se invece da allora si applichino principi propri della disciplina delle organizzazioni». Oltre che in tale opera, riflessioni fondamentali sull'interesse sociale e gli interessi dei soci si rinvencono nell'opera di JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano

sindacato giurisdizionale che si spinga a considerare l'opportunità e quindi il merito delle delibere⁴, della peculiarità di quella che è la vera e propria prerogativa soggettiva di cui discutere l'esercizio, ossia il diritto di voto, nonché delle uniche norme che pongono limiti di carattere sostanziale alla espressione della volontà societaria, quali la disciplina del conflitto di interessi (contemplata dall'art. 2373 c.c.)⁵, ed il principio della

1964, e, dopo la sentenza della Cassazione n. 11151 del 26 ottobre 1995, ID., *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 795 ss

⁴ È una radicata esigenza di coloro che si occupano di diritto societario affermare la insindacabilità delle scelte gestorie, che sono compito e responsabilità esclusiva della compagine sociale e degli amministratori; ad esempio FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 421 ss., avverte il rischio che tramite l'abuso del diritto venga di fatto attribuito al giudice il governo della società. Il tratto peculiare della figura dell'abuso, utilizzata nella disciplina delle società di capitali, è infatti quello di consentire un controllo degli atti societari non esclusivamente procedimentale ma, in qualche misura, un controllo di "legittimità sostanziale", capace di rispondere alla esigenza di rafforzare la protezione della minoranza societaria o, comunque, di quegli interessi per il perseguimento dei quali i singoli soci si inducono ad entrare in società e ad assicurare il funzionamento del rapporto societario.

⁵ Per il significato da attribuire alla norma dell'art. 2373 c.c., quindi alla disciplina del voto del socio in conflitto di interessi con la società (ossia il socio si ritrova titolare di un duplice interesse: quello attinente alla sua posizione di socio ed un diverso interesse, estraneo ai fini della società, e in modo tale che non può, tramite la delibera, realizzare l'uno se non sacrificando l'altro), vedi GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, I, 2002, pp. 181 ss., il quale, se

parità di trattamento degli azionisti (desumibile dall'art. 2348 c.c.)⁶.

Se quello testé delineato rappresenta senz'altro il profilo più rilevante di emersione dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto societario, tuttavia accanto ad esso non possono trascurarsi differenti fattispecie: in particolare, si assiste ad una sempre maggiore attenzione, anche da parte della giurisprudenza, a tutte quelle condotte "abusive" poste in essere dai soci di minoranza, tali da configurare un vero e proprio "abuso della minoranza" corrispondente a quello "classico" della maggioranza assembleare.

Infine, si cercherà brevemente di delineare alcune ulteriori fattispecie, tipiche della vita delle società di capitali, nelle quali è parimenti delineabile la presenza dell'istituto in esame, sia pure con declinazioni meno caratteristiche del fenomeno societario e più vicine alle figure esaminate nei precedenti capitoli.

sottolinea - sulla scorta di una disamina delle sue applicazioni giurisprudenziali - l'insufficienza della norma a «disciplinare organicamente l'esercizio abusivo e/o illecito del "potere" di voto», d'altro canto, però, ribadisce la sua centralità sistematica e l'esigenza di definire l'area dell'abuso in rapporto di reciprocità con la stessa.

⁶ Circa la funzione e la portata del principio di parità di trattamento dei soci v. ANGELICI, Parità di trattamento degli azionisti, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 11 ss., e anche FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998, p. 53 ss. e, in particolare, p. 59 ss., laddove conclude che «la tematica della parità di trattamento finisce con il coincidere con quella dell'abuso del diritto nell'ambito societario. (...) A ciò può aggiungersi che la lesione della parità di trattamento tra i soci può rappresentare uno degli indici sintomatici per valutare e reprimere gli abusi ingiustificati a danno dei soci».

2 - Brevi cenni sulla prospettiva istituzionalistica e contrattualistica delle società di capitali e sul cd. “interesse sociale”

In via preliminare all'approfondimento di concetti quali “l'abuso della maggioranza” o “l'abuso della minoranza”, risulta assolutamente necessario un breve *excursus* relativo all'individuazione di cosa debba intendersi per “interesse sociale” ed in quale rapporto esso si ponga con l'interesse dei soci; bisogna anche comprendere se il socio che vota in assemblea sia tenuto a perseguire detto interesse o se, invece, egli possa votare in piena libertà anche per il raggiungimento di finalità del tutto egoistiche. In realtà la questione, già intricata, risulta ancora maggiormente complessa in dipendenza dei significativi orientamenti della dottrina in materia, sinteticamente definibili come “prospettiva istituzionalista” e “prospettiva contrattualista” della società e dell'interesse sociale.

Sia pur senza alcuna presunzione di esaustività, si può dire che in base alla prospettiva istituzionalista, l'interesse sociale è quello proprio della società, intesa come ente autonomo e diverso dai soci⁷: tale interesse è rivolto alla conservazione dell'efficienza dell'impresa e dell'integrità del patrimonio sociale. Così come la società è un ente a sé, distinto dai soci, anche l'interesse sociale è autonomo, diverso e trascendente rispetto a quello dei soci, intesi sia singolarmente che

⁷ Sul punto si vedano i fondamentali scritti di ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 e D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai “battelli del Reno” alle “navi vichinghe”*, in *Foro it.*, 1988, V, 48.

collettivamente, e tale interesse non è disponibile dai soci neppure all'unanimità⁸.

L'istituzionalismo, dominante all'epoca dell'abrogato Codice di Commercio, si è andato affievolendo negli ultimi decenni che hanno visto l'affermazione del contrapposto contrattualismo, per, poi, secondo un Autore, tornare in auge nelle s.p.a., dopo la riforma del diritto societario, sotto forma di «neoistituzionalismo debole»⁹.

⁸ Si veda Cass. 4 maggio 1994, n. 4323; Trib. Milano 9 giugno 1994; Trib. Catania 30 settembre 1993, in *Giur. It.*, 1994, 1, 2, II, pp. 881 e s. e in *Foro It.*, 1994, I, p. 903; Trib. Milano 15 ottobre 1987, in *Società*, 1988, p. 255; LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, p. 198, secondo il quale l'interesse sociale coincide con quello alla corretta gestione imprenditoriale; GALGANO, *Diritto Commerciale*, Bologna, 2004, p. 313; PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto d'interessi del socio nelle Società per Azioni*, in *Trattato delle Società per Azioni*, 3**, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1993, pp. 7 ss., il quale espone diffusamente anche teorie istituzionaliste che ravvisano nell'interesse sociale una sintesi dell'interesse dei soci e di altri soggetti, come i dipendenti dell'impresa sociale, i risparmiatori, i soci futuri o i creditori della società: tali tesi istituzionalistiche finiscono, però, col rasantare il pancontrattualismo moderno, espresso dalla teoria di matrice americana del *nexus of contracts*, secondo la quale l'efficiente gestione dell'impresa si regge su di un reticolo di contratti di cui sono parti gli azionisti investitori, i lavoratori, i fornitori, i clienti, etc.; sul punto vedi LIBERTINI, *op. cit.*, p. 206 e ss.

⁹ In tal senso LIBERTINI, *op. cit.*, p. 198 e ss. Secondo l'Autore, il contrattualismo, affermatosi come reazione all'istituzionalismo delle culture giuridiche totalitarie nazista e fascista, a seguito della riforma del diritto societario,

In base all'opposta prospettiva contrattualistica, invece, è vero che la società è un soggetto di diritto distinto dai soci, ma è altrettanto vero che il diaframma della personalità giuridica è pur sempre funzionale alla migliore cura degli interessi dei soci stessi e pertanto non bisogna farsi prendere eccessivamente dalle astrazioni e dai concetti, ma occorre sempre tener presente che, dietro lo schermo societario, ci sono dei soci che hanno creato una struttura per la migliore cura dei propri interessi: secondo la logica contrattualistica, l'interesse sociale non è diverso e trascendente da quello dei soci, ma coincide con esso, potendosi affermare che l'interesse sociale è l'insieme di quegli interessi comuni

continuerebbe a sussistere soltanto nelle società di dimensioni più ridotte: le società di persone e le s.r.l. di stampo personalistico. Nelle s.p.a., invece, la riforma avrebbe portato un irrigidimento organizzativo incompatibile con le logiche contrattualistiche e foriero di un neoistituzionalismo debole (debole in quanto la s.p.a. non avrebbe finalità diverse da quella dell'efficiente gestione imprenditoriale). L'istituzionalismo, legato all'adozione del principio maggioritario, sarebbe, inoltre, più adatto al governo della media e grande impresa. Segnali di questa tendenza sarebbero, secondo l'Autore, l'aumento dei casi di società unipersonali cui si applicano le norme delle società pluripersonali; la divisione legale delle competenze fra i vari organi e, in special modo, la riserva della gestione in capo all'organo amministrativo, con correlativa perdita di «sovranità» da parte dell'assemblea; il moltiplicarsi delle ipotesi in cui è sufficiente la maggioranza - in luogo dell'unanimità di matrice giurisprudenziale - per l'adozione di importanti delibere, ivi comprese le trasformazioni eterogenee con cui si attua la modifica dello stesso scopo lucrativo a maggioranza e non secondo la logica unanimistica del contratto; la riduzione dei rimedi giudiziari esperibili contro le deliberazioni assembleari; la nuova disciplina dei gruppi di imprese

ai soci, in quanto parti del contratto di società, che concernono la produzione del lucro, la massimizzazione del profitto sociale (ovverosia del valore globale delle azioni o delle quote), il controllo della gestione dell'attività sociale, la distribuzione dell'utile, l'alienabilità della propria partecipazione sociale e la determinazione della durata del proprio investimento¹⁰.

Come ben può comprendersi anche da una così sommaria esposizione, è evidente come il concetto di interesse sociale muti radicalmente a seconda della prospettiva da cui esso viene esaminato: secondo i sostenitori della teoria istituzionalista infatti, i soci che votano, non perseguendo un interesse (almeno integralmente) proprio, sono titolari, più che di un diritto, di una potestà da esercitare in una determinata direzione. Essi, quindi, non sono affatto liberi di votare come meglio credono, ma, quasi fossero organi della società, devono indirizzare il loro voto alla cura

¹⁰ In questa prospettiva Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, I, p. 452 e in *Giur. Comm.*, 1996, 3, p. 332; Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita Not.*, 2006, pp. 306 e in *Foro It.*, 2006, I, p. 3465. In dottrina ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1950, pp. 169 ss.; PREITE, *op. cit.*, p. 14; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle Società*, Torino, 1999, p. 324, nota n. 2; FAGIOLI, *Abuso della maggioranza nella tutela generale dell'interesse sociale*, in *Riv. Guardia Finanza*, 2002, p. 2542; FINARDI, *Il conflitto d'interessi del socio di S.r.l. e l'annullamento delle delibere assembleari*, in *Società*, 2007, p. 603; RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1454.

dell'interesse sociale, inteso nel modo sopra specificato¹¹.

Secondo i sostenitori della tesi contrattualista invece, i soci, nel votare, perseguono un interesse proprio e non devono ispirarsi ad un superiore interesse sociale - che, del resto, coincide con l'insieme degli interessi comuni ai soci - e possono, quindi, avere di mira finalità completamente egoistiche e financo vendere il loro voto¹², come sarebbe dimostrato dal fatto che non esiste alcun obbligo di presenziare alle assemblee e che l'astensione dal voto non è sanzionata¹³: in base a questa ricostruzione, quindi, il voto è un diritto e non una potestà da esercitare nell'altrui interesse. La “non alterità” dell’interesse in funzione del quale è

¹¹ Cass. 4 maggio 1994, n. 4323; FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I, p. 737; FRÈ, *Sull'esclusione del diritto di opzione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1953, II, p. 401; GRAZIANI, *Esclusione del diritto di opzione e interesse sociale*, in *Rass. econ. del Banco di Napoli*, 1961, p. 84.

¹² Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita Not.*, cit., p. 309 e in *Foro It.*, cit., p. 3467; Trib. Napoli 25 ottobre 2006, in *Società*, 2007, p. 1394; Trib. Napoli 24 maggio 2006, in *Società*, 2007, p. 1262; Trib. Milano ord. 2 giugno 2000, in *Foro It.*, 2000, I, 2, p. 3642; CAMPOBASSO, *op. cit.*, pp. 324 e 331; FAGIOLI, *op. cit.*, p. 2542; GUERRERA, *Abuso del voto e controllo «di correttezza» sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. Soc.*, 2002, I, p. 181 ss.; RORDORF, *op. cit.*, p. 1449; SANTONI, *Un preteso caso di eccesso di potere in deliberazione assembleare di s.p.a.*, in *Dir. e Giur.*, 1977, p. 776. In particolare sulla “vendita del voto” si veda Cass. 22 ottobre 1996, n. 9191, in *Giur. Comm.*, 1997, II, p. 327, con nota di JAEGER, *Ammissibilità e limiti dell'accordo di «cessione» del voto in cambio di «corrispettivo» (con considerazioni in merito alla c.d. «vendita del voto»)*.

¹³ FAGIOLI, *op. loc. cit.*

esercitato il voto sarebbe poi definitivamente dimostrata, a parere di autorevole dottrina, dalla mancanza nella disciplina positiva della previsione di un potere di impugnazione, eventualmente anche delle delibere unanimi, ma contrastanti con l'interesse sociale, da parte degli amministratori e dei sindaci¹⁴.

In posizione più sfumata, si pongono i sostenitori del contrattualismo che ritengono che il voto, pur essendo rimesso al libero apprezzamento del socio, debba essere finalizzato al perseguimento di uno degli scopi del contratto di società e non possa, invece, essere indirizzato al raggiungimento di finalità extrasociali¹⁵. In particolare, secondo un Autore, la dicotomia voto potere, di stampo istituzionalista - voto diritto soggettivo, di stampo contrattualista si stempera nella considerazione che il voto è una vera e propria prestazione scaturente dal contratto sociale. Di conseguenza, i soci devono votare ispirati dal principio di collaborazione che trova fondamento nel rapporto di strumentalità fra l'attività economica comune e l'interesse solidale dei soci a conseguire, mediante essa, un lucro.; non più diritto né potere, ma prestazione, il voto deve essere finalizzato al perseguimento di uno degli scopi propri del contratto di società, nell'ottica del principio di collaborazione e non deve, pertanto, essere

¹⁴ Così PREITE, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, cit.; Lodo Arbitrale 18 dicembre 2006, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1443; JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., pp. 191 e ss.; GAMBINO, *L'abuso di potere nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, p. 1049; PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 125.

esclusivamente egoistico, al punto da danneggiare la minoranza. Nel rispetto di questi limiti, il voto può anche essere guidato da motivi particolari ed il votante gode di una discrezionalità molto ampia, non essendo vincolato dal perseguimento dell'interesse sociale: non esisterebbe neppure «l'interesse sociale» per eccellenza, ma ci sarebbero tanti interessi collettivi, appartenenti a tutti i membri del gruppo sociale, tutti compatibili con la causa del contratto di società»¹⁶.

La problematica della frammentazione dell'interesse sociale, ricollegata alla concezione contrattualistica, è stata ripresa, in epoca più recente, da un Autore, il quale osserva che la proliferazione delle categorie speciali di azioni, a seguito della riforma del diritto societario, avrebbe portato ad una rifrazione dell'interesse sociale in tanti interessi diversi per quante sono le categorie: l'esistenza di interessi potenzialmente eterogenei comporterebbe un conflitto fra le varie categorie e fra le azioni speciali e le azioni ordinarie, in una comunità

¹⁶ JAEGER, *op. cit.*, p. 208: «la ricerca fin qui compiuta ci ha condotti, infatti, a concludere che non esiste un interesse specifico e determinato il quale possa funzionare come pietra di paragone per l'espressione del voto e mediante il quale si possa controllare il contenuto delle delibere; ma che diversi interessi collettivi, appartenenti a tutti i membri del gruppo sociale, devono considerarsi parimenti compatibili con la causa del contratto di società, sebbene taluni fra essi si trovino in posizione di contrasto. Questi interessi, quindi, sono egualmente qualificabili come «sociali»; oppure, se si preferisce, tale connotazione può essere riservata a quello di essi che abbia ottenuto, in una deliberazione, la prevalenza nella scelta della maggioranza dell'assemblea». In senso contrario all'unicità dell'interesse sociale si colloca anche PREITE, *op. cit.*, p. 20.

regolata, in origine, come omogenea¹⁷. Il tutto determinerebbe una crisi della relazione fiduciaria con gli amministratori che, in quanto nominati da tutti i soci, sia da quelli ordinari sia da quelli speciali e, in certi casi, anche dai titolari degli strumenti finanziari partecipativi, devono curare interessi potenzialmente disomogenei. In alcuni casi, poi, detto rapporto fiduciario è addirittura interrotto, se si pensa alle azioni senza diritto di voto o con voto limitato che, in quanto tali, non concorrono a nominare gli amministratori e non vedono, di conseguenza, tutelati i loro diritti patrimoniali.

Accanto a queste correnti dottrinarie chiaramente delineate, vi sono poi alcuni autori che, in una prospettiva sincretica, negano che il fenomeno societario sia riducibile allo sviluppo del consenso iniziale, in quanto i soci debbono, pur sempre, rapportarsi al soggetto impresa, quale autonomo centro d'interessi¹⁸; l'ottica contrattualistica, secondo tali

¹⁷ GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Milano, 2004, pp. 14 e ss.

¹⁸ Secondo Trib. Como 1 giugno 2000, in *Società*, 2001, p. 78, l'assemblea diviene il luogo di emersione di tale duplice impostazione: «il punto nodale della costruzione sta nella difficoltà di distinguere ciò che attiene al rapporto tra i singoli soci ed è quindi sviluppo del consenso iniziale e ciò che attiene all'impresa, quale autonomo centro d'interessi, con il quale comunque i soci si trovano a dover rapportarsi. Confine che necessariamente va rintracciato nell'assemblea, nella sua duplice natura di organo dell'impresa e di sintesi conflittuale della volontà dei singoli, il cui «prodotto» costituirebbe l'attività esecutiva del contratto iniziale»; in questa corrente interpretativa si colloca LIBERTINI, *op. loc. cit.*, che ravvisa la preponderanza dell'istituzionalismo nelle s.p.a. e del contrattualismo nelle società di persone e nelle s.r.l. di stampo personalistico.

autori, non implica che i soci non debbano perseguire l'interesse sociale, in quanto dal contratto sociale sorge un ente giuridico, una «collettività organizzata», un «ordinamento privato», una «comunità ordinata» che deve attenersi all'assetto degli interessi fissato nel regolamento contrattuale per raggiungere il fine concordato: il contratto è immanente alla compagine sociale, così da informarne struttura e funzioni, ma l'esistenza di un'autonoma organizzazione impedisce che lo svolgimento del rapporto sociale possa essere ridotto alla fase esecutiva di un contratto¹⁹.

La norma forse più “contesa” tra sostenitori dell’una e dell’altra prospettiva è costituita dall’art. 2373 del Codice civile, che regola il conflitto di interessi del socio che debba esprimere il proprio voto in assemblea: questa norma, secondo i sostenitori della teoria istituzionalista, è la conferma del fatto che il socio deve indirizzare il proprio voto al perseguimento dell'interesse sociale²⁰; per i sostenitori della tesi contrattualista, invece, detta norma è l'unica, insieme a quella contenuta nell'art. 2441, quinto comma c.c., a fare riferimento all'interesse sociale, e non obbliga affatto il votante al perseguimento dello stesso²¹.

Tale ricostruzione ha trovato nuovo impulso a seguito della riforma del diritto societario che ha modificato il testo dell'art. 2373 c.c.: prima della riforma, infatti, il vecchio art. 2373 c.c. faceva divieto al socio, che avesse un interesse in conflitto con quello sociale, di esercitare il diritto di voto, benché non

¹⁹ PASQUARIELLO, *op. loc. cit.*

²⁰ Trib. Milano 9 giugno 1994, cit.; Trib. Catania 30 settembre 1993, cit.

²¹ JAEGER, *op. loc. ult. cit.*

mancassero autori che, leggendo il primo comma in combinato col secondo, affermavano che non ci fosse una sospensione del diritto di voto, ma solo una limitazione dello stesso²².

A seguito della riforma e della nuova formulazione della norma, appare chiaro che il voto del socio non è affatto sospeso e che il socio può esercitarlo come vuole, anche in conflitto con l'interesse sociale, perché il conflitto d'interessi, da solo, non basta a rendere impugnabile la delibera, essendo necessari due ulteriori elementi: l'influenza determinante del voto del socio in conflitto per l'adozione della delibera (c.d. prova di resistenza) ed il danno, anche solo potenziale, per la società: è irrilevante, invece, ai fini dell'annullamento della delibera, che essa sia preordinata anche al raggiungimento di un interesse del socio, se non vi è danno per la società²³.

L'art. 2368, terzo comma del Codice civile è poi chiaro nell'escludere dal computo del *quorum* deliberativo le azioni per le quali il diritto di voto non è stato esercitato a seguito della dichiarazione del socio di

²² ARCERI, *Alcune questioni in materia di azione sociale di responsabilità ed una particolare ipotesi di conflitto di interessi*, in *Giur. It.*, 1990, I, p. 606; CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 325; JAEGER, *op. cit.*, p. 213; RENNA, *Appunti in tema di conflitto di interessi e assemblee speciali*, in *Società*, 2006, p. 1097. In senso contrario COTTINO, *Diritto Societario*, Padova, 2006, p. 348; FAGIOLI, *op. cit.*, p. 2545.

²³ Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, *cit.*; Trib. Milano 30 gennaio 2006, in *Società*, 2007, p. 600; Trib. Milano 13 febbraio 2007, in *Giur. Merito*, 11, 2908; in dottrina vedi CAMPOBASSO, *op. loc. cit.*; COTTINO, *op. cit.*, p. 347; RENNA, *op. loc. cit.*; SANTARSIERE, *Problematiche ricorrenti circa istituti del diritto societario alla luce della riforma*, in *Giur. Merito*, 2007, p. 2913.

astenersi per conflitto d'interessi, così lasciando intendere che detta astensione potrebbe non esserci e che, in questo caso, le azioni andrebbero computate sia nel *quorum* costitutivo sia in quello deliberativo: ovvio corollario è che il presidente non può escludere dall'assemblea il socio in conflitto d'interessi.

Secondo la ricostruzione contrattualistica, quindi, l'interesse sociale non sarebbe il principio informatore del diritto di voto, ma un limite alla libertà di esercizio di esso, valicato il quale, si ricadrebbe nell'invalidità della delibera per conflitto di interessi: fondamento di tale limite, come meglio si dirà, sarebbe l'obbligo di eseguire il contratto sociale in buona fede²⁴. Secondo quella parte della dottrina che ritiene inesistente un unitario interesse sociale, poi, il conflitto non sussisterebbe fra un interesse del socio ed uno della società, ma fra due interessi entrambi del socio, di cui uno ricollegato alla posizione di socio ed un altro estraneo alla società.

²⁴ ARCERI, *op. cit.*, p. 606; FAGIOLI, *op. cit.*, p. 2546; COTTINO, *op. loc. cit.*; LUCHINI, *Il voto dell'amministratore di S.r.l. in conflitto di interessi*, in *Società*, 2007, p. 1371, la quale, però, dubita che lo stesso principio debba necessariamente essere accolto per le s.r.l.; CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991, p. 63; RENNA, *op. loc. cit.*; JAEGER, *op. cit.*, p. 209, non esistendo un unico interesse sociale, ma tanti interessi collettivi compatibili con la causa del contratto sociale, il conflitto sussisterebbe fra l'interesse del socio e quello fra i vari interessi sociali il cui regolamento costituisce l'oggetto della delibera.

3 – L’abuso della maggioranza nelle delibere assembleari

Come si è detto già in precedenza, nell’ambito delle società di capitali il divieto di abuso ha sempre trovato applicazione a prescindere da esaustive elaborazioni teoriche²⁵, conoscendo un’ampia diffusione giurisprudenziale senza quelle radicali contestazioni di cui è oggetto il tentativo di costruire una generale nozione, autonoma e giuridicamente rilevante, di abuso del diritto. Il fatto che in questo settore l’abuso sia stato soprattutto percepito come deviazione, patologia la cui possibilità è insita nel funzionamento dello stesso meccanismo deliberativo delle società, reso possibile dalla posizione di potere che la maggioranza assembleare viene ad assumere nei rapporti interni alla società, ha forse distolto l’attenzione dal principale ostacolo teorico e sistematico al riconoscimento della categoria dell’abuso, ossia il fatto di riferirlo al diritto soggettivo, ad una prerogativa, cioè, assunta per definizione come insindacabile fintantoché rimanga entro i confini tracciati dal diritto oggettivo.

A ben vedere, però, anche in materia societaria, se di abuso si discute, lo si riferisce pur sempre ad una prerogativa soggettiva²⁶: il tema fondamentale

²⁵ Le prime riflessioni sul tema risalgono addirittura a CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926; I, p. 178 ss.

²⁶ E’ interessante, parallelamente, notare come nel diritto societario si inizia a configurare la categoria dell’abuso nel momento in cui si ritiene non giustificato e non funzionale all’assetto della società che la tutela delle posizioni dei singoli soci, e quindi la tutela contro i propositi della maggioranza pregiudizievoli della minoranza assembleare, venga assicurata

dell'abuso della maggioranza è pur sempre risolvibile nell'abuso del diritto di voto²⁷ così come l'abuso di minoranza, che sempre maggiore interesse suscita in dottrina e di cui si parlerà più oltre, annovera una ampia casistica in cui si tratta di condotte di esercizio abusivo delle varie prerogative che la legge predispone a tutela delle minoranze societarie²⁸.

per il tramite del riconoscimento di liste dei loro interessi, cristallizzati e garantiti come diritti soggettivi. Svolge questa osservazione PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di GAROFALO, Padova 2006, p. 327, n. 4: «Quella dei diritti individuali dei soci, ritenuta in passato categoria assai ampia, si fondava com'è noto, sull'affermazione dell'idea che a ciascun socio fosse riconosciuta una serie di posizioni soggettive intangibili senza il suo consenso. Tali situazioni soggettive indisponibili erano solitamente individuate negli elementi base del contratto di società in virtù dei quali il socio aveva prestato la propria adesione». Fondamentale, poi, nella indagine e nella valutazione di queste prerogative soggettive, l'opera di BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli 1960.

²⁷ «Sin d'ora è opportuno segnalare che l'abuso del diritto in ambito societario si risolve e trova il suo più ampio ed interessante campo di applicazione con riferimento al momento assembleare e, segnatamente, a quello deliberativo. E' agevole, per ciò rilevare che, *in subiecta materia*, parlare di abuso del diritto equivale in larga misura (anche se non esclusivamente) a trattare l'argomento dell'abuso del diritto di voto», così FERRARI, *op. cit.*, p. 25.

²⁸ Merita appena sottolineare come, ancora una volta, si tratti per lo più di abusi inerenti l'esercizio di diritti potestativi: tale è senz'altro il diritto di voto, come il diritto della minoranza di ottenere la convocazione dell'assemblea. Viene così ribadita l'acutezza della riflessione compiuta da Rescigno, il quale appunto individuava nei diritti potestativi le prerogative

E non pare dubbio che parlando dell'abuso in materia societaria si debba parlare soprattutto di questi casi, *in primis* dell'abuso del diritto di voto che si traduce in una delibera abusiva; se infatti la dottrina arriva a comprendere nel divieto di abuso fattispecie come l'abuso della personalità giuridica²⁹ - che paiono, invece, più propriamente, e diversamente, ipotesi di abuso della norma giuridica³⁰ - la casistica

maggiormente interessate dal principio del divieto di abuso; per l'appunto egli risolveva l'abuso della maggioranza proponendo l'applicazione dell'art. 1345 c.c., in materia di motivo illecito, come mezzo di sindacato dell'atto unilaterale. Si veda, altresì FERRARI, *op. cit.*, p. 126: «nella ricerca della nozione di abuso del diritto da parte della minoranza soccorrono, invero, i già evidenziati principi generali in tema di abuso del diritto. Alla stregua di questi ultimi appare evidente che ci si trova innanzi ad una situazione di abuso della minoranza laddove quest'ultima, titolare di prerogative di gruppo (diritti esercitabili da una minoranza qualificata) o comunque di diritti individuali, utilizzi tali posizioni giuridiche al fine di conseguire vantaggi individuali (diretti o indiretti) a danno dei soci di maggioranza ovvero della stessa società».

²⁹ In tal senso la risalente analisi di MULLER-ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss. Anche più di recente, peraltro, sia in dottrina che in giurisprudenza, si annovera una consistente tendenza a parlare di abuso del diritto in casi di abuso della personalità giuridica, cfr. in proposito MONTALENTI, *L'abuso della personalità giuridica*, in *Dir. priv.* III, 1997, p. 279 ss.

³⁰ Dovendosi intendere per "abuso della norma" la possibilità di intendere la figura dell'abuso del diritto «in una latitudine assai più ampia, volta ad indicare quei casi, di non scarsa importanza nella prassi, in cui un soggetto - giovandosi delle astratte previsioni di legge - ovvero, secondo il noto detto

giurisprudenziale testimonia che le situazioni portate all'esame dei giudici sono soprattutto situazioni in cui si contesta la legittimità "sostanziale" della delibera³¹.

Prima di affrontare più specificamente la casistica giurisprudenziale in materia, occorre premettere che il concetto di "abuso", nel diritto societario, è stato oggetto di due approcci interpretativi radicalmente diversi: da un lato, infatti, una prima impostazione, più

paolino, sfruttando le occasioni offerte dal *ius civile* -, miri a conseguire, tramite strumenti di per sé leciti, effetti che in relazione alla singola fattispecie appaiono incongrui o comunque divergenti dalle previsioni di legge», VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in GAROFALO, *op. cit.*, p. 53.

³¹ MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005, p.404-405 dà atto di questa pressoché esclusiva rilevanza dell'abuso: «in dottrina è pacificamente ammesso il ricorso alla regola di correttezza e al divieto di abuso al fine di risolvere una varietà molto ampia e articolata di situazioni (...). Tuttavia le più frequenti applicazioni giurisprudenziali, e con esse le più ampie elaborazioni teoriche, concernono le ipotesi di abuso della maggioranza nelle delibere assembleari». Sul fatto che la categoria dell'abuso risponde ad una esigenza di controllo non meramente formale e procedimentale della delibera si veda GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza"*, *cit.*, p. 183: «orbene, anche da noi si avverte l'esigenza di verificare se la "libertà di voto" vada incontro a limiti interni aspecifici, nascenti dall'esigenza di salvaguardare quegli interessi contrattuali che il rapporto contrattuale è demandato a realizzare. Se, cioè, a prescindere dalla ricorrenza di una vera e propria situazione di conflitto, possano configurarsi limiti mobili all'esercizio del voto, fondati sulla causa societaria e sulle regole di correttezza, onde porre al riparo da ingiustificati pregiudizi gli interessi coinvolti dalla formazione concreta della "volontà collettiva"».

risalente, tende ad iscrivere l'abuso della maggioranza nelle categorie dell'abuso e dell'eccesso di potere, mutuate, talvolta esplicitamente, dal diritto amministrativo³²: il riferimento a quella compiuta

³² In questo senso Cass. 29 maggio 1986, n. 3628, in *Società*, 1986, 1087, la quale, nel giudicare sulla legittimità di una deliberazione di scioglimento anticipato di una società cooperativa, stabilì che «sono configurabili (e deducibili davanti al giudice) deviazioni dalla causa del contratto sociale ed in particolare eccessi ed abusi di potere da parte della maggioranza mediante arbitraria o fraudolenta attuazione del potere della maggioranza dei soci; situazione questa che (con un evidente parallelismo con il diritto amministrativo) deve essere considerata in rapporto con la legittimità delle relative deliberazioni e non con il merito delle medesime». Questa impostazione si ritrova anche in pronunce più recenti della stessa Corte: si richiamano espressamente al citato precedente, ad esempio, Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, in *Società*, 1995, 1548; e Cass. 4 maggio 1994, n. 4323, in *Foro it.*, 1995, I, 2219, la quale inquadra il vizio dell'abuso di maggioranza quale «applicazione del principio generale secondo il quale il potere di cui si sia investiti per la soddisfazione di un interesse proprio va esercitato solo in funzione e per la realizzazione di quell'interesse». Questo orientamento, che appare abbandonato dalla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione, ha trovato e tuttora trova seguito nelle pronunce di merito: tra le varie, si vedano Trib. Milano 13 maggio 1999, in *Società*, 2000, 75; Trib. Perugia 22 dicembre 2000, in *Società*, 2001, 11; App. Milano 10 maggio 2002, in *Società*, 1387; Trib. Milano, ord., 11 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1897, ove si distingue tra “eccesso” e “abuso” di potere nel senso che «ricorre la prima figura nel caso di mancata corrispondenza tra quanto deliberato ed il fine sociale, con prospettiva di danno a carico della società, e che ricorre invece la seconda figura nel caso di delibera (pur nell'alveo del fine sociale, ma) motivata da finalità oppressive della minoranza e con prospettive di

elaborazione risultava giustificato e quasi naturale approdo della prevalente concezione istituzionalistica delle società di capitali, e soprattutto dell'interesse sociale, cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo. Come si è detto, varie sono le interpretazioni della dottrina circa la configurazione dell'interesse sociale, pur secondo una visione istituzionalistica, tutte accomunate però dal fatto di considerarlo come qualcosa di diverso dall'interesse perseguito in comune dai soci tramite lo strumento societario e da essi indisponibile: dato questo parametro obiettivo, che qualifica l'esistenza e la attività dell'ente societario, ne consegue la configurazione del voto non già come un diritto "di partecipazione", che consente al socio di concorrere alla determinazione del concreto interesse sociale nel caso di specie, bensì come un dovere e la conseguente sua funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse sociale tipico. In questa ottica è evidente il parallelo con la costruzione pubblicistica della patologia dell'atto amministrativo, viziata da eccesso di potere nel momento in cui chi di quel potere è investito, per il perseguimento di un interesse che non è esclusivamente proprio, finisce per esercitarlo per finalità improprie e pregiudizio altrui.

Parallelamente al "declino" della prospettiva istituzionalistica, definitivamente compiutosi in conseguenza della riforma del diritto societario di cui al D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ed al definitivo prevalere della opposta concezione contrattualista del fenomeno societario, che riconosce cioè la piena espressione dell'autonomia privata anche nella formazione e nella

danno a carico dei soci prevaricati»; Trib. Reggio Emilia 2 dicembre 2005, in *Società*, 2006, 1257.

gestione dell'ente societario, attribuendo fondamentale e dirimente rilevanza al contratto sociale, il quale svolge pienamente la sua efficacia non solo nel momento costitutivo della società stessa, bensì continua a determinarne le sorti in quanto fonte di disciplina e di autoregolamento degli interessi dei soci nella società, si è radicalmente modificata la ricostruzione del concetto di abuso. Siffatta impostazione contrattualistica, portando con sé anche una radicalmente differente concezione del voto, non più dovere o funzione, ma diritto che consacra l'interesse del socio a concorrere alle decisioni, impone un diverso riferimento teorico e normativo al fine di ricostruire l'abuso della maggioranza³³, rinvenuto ora nel generale principio di correttezza, che informa il diritto societario non

³³ PASQUINO, *op. cit.*, p. 331 ss., traccia una sorta di percorso dall'eccesso di potere, alla attribuzione di rilievo all'accertamento dell'intento fraudolento della maggioranza («invero, in giurisprudenza, a far data dal 1968, con un indirizzo che diviene rapidamente costante e che verrà recepito nel 1979 dalla Suprema Corte, si manifesta un ampliamento della nozione di eccesso di potere come causa di annullabilità della deliberazione: l'espressione non viene intesa più, solamente, nel senso di manifesto contrasto con l'interesse sociale, ma anche come comportamento fraudolento nei confronti dei soli soci di minoranza. Il rimedio assume così una portata coerente con una finalità volta a reprimere, in primo luogo, comportamenti abusivi a danno delle minoranze, realizzando tra l'altro anche una funzione di prevenzione e di indirizzo dell'agire delle società di capitali»), alla applicabilità degli artt. 1175 e 1375 c.c. («sulla utile estensione alla soluzione dei problemi delle società delle tecniche operative della correttezza e della buona fede, quali disciplinate nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, non sembra possano esserci dubbi»).

diversamente dall'intero sistema privatistico³⁴, oppure direttamente sulla base della applicazione degli artt. 1175 e, in particolare, 1375 c.c. ai rapporti endosocietari, sulla scorta della natura obbligatoria riconosciuta ai diritti che sorgono dal contratto sociale³⁵.

Questo secondo orientamento, che appare oggi decisamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità e trova comunque ampio, ancorché non univoco, consenso nelle Corti di merito, ha il suo primo e più importante riferimento nella notissima sentenza Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151³⁶, ove la Corte, dopo

³⁴ In tal senso argomenta la fondamentale teoria di GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano 1987, secondo il quale la disciplina delle società per azioni opera al di fuori della disciplina generale dei contratti in quanto costituisce un ordinamento peculiare. In particolare, poi, ritiene che la correttezza abbia valenza sistematica più ampia della regola di buona fede e che l'art. 2373 c.c. ne sia peculiare espressione. Afferma quindi la applicabilità della correttezza, intesa come principio generale dell'ordinamento giuridico, alla disciplina delle società per azioni. In proposito è interessante considerare la proposta della Commissione Rovelli di inserire nella riforma del diritto societario una apposita ed espressa disposizione sull'obbligo di correttezza; sul tema si veda D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Contr. e impresa*, 2004, p. 769 ss. e FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss., nonché BASSI, *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.

³⁵ Una menzione parte deve essere fatta per la posizione di CASSOTTANA, *op. cit.*, il quale ritiene che la fattispecie dell'abuso della maggioranza possa essere definita e inquadrata, per *analogia legis*, nella disposizione dell'art. 2373.

³⁶ Pubblicata, tra l'altro, in *Società*, 1996, 295,

avere rilevato che «l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società, quando sia stipulato da più soggetti, non è più revocabile in dubbio» e che «non potrebbe neppure ravvisarsi nella personificazione delle società di capitali un ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo la costituzione della società», affermò espressamente che «le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore esecuzione del contratto sociale». Da tale premessa, la Corte traeva la conclusione della applicabilità alle deliberazioni assembleari del principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. che peraltro, nelle parole della Corte, «costituisce specificazione di un più generale principio di solidarietà che abbraccia tutti i rapporti giuridici obbligatori, anche di origine non contrattuale, vincolando le parti al dovere di lealtà e rispetto della sfera altrui (art. 1175 c.c.)».

Questa sentenza che, per dirla con l'espressione usata da un giurista che lungamente e approfonditamente si è occupato del tema, Pier Giusto Jaeger, compie una «inequivoca presa di posizione»³⁷,

³⁷ Così JAEGER in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI, CORSI, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329. La sentenza affronta un caso esemplare di abuso di maggioranza: si tratta infatti della impugnazione di una delibera assembleare che ha determinato lo scioglimento anticipato della società con l'unico scopo di estrometterne il socio di minoranza. Afferma la esemplarità di tale sentenza anche PASQUINO, *op. cit.*, p. 337, secondo il quale essa ha il merito di affermare senza possibilità di equivoco tanto il piano su cui si può parlare di abuso (i

nel senso di equiparare le vicende del fenomeno societario a quelle di qualunque rapporto contrattuale, con la conseguente, decisa affermazione della applicabilità dell'art. 1375 c.c. e la sottoposizione dei soci a quegli obblighi integrativi che esso può imporre, si sviluppa secondo una prospettiva argomentativa «semplice e lineare; ma, proprio per questo, abbastanza rivoluzionaria. Essa si sviluppa nei seguenti passaggi: a) l'art. 1375 c.c. impone “a ciascuna parte (contrattuale) di tenere quei comportamenti che, a prescindere dagli obblighi espressamente assunti con il contratto siano idonei a soddisfare le legittime aspettative dell'altra parte” (...); b) questo principio, per il suo carattere generale, vale per tutti i contratti, anche quelli plurilaterali e con comunione di scopo; c) la personalità giuridica delle società di capitali non osta alla “persistenza di un vincolo di natura contrattuale, perché l'ente è un centro di imputazione meramente transitorio e strumentale (...); d) (passaggio successivo, e indubbiamente più ardito) non vi è contrasto tra il carattere volitivo delle determinazioni che i soci prendono nel corso del rapporto (voto in assemblea) e “l'attività esecutiva che il citato art. 1375 è destinato a disciplinare”. Ciò perché, a differenza dei contratti di scambio, l'attuazione del contratto di società richiede la collaborazione dei soci, che è quindi un vero e proprio obbligo»³⁸.

La prospettiva “abbastanza rivoluzionaria” fatta propria dalla Corte è quindi la netta affermazione della

rapporti tra soci), quanto il fondamento normativo e sistematico che regge la nozione stessa (le regole di buona fede e correttezza).

³⁸ JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 334 ss.

natura contrattuale dei rapporti endosocietari e la loro sindacabilità sulla scorta dei parametri offerti dall'art. 1375 c.c., che agli stessi è direttamente applicabile; in sostanza ciò significa la riduzione della lungamente dibattuta categoria dell'abuso della maggioranza o del diritto di voto alla regola della buona fede contrattuale³⁹.

Per la verità la Corte dopo questa netta affermazione per cui i diritti sociali, e in particolare al diritto di voto, sono soggetti - nel loro esercizio - alla disposizione dell'art. 1375 c.c., compie una riflessione che ha specifico riferimento all'ordinamento delle società di capitali e che pare far rivivere l'autonomia concettuale del divieto di abuso - inteso nella sua più genuina e efficace nozione come deviazione dall'interesse, dalla causa che giustifica l'attribuzione di una prerogativa.

Rileva la Corte che «(...) è ancora più importante sottolineare che l'esistenza di un dovere di lealtà e correttezza a carico dei soci, nei loro reciproci rapporti, è desumibile, oltre che dalla disciplina generale del diritto delle obbligazioni, anche dalle norme che più direttamente riguardano il diritto delle società». E, soprattutto, così il Supremo Collegio ricostruisce la natura del fenomeno societario e i limiti all'esercizio dei diritti che in esso vigono: «con il contratto di società viene costituita, in effetti, una comunione di interessi, la

³⁹ È quanto conclude con chiarezza MERUZZI, *op. cit.*, p. 403: «anche in ambito societario la clausola generale dell'abuso del diritto, operante nell'intero sistema del diritto privato come regola implicita, è quindi confluita, in assenza di autonoma elaborazione sistematica, nel criterio della buona fede, di cui costituisce una variante terminologica e la cui generale applicazione è ormai incontestabile».

cui esistenza, mentre dà ragione della subordinazione della volontà del singolo socio a quella della maggioranza(...), esclude al tempo stesso che il voto stesso possa essere legittimamente esercitato per realizzare finalità particolari, estranee alla causa del contratto di società»⁴⁰.

In una successiva, ugualmente importante, pronuncia (Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387)⁴¹, la stessa Corte, confermando il citato orientamento, affermava che «il riconoscimento della figura dell'abuso di potere parte dal riconoscimento della società come contratto» e che tale figura trova il suo fondamento nella clausola generale di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Il medesimo principio è stato riaffermato nella giurisprudenza di legittimità più recente, tanto che pare potersi affermare che l'inquadramento dell'abuso in termini di buona fede costituisce al momento l'impostazione fatta propria dalla Cassazione⁴².

⁴⁰ GAMBINO, *op. ult. cit.*, p. 344 si dichiara contrario alla affermazione della applicabilità dell'art. 1375 c.c.; FERRARI, *op. cit.*, p. 70-71 sottolinea come questa seconda parte del ragionamento della corte, che depone per una specificità dell'ordinamento societario e per una peculiare rilevanza dell'abuso del voto, rappresenti «la parte più interessante della sentenza in commento».

⁴¹ Pubblicata, tra l'altro, in *Società*, 2006, 579.

⁴² In tale filone interpretativo si collocano infatti Cass. 17 luglio 2007, n. 15942, in *Notariato*, 2008, 128; Cass. 17 luglio 2007, n. 15950, in *Società*, 2007, 1459; Cass. 16 novembre 2007, n. 23823, in *Società*, 2008, 700; Cass. 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Società*, 2011, 345. Come accennato, l'orientamento descritto trova ampio accoglimento nella giurisprudenza di merito: tra le più recenti e rilevanti pronunce si segnalano: App. Milano 18 aprile 2000, in *Società*, 2000,

La delineata pluralità di opinioni in merito all'inquadramento dell'abuso di maggioranza nella figura dell'abuso di potere o in quella della violazione della buona fede contrattuale (o dell'abuso del diritto quale sua specificazione), non sempre pare comportare invero, nella concreta applicazione giurisprudenziale, una reale conseguenza in termini di individuazione dei presupposti necessari alla qualificazione del comportamento della maggioranza quale abusivo.

La giurisprudenza che si ispira al criterio dell'abuso di potere individua comunemente il ricorrere della fattispecie quando è ravvisabile il «perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale», ovvero la «fraudolenta attività della maggioranza volta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e dei connessi diritti patrimoniali spettanti ai singoli soci»⁴³ In entrambi i casi, l'eccesso di potere richiederebbe comunque la prova della «unica finalità fraudolenta della deliberazione perseguita dai votanti a maggioranza e diretta a produrre a loro, o a terzi, un vantaggio

958; Trib. Milano, ord., 18 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 98; Trib. Torino 26 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 750; Trib. Milano 28 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 387; Trib. Milano 15 marzo 2008, in *Corr. mer.*, 2008, 903; Trib. Bologna 9 luglio 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1102; Trib. Milano 13 maggio 2011, in *Società*, 2011, 856.

⁴³ Così Cass. n. 4323/1994, cit.; negli stessi termini, tra le altre, Cass. n. 4923/1995, cit.; Cass. 19 aprile 2003, n. 6361, in *Lav. giur.*, 2003, 975. Nella giurisprudenza di merito, vedasi Trib. Salerno 24 luglio 2008, cit.; Trib. Reggio Emilia 2 dicembre 1995, cit.; Trib. Milano 11 gennaio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1897; Trib. Roma 22 ottobre 2002, in *Società*, 2003, 857; App. Milano 10 maggio 2002, cit.; Trib. Perugia 22 dicembre 2000, cit.

personale a danno degli altri azionisti», con la conseguenza che «la tutela è richiamabile, in quanto la delibera non abbia una propria ed autonoma giustificazione sulla base dei legittimi interessi dei soci di maggioranza e la finalità fraudolenta in danno della minoranza costituisca l'unica ragione della delibera in frode»⁴⁴. L'inquadramento in termini di buona fede avrebbe d'altra parte quale conseguenza quella di considerare abusiva una deliberazione che, «per quanto formalmente regolare, risulti in concreto preordinata ad avvantaggiare alcuni soci in danno di altri», presupponendo che «il voto sia stato esercitato dalla maggioranza in danno di alcuni soci, al fine di conseguire obiettivi del tutto estranei all'interesse della società»⁴⁵; l'annullamento della deliberazione richiederebbe dunque «la prova che il potere di voto determinante del socio di maggioranza sia stato esercitato fraudolentemente allo scopo di ledere interessi degli altri soci ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto»⁴⁶.

Risulta peraltro piuttosto comune, sia nella giurisprudenza di legittimità sia in quella di merito, il richiamo ad entrambe le teorie, con la conseguenza implicita o, a volte, anche esplicitamente formulata, che quale che sia l'inquadramento teorico, la fattispecie di abuso richiede in ogni caso la ricorrenza dei medesimi presupposti: in tal senso si veda ad esempio Cass. n.

⁴⁴ Cass. 11 marzo 1993, n. 2958, in *Società*, 1993, 1049.

⁴⁵ Così Cass., n. 11151/1995, cit.

⁴⁶ Negli stessi termini Cass., n. 15950/2007, cit.

27387/2005, la quale osserva che «secondo entrambe le prospettive richiamate, è comunque necessaria la dimostrazione di un esercizio “fraudolento” ovvero “ingiustificato” del potere di voto, l’abuso non potendo consistere nella mera valutazione discrezionale dei propri interessi ma dovendo concretarsi nella intenzionalità specificatamente dannosa del voto, ovvero nella compressione degli altrui diritti in assenza di apprezzabile interesse del votante». A rigore, la differenza di inquadramento si coglierebbe nel fatto che nella teoria dell’abuso di potere è richiesta la prova dell’esercizio fraudolento del diritto di voto, mentre, secondo l’impostazione tipica dell’abuso del diritto, la violazione della buona fede (di cui l’abuso del diritto è considerata un’applicazione) richiede soltanto la prova che il comportamento in questione sia “ingiustificato”, non trovi cioè non trovi, sulla base dei fatti, altra giustificazione se non quella di pregiudicare l’interesse dei soci di minoranza⁴⁷. In concreto, non pare peraltro che le due impostazioni portino a risultati apprezzabilmente diversi sul piano decisorio: in alcune pronunce del resto lo stesso inquadramento non appare chiaramente riferibile all’una o all’altra impostazione⁴⁸: in ogni caso, è richiesta la prova che il voto del socio di maggioranza fosse preordinato al perseguimento di interessi extra-sociali ovvero non trovasse alcuna giustificazione se non nell’intento di pregiudicare gli interessi del socio di minoranza.

⁴⁷ Per questa distinzione vedasi Trib. Milano 14 luglio 2003, in *Gius.*, 2004, 591.

⁴⁸ Ad es. Trib. Vicenza 31 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 390.

La Corte di legittimità ha poi più volte affermato che diversi sono i presupposti dell'annullamento per abuso della regola di maggioranza e annullamento per conflitto di interessi ex art. 2373 c.c.: infatti, «la fattispecie del conflitto, ancorata alla disciplina dell'art. 2373, c.c., è caratterizzata da un contrasto oggettivo e preesistente tra l'interesse concretamente perseguito dal socio di maggioranza e quello istituzionale della società, individuato quest'ultimo in un interesse di carattere patrimoniale, e precisamente in quello che il patrimonio sociale non sia danneggiato dalla deliberazione, potendosi individuare la *ratio* dell'articolo richiamato nella necessità di colpire attentati all'integrità patrimoniale della società. Da ciò la necessaria conseguenza dell'attitudine lesiva dell'interesse sociale, così configurato, quale caratteristica della condotta del socio in violazione al precetto dell'art. 2373 c.c.»⁴⁹; su questa base, ad esempio, è stata esclusa la ricorrenza della fattispecie del conflitto di interessi in una delibera avente ad oggetto lo scioglimento anticipato della società, in quanto «è ricompreso nel concetto di interesse sociale l'interesse allo scioglimento della società» e difetta «per tal genere di deliberazione la possibilità di individuare un interesse sociale alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale», mentre si è ammesso che, nella stessa fattispecie, potesse essere configurabile un abuso di maggioranza qualora la deliberazione fosse stata assunta esclusivamente «per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in

⁴⁹ In tal senso Cass., n. 2958/1993, cit.; cfr. anche Cass. 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Società*, 2001, 675).

cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio)»⁵⁰.

Secondo la giurisprudenza, l'annullamento per abuso di maggioranza costituisce un rimedio residuale, al quale «si può fare ricorso solo con riferimento a situazioni che, pur invalidanti proprio in quanto abusive, non sono specificamente considerate e regolate dall'ordinamento come autonomi vizi dell'atto», escludendo ad esempio la possibilità di impugnare per abuso una delibera di approvazione del bilancio nell'ipotesi in cui le irregolarità denunciate consistevano proprio nella falsità del bilancio sulla cui base era stata assunta la delibera, e dunque configuravano vizi autonomi della delibera in quanto tali⁵¹.

Costituisce poi principio assolutamente consolidato che il sindacato del giudice circa la sussistenza di un abuso di maggioranza si configuri come un sindacato di legittimità, che non può in ogni caso spingersi al merito o all'opportunità della decisione assunta dalla maggioranza⁵²: il mero fatto che la decisione assunta non corrisponda agli interessi della minoranza, in assenza di indici di comportamento abusivo, non è motivo sufficiente per l'annullamento della delibera. La

⁵⁰ Cass. 27387/2005, cit.

⁵¹ È il caso deciso da Trib. Milano 13 maggio 2011, cit., richiamandosi a Cass. n. 27387/2005, cit.; cfr. anche Trib. Milano 13 maggio 1999, cit.

⁵² Si veda Cass. 4923/1995, cit., secondo la quale, in difetto di prova che la deliberazione sia stata adottata arbitrariamente o fraudolentemente, «resta preclusa ogni possibilità di sindacato giurisdizionale in ordine ai motivi che hanno indotto la maggioranza dei soci ad adottare deliberazioni siffatte»; cfr. anche *ex multis* Cass. 4323/1994, cit.

conclusione (pacifica, del resto, anche in dottrina) si riconduce al principio maggioritario operante in materia di società, in base al quale la maggioranza è legittima interprete della volontà sociale fino al limite dell'abuso del diritto di voto⁵³.

Quale corollario di tale impostazione, la giurisprudenza più recente sottolinea anche come la teoria dell'abuso di maggioranza non debba essere intesa quale canone che «impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa. La menzionata regola di maggioranza prescrive, dunque, al socio non di esercitare il diritto di voto in funzione di un predeterminato interesse, ma di esercitarlo liberamente e legittimamente per il perseguimento di un proprio interesse fino al limite dell'altrui danno»⁵⁴. Oltre a ciò, è poi principio pacifico che l'onere di provare la sussistenza dell'abuso incombe su colui che impugna la deliberazione, il quale deve dimostrare il vizio attraverso indizi concreti e non può limitarsi a generiche allegazioni dello stesso⁵⁵.

⁵³ Così Cass. 27387/2005, secondo la quale «la figura dell'abuso di potere, quindi, rappresenta un limite al principio maggioritario vigente nel diritto societario, comprimendo l'esercizio dei poteri della maggioranza, quando è a esclusivo detrimento della minoranza»; v. anche Cass. 11 giugno 2003, n. 9353, in *Società*, 2003, 1352, secondo cui «l'individuazione del modo migliore per perseguire l'interesse sociale è rimesso, infatti, all'insindacabile apprezzamento degli organi sociali a ciò deputati». Nella giurisprudenza di merito recente, cfr. ad es. Trib. Milano 14 luglio 2003, cit.; Trib. Napoli, 16 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 2951.

⁵⁴ Cass. 27387/2005, cit.

⁵⁵ Sul punto vedi, *ex multis*, Cass. 4923/1995, cit.; Cass. 6361/2003, cit.; Cass. 23823/2007, cit.; Cass. 1361/2011, cit.

Sebbene la stragrande maggioranza delle pronunce edite riguardi domande di solo annullamento della deliberazione asseritamente viziata, pare pacifico che la fattispecie di abuso di maggioranza possa fondare anche una domanda di carattere risarcitorio diretta anche contro il socio di maggioranza; la domanda di annullamento non costituisce neppure presupposto necessario dell'altra, dato che «la sanzione dell'annullamento attiene al piano della tutela reale, ed è funzionale a rimuovere un vincolo a carico di tutti i soci» mentre «il risarcimento, a prescindere dal permanere di detto vincolo, è funzionale a ristorare il socio, parte del contratto sociale, che dall'inadempimento dello stesso, frutto di una condotta contraria a lealtà e buona fede espressasi nella specie attraverso detta delibera, abbia riportato un danno. Si tratta di due piani di tutela distinti»⁵⁶.

Ciò precisato in merito al fondamento logico e normativo della figura dell'abuso della maggioranza, nonché relativamente alle caratteristiche comuni alle varie ipotesi concrete, è possibile procedere alla disamina delle fattispecie affrontate dalla giurisprudenza, fattispecie che coprono, quanto all'oggetto della deliberazione, una considerevole varietà di ipotesi: si va infatti dalle modificazioni dello statuto, tra le quali introduzione o soppressione di

⁵⁶ Così Trib. Milano 28 settembre 2006, cit., nel respingere l'eccezione sollevata dai convenuti secondo cui la mancata impugnazione della deliberazione da parte dell'attrice le impediva di proporre domanda risarcitoria; vedi anche Trib. Vicenza 31 ottobre 2005, cit., ove i giudici, pur accogliendo la domanda di annullamento, respinsero la ulteriore domanda risarcitoria in quanto ritennero non provate conseguenze dannose a carico degli attori a seguito della delibera annullata.

limitazioni alla circolazione delle azioni⁵⁷, e modificazioni della clausola relativa al diritto di recesso⁵⁸, all'approvazione del bilancio e alla destinazione degli utili⁵⁹, alla nomina e alla determinazione del compenso degli amministratori⁶⁰ o alla revoca degli stessi⁶¹, all'acquisto di azioni proprie⁶², alla fusione⁶³. Le due fattispecie che appaiono più frequenti sono quella dell'aumento di capitale teso a diluire il socio di minoranza, sia mediante un aumento "semplice"⁶⁴ sia mediante l'azzeramento e successiva reintegrazione e aumento⁶⁵, e quella dello scioglimento anticipato della società allo scopo di escludere la minoranza⁶⁶.

Più in particolare, un primo gruppo di pronunce riguarda l'ipotesi in cui la maggioranza abbia deliberato un aumento di capitale di misura molto consistente a seguito del quale la minoranza, trovandosi nella indisponibilità dei mezzi finanziari necessari alla sottoscrizione dell'aumento, abbia visto diluire la

⁵⁷ Trib. Milano 11 gennaio 2002, cit.; Trib. Vicenza 31 ottobre 2005, cit.; App. Napoli 1 giugno 2006, cit.

⁵⁸ Trib. Torino 26 novembre 2004, cit.

⁵⁹ Cass. 2958/1993, cit.; Cass. 29 gennaio 2008, n. 2020, in *Società*, 2008, 974; Trib. Milano 28 settembre 2006, cit.; Trib. Milano 28 maggio 2008, cit.; Trib. Milano 15 marzo 2008, cit.

⁶⁰ Cass. 15942/2007, cit.; Cass. 3 dicembre 2008, n. 28748, in *Società*, 2009, 160.

⁶¹ Cass. 21 novembre 1998, n. 11801, in *Giur. it.*, 1999, 562.

⁶² Cass. 1361/2011, cit.; Trib. Perugia 22 dicembre 2000, cit.

⁶³ Cass. 15599/2000, cit.; Trib. Milano 13 maggio 1999, cit.

⁶⁴ Trib. Milano 14 luglio 2003, cit.; Trib. Bologna, 9 luglio 2009, cit.

⁶⁵ Cass. 26842/2008, cit.; Trib. Milano 13 maggio 2011, cit.

⁶⁶ *Ex multis* Cass. 11151/1995, cit.; Cass. 27387/2005, cit.; App. Napoli 7 giugno 2010, cit.

propria partecipazione sociale. Le doglianze si appuntano, nella maggioranza dei casi, sulla non necessità dell'aumento di capitale rispetto alle esigenze finanziarie reali della società, nella impossibilità, nota alla maggioranza, della minoranza di sottoscrivere l'aumento, e nel fatto che l'aumento prevedesse (ovvero non prevedesse) un sovrapprezzo per la sottoscrizione delle azioni di nuova emissione. Nessuna di queste motivazioni, di per sé, è stata peraltro mai considerata dalla giurisprudenza presupposto sufficiente per l'occorrenza di un abuso della maggioranza.

Viene infatti affermato nelle sentenze, di fronte alle doglianze della minoranza secondo cui il reperimento dei mezzi finanziari avrebbe potuto essere effettuato dalla società ricorrendo a mezzi esterni e quindi senza danneggiare la minoranza, che «è chiaro che le scelte della società sul punto sono assolutamente insindacabili dall'Autorità giudiziaria, trattandosi di profili di opportunità che certamente in questa sede non possono essere valutati»⁶⁷; parimenti non "abusiva" di per sé è la mera diluizione del socio di minoranza, atteso che «la mera diminuzione proporzionale dell'entità della partecipazione dei soci di minoranza rispetto a quella dei soci di maggioranza non può di per sé considerarsi indizio dell'eccesso di potere, dovendosi altrimenti considerare affette da tale vizio tutte le deliberazioni di aumento di capitale non adottate con il sostegno della minoranza»⁶⁸. Il Tribunale rilevava inoltre che il minore

⁶⁷ Così Trib. Salerno 24 luglio 2008, cit., in un'ipotesi di aumento di capitale offerto ai soci da Lire 54.000.000 a Lire 1.354.000.000 che avrebbe fortemente diluito la minoranza dissenziente.

⁶⁸ Trib. Milano 14 luglio 2003, cit.

interesse della minoranza rispetto alla maggioranza a sostenere l'attività di impresa mediante l'autofinanziamento è un fatto fisiologico, ma che ciò non può causare l'illegittimità della scelta della maggioranza di aumentare il capitale, «rientrando tale opzione nell'ambito della discrezionalità gestoria». Infine, il Tribunale rilevava che «la scelta di soddisfare le esigenze di liquidità dell'impresa tramite autofinanziamento, piuttosto che ricorrendo all'indebitamento esterno, rientra infatti nell'ambito della discrezionalità assembleare e una siffatta decisione pare vieppiù giustificata allorché i livelli di esposizione debitoria siano già elevati»⁶⁹.

Neppure la mancanza di previsione di un sovrapprezzo, in sede di deliberazione di aumento del capitale sociale, può essere considerata *ex se* indizio di abuso, in quanto la legge impone il sovrapprezzo solo quando sia escluso o limitato il diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441, e non esiste alcun diritto del socio, quando il diritto di opzione sia accordato, a che le azioni siano emesse con un sovrapprezzo (quantunque sia innegabile che, a livello economico, una siffatta previsione sia forse l'unico strumento idoneo a “compensare” la diluizione del socio che non intende sottoscrivere l'aumento di capitale proposto); parimenti, risulta «assai dubbio che la situazione di contingente illiquidità di un socio, quand'anche fosse stata esistente

⁶⁹ Nella stessa prospettiva anche Trib. Bologna 9 luglio 2009, cit.

e fosse stata provata, potesse rendere *sic et simpliciter* illegittima la delibera di aumento»⁷⁰.

Per ritenere ricorrente un abuso della maggioranza, i giudici hanno invece richiesto in generale la compresenza di diversi elementi di fatto, complessivamente correlati tra loro ed idonei a rendere non più “fisiologico” il procedimento di formazione della volontà dell’ente: interessante a questo proposito è il caso esaminato dal Tribunale di Como⁷¹, nel quale, ricorrendo una società di due soci, marito e moglie in corso di separazione, il marito, socio di maggioranza e amministratore, aveva deliberato l’aumento di oltre tre volte del capitale sociale per far fronte alla difficoltà finanziaria in cui la società si trovava a causa della cessazione dell’unico introito dell’attività sociale, consistente nel canone di locazione di un immobile di proprietà della società. Il Tribunale ravvisò gli estremi dell’abuso nel complessivo quadro fattuale, rilevando che la società conduttrice dell’immobile, che aveva cessato di corrispondere il canone dovuto, era controllata e amministrata dal socio di maggioranza della società locatrice, e che non era provato che la locatrice avesse neppure tentato di ottenere il pagamento del detto canone di locazione. Analoghi elementi “anomali” vengono ravvisati in una vicenda decisa dal Tribunale di Milano⁷², nell’ambito di un complesso quadro fattuale che, a giudizio del Tribunale, evidenziava un atteggiamento vessatorio dei soci di

⁷⁰ In questo senso ancora Trib. Milano 14 luglio 2003, cit.; analogamente anche Trib. Monza 20 febbraio 1998, in *Società*, 1998, 1314.

⁷¹ Trib. Como, ord., 1 giugno 2000, in *Società*, 2001, 76 ss.

⁷² Trib. Milano 28 settembre 2006, cit.

maggioranza nei confronti dell'attrice manifestatosi in diverse modalità (inclusa la reiterata non distribuzione degli utili); i giudici ritennero che fosse viziata da abuso di maggioranza la deliberazione con la quale il capitale della società era stato aumentato da Lire 50 milioni a Lire 50 miliardi e 200 milioni, diluendo la partecipazione dell'attrice dal 40% circa a meno dello 0,5%. Indici dell'abuso furono considerati anzitutto la consapevolezza da parte di tutti gli altri soci che l'attrice non aveva mezzi per sottoscrivere l'aumento anche per effetto della reiterata non distribuzione degli utili negli esercizi precedenti, nonché le modalità dell'aumento, ingentissimo e senza sovrapprezzo, e la stessa tempistica dell'aumento, deciso in gran fretta e revocato subito dopo che l'attrice, a seguito di altre vicende sempre indotte dal comportamento della maggioranza, aveva ceduto la propria partecipazione a terzi, nonché, infine, l'inconsistenza delle motivazioni adottate dalla maggioranza per l'aumento stesso, che rendevano in realtà l'esclusione dell'attrice l'unica ragione plausibile della deliberazione.

Analoga e condivisibile prudenza dei giudici nel ravvisare gli estremi di un abuso della maggioranza si rinviene poi nelle fattispecie in cui il socio di minoranza lamenta, tipicamente, che la maggioranza, sulla base di dati patrimoniali asseritamente peggiorativi rispetto alla reale situazione della società, abbia proceduto all'azzeramento ed alla successiva reintegrazione del capitale sociale allo scopo di escludere la minoranza, impossibilitata a sottoscrivere l'aumento, dalla società. La posizione concorde delle pronunce esaminate è che - ove non fosse provata la falsità dei dati di bilancio, il che comunque avrebbe reso la delibera nulla sotto altri

profili⁷³ - la scelta di ricostituire il capitale sociale perso, anche in misura maggiore rispetto al minimo di legge, non può essere sindacata dal giudice, rientrando nell'ambito del potere discrezionale della maggioranza⁷⁴.

L'abuso della maggioranza è stato invece ravvisato in una sentenza della Corte d'Appello di Milano⁷⁵ nel caso di in una deliberazione di azzeramento e successiva ricostituzione del capitale in cui: il bilancio di esercizio che esponeva una perdita del capitale ex art. 2447 c.c. era stato redatto con riferimento ad un esercizio di durata inferiore all'anno, mentre nei mesi successivi erano state realizzate plusvalenze che, ove l'esercizio fosse stato chiuso al suo termine naturale, avrebbero portato ad una situazione patrimoniale in pareggio o comunque con perdita molto inferiore - plusvalenze che il Tribunale aveva accertato essere conosciute dagli amministratori al momento della deliberazione dell'assemblea; la convocazione dell'assemblea era stata inviata al socio presso un domicilio che, pur corrispondente a quello risultante dal libro dei soci, era notoriamente indirizzato nel quale il socio non risiedeva né era domiciliato; nel caso specifico, era dimostrato che la passata corrispondenza era stata inviata dalla società al socio all'indirizzo dove lo stesso realmente era domiciliato e, rileva la Corte, la società era riconducibile ad una famiglia di cui il socio era parente stretto.

⁷³ Sul punto si veda Trib. Milano 13 maggio 2011, cit.

⁷⁴ Vedi Cass. 7 marzo 1992, n. 2764, in *Società*, 1992, 935; Cass. 23823/2007, cit.; Cass. 26842/2008, cit.

⁷⁵ App. Milano 18 aprile 2000, cit., sentenza che conferma Trib. Milano 19 febbraio 1998, cit.

Ulteriore ed abbondante casistica giurisprudenziale in materia di abuso si ha poi riguardo alle ipotesi in cui la maggioranza delibera lo scioglimento anticipato della società: sul punto, è principio assolutamente condiviso in giurisprudenza che, in applicazione dei principi generali in materia di abuso già sopra illustrati, la decisione circa lo scioglimento della società è attribuita dalla legge alla discrezionalità della maggioranza, escludendosi che tale decisione, di per sé, possa essere sindacata dal giudice; pertanto, il mero fatto che lo scioglimento della società risulti non rispondente agli interessi della minoranza dissenziente non costituisce motivo sufficiente per annullare la delibera. La delibera di scioglimento, infatti, può essere annullata per abuso di potere solo quando «risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all'esclusione del socio)»⁷⁶, precisandosi altresì da parte della Suprema Corte che «quando sia stata espressa dalla maggioranza dei soci nelle forme legali la volontà di procedere allo scioglimento della società in presenza di causa legittimante, non è consentito dare rilievo ai motivi che hanno indotto i soci maggioritari a prendere detta decisione ed agli effetti che possono derivare a

⁷⁶ Così Cass. 27387/2005, cit.; interessante è a questo proposito la decisione di Cass. 11151/1995, cit., la quale cassava con rinvio al giudice dell'appello per non avere questo rispettato il principio di diritto per cui è astrattamente configurabile l'annullabilità della deliberazione di scioglimento anticipato, ove questa sia stata assunta al solo scopo di ledere i diritti della minoranza.

carico dei soci in generale e di quelli dissenzienti in particolare»⁷⁷.

Anche in materia di mancata distribuzione degli utili, è principio costante in giurisprudenza che «il diritto alla ripartizione degli utili sorge con l'adozione della relativa delibera e che la decisione assembleare di sospenderne l'attuazione può quindi essere correttamente sindacata soltanto ove sia configurabile una manovra della maggioranza volta a procurarsi una posizione di vantaggio in danno di altri soci»⁷⁸; carattere abusivo è stato tuttavia riconosciuto ad una deliberazione con la quale era stata negata la distribuzione degli utili realizzati nei tre esercizi precedenti consecutivi, nonostante la consistente misura degli utili stessi, in presenza da un lato di una situazione di conflittualità tra i soci e dall'altro l'assenza di ragioni che indicassero la necessità di accantonare gli utili a riserva⁷⁹.

La giurisprudenza ha poi generalmente respinto le domande di annullamento delle delibere assembleari con cui i soci di maggioranza attribuivano a se stessi un compenso per la carica di amministratore ricoperta:

⁷⁷ In tal senso Cass. 3628/1986, cit.; negli stessi termini anche Cass. 4923/1995, cit.; Cass. 27 aprile 1990, n. 3535, in *Giust. civ.*, 1990, 2577; App. Napoli 7 giugno 2010, cit.; Trib. Roma 22 ottobre 2002, cit., secondo cui «non esiste un diritto individuale del socio dissenziente al mantenimento in vita della società sino al termine indicato nell'atto costitutivo»; Trib. Milano 29 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 2114, che rileva come «non può configurarsi un interesse della società alla propria “sopravvivenza”»; Trib. Napoli 16 giugno 2006, cit.

⁷⁸ Cass. 2020/2008, cit.; vedi anche Cass. 2958/1998, cit.

⁷⁹ Trib. Milano, 28 maggio 2007, in *Giur. it.*, 2008, I, 130.

anzitutto, è principio consolidato, benché non unanimemente accolto, che la deliberazione con cui il socio di maggioranza attribuisca a se stesso il compenso per la carica di amministratore non sia, di per sé, in conflitto di interessi ex art. 2373, a meno che non si dimostri il pregiudizio dell'interesse sociale⁸⁰; in linea generale, è invece ammesso che una tale delibera sia impugnabile sotto il profilo dell'abuso di maggioranza, ma si ritiene essenziale a tal fine «l'accertamento della sproporzione del compenso attribuito»⁸¹, e cioè la presenza di «compensi sproporzionati o in misura eccedente i limiti della discrezionalità imprenditoriale», circostanza che deve essere provata «occorrendo a tal fine avere riguardo, in primo luogo, alla natura e alla ampiezza dei compiti dell'amministratore ed al compenso corrente nel mercato per analoghe prestazioni, in relazione a società di analoghe dimensioni, e, ma in funzione complementare, alla situazione patrimoniale e all'andamento economico della società»⁸².

In alcuni precedenti, i giudici hanno accolto domande di annullamento di deliberazioni di modifica dello statuto sociale per abuso di maggioranza: tra le pronunce più interessanti si segnala una sentenza del Tribunale di Torino⁸³ relativa alla modifica dei criteri di determinazione del valore della partecipazione del socio in caso di recesso. Il carattere abusivo della delibera risultava, secondo il Tribunale, dal fatto che la stessa modificava la clausola introducendovi una disciplina

⁸⁰ In tal senso vedi Cass. 28748/2008, cit.

⁸¹ Così ancora Cass. 28748/2008, cit.

⁸² Cass. 15942/2007, cit.

⁸³ Trib. Torino 26 novembre 2004, cit.

della determinazione del valore della partecipazione che risultava migliorativa rispetto alla legge vigente al momento della delibera (assunta appena prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario del 2003), ma peggiorativa rispetto alla norma che sarebbe entrata in vigore a distanza di meno di un mese dall'assunzione della deliberazione medesima: dal momento che, non essendo ancora entrato in vigore il nuovo art. 2437 c.c. in base al quale, di fronte ad una delibera siffatta, il socio di minoranza avrebbe avuto diritto di recedere, il Tribunale ritenne che la decisione di assumere quella delibera in quel momento aveva carattere abusivo in quanto era preordinata soltanto a ledere i diritti del socio di minoranza. Tra l'altro, il Tribunale rilevava, quali ulteriori indizi di abuso, il fatto che la delibera fosse stata dichiarata immediatamente esecutiva e che la modificazione della clausola del recesso fosse stato l'unico adeguamento dello statuto alla nuova disciplina che l'assemblea aveva ritenuto di deliberare. Tale fattispecie presenta affinità con un'altra ipotesi di accoglimento di impugnazione per abuso di maggioranza, decisa dal Tribunale di Vicenza⁸⁴ e relativa ad una deliberazione con la quale era stata introdotta nello statuto sociale una clausola di prelazione c.d. impropria escludendo, inoltre, il diritto di recesso ex art. 2437, comma 1, lett. e, c.c. Il Tribunale, nell'accogliere la domanda di annullamento e di risarcimento del danno, ritenne che il carattere abusivo della deliberazione fosse provato dai seguenti elementi di fatto: la deliberazione introduceva, per la prima volta nella storia della società, una clausola limitativa della circolazione delle azioni particolarmente

⁸⁴ Trib. Vicenza 31 ottobre 2005, cit.

gravosa, in quanto la prelazione impropria affida la determinazione del prezzo di cessione delle azioni ad un arbitraggio e pertanto impedisce ai soci di vendere le azioni all'eventuale terzo acquirente ad un prezzo più vantaggioso di quello determinato dall'arbitratore; era stato contestualmente escluso il diritto di recesso (come pure consentito dalla legge); la clausola di prelazione costituiva una limitazione alla circolazione che in fatto riguardava solo la minoranza, in quanto i soci di maggioranza detenevano le loro partecipazioni attraverso società di capitali le cui partecipazioni, quindi, potevano liberamente cedere a terzi; la motivazione addotta dalla maggioranza a giustificazione della deliberazione, e cioè il mantenimento del carattere familiare della proprietà, appariva manifestamente inconsistente per la stessa ragione che la maggior parte del capitale era detenuto da società di capitali (seppure facenti capo a membri della famiglia); e, infine, la deliberazione si inseriva in un contesto di rapporti conflittuali tra i soci⁸⁵.

⁸⁵ In materia di deliberazioni di modifica dello statuto si segnalano anche Trib. Milano 11 gennaio 2002, cit., (eliminazione della clausola di prelazione statutaria; domanda respinta); App. Milano 10 maggio 2002, cit., (modificazione delle clausole statutarie relative al diritto di intervento in assemblea e alla composizione del consiglio di amministrazione; domanda respinta in entrambi i gradi di giudizio); Trib. Reggio Emilia 2 dicembre 2005, cit., (abbassamento del quorum per l'assemblea straordinaria e incremento della soglia di partecipazione necessaria per esercitare l'azione di responsabilità contro gli amministratori da parte della minoranza; domanda respinta); App. Napoli 1 giugno 2006, cit., (eliminazione della clausola di prelazione statutaria; domanda accolta); Cass. n. 15950/2007, cit. (eliminazione del nome di un socio dalla denominazione

A conclusione di questa disamina delle applicazioni giurisprudenziali del concetto di “abuso della maggioranza”, è opportuno tuttavia soffermarsi più approfonditamente sul contenuto della sentenza della Suprema Corte del 12 dicembre 2005 n. 27387, già sopra citata, nella cui motivazione è dato rinvenire una sorta di *summa* di tutti i possibili argomenti, indici sintomatici, fondamenti normativi con i quali nel corso del tempo la giurisprudenza ha affrontato l’esigenza di giuridicizzazione della figura dell’abuso; tale sentenza mostra altresì, in maniera più che esemplare, la complessità di riferimenti cui il giudicante ricorre quando concretamente è chiamato a decidere una fattispecie configurabile come abusiva, e può efficacemente suggerire quale ruolo la nozione di abuso rivesta per la giurisprudenza. Si tratta, quindi, della vicenda scaturente dalla impugnazione di una delibera di liquidazione di una società della quale è fallito il socio di maggioranza.

La Corte apre il proprio ragionamento con il deciso accoglimento della figura dell’abuso: «nel nostro ordinamento societario non esiste una norma che identifichi espressamente una fattispecie di abuso nelle

sociale; domanda accolta in primo grado e respinta nei successivi gradi di giudizio).

Tra le altre tipologie di deliberazioni considerate dalla giurisprudenza in materia di abuso di maggioranza, si segnalano: deliberazione di autorizzazione all’acquisto di azioni proprie (Trib. Perugia 22 dicembre 2000, cit., confermata in appello e poi successivamente da Cass. n. 1361/2011, cit.; domanda respinta in tutti i gradi di giudizio); deliberazione di fusione con indebitamento (Trib. Milano 13 maggio 1999, cit.; domanda respinta in diritto perché il vizio denunciato era relativo al rapporto di cambio).

deliberazioni assembleari. E tuttavia da tempo la si ammette in dottrina, riferendola correttamente alla “regola” di maggioranza (...). Anche questa Corte ha avuto modo di osservare che la deliberazione di scioglimento di una società (...) può essere invalidata, in difetto delle ragioni tipiche all’uopo previste (art. 2377 e 2379 c.c.), sotto il profilo dell’abuso o eccesso di potere, quando risulti arbitrariamente o fraudolentemente preordinata dai soci maggioritari per perseguire interessi divergenti da quelli societari, ovvero per ledere i diritti del singolo partecipante (come nel caso in cui lo scioglimento sia indirizzato soltanto all’esclusione del socio) mentre, all’infuori di tali ipotesi, resta preclusa ogni possibilità di sindacato in sede giudiziaria sui motivi che hanno indotto la maggioranza alla suddetta decisione». La Corte quindi afferma con chiarezza l’abuso come figura/principio che del tutto autonomamente può giustificare la invalidazione della delibera, ove essa risulti affetta, in via alternativa - precisa la Corte -, da uno dei due “vizi” che sembrerebbero rappresentare per la Corte i caratteri costitutivi dell’abuso stesso: il perseguimento di un interesse extrasociale, il perseguimento di un pregiudizio dei soci di minoranza. A fronte di questa ricostruzione “autonoma” dell’abuso di maggioranza, la argomentazione procede poi, però, con il riferimento al punto fermo costituito da quanto enunciato dalla famosa sentenza della Cassazione n. 11151 del 1995; «ma l’orientamento più recente della giurisprudenza di questa Corte fonda il divieto di abuso sulla scelta da parte dell’ordinamento di imporre, nelle deliberazioni assembleari, un vincolo alla maggioranza desunto da una clausola generale, come la correttezza e la buona fede. Più specificamente, il principio di buona fede

contrattuale e il conseguente principio di collaborazione che deve informare l'opera dei soci nell'organizzazione della società vengono considerati la base per riconoscere la figura dell'abuso di potere, quale elemento invalidante delle deliberazioni assembleari finalizzate esclusivamente a favorire la maggioranza a danno della minoranza. (...) Pertanto, i soci devono eseguire il contratto secondo il principio di buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. Tali norme sono applicabili ai rapporti tra maggioranza e minoranza e hanno funzione integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto di quegli equilibri di interessi che le parti avrebbero pattuito se avessero previsto tutti gli sviluppi dei loro rapporti futuri e li avessero disciplinati con un accordo ispirato al particolare modello di comportamento etico recepito dall'ordinamento societario».

4. Le condotte abusive della minoranza

La sopra cennata evoluzione dottrinale e giurisprudenziale riguardo al fondamento normativo del divieto di abuso del diritto nelle società di capitali, ravvisato non più nella categoria propria del diritto pubblico dell'abuso o dello sviamento di potere, ma nell'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede ai sensi dell'art. 1375, ha offerto il definitivo appoggio logico-sistematico all'esigenza di reprimere un'altra ben precisa classe di condotte abusive⁸⁶, logicamente

⁸⁶ FERRARI, *op. cit.*, p. 125 afferma che «d'altra parte, una esasperata tutela delle minoranze importa uno squilibrio a livello sistematico che si riflette sulla stessa funzionalità delle

contraria a quella degli abusi della maggioranza, ossia gli abusi delle minoranze.

Si tratta di fattispecie, particolarmente sentite con l'evolversi della legislazione a tutela delle minoranze, nelle quali i soci di minoranza esercitano i diritti loro spettanti in quanto soci, o in quanto costituenti determinate minoranze qualificate, al solo fine di conseguire vantaggi individuali, a danno della maggioranza assembleare o addirittura della stessa società: «è addirittura macroscopica la violazione che, in questa ipotesi, può verificarsi dei principi (che regolano i contratti associativi) secondo i quali non è consentito ai soci di conseguire un'utilità personale direttamente derivante dal danno cagionato agli altri associati»⁸⁷.

Le ipotesi giunte all'attenzione delle Corti sono tra loro assai eterogenee, in quanto la dottrina sottolinea costantemente come gli abusi della minoranza si consumino non solo e non tanto nell'esercizio del diritto

società minandone in radice la struttura; è, infatti, evidente che la prioritaria esigenza di un soggetto che svolge un'attività economica è di poter contare, in vista di una efficiente gestione, su di una struttura solida e coesa (all'interno) che consenta di assumere in tempi rapidi le decisioni richieste dal dinamismo del mercato».

⁸⁷ FERRARI, *op. loc. cit.*: «la naturale funzione di interdizione e di controllo dei poteri della minoranza, tuttavia, è suscettibile di essere deformata e di debordare in un eccesso di tutela. In tale ipotesi i cennati poteri di controllo, perdendo l'originaria finalità di garanzia delle posizioni soggettive della minoranza, possono finire con il compromettere ingiustificatamente l'operatività della società e i diritti della maggioranza (ovvero di coloro che hanno investito maggior quantità di capitale di rischio nell'impresa). In ciò si risolve il cosiddetto abuso di minoranza».

di voto in assemblea ma piuttosto, come detto, nel distorto esercizio di sue peculiari prerogative di controllo, quali, a titolo di esempio, i diritti di denuncia, di convocazione dell'assemblea, di impugnativa delle delibere, o in comportamenti ostruzionistici che impediscono l'adozione di delibere essenziali per la vita della società⁸⁸.

La riforma del diritto societario operata con il d.lgs. 6/2003 ha tenuto conto di alcune delle difficoltà evidenziate da dottrina e giurisprudenza e così ha, ad esempio, modificato la norma dell'art. 2367 c.c. sulla convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci, prevedendo la possibilità di respingere la richiesta della minoranza priva di ogni ragionevole giustificazione), oppure le norme sulla impugnazione delle delibere assembleari o sulle impugnative di bilancio. Tuttavia, «in assenza di direttive generali del legislatore sulle modalità di repressione degli abusi di minoranza, la dottrina argomenta proprio dal rilievo che tali condotte

⁸⁸ Condotte di questo tipo rappresentano una difficoltà del tutto peculiare al funzionamento delle società e introducono la problematica, particolarissima, della impugnazione della delibera negativa. Sul punto sembra di contrario avviso NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino 2003, p. 15, secondo il quale queste diverse iniziative della minoranza «pur manifestando un uso distorto (in questo senso “abusivo”) di poteri (nell'occasione riservati alla minoranza) non possono essere ricondotte al tema qui oggetto di indagine, in quanto sono frutto di comportamenti adottati al di fuori del campo di diretta applicazione del principio di maggioranza; e l'eventuale conflitto al riguardo trova composizione, a seconda dei casi, in specifiche disposizioni a presidio della serietà dell'iniziativa, anche processuale, o dell'ordinato svolgimento dei lavori assembleari».

costituiscono violazione delle regole di correttezza e buona fede per affermare che l'abuso di maggioranza e di minoranza condividono lo stesso fondamento sistematico, dato dal venir meno della tutela assoluta del diritto soggettivo quale strumento di illimitata autodeterminazione del suo titolare»⁸⁹.

L'abuso della minoranza, tuttavia, benché sia una categoria ben nota e praticata in altri ordinamenti, specie in quello francese, è figura relativamente poco conosciuta alla nostra giurisprudenza⁹⁰, ed è stata

⁸⁹ MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., p. 422.

⁹⁰ Per qualche pronuncia in materia di abuso dei diritti di minoranza al di fuori della sede assembleare, si veda App. Milano 31 gennaio 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1178, in materia di esercizio abusivo del diritto di informazione del socio; Trib. Milano 22 marzo 1990, in *Società*, 1990, 775, in materia di convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza.

Per quanto riguarda l'ambito assembleare, viene usualmente ricondotto a questa categoria l'esercizio abusivo del voto in assemblea da parte del socio detentore del 50% del capitale nelle società di due soci a partecipazione paritetica. Un'interessante applicazione di questa ipotesi è data dal Tribunale di Milano (Trib. Milano, ord., 18 maggio 2000 cit., confermata in sede di reclamo da Trib. Milano, ord., 2 giugno 2000), in merito ad una domanda di provvedimento cautelare atipico ex art. 700 c.p.c. Gli attori lamentavano che l'altro socio al 50%, nel corso di diverse assemblee convocate nell'arco di poco meno di un anno, aveva rifiutato ripetutamente sia di approvare il bilancio di esercizio, sia di nominare gli amministratori; pertanto, sulla base della natura abusiva e ostruzionistica del comportamento del socio, gli attori chiedevano al Tribunale in sede di urgenza di dichiarare provvisoriamente approvato il bilancio di esercizio oltre che di disporre sequestro conservativo sui beni del socio. In entrambe le pronunce, il Tribunale respinse la domanda, sia sul presupposto dell'assenza di fondamento normativo di una

espressamente trattata in dottrina solo recentemente⁹¹. In realtà, come riportato dalla dottrina testé citata, il problema era già presente nel nostro ordinamento nel vigore dell'abrogato Codice del Commercio in riferimento nella forma dell'ostruzionismo in assemblea: l'art. 158 c. comm., infatti, richiedeva per la valida costituzione dell'assemblea straordinaria una doppia maggioranza, e cioè la presenza di tre quarti del capitale sociale ed il voto favorevole di metà di esso, e non era infrequente che taluni soci, al momento del voto, si allontanassero dalla riunione, facendo così venire meno il necessario numero legale. In una di queste fattispecie l'assemblea, nonostante l'insufficienza dei presenti al momento della delibera, aveva ugualmente deliberato, con il voto favorevole della metà del capitale sociale richiesto dalla citata norma per la sola approvazione della decisione: detta delibera era stata poi successivamente dichiarata nulla dal Tribunale di Verona⁹², scatenando in dottrina un acceso dibattito che portò all'instaurarsi della prassi, riprodotta poi dall'art. 2368 del Codice civile del 1942, che impone la verifica del *quorum* costitutivo all'inizio dell'adunanza, senza che rilevi poi, nel corso dell'assemblea stessa, un suo eventuale venir meno per l'allontanamento di alcuni soci.

pronuncia che trasformi una delibera negativa in una delibera positiva, sia, sotto il profilo dell'abuso, per carenza di prova dello stesso.

⁹¹ BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 294; MARTINES, *L'abuso di minoranza nella società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1997, 1184 ss.; ID., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit.

⁹² Trib. Verona, 23 novembre 1906, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 84.

Questa “fattispecie archeologica” di abuso della minoranza è interessante perché dimostra, senz’ombra di dubbio, come il problema in esame abbia attraversato più di un secolo di evoluzione giuridica del nostro ordinamento senza una, sia pur parziale, risoluzione. Se infatti nel nostro ordinamento giuridico risulta oramai incontrovertibile, quanto meno per le società di capitali, la possibilità di modificare a maggioranza il contratto sociale e di “governare” la società senza la necessità dell’unanimità dei consensi dei suoi soci⁹³, si verificano tuttora significative fattispecie in cui una minoranza “di blocco” è tale da impedire l’adozione di delibere anche indispensabili per la vita della società. Ancora più problematica si presenta poi la questione nell’ambito delle società di persone, relativamente a cui il principio unanimistico è stabilito in linea generale dall’art. 2247 del Codice civile, che pure fa salva un’eventuale pattuizione contraria.

Fra le ipotesi di maggiore rilevanza, si pensi alla situazione di perdita rilevante del capitale sociale, disciplinata dagli artt. 2447 per la società per azioni e

⁹³ Il principio maggioritario, che informa le società di capitali anche nel nostro ordinamento, in modo del tutto anomalo rispetto ai principi generali che richiedono tutt’ora l’unanimità dei consensi di tutti i contraenti per modificare il regolamento contrattuale, trova la sua prima consacrazione in Francia alla fine del secolo diciannovesimo, attraverso il superamento della *fictio* secondo cui il socio che non esprimeva alcun voto si considerava consenziente e l’affermazione esplicita della regola maggioritaria: il *leasing case* viene individuato storicamente nella sentenza della Cassazione del 30 maggio 1892 *Société générale fournitures militaires, Petrix*, seguita poi da un’altra importante pronuncia del 2 giugno 1947 (*Société anonyme agricole des Fermes d’Hippone*), in tema di *quorum* deliberativo.

2482-ter per la società a responsabilità limitata: in una situazione siffatta, un'eventuale previsione statutaria che preveda, per l'adozione di delibere modificative del capitale sociale, un *quorum* rafforzato rispetto alle maggioranze di legge, finisce per esporre la maggioranza alla dittatura della minoranza, che è in grado di impedire l'adozione di un provvedimento (la riduzione del capitale sociale a copertura della perdita ed il suo contemporaneo aumento ad una cifra non inferiore al limite legale previsto per il tipo), che l'art. 2484 n. 4) del Codice civile pone come condizione indispensabile per impedire lo scioglimento della società e la sua messa in liquidazione. Oppure, ancora, alla situazione di una società con il capitale diviso in quote eguali tra due soci, nella quale il voto contrario dell'uno è in grado di impedire l'assunzione di decisioni essenziali per la vita della società, quali l'approvazione del bilancio d'esercizio e la nomina dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo (decisioni che, se non adottate sistematicamente, fanno sì che si verifichino quella «impossibilità di funzionamento» o quella «continuata inattività» dell'assemblea, indicate dall'art. 2484 n. 3) quali ulteriori cause di scioglimento della società).

Vi sono poi fattispecie in cui l'abuso della minoranza non si concreta in comportamenti ostruzionistici in assemblea ovvero nell'esercizio scorretto del diritto di voto, ma nell'abuso degli strumenti di controllo predisposti dall'ordinamento a tutela della minoranza stessa: si pensi, per la società per azioni, alla reiterata richiesta di convocazione dell'assemblea da parte dei soci a norma dell'art. 2367, all'utilizzo immotivato degli istituti della denuncia al collegio sindacale di cui all'art. 2408 o della denuncia al

Tribunale di cui all'art. 2409, ovvero, per le società a responsabilità limitata, all'abuso delle prerogative di controllo stabilite, a favore di ciascun socio, dall'art. 2476, secondo e terzo comma. Si tratta di rimedi a disposizione di minoranze qualificate o addirittura dei soci *uti singuli*, tali da cagionare, ove usati strumentalmente, danni significativi alla società ed ai componenti dei relativi organi (basti pensare alle evidenti e rilevanti conseguenze economiche di una "perdita di immagine" derivante dall'apertura di procedimenti giudiziari per sospette «gravi irregolarità» nella gestione della società). Infine, sempre in riferimento a comportamenti extra-assembleari, non può omettersi un riferimento alla prassi, sempre diffusa, della sistematica impugnazione delle delibere di approvazione del bilancio di esercizio, vale a dire del documento che dovrebbe teoricamente costituire, per la società, il proprio biglietto da visita nei confronti dei terzi e dei finanziatori in particolare: anche in questo caso, è autoevidente come un utilizzo strumentale del diritto di agire in giudizio, riconosciuto ai soci dagli artt. 2377 e seguenti del Codice civile, si traduca in una potenziale e significativa fonte di danni per la società.

Analogamente a quanto avviene per le condotte abusive della maggioranza, esaminate nei precedenti paragrafi, il parametro di riferimento per valutare il comportamento del socio viene rinvenuto nel principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto stabilito dall'art. 1375 del Codice civile, ritenuto applicabile anche alle modalità di esercizio del diritto di voto in quanto «l'azionista, se è proprietario del suo titolo, è anche parte di un contratto che si impegna ad

eseguire secondo buona fede»⁹⁴. Se però tale inquadramento normativo è oramai condiviso, maggiori incertezze si pongono in merito alla conseguenza dell'accertamento della natura "abusiva" del comportamento del socio, specie ove essa consista nell'espressione del diritto di voto in assemblea.

Il legislatore ha peraltro, con il citato D.lgs. 6 del 2003, cercato di porre rimedio a talune della fattispecie più frequenti di esercizio abusivo dei poteri di controllo spettanti alla minoranza: in quest'ottica si spiega la modifica apportata all'art. 2367, relativo alla convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci, che prevede ora espressamente che il tribunale disponga la convocazione "coattivamente" soltanto ove il rifiuto di provvedere da parte degli organi sociali sia risultato «ingiustificato», con ciò dando sostanza normativa a quell'orientamento già presente nella giurisprudenza volto a sanzionare «il mero spirito di *chicane*»⁹⁵; o ancora, la revisione del procedimento di controllo giudiziale della società di cui all'art. 2409, con una significativa accentuazione del contraddittorio preventivo con gli organi sociali finalizzato a fungere da filtro per le iniziative evidentemente pretestuose; o infine, la modifica della disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari, anche per conflitto di interessi, con una maggiore rilevanza della prova di resistenza e la previsione di un limite minimo di possesso azionario

⁹⁴ In tal senso Cass. 26 ottobre 1995 n. 11151, cit.

⁹⁵ L'espressione è utilizzata da Tribunale di Milano, 7 maggio 1987, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 812, con nota di RIMINI, ed in *Contr. impr.*, 1989, p. 849 con nota di CAROTA, *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*.

quale condizione per poter agire in giudizio per l'ottenimento di un provvedimento ablatorio.

Se dunque alcune ipotesi risultano ora espressamente regolate dalla legge, in chiave deflattiva rispetto all'instaurarsi di procedimenti contenziosi, tutt'ora irrisolta è la questione principale relativa, come si diceva, alla sanzione per l'esercizio abusivo del diritto di voto in sede assembleare.

Se infatti nelle fattispecie "contrarie" di abuso della maggioranza si è più facilmente ravvisato un adeguato rimedio nella declaratoria di invalidità della delibera stessa, viziata dall'esercizio del diritto di voto non conforme al paradigma normativo ed esercitato appunto in modo abusivo, nelle ipotesi in esame una simile agevole soluzione risulta difficilmente praticabile: il più delle volte, infatti, l'abuso si sostanzia proprio nell'impedire l'adozione della delibera che corrisponderebbe all'interesse della società, di guisa che non appare affatto evidente quale sia l'atto da caducare.

Parte della dottrina⁹⁶ ha sul punto proposto di considerare invalida soltanto l'espressione del voto "abusivo" e non già l'intera deliberazione, ma si tratta di una ricostruzione giuridica che, benché autorevolmente sostenuta, appare priva di riscontri normativi; ancor più azzardati paiono poi i tentativi di superare la cd. delibera negativa e ritenere adottata la decisione, tentativi già avanzati in altro contesto al fine di considerare approvata una delibera in realtà respinta con un voto della maggioranza, poi giudicato abusivo.

Nella maggioranza delle ipotesi, pertanto, la tutela riconosciuta dall'ordinamento alla maggioranza, lesa dal

⁹⁶ GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 6 ss.

comportamento scorretto della minoranza assembleare, deve ritenersi limitata al risarcimento del danno subito: qualora infatti il comportamento sia qualificabile come violazione dell'art. 1375 del Codice civile, non si presentano particolari difficoltà nell'affermare la sussistenza di un inadempimento alle obbligazioni derivanti dal contratto sociale in capo a quel socio che, con la sua condotta, ha determinato il verificarsi dell'evento dannoso.

Una tale conclusione, se forse è la più coerente con i dati normativi, tuttavia non può lasciare del tutto soddisfatti, se solo ci si sofferma brevemente sulla casistica sopra delineata. Il rimedio risarcitorio, infatti, finisce per determinare un significativo vuoto di tutela in tutte le ipotesi in cui, a cagione dell'inerzia o dell'ostruzionismo della minoranza, si sia verificata una causa di scioglimento della società e la stessa sia stata quindi posta in liquidazione: al di là infatti delle indubbie difficoltà probatorie, specie in ordine alla quantificazione del danno subito, il ristoro ben difficilmente potrà costituire un equivalente della situazione che si sarebbe altrimenti verificata, ove non vi fosse stata la condotta abusiva.

Peraltro, specie nell'ambito delle condotte costituenti "abuso della minoranza", la stessa evoluzione della sindacabilità delle condotte esecutive delle prerogative sociali e dei rapporti societari, nettamente indirizzata alla assoluta preminenza e al pressoché esclusivo riferimento alla regola della buona fede contrattuale⁹⁷, sembra radicalmente condurre ad

⁹⁷ In argomento, tra gli altri, SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 479 ss.; BERGAMO, *Abuso del*

escludere addirittura la rilevanza della categoria dell'abuso, quasi che, paradossalmente, proprio nel settore che più compatto ha fatto uso del divieto di abuso, se ne potesse in realtà fare a meno⁹⁸. Se non si arriva a negare la figura, altrimenti, la si riduce però ad una dimensione puramente relazionale.

Appare chiarissimo in tal senso Nuzzo, il quale si chiede se proprio la riferibilità del fenomeno degli utilizzi distorti, ingiusti, immeritevoli di tutela, alla categoria dell'abuso «non dovesse trovare nella categoria medesima qualificazione e sanzione», ed affermando infine che «l'abuso del diritto è istituto che non supera la descrizione del fenomeno⁹⁹, ritenendo di gran lunga preferibile, in particolare per il proprio ambito di indagine - quello dei rapporti tra i soci nell'esercizio del diritto di voto - il ricorso alla buona fede oggettiva, anche perché a suo avviso l'abuso parrebbe «inevitabilmente destinato a integrare il piano negoziale medesimo, sopperendo appunto ad una carenza normativa, con la genericità di una formula per la quale non è concepito alcun limite di contenuto o rigore di metodo; di contro la buona fede c.d. oggettiva opera nella fase esecutiva, nel pieno rispetto dei limiti consapevolmente (o, comunque, responsabilmente)

diritto e impugnativa del bilancio, in *Giur. it.*, 2001, p. 1890 ss.

⁹⁸ NUZZO, *op. cit.*, p. 145 ss.; l'Autore argomenta come la regola di buona fede, da intendersi come obbligo di salvaguardia delle utilità altrui, sia strumento sufficiente, più adatto e più corretto rispetto all'abuso del diritto, per sanzionare gli abusi tanto della maggioranza che della minoranza.

⁹⁹ NUZZO, *op. cit.*, p. 74.

segnati dalle parti con la conclusione del contratto»¹⁰⁰. Insomma, ciò che emerge dall'esame della giurisprudenza - molto più che non dalle riflessioni della dottrina - e che mette in crisi la possibilità di concepire l'abuso come un concetto capace di rappresentare le problematiche connesse al momento dell'esercizio di una prerogativa soggettiva, in ipotesi "assoluta", e quindi interloquire sulle ragioni ultime dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive, è la rilevata tendenza delle Corti a ridurre l'abuso in una dimensione puramente relazionale, di coordinamento di interessi, una dimensione cioè che può essere perfettamente ed esaustivamente conclusa dall'operare della regola di buona fede¹⁰¹.

¹⁰⁰ NUZZO, *op. cit.*, p. 281. L'Autore osserva altresì (p. 80 e p. 86) come «invero, le riflessioni in letteratura danno conto di un problema di fondo riguardo all'abuso del diritto, consistente essenzialmente nel fatto che si tratta di istituto capace di offrirsi quale strumento di agevole e suggestiva rappresentazione dei fenomeni, ma particolarmente sfuggente nella ricostruzione come principio di diritto».

¹⁰¹ L'ambigua circolarità e indifferenza con cui la giurisprudenza utilizza la nozione di abuso accanto a quella di buona fede, soprattutto, ma anche accanto a diverse, peculiari figure, si intuisce anche dalle parole degli interpreti. Ad es. cfr. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano 2004, p. 801 e 802: «molti dei casi risolti dai giudici, in applicazione implicita o esplicita dell'abuso del diritto o dell'*exceptio doli generalis*, non potrebbero spiegarsi se non con ricorso all'esistenza della clausola generale di correttezza e di buona fede, a fondamento della quale c'è l'esigenza di solidarietà nel rapporto obbligatorio. Tra queste figure c'è una sostanziale scambiabilità, nel senso che l'una e l'altra ben possono essere impiegate per risolvere lo stesso conflitto. Sicché le diverse espressioni descrivono la clausola

Accanto a tale constatata insufficienza della nozione di abuso e al pericolo di una sua “indistinzione” dalla regola di buona fede si può e si deve rilevare l’altro e altrettanto significativo lato della medaglia è che, ciò nonostante la categoria persiste.

L’analisi svolta ha mostrato come la giurisprudenza, nonostante abbia la concreta possibilità di rispondere alle vicende abusive per il tramite esclusivo dei principi e delle capacità operative sottesi alle disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 del Codice civile, difficilmente abbandoni il riferimento alla categoria dell’abuso, e se manca in essa la sua compiuta ricostruzione come principio giuridico del tutto autonomo e dotato di una funzione specifica, non si può invece dire che manchi il riferimento all’abuso come concetto utile alla comprensione e rappresentazione di peculiari dinamiche dell’ordinamento.

Si deve a Breccia una efficace riflessione in tal senso: a proposito del famoso caso Clement-Bayard, ove per la prima volta la giurisprudenza francese fece ricorso alla categoria dell’abuso, egli afferma la necessità di interrogarsi se per quel caso esistessero “migliori regole”, concludendo tuttavia che a la ragione, interna al sistema giuridico, che riassume a unità i problemi racchiusi nell’immagine dell’abuso - ossia il paradosso di una contraddizione concettuale diretta proprio a consentire il funzionamento non antinomico del diritto - ben difficilmente potrebbe sopprimersi del tutto (...). L’analisi del problema dell’abuso rientra al tempo stesso, più in generale, nella teoria del diritto, e ne ha la relativa stabilità, purché non sia dissociata da

di buona fede riflessa in ambiti diversi o in momenti diversi del rapporto obbligatorio».

un confronto con le condizioni necessarie - e anche, se si vuole, in tal senso minime - dalle quali dipenda la continua ricomposizione delle varie *rationes* interne a un quadro giuridico complessivo»¹⁰².

5. Altre fattispecie “abusive” nell’ambito delle società di capitali

In conclusione alla analisi effettuata in merito all’abuso del diritto nell’ambito delle società di capitali, giova soffermarsi, in conclusione, su di una peculiare vicenda venuta all’attenzione del Tribunale di Milano¹⁰³ e riguardante un presunto utilizzo abusivo della clausola statutaria, diffusa nella prassi, definita come *simul stabunt simul cadent*.

Con questo nome viene chiamata la previsione statutaria in forza della quale la cessazione (in genere per qualunque causa) anche di uno solo dei componenti dell’organo amministrativo, determina quale conseguenza la cessazione di tutti gli altri membri, e dunque la necessità di provvedere alla ricostituzione *ex novo* dell’organo e non soltanto alla sostituzione di un singolo soggetto, mediante cooptazione o per nomina assembleare. La questione non attiene alla legittimità di siffatta previsione, che pone una deroga alla disciplina legale secondo cui la cessazione dell’intero organo amministrativo si verifica soltanto al venire meno della maggioranza dei suoi membri, legittimità a lungo oggetto di controversia ma che è stata affermata chiaramente dalla Suprema Corte già dall’inizio degli

¹⁰² BRECCIA, *L’abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 16.

¹⁰³ Si tratta della sentenza del Tribunale di Milano 28 luglio 2010 n. 9637, in *Società*, 2011, 149 ss., con nota di BEL.

anni novanta, ancora prima dell'introduzione - a seguito della riforma del diritto societario operata nel 2003 - di un'espressa disciplina sul punto contenuta oggi all'art. 2386, quarto comma del Codice civile. Il punto affrontato dalla giurisprudenza, negli ultimi due decenni, concerne piuttosto le modalità di utilizzo della clausola *simul stabunt simul cadent* e gli eventuali limiti al suo esercizio.

In fattispecie concrete nelle quali la clausola statutaria in discorso appariva utilizzata per finalità "abusiva" i giudici hanno dapprima fatto applicazione, in chiave sanzionatoria, della figura del cd. negozio indiretto, ritenendo che «quando la clausola venga applicata sulla base di presupposti messi in atto quale mero pretesto per procurare un effetto estraneo alla finalità tipica del sistema statutario previsto, si qualifica come negozio indiretto, con la conseguenza che sorge un diritto risarcitorio in capo all'amministratore revocato senza giusta causa»¹⁰⁴; in senso analogo, si è ancora affermato che «ove siano stati impiegati strumenti in sé legittimi (la clausola *simul stabunt simul cadent* e delibera assembleare di nomina degli amministratori) per conseguire, oltre allo scopo proprio di questi, anche l'ulteriore scopo indiretto di altro e diverso negozio, la revoca dell'amministratore, trovano applicazione le norme che disciplinano quest'ultimo negozio»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Così Appello Milano, 6 aprile 2001, in *Società*, 2002, p. 1396, con nota di LOTTI CATARSI.

¹⁰⁵ In tal senso Tribunale Milano, 10 maggio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 2329; in senso analogo Appello Milano, 18 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1450 con nota di MONTEVERDE.

In una prospettiva differente, si è fatto ricorso alla figura della simulazione per affermare che «la decadenza dell'intero consiglio di amministrazione di una società di capitali per effetto delle dimissioni di uno o più dei suoi componenti, in applicazione della clausola statutaria *simul stabunt simul cadent*, può configurarsi come effetto equivalente alla revoca senza giusta causa del consigliere decaduto ma non dimissionario qualora, dal complesso degli atti conseguenti, consistiti nella convocazione dell'assemblea per la nomina del nuovo consiglio, nelle dichiarazioni dei dimissionari nella riunione e nella costituzione del nuovo consiglio mediante elezione degli stessi componenti dimissionari del precedenti ed esclusione del componente decaduto a causa delle loro dimissioni, possa trarsi la dimostrazione che l'intero procedimento abbia costituito lo strumento per estromettere dall'organo amministrativo il componente non dimissionario»¹⁰⁶.

Siffatte ricostruzioni, peraltro, sono state giustamente analizzate in chiave critica dalla dottrina, la quale non ha mancato di riscontrarvi una certa forzatura interpretativa.

Assai più convincente appare invece il percorso argomentativo seguito dalla citata pronuncia del Tribunale di Milano, la quale fa applicazione del criterio di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 del Codice civile per affermare la illegittimità della condotta degli amministratori (di sovente anche soci) che, al fine di ottenere la revoca di un altro componente del collegio senza giusta causa e senza corrispondergli

¹⁰⁶ Appello Milano, 6 marzo 2007, in *Società*, 2007, 860, con nota di SALAFIA.

l'indennità allo stesso spettante per legge, presentano le proprie dimissioni al solo scopo di determinare la cessazione dell'intero organo, per effetto della clausola *simul stabunt simul cadent*, per poi procedere alla ricostituzione del Consiglio in una composizione identica e meramente "depurata" del soggetto revocando.

Anche in tale ipotesi, così come nelle fattispecie di abuso della maggioranza esaminate nei paragrafi precedenti, ciò che connota di abusività l'esercizio del diritto (la presentazione delle dimissioni, cui consegue automaticamente la cessazione dell'intero organo) viene rinvenuto nell'artificiosa preordinazione di una sequenza di atti complessivamente rivolta, in modo sufficientemente comprensibile in via interpretativa, ad ottenere un risultato diverso ed ulteriore rispetto a quello cui dovrebbe condurre il fisiologico esercizio del diritto: quest'ultimo viene cioè esercitato non già per se stesso e per ottenere ciò che è naturale che ad esso consegua, ma per uno scopo ulteriore, per ottenere lo stesso risultato che conseguirebbe invece all'esercizio di un diverso diritto e di una diversa prerogativa, parimenti riconosciuta dall'ordinamento (nel caso di specie, un atto di revoca dell'amministratore, possibile ai sensi di legge anche in assenza di giusta causa), senza tuttavia esporsi alle differenti conseguenze previste in questo secondo caso (nella specie, l'obbligo di risarcimento del danno derivante dalla revoca senza giusta causa dell'amministratore).

Capitolo IV

Applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto nell'ambito del diritto tributario

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le prime applicazioni dell'abuso del diritto e l'influenza del diritto comunitario – 3. Il divieto di abuso del diritto quale espressione di norme costituzionali – 4. Fattispecie problematiche e profili critici dell'istituto – 5. Abuso del diritto e clausola generale antielusiva

1 – Premessa

Nel presente capitolo l'analisi dell'applicazione giurisprudenziale dell'abuso del diritto si concentrerà nel campo del diritto tributario, settore nel quale, sia pure con le peculiarità che verranno illustrate, il principio in esame ha trovato recentemente amplissima accoglienza presso le Corti.

Occorre tuttavia precisare, già in via preliminare, che l'abuso del diritto è andato declinandosi, nel settore tributario, in modo affatto peculiare rispetto a quanto finora esposto nel presente lavoro, nel senso che di esso si fa largamente uso, da parte dell'Amministrazione finanziaria prima e della giurisprudenza tributaria poi, essenzialmente in funzione antielusiva, per sopperire cioè alla mancanza di una clausola generale volta a impedire la realizzazione di operazioni negoziali, il cui scopo essenziale è il mero risparmio di imposta.

Nei paragrafi seguenti si cercherà di illustrare brevemente l'origine di questo orientamento

giurisprudenziale¹⁰⁷ (da ravvisarsi, quantomeno in prima battuta, nella giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia), fino ad arrivare alla sua recente “consacrazione” ad opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰⁸; infine, verrà dato conto delle osservazioni critiche e delle parziali rimediazioni operate dalla stessa Suprema Corte sull’argomento, con la doverosa avvertenza che, allo stato attuale, si è ben lungi dall’essere approdati ad una (sia pur provvisoria) definizione della questione.

2 – Le prime applicazioni dell’abuso del diritto e l’influenza della giurisprudenza comunitaria

Analizzando le sentenze dell’ultimo decennio, si può ricostruire il percorso attraverso cui la Corte di Cassazione approda alla teoria dell’abuso del diritto tributario, percorso il cui inizio è caratterizzato dalla ricerca di soluzioni prettamente civilistiche al problema dell’elusione fiscale: in via di estrema sintesi, le soluzioni civilistiche erano state rintracciate nella

¹⁰⁷ Per un ricostruzione generale sull’abuso del diritto tributario vedasi ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell’elusione fiscale)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2005, p. 809.

¹⁰⁸ Il riferimento è alle sentenze delle Sezioni Unite del 23 dicembre 2008 n. 30055, pubblicata, tra l’altro, in *Riv. giur. trib.*, 2009, p. 216, con nota di LOVISOLO, *L’art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle “valide ragioni economiche” tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali*, e n. 30057, pubblicata, tra l’altro, in *Corr. Trib.*, 2009, p. 403, con nota di LUPI-STEVANATO, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva*.

dichiarazione di nullità del contratto per frode alla legge fiscale, in applicazione dell'art. 1344 del Codice civile, o per difetto dell'elemento causale, valutato alla luce della teoria della c.d. "causa concreta".

Il superamento dell'opzione civilistica, e l'approdo alla teoria dell'abuso, è reso possibile, nell'ottica della giurisprudenza analizzata, dall'emersione della teoria dell'abuso in ambito comunitario, in particolare relativamente alla disciplina dei tributi armonizzati: di recente, infatti, la Corte di Cassazione ha recepito quasi integralmente i confini teorici dell'abuso del diritto comunitario, quali individuati soprattutto dalla pronuncia, da parte della Corte di Giustizia, della sentenza c.d. "Halifax", costituente un vero e proprio *leading case* in tema di abuso¹⁰⁹.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, dopo aver utilizzato l'abuso del diritto al fine di sanzionare i soggetti che, percepiti dei contributi comunitari a fronte dell'esportazione di determinate merci, procedevano nuovamente (di sovente a mezzo di un diverso veicolo societario) alla loro re-importazione sul mercato interno¹¹⁰, appare infatti da tempo orientata ad introdurre a fianco alla «tradizionale bipartizione dei comportamenti tenuti dai contribuenti in tema di I.V.A., fra quello fisiologico e quello patologico (proprio delle frodi fiscali), il primo idoneo a consentire una piena detraibilità dell'imposta assolta ed il secondo la sua

¹⁰⁹ Corte di Giustizia 21 febbraio 2006 in causa C-255/02 (<http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=it>) e pubblicata in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1040, con nota di PICCOLO, *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*.

¹¹⁰ È il caso trattato dalla sentenza della Corte di Giustizia 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland Stärke*.

assoluta indetraibilità, una sorta di *tertium genus*, in dipendenza del comportamento abusivo ed elusivo del contribuente, comportante il recupero dell'I.V.A. detratta e l'eventuale rimborso in favore del soggetto che abbia posto in essere l'operazione elusiva»¹¹¹.

In questo senso, la nozione di abuso del diritto prescinde da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di un'operazione negoziale, «nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. [...] Il *proprium* del comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza dalle ipotesi di frode, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali, senza immutazioni del vero o rappresentazioni incomplete della realtà»¹¹².

111 In tal senso si esprime Cass. 5 maggio 2006 n. 10352, in *Riv. dir. Trib.*, 2006, p. 619, con nota di LA ROSA, *Sugli incerti confini tra l'evasione, l'elusione e l'assenza del presupposto soggettivo Iva*.

¹¹² Così si esprime Cass. 29 settembre 2006 n. 21221, in *Dir. e prat. trib.*, 2007, p. 724, con nota di LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'"abuso" del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*; vedasi anche Cass. 21 aprile 2008 n. 10257, in *Riv. dir. trib.* 2008, p. 465, con nota di BEGHIN, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto*, e GIANONCELLI, *Contrasto all'elusione fiscale in materia di imposte sui redditi e divieto comunitario di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1297.

Nel sistema descritto dalla sesta direttiva in materia tributaria¹¹³, l'elusione fiscale attraverso l'abuso di forme giuridiche impiegate surrettiziamente è ripetutamente prevista, ma con metodo casistico e quindi con effetti limitati ai casi previsti. Il generale divieto di abuso del diritto comunitario ha però avuto successivamente una consacrazione come principio generale nell'art. 54 della Carta di Nizza¹¹⁴, favorendo con ciò un'interpretazione che prescinde dai casi espressamente enunciati.

Con la sentenza Halifax il principio dell'abuso del diritto, oltre ad essere affermato espressamente quale principio generale anche in materia tributaria¹¹⁵, viene definito in modo "innovativo" rispetto precedenti pronunce: ad avviso della Corte di Giustizia, infatti, «perché possa parlarsi di comportamento abusivo le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva, e della legislazione nazionale che le traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni.

¹¹³ Direttiva 77/388/CEE, in *G.U.C.E.* 13 giugno 1977, n. L 145.

¹¹⁴ «*Divieto dell'abuso del diritto.* Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

¹¹⁵ «La sesta direttiva in materia tributaria deve essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'Iva assolta a monte, allorché le operazioni che fondano tale diritto integrino un comportamento abusivo».

Non solo. Deve altresì risultare, da un insieme di elementi obiettivi, che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale»¹¹⁶. Da queste premesse concettuali la Corte trae una conseguenza pratica fortemente incisiva sul regime tributario: «ove si constati un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato».

L'espressione utilizzata dalla Corte di Giustizia per cui le operazioni, pur realmente volute ed immuni da rilievi di validità, devono avere "essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale" - espressione riprodotta con non significative varianti nelle diverse versioni linguistiche della decisione - appare diversa da quella comunemente ricorrente nella precedente giurisprudenza comunitaria ed in altri testi normativi comunitari, nei quali si è sempre parlato di vantaggio fiscale come scopo esclusivo, o di operazioni compiute al solo scopo di ottenere un risparmio fiscale, ovvero (come nell'art. 11 della Direttiva 23 luglio 1990 n. 90/434/CEE, in materia di regime fiscale sulle fusioni, scissioni societarie e conferimento di attivo), di operazioni non effettuate "per valide ragioni economiche".

Questo orientamento, che poteva apparire limitato al caso dell'Iva, allora considerato, è stato successivamente confermato dalla Corte di Giustizia ad

¹¹⁶ Nella motivazione, al § 75, la Corte chiarisce comunque che «il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali».

altri fini impositivi: quanto all'imposizione diretta come utili degli "interessi" pagati ad una società straniera, il principio è confermato dalla sentenza Lammers¹¹⁷, mentre per le imposte indirette sulla raccolta di capitali analoghi principi si leggono nella sentenza Auer¹¹⁸, sia pure seguendo l'approccio più restrittivo che già era stato proprio di una sentenza coeva della sentenza Halifax¹¹⁹ e considerando abusivi solo i «*comportamenti caratterizzati dalla realizzazione di situazioni create artificialmente con l'unico scopo di ottenere un vantaggio fiscale*».

Ciò che rimane più problematico dunque – nella ricostruzione dell'abuso del diritto effettuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e successivamente nel suo "recepimento" ad opera della Cassazione – è se «il limite dell'abuso del diritto operi quando le ragioni economiche siano assolutamente marginali o irrilevanti, e non una possibile spiegazione alternativa»¹²⁰. Il chiarimento definitivo avviene

¹¹⁷ Sentenza del 17 gennaio 2008, nel procedimento n. 105/2007.

¹¹⁸ Corte di Giustizia, 8 novembre 2007, nel procedimento C-251/06, Firma ING. AUER - *Die Bausoftware GmbH c. Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr*, in *Osservatorio Comunitario* (a cura di BIGI), in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2008, 117 s..

¹¹⁹ Questa restrizione (l'unico scopo, e non *tout court* lo scopo di procurare un vantaggio fiscale) era già nella sentenza della Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, nel procedimento C-223/03, *University of Huddersfield Higher Education Corporation c. Commissioners of Customs & Excise* (c.d. sentenza *Huddersfield*), in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 2006, 63 ss., con nota di TIRELLI, *L'abuso del diritto*.

¹²⁰ Cass. 4 ottobre 2006 n. 21371, in *Giust. civ.*, 2008, p. 729, con nota di GABRIELLI, *Il "contratto frazionato" e l'unità*

attraverso la sentenza in causa C-425/06 (c.d. “Part service”)¹²¹, la quale offre unitamente alla sentenza Halifax un quadro preciso della teoria dell'abuso del diritto comunitario in campo fiscale¹²².

Nella valutazione della Corte, le definizioni contenute nella Direttiva, concernenti le operazioni soggette ad imposta – cessioni di beni o prestazioni di servizi – «hanno tutte un carattere obiettivo e si applicano indipendentemente dagli scopi e dai risultati delle operazioni di cui trattasi»¹²³: ciò implica che, anche laddove le operazioni negoziali contestate siano state effettuate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, senza ulteriori obiettivi economici, esse costituiscono pur sempre cessioni di beni o prestazioni di servizi ai sensi delle definizioni contenute nella sesta Direttiva. La presenza di operazioni reali, tali da integrare le definizioni contenute nella normativa comunitaria, non impedisce tuttavia di valutare allo stesso tempo la presenza di comportamenti abusivi poiché «la lotta contro ogni possibile frode, evasione ed abuso è, infatti, un obiettivo riconosciuto e promosso

dell'operazione economica; per un ricostruzione generale sull'abuso del diritto tributario.

¹²¹ Reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/JURISIndex.do?ihmlang=it> e in *Rass. Trib.*, 2008, p. 869, con nota di ZIZZO, *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'imposta e collegamento negoziale*.

¹²² Entrambe le sentenze vertono sull'interpretazione della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977 (77/388/CEE), in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, così come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 aprile 1995 (95/7/CE).

¹²³ Corte di Giustizia in causa C-255/02, cit.

dalla sesta direttiva»¹²⁴: in quest'ottica, l'applicazione della normativa comunitaria non può estendersi fino a comprendere comportamenti posti in essere, non nell'ambito di normali transazioni commerciali, ma al solo scopo di beneficiare dei vantaggi in essa previsti.

La teoria dell'abuso, dunque, impedisce che operazioni negoziali poste in essere dai contribuenti, seppure formalmente corrispondenti alle definizioni contenute nella sesta Direttiva, ne violino la *ratio*, consentendo l'applicazione delle norme di favore, previste dalla disciplina comunitaria, in contrasto con gli obiettivi che essa stessa persegue (obiettivi che risiedono nello scopo di «sollevare interamente l'imprenditore dall'I.V.A. dovuta o pagata nell'ambito di tutte le sue attività economiche», compendiato nel c.d. “principio di neutralità fiscale” delle relative operazioni negoziali). L'abuso del diritto è dunque, in questa prospettiva, diretto a colpire le operazioni il cui scopo sia «essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale”, anche se accompagnato e arricchito da ulteriori ma marginali finalità economiche»¹²⁵.

Per quanto attiene al “recepimento” dell'abuso del diritto, così come delineato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nel nostro ordinamento, una prima importante trasposizione si ha con la sentenza della Corte di Cassazione del 21 ottobre 2005 n. 20398¹²⁶, in

¹²⁴ Corte di Giustizia in causa C-255/02, cit.

¹²⁵ Cass. 21221/06 *cit.*; analogamente Cass. 15 settembre 2008 n. 23633, a quanto consta inedita, ma reperibile sul C.E.D. della Corte di Cassazione.

¹²⁶ Sentenza pubblicata in *Corr. Trib.*, 2005, p. 3729 con nota di COMMITTERI -SCIFONI, *Tassabili i proventi derivanti dal “dividend washing”*; in relazione all'analogica pratica del c.d. *dividend stripping*, si veda la sentenza della Corte di

tema di *dividend washing*, addirittura precedente alla citata sentenza Halifax.

Il cd. *dividend washing* consiste in una complessa operazione economica, realizzata mediante la stipulazione di contratti funzionalmente collegati e finalizzata ad ottenere un risparmio d'imposta, e costituisce uno strumento di arbitraggio fiscale reso possibile dalla disciplina di differenti regimi di tassazione, alcuni dei quali di maggior favore, introdotti in relazione a particolari soggetti o a particolari fattispecie concrete. L'esistenza di differenti regimi di tassazione, in materia di dividendi o plusvalenze, consente la realizzazione di operazioni di cessione di partecipazioni "utili compresi", a cui consegue l'allocazione delle risorse così generate in capo al soggetto sottoposto al regime fiscale più favorevole e per la categoria di reddito fiscalmente meno colpita.

Nella fattispecie concreta, una società a responsabilità limitata aveva stipulato, con un fondo comune di investimento, un contratto di compravendita di partecipazioni a ridosso della delibera di distribuzione dei relativi utili: riscossi i dividendi, già presenti "in potenza" nelle partecipazioni trasferite, la società acquirente aveva venduto le medesime partecipazioni al venditore originario e per un prezzo diminuito, rispetto a quello di acquisto, di una somma corrispondente ai dividendi *medio tempore* percepiti. Il collegamento negoziale, costituito dalle due compravendite incrociate e poste in essere in un breve

Cassazione del 14 novembre 2005 n. 22932 in *Riv. Giur. Trib.*, 2006, p. 223 con nota di BEGHIN, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale.*

intervallo temporale, offriva ai contraenti un duplice vantaggio fiscale: il fondo comune di investimento, privo del diritto a godere del credito d'imposta sui dividendi, veniva a privarsi delle azioni stesse a favore di un soggetto a cui invece spettava il credito d'imposta, stipulando allo stesso tempo un patto di successivo riacquisto una volta riscosso il dividendo, per un prezzo diminuito dell'ammontare del credito d'imposta ceduto. Oltre alla possibilità di collocare le azioni presso un soggetto legittimato a sfruttare il credito di imposta, entrambi i contraenti usufruivano poi di ulteriori vantaggi fiscali: da un lato il fondo comune di investimento acquisiva, a titolo di plusvalenza su partecipazioni, una somma corrispondente ai dividendi collegati alle partecipazioni cedute, dall'altro lato, invece, la società a responsabilità limitata poteva dedurre, una volta riscossi i dividendi, la minusvalenza prodotta da una cessione (sia pure solo apparentemente) “in perdita”.

Da un punto di vista finanziario, il fondo comune di investimento generava così risorse nuove per un valore del tutto identico ai dividendi che avrebbe riscosso dalla partecipazione ceduta, ed allo stesso tempo la società realizzava una minusvalenza “fittizia”, in quanto compensata dalla percezione di dividendi di valore del tutto corrispondente; da un punto di vista fiscale, al contrario, ciascun contraente allocava le risorse nuove, generate complessivamente dall'operazione negoziale, nella categoria di reddito soggetta al regime fiscale migliore, utilizzando altresì il credito di imposta a cui il cedente non avrebbe avuto alcun diritto. A favore del fondo comune di investimento veniva generata infatti, in luogo di un dividendo soggetto a ritenuta d'acconto a titolo di imposta, una plusvalenza da negoziazione di

titoli, fiscalmente irrilevante si sensi dell'art. 9, comma 1 della Legge n. 77/1983, mentre a favore della società si creava un dividendo con relativo credito d'imposta e ritenuta d'acconto scomputabili dall'imposta complessivamente dovuta, unitamente a una minusvalenza fiscalmente deducibile¹²⁷.

L'operazione posta in essere, secondo la tesi dell'Amministrazione finanziaria, configurava una condotta elusiva in violazione dell'art. 6, comma 2 T.U.I.R. e l'art. 37, comma 3, del d.P.R. n. 600/1973¹²⁸, in quanto i contratti posti in essere, caratterizzati dalla mancanza di apprezzabili ragioni non fiscali, costituivano un procedimento negoziale indiretto, rivolto ad un risultato economico corrispondente al contenuto giuridico di un terzo negozio, atipico, che può definirsi di scambio di reddito a scopo di guadagno

¹²⁷ È da rilevare come il legislatore abbia tentato di porre un freno alla pratica del *dividend washing*, sia pure limitatamente allo sfruttamento elusivo del credito d'imposta, introducendo con l'art. 7 bis del D.L. n. 372/1992 (convertito nella L. n. 429/1992), il comma 6 *bis* nell'art. 14 T.U.I.R, ed escludendo così l'applicabilità del credito d'imposta nei casi di acquisto di azioni da fondi comuni di investimento o SICAV, qualora fosse già stato deliberato il dividendo. I fatti oggetto della sentenza sono ovviamente precedenti l'entrata in vigore della norma.

¹²⁸ L'art. 6, comma 2, T.U.I.R. prevede che «i proventi conseguiti in sostituzione di redditi [...] costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti», mentre l'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973 stabilisce che «sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona».

fiscale¹²⁹. Se infatti non costituiva un effetto simulato il trasferimento dei titoli negoziati dal fondo alla società, una complessiva qualificazione dell'accordo, realizzato mediante un complesso collegamento negoziale, portava agevolmente a concludere che l'effetto traslativo dei titoli, proprio di ciascun singolo negozio, fosse in realtà strettamente funzionale alla sola traslazione del reddito, con l'obiettivo di mutarne la categoria di appartenenza: i proventi di capitale vengono venivano così "travestiti" in corrispettivi di cessioni di titoli o delle relative cedole, al fine di applicare il regime fiscale del "reddito maschera" e non del "reddito sostanza", generando un fenomeno che può definirsi di interposizione reale di persona nell'acquisizione di un particolare reddito: la società si interpone, pertanto, nella percezione dei dividendi, usufruendo del proprio regime fiscale, per poi allocarli nuovamente al fondo, dopo averli debitamente "mascherati", e tale forma, sia pure anomala, di interposizione reale, rendeva applicabile, ad avviso dell'Erario, l'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973, seppure apparentemente destinato a colpire la sole interposizione fittizia o simulazione relativa soggettiva.

Di fronte a questa prospettazione dell'Amministrazione finanziaria, la sentenza in discorso, con un significativo mutamento di prospettiva rispetto all'orientamento tradizionale, contesta l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale antielusivo prima dell'entrata in vigore dell'art.

¹²⁹ Ministero delle Finanze, Se. C.I.T., Delibera 16 aprile 1993 n. 49, reperibile sul sito www.cerdef.it

37-bis del D.P.R. n. 600/1973, così come introdotto dall'art. 7, comma 1, del D.lgs. n. 358/1997¹³⁰.

Ad avviso della Corte, la rivisitazione dell'assunto è resa possibile appunto dall'emersione, ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, di un principio giuridico che vieta di avvalersi abusivamente del diritto comunitario, principio giuridico tradizionalmente affermato in settori diversi da quello fiscale ma in via di consolidamento anche in materia di tributi armonizzati¹³¹ e confermato dalla stessa lettura delle fonti comunitarie, le quali contengono spesso esplicite clausole anti-abuso o il rinvio ai legislatori nazionali per una loro definizione concreta¹³². Da questi dati, la Corte ricava che il

¹³⁰ Affermazione che si rinviene già in altre sentenze: si vedano, *ex multis*, Cass. 3 aprile 2000 n. 3979, in *Giur. it.*, 2000, p. 1753 con nota di ZOPPINI, *Annotazioni sul regime fiscale proprio delle operazioni di "dividend washing"*; Cass. 3 settembre 2001 n. 11351, in *Giur. it.*, 2002, p. 1102; Cass. 7 marzo 2002 n. 3345, in *Foro it.*, 2002, col. 1702. In argomento anche BARDINU, *Il "dividend Washing" e l'interposizione fittizia all'esame della Corte di Cassazione*, in *Dir. e prat. trib.*, 2000, p. 1346.

¹³¹ Il riferimento è, in particolare, alle sentenze della Corte di Giustizia 11 ottobre 1977 C-125/76 (c.d. *Cremer*); 2 maggio 1996 C-206/94 (c.d. *Palletta*); 3 marzo 1993 C-8/92 (c.d. *General Milk Products*); 12 maggio 1998 C-367/96 (c.d. *Kefalis*); 30 settembre 2003 C-167/01 (c.d. *Diamantis*).

¹³² Cfr. la Direttiva 90/435/CEE, in base alla quale «la presente direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare frodi o abusi» (art. 1, par. 2); Direttiva 90/434/CEE, il cui art. 11, lett. a), consente agli Stati membri di negare o revocare i benefici previsti dalla direttiva quando risulti che l'operazione ha come scopo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale.

principio per cui «pur non essendo stata affermata in modo radicale [...] l'esistenza di una regola che reprima [...] il «c.d. abuso del diritto», non pare contestabile l'emergenza di un principio tendenziale, che – in attesa di ulteriori specificazioni della giurisprudenza comunitaria – deve spingere l'interprete alla ricerca di appropriati mezzi all'interno dell'ordinamento nazionale per contrastare il diffuso fenomeno dell'abuso del diritto, in specie del diritto tributario»¹³³. In sostanza, l'emersione di un principio generale del diritto comunitario, teso a colpire l'abuso del diritto, implica la necessità che gli Stati membri individuino strumenti giuridici adeguati a sanzionarlo e provvedano, ricorrendo agli istituti giuridici esistenti nei propri ordinamenti, a colpire comportamenti abusivi finalizzati all'utilizzo improprio della disciplina giuridica non solo di derivazione comunitaria. Ciò che conta, nell'argomentazione della Corte di Cassazione, è pertanto la derivazione comunitaria del principio anti-abuso e non tanto la “comunitarietà” della fonte concretamente “abusata”.

Nella motivazione, lo “strumento giuridico nazionale” utilizzato dalla Corte per sanzionare l'abuso del diritto è rinvenuto nella disciplina civilistica dei

¹³³ In tal senso, in motivazione, Cass. 20398/2005 *cit.*; sul punto cfr. MARSAGLIA, *"Dividend washing": nullità del contratto per mancanza di causa*, in *Dir. e prat. soc.*, 2006, p. 91; STEVANATO, *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 295; MARIOTTI, *"Dividend washing" e norme antielusive*, in *Riv. giur. trib.*, 2006, p. 9; SORRENTINO, *Dividend washing, causa "concreta" del contratto, contratti collegati e nullità per mancanza di causa*, in *Giur. It.*, 2007, p. 867.

negozi collegati: secondo la prospettazione della Cassazione, in tali ipotesi il collegamento negoziale messo in opera dalle parti stravolgeva l'elemento causale dei singoli contratti collegati e poneva in essere un'operazione economica carente di causa e dunque nulla per violazione dell'art. 1418, comma 2, e dell'art. 1325 n. 2, c.c. Si tratta di un'argomentazione, che pone particolare riferimento all'interesse perseguito dai contraenti e che si inserisce nel filone giurisprudenziale della cd. "causa in concreto", inaugurato con la sentenza della Suprema Corte dell'8 maggio 2006 n. 10490 che recepiva sul punto le affermazioni, ormai risalenti, di autorevole dottrina¹³⁴.

La portata potenzialmente dirompente dello "strumento" prescelto, vale a dire l'accertamento del difetto causale dell'operazione contrattuale posta in essere dal contribuente, accertamento potenzialmente dotato di efficacia generale, viene poi limitata al solo vantaggio dell'amministrazione fiscale e con esclusione di altri per effetto della disciplina processuale, essendo l'altro contraente estraneo ad un processo nel quale la validità del contratto è conosciuta incidentalmente.

L'operazione negoziale, nella prospettazione della Corte, difetta di causa per la mancanza, in capo alle parti contraenti, di interessi economici diversi dal risparmio fiscale (affermazione, già questa, frutto di un giudizio quanto mai delicato in quanto estremamente penetrante sull'attività dei contraenti e, potenzialmente, in contrasto con i valori costituzionali, espressi dall'art.

¹³⁴ Il riferimento è a Cass. 8 maggio 2006 n. 10490, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 1718 con nota di ROLFI; in senso analogo Cass. 24 luglio 2007 n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, p. 1133, con nota di IZZI.

41 della Costituzione e posti a giustificazione dell'autonomia negoziale e della libertà di iniziativa imprenditoriale), per via del fatto che lo “scopo pratico”, il “comune intento” delle parti, la “ragione dell'affare” (tanto per citare alcune delle definizioni che della cd. causa in concreto vengono date dalla dottrina) consiste nel mero obiettivo dei contraenti di evitare una norma fiscale sfavorevole, così ottenendo l'applicazione di una norma impositiva di favore. Così argomentando, tuttavia, se il mero risparmio fiscale incide sulla tenuta causale del collegamento negoziale, allora vuol dire che il confine dell'autonomia negoziale è l'interesse del fisco alla percezione del tributo, ossia, alternativamente, che il risparmio fiscale è un interesse immeritevole di tutela (tesi difficilmente sostenibile nella misura in cui, da un punto di vista teorico-dogmatico, la non meritevolezza ex art. 1322, secondo comma postula un giudizio di non giuridicizzabilità neppure in astratto), oppure che i contratti a ciò esclusivamente rivolti sono inficiati da illiceità della causa, per frode alla legge.

A tale conclusione, forse l'unica idonea a supportare il *decisum* della sentenza, in realtà la Corte non arriva esplicitamente; e non lo fa perché «la nullità del contratto per devianza di causa [...] esige, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., la configurabilità in tale risultato di violazione di norma imperativa»¹³⁵, e la natura imperativa - in questo senso - delle norme tributarie, è ampiamente contestata in dottrina e minoritaria anche in giurisprudenza¹³⁶. In quest'ottica, le norme tributarie «appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse

¹³⁵ Cass. 3979/2000, *cit.*

¹³⁶ La tesi è sostenuta da Cass. 26 ottobre 2005 n. 20816, in *Dir. e prat. Soc.*, 2006, p. 83 con nota di MARSAGLIA, *cit.*

generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 Cost.)», con un ribaltamento del tradizionale principio in base al quale l'imperatività di una norma consta di due aspetti: il suo carattere proibitivo assoluto e la sua destinazione a tutelare interessi, non solo generali, ma collocati al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico¹³⁷.

L'argomentazione della Corte, dunque, ruota formalmente attorno al concetto di abuso del diritto, ma nella sostanza, facendone un utilizzo surrettizio, conduce a sanzionare con la nullità per difetto di causa operazioni negoziali poste in essere con lo scopo di eludere la norma fiscale sfavorevole: il tentativo di interpretare l'art. 1344 anche in termini di frode fiscale e l'abuso del diritto hanno allora la medesima radice concettuale. In una sorta di “truffa delle etichette” la Cassazione sanziona la frode fiscale, facendo di fatto applicazione della regola posta nell'art. 1344, senza affrontare le questioni centrali relative alla sua possibile applicazione in campo tributario¹³⁸.

Una più compiuta enunciazione del divieto di abuso del diritto in campo tributario, si ha poi con la sentenza della Corte di Cassazione del 17 ottobre 2008 n. 25374¹³⁹; nel caso di specie, due società appartenenti allo stesso gruppo di imprese avevano posto in essere operazioni di locazione finanziaria aventi ad oggetto autoveicoli, così congeniate: la società Alfa conclude

¹³⁷ Sul punto, *ex pluribus*, Cass. 4 dicembre 1982 n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, p. 1172, con nota di COSTANZA; Cass. 11351/2001 *cit.*

¹³⁸ In tal senso STEVANATO, *op. loc. cit.*

¹³⁹ Reperibile in *Boll. trib. infor.*, 2008, p. 1766, con nota di FICARI, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa.*

con l'utilizzatore un contratto avente ad oggetto il godimento di un autoveicolo, unitamente ad un'opzione di acquisto dello stesso, e chiedendo come corrispettivo il versamento di canoni di locazione, la costituzione di una cauzione corrispondente al costo del bene non coperto dai canoni e la prestazione di una fideiussione illimitata; contestualmente, la società Beta stipula con il medesimo utilizzatore un contratto di assicurazione del bene contro rischi diversi dalla responsabilità civile e garantisce, mediante il finanziamento della cauzione e la prestazione della fideiussione illimitata, l'adempimento degli obblighi assunti dall'utilizzatore nei confronti della Alfa. Il corrispettivo di questo secondo negozio è rappresentato dal versamento in anticipo di un importo che determina una diminuzione del totale dei canoni di locazione convenuti con la società Alfa, fino a ridurre il totale a una cifra di poco superiore al costo del bene, oltre a una provvigione dell'1% corrisposta a un consulente. La società Beta versa alla società Alfa, per conto dell'utilizzatore, la cauzione prevista dal contratto di godimento del bene, stipulato dall'utilizzatore stesso e dalla società Alfa secondo le modalità già descritte; la società Beta, d'altro canto, attribuisce alla società Alfa, esecutrice del contratto con l'utilizzatore, un compenso integrativo a titolo di intermediazione.

L'Amministrazione finanziaria contesta l'operazione così complessivamente congeniata, affermando che la stessa è giustificata esclusivamente dal fine di ottenere l'applicazione delle norme di maggior favore, tra quelle contenute nella disciplina in materia di I.V.A. di cui al d.P.R. n. 633/1972: la componente finanziaria del leasing è separata, almeno formalmente, dalla concessione del godimento del bene, così realizzando, nelle intenzioni dei contraenti, il

presupposto per l'applicazione dell'esenzione indicata nell'art. 10 n. 1) del D.P.R. n. 633/1972; allo stesso modo, una quota di quello che nella sostanza è il complessivo canone di leasing, viene mascherata da corrispettivo di una presunta intermediazione e, dunque, collocata sotto la fattispecie di favore prevista dall'art. 10 n. 7) D.P.R. 633/1972.

Al contrario, secondo la corrente interpretazione giurisprudenziale, qualora al conduttore siano forniti oltre all'uso del bene anche il finanziamento e l'assicurazione contro la perdita o il deterioramento del bene stesso, il corrispettivo pattuito per le tre prestazioni offerte deve essere considerato corrispettivo unitario del contratto atipico di locazione finanziaria e, pertanto, soggetto interamente ad I.V.A.: ad avviso dell'Amministrazione finanziaria, dunque, la particolare modalità di realizzazione delle operazioni ottiene il risultato pratico di contrarre illegittimamente la base imponibile I.V.A., in mancanza di motivi economici reali e tangibili, riducendo artificiosamente l'entità del canone corrisposto dall'utilizzatore finale del bene.

All'esito della complessa operazione negoziale, difatti, la società Alfa, in applicazione dell'art. 3 del D.P.R. n. 633/1972, assoggetta ad I.V.A. solo i canoni direttamente versati a sé dall'utilizzatore, mentre i corrispettivi versati dall'utilizzatore alla società Beta vengono da quest'ultima fatturati in esenzione dall'I.V.A. ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 633/1972.

La soluzione al caso di specie è offerta dalla Corte di Cassazione riprendendo le fila del ragionamento giuridico introdotto con le sentenze n. 20318 e n. 22938 del 2005, ed affermando l'inefficacia, nei confronti dell'amministrazione finanziaria, di quegli atti posti in essere dal contribuente che costituiscono "abuso del

diritto”, vale a dire che si traducono in operazioni compiute essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale. La Corte esplicita poi, per la prima volta, come deve essere inteso il riparto dell’onere probatorio in materia: da un lato, l’individuazione dell’impiego abusivo di una forma giuridica spetta all’amministrazione finanziaria, la quale non potrà certamente limitarsi ad una mera e generica affermazione, ma dovrà individuare e precisare gli aspetti e le particolarità che fanno ritenere l’operazione priva di reale contenuto economico diverso dal risparmio d’imposta; dall’altro lato, a seguito di tale contestazione, incombe sul contribuente fornire la prova dell’esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico.

3 - Il divieto di abuso del diritto quale espressione di norme costituzionali

Sulla base dell'analisi tracciata, appare evidente come la teoria dell'abuso del diritto, in campo tributario, sia una filiazione diretta della giurisprudenza comunitaria; la Sezione tributaria della Cassazione, peraltro, si spinge verso un'applicazione integrale e rigida della teoria dell'abuso, anche oltre gli stretti confini dell'imposizione indiretta sulla cifra d'affari (oggetto dei pronunciamenti della Corte di Giustizia), fino a ricomprendere, nel suo raggio di azione, anche l'imposizione diretta di competenza esclusiva degli Stati membri.

Difatti, ad avviso di una parte della giurisprudenza «pur riguardando la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo un campo impositivo di competenza

comunitaria (l'I.V.A.), [...] anche nell'imposizione fiscale diretta, pur essendo questa attribuita alla competenza degli Stati membri, gli stessi devono esercitare tale competenza nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel trattato CE»¹⁴⁰.

La successiva “evoluzione” della teoria dell’abuso del diritto, tuttavia, si emancipa dalle regole e dai requisiti individuati in ambito comunitario, rinvenendo il proprio fondamento, ad opera delle Sezioni Unite, direttamente nelle norme costituzionali¹⁴¹.

La Suprema Corte, infatti, «ritiene di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della sezione tributaria [...] fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano».

La teoria dell'abuso funge quindi da clausola antielusione, la cui giustificazione giuridica si rinviene nel principio di capacità contributiva e di progressività

¹⁴⁰ In tal senso Cass. 21221/06 cit.; si veda anche Cass. 4 aprile 2008 n. 8772, in *Riv. giur. trib.*, 2008, p. 695, con nota di ORSINI, *L'abuso del diritto rende l'atto inefficace: sul contribuente l'onere della prova contraria*; STANCATI, *Il dogma comunitario dell'abuso della norma tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 784; TURIS, *Pratiche elusive e abuso di diritto*, in *Fisco*, 2008, p. 3095; BEGHIN, *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e "abuso del diritto"*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1777.

¹⁴¹ Il riferimento è alle sentenze delle Sezioni Unite del 23 dicembre 2008 n. 30055 e n. 30057, cit, in tema di *dividend washing* e di *dividend stripping*.

dell'imposizione di cui all'art. 53 della Costituzione¹⁴². Ad avviso della Corte, pertanto, il divieto di abuso del diritto in campo fiscale non è il prodotto del solo sistema comunitario, con il suo portato di regole e principi prevalenti sulle norme di diritto interno, bensì, almeno per i tributi non armonizzati, è il risultato della corretta interpretazione delle norme costituzionali, «con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale»¹⁴³. La clausola generale antielusione, “ottenuta” dalla teoria dell'abuso del diritto, trova nella prospettiva della Suprema Corte un'ulteriore conferma nelle numerose e specifiche norme antielusione che, contrariamente a

¹⁴² ZIZZO, *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 476; AMATUCCI, *L'abuso del diritto nell'ordinamento tributario nazionale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 553; CENTORE, *L'elusione tributaria e l'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 420; MARONGIU, *Abuso del diritto o abuso del potere*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 1076; LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 49; PERRUCCI, *Uso e abuso del diritto*, in *Boll. Trib. D'inf.*, 2009, p. 24; FICARI, *Clausola generale antielusiva, l'art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 390; LUNELLI-BARAZZA, *L'abuso del diritto secondo le SS.UU. e la Sezione tributaria della Corte di Cassazione*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 1571.

¹⁴³ Cass. SS.UU. 23 dicembre 2008 n. 30055, cit.

quanto affermato dall'orientamento tradizionale, vengono viste ormai come conferma dell'esistenza stessa di un principio che preesiste alla loro espressa codificazione (tanto più che le specifiche disposizioni antielusive tendono, a volte, a censurare singoli aspetti di elusività, senza per ciò stesso escludere il potere dell'Amministrazione (e del giudice) di sanzionare i comportamenti sotto tutti gli altri profili di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di ricavare dall'operazione negoziale posta in essere)¹⁴⁴: il divieto di abuso del diritto si pone quindi, anche nel settore tributario, come valvola di apertura del sistema, volta a contrastare pratiche consistenti nell'uso improprio, anche se formalmente ineccepibile, di norme giuridiche.

All'applicazione della teoria dell'abuso consegue l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria delle fattispecie ritenute abusive e poste in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali sfavorevoli, inopponibilità intesa quale sanzione di inefficacia relativa dell'operazione negoziale, senza incidenza sulla validità della stessa nei rapporti tra i privati.

Neppure occorrerebbe, ad avviso della Corte, che l'Amministrazione finanziaria proceda alla diretta ed esplicita contestazione dell'abuso del diritto, tanto

¹⁴⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, al citato art. 7-*bis* del D.L. n. 372/1992, con il quale il legislatore è intervenuto "sterilizzando" l'effetto elusivo del *dividend washing* unicamente sotto il profilo dello sfruttamento del credito d'imposta, lasciando impregiudicata ogni altra valutazione in merito alla natura fittizia delle minusvalenze eventualmente prodotte; sul punto si vedano le riflessioni di LOVISOLO, *op. loc. ult. cit.*

all'interno del procedimento amministrativo quanto in ambito processuale, essendo sufficiente l'esplicito disconoscimento (sia pure motivato ed argomentato), da parte dell'Amministrazione stessa, dell'applicabilità di una norma di favore ad introdurre nel contesto processuale, consentendone la rilevabilità d'ufficio, il tema dell'esistenza, validità e opponibilità dei negozi giuridici posti in essere allo scopo di ottenerne l'applicazione.

Nella prospettiva della Suprema Corte, infine, neppure l'art. 23 della Costituzione, a norma del quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», è di ostacolo al riconoscimento di un siffatto principio, non codificato e ritenuto immanente al sistema, in quanto tale riconoscimento, lungi dal tradursi nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, determina esclusivamente «il disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali», conclusione rispetto alla quale attenta dottrina ha espresso ampie perplessità, in quanto la pretesa di far derivare l'obbligo tributario direttamente dal principio solidaristico *ex art. 53* della Costituzione dimentica che, proprio a tutela dei contribuenti, «è solo con la mediazione della legge, che il dovere tributario scolpito nell'art. 53 può trovare applicazione, e non direttamente come pretendono le Sezioni Unite»¹⁴⁵. In realtà, infatti, l'applicazione del divieto di abuso incide direttamente sulla disciplina delle fattispecie imponibili, determinando la tassabilità

¹⁴⁵ CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, asseriti fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 463.

di un ulteriore e diverso presupposto rispetto a quanto stabilito dalla norma fiscale e giungendo in questo modo ad una integrazione sostanziale del predetto presupposto: cosa che, a norma dell'art. 23 Cost., può avvenire solo in base alla legge, perché «anche le disposizioni antielusive incidono sulla consistenza della prestazione patrimoniale»¹⁴⁶.

La presa di posizione delle Sezioni Unite risulta poi ulteriormente confermata, ed arricchita in merito al suo tessuto motivazionale, dalla sentenza della Corte di Cassazione dell'8 aprile 2009 n. 8487, che afferma testualmente che «l'ordinamento fiscale non intende premiare scelte imprenditoriali che non siano determinate da valutazioni di economia sostanziale. Questa conclusione non è in contrasto con il principio della libertà di iniziativa economica sancito nell'art. 40 Cost., comma 1. Infatti, nessun limite è posto alla realizzazione di qualsiasi valida iniziativa economica, salvo l'unico limite, previsto dal citato art. 41 Cost., comma 2 che l'iniziativa stessa non sia in contrasto con l'utilità sociale. È evidente che una operazione economica realizzata al solo fine di ottenere un risparmio fiscale (a prescindere da connotazioni di fraudolenza) è una operazione che contrasta con l'utilità sociale, sia nel senso che lede il principio di solidarietà, sia nel senso che determina una indebita riduzione del gettito fiscale»¹⁴⁷.

¹⁴⁶ BEGHIN, *L'abuso del diritto tra rilevanza del fatto economico e poteri del magistrato*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 3288.

¹⁴⁷ Così Cass. 8 aprile 2009 n. 8487, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 601.

Giunti a questo punto della esposizione delle più recenti conclusioni della giurisprudenza, appare di un certo interesse riproporre ancora due pronunce in argomento: la prima afferma che «non si riconosce l'esistenza di una società la cui costituzione è da ricondursi principalmente ad un motivo fiscale, poiché costituisce un abuso di una figura di diritto civile; per accertare tale abuso non è necessario stabilire che siano stati esclusivamente motivi fiscali che abbiano indotto il contribuente ad adottare quella forma giuridica, giacché l'abuso c'è anche quando i motivi economici vi siano, ma la considerazione degli effetti fiscali è stata decisiva»; la seconda, in analoga prospettiva, ribadisce che «nel diritto tributario ha rilievo esclusivamente il fatto economico; le conseguenze giuridiche di atti e negozi posti in essere dal contribuente rimangono senza alcuna rilevanza, sotto l'aspetto fiscale, quando esse manchino di un effettivo contenuto economico; quando vi sia discordanza tra fatto economico e *nomen iuris* di un atto o negozio giuridico, è il primo che acquista preminente interesse per il diritto tributario».

Non si tratta di sentenze recenti: la prima è del 1936 ed è stata emessa da una corte del Reich tedesco¹⁴⁸, la seconda è del 1940 ed è di una Corte d'Appello italiana¹⁴⁹. Non esattamente due precedenti illustri, per chi ha, molto più di recente, redatto motivazioni concettualmente non molto dissimili.

¹⁴⁸ *Reichsfinanzhof*, 21 ottobre 1936 e 1 ottobre 1937, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1938, II, 74 ss.

¹⁴⁹ App. Venezia, 21 novembre 1940, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, II, 93.

4 - Fattispecie problematiche e profili critici dell'istituto

Si è cercato di mettere in luce nei paragrafi che precedono come l'esigenza di applicare la teoria dell'abuso di derivazione comunitaria anche ai tributi non armonizzati abbia portato la Corte di Cassazione ad individuarne un fondamento nell'art. 53 della Costituzione, ed un legame concettuale con la teoria dell'abuso del diritto civile: in questa seconda fase dell'elaborazione giurisprudenziale, l'abuso del diritto da mero principio tendenziale diventa un istituto giuridico autonomo e immediatamente operativo.

Appare tuttavia evidente, già dai brevi riferimenti effettuati, come vi siano assai significative differenze strutturali e funzionali tra teoria dell'abuso del diritto civile e teoria dell'abuso del diritto comunitario, alla luce delle quali è possibile concludere che tra di esse vi sia identità solo nominalistica.

L'abuso del diritto civile, in questo senso, si manifesta come uso improprio di un diritto soggettivo attribuito dall'ordinamento giuridico ad un consociato, uso improprio derivante dall'esercizio del diritto con modalità formalmente corrette ma non corrispondenti alla *ratio* normativa; all'impossibilità di ricondurre l'atto di esercizio di un diritto soggettivo alla norma che lo ha attribuito, ne consegue naturalmente il suo disconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, per il quale il diritto non risulta concretamente esercitato.

L'abuso del diritto tributario, al contrario, si manifesta come aggiramento di una norma fiscale sfavorevole, al fine di ottenere l'applicazione di una norma agevolativa, mediante l'utilizzo di strumenti

giuridici contemplati e disciplinati da altra e diversa disposizione; nei casi di abuso del diritto tributario, l'atto non risulta abusivo in relazione alla disposizione che lo disciplina, ma in relazione ad un'altra che lo contempla a fini fiscali.

La teoria dell'abuso del diritto tributario, inteso quale istituto giuridico autonomo e immediatamente operativo e non come principio tendenziale, assume così le caratteristiche funzionali e strutturali tipiche dell'omonimo istituto giuridico comunitario, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di tributi armonizzati: se tuttavia in relazione al diritto comunitario la teoria dell'abuso tributario, ossia dell'utilizzo abusivo delle norme fiscali di fonte comunitaria, risulta coerente con le caratteristiche di quel sistema normativo e, in particolare, con i principi di primazia e dell'effetto utile, in relazione al diritto interno, al contrario, l'inefficacia relativa di un atto, giustificata sulla base della sua finalità di aggiramento di una norma fiscale sfavorevole, risulta difficile da affermare in mancanza di una norma che lo statuisca (come è infatti avvenuto, nei limiti che si indicheranno, a seguito della introduzione dell'art. 37-*bis* del D.P.R. n. 600/1973).

Ciò che colpisce, dunque, leggendo la motivazione delle sentenze delle Sezioni Unite del 2008, è la mancanza di un'analisi completa della teoria dell'abuso, un'analisi capace di risolvere i pur rilevanti problemi interpretativi che si erano posti negli ultimi anni.

Nelle due ordinanze di rimessione del 24 maggio 2008 (la n. 12301 e la n. 12302)¹⁵⁰, la Sezione tributaria

¹⁵⁰ Reperibili in *Corr. Trib.*, 2006, p. 2143, con nota di ZIZZO, *Nullità negoziali ed elusione tributaria*; in argomento anche

poneva sostanzialmente due quesiti: l'uno relativo alla possibilità, per l'Amministrazione finanziaria, di dedurre in sede di accertamento e poi in sede contenziosa la simulazione dei contratti o la loro nullità per “abuso del diritto”, e l'altro relativo alla possibilità per il Giudice tributario di ritenere comprese nel *thema decidendum*, laddove fosse stato dedotto dall'Amministrazione un procedimento negoziale indiretto, eventuali cause di nullità dei contratti, la cui validità ed opponibilità all'Amministrazione abbia costituito oggetto dell'attività assertoria delle parti¹⁵¹. Con le ordinanze di rimessione, le Sezioni Unite sono sollecitate a perfezionare in sostanza il ragionamento giuridico, introdotto in particolare con la sentenza della Cassazione n. 20398 del 2005, sopra citata, secondo il quale l'emersione di un comportamento abusivo può essere sanzionata mediante il ricorso alla nullità del contratto per difetto causale: l'abuso del diritto, in quest'ottica, si pone come mero presupposto per la ricerca di strumenti civilistici funzionali a contrastare l'elusione fiscale, e non ha alcuna pretesa di autosufficienza logica ed applicativa.

Le Sezioni Unite finiscono però per obliterare sostanzialmente i quesiti formulati nelle ordinanze di rimessione, concentrando la loro attenzione su di un obiettivo forse implicito, vale a dire la ricerca di un espediente interpretativo volto ad applicare retroattivamente la normativa antielusiva in tema di *dividend washing*¹⁵². Ciò determina una spaccatura nel percorso logico e giuridico sollecitato dalle ordinanze,

CARLO, *Ancora dubbi sulle operazioni di “dividend washing”*, in *Riv. giur. trib.*, 2006, p. 882.

¹⁵¹ Cass. 8772/2008, cit.

¹⁵² LOVISOLO, *op. loc. cit.*

trasformando l'abuso del diritto da principio posto a giustificazione della soluzione civilistica ad una fattispecie completa e immediatamente operativa.

L'abuso del diritto penetra dunque nel settore dei tributi non armonizzati senza che ne siano indicati i suoi essenziali tratti costitutivi, come se la mera indicazione di una “ascendenza costituzionale” fosse idonea, di per sé sola, a sostituire l'incompletezza della ricostruzione dogmatica; in questo modo, l'abuso del diritto tributario viene rappresentato come l'ultimo approdo di una tendenza sistematica a reprimere l'abuso delle norme in qualunque settore dell'ordinamento¹⁵³, ed il radicamento costituzionale serve ad emancipare la teoria dell'abuso tributario dall'originaria ascendenza comunitaria, per avvicinarla alla teoria dell'abuso civile, il cui fondamento immediato è nei principi di buona fede oggettiva e correttezza, mediatamente riconducibili ai valori costituzionali espressi dall'art. 2 della Costituzione.

Esiste dunque una linea evolutiva che parte dalla citata sentenza della Cassazione n. 20398 del 2005 ed arriva alle pronunce delle Sezioni unite, una linea evolutiva in cui è immediatamente percepibile una frattura logica e argomentativa: le pronunce sopra esaminate del 2005, in maniera esplicita con la sentenza n. 20816 e surrettiziamente con la n. 20398, al fine di colpire la pratica del *dividend washing*, ribaltano principi tradizionali operanti in capo tributario, concernenti la natura non imperativa, ai sensi dell'art. 1418 del Codice civile, delle norme tributarie.

Nel contesto della loro motivazione l'abuso del diritto è il principio – sostanzialmente coincidente con

¹⁵³ Cass. SS.UU. n. 30055/2008, cit.; Cass. n. 20106/2009, cit.

l'esigenza di contrastare l'elusione fiscale – a tutela del quale l'interprete individua, quale opportuna soluzione civilistica, la nullità del contratto per difetto causale; in questa logica argomentativa, il risparmio d'imposta penetra nella dinamica negoziale, e l'interprete viene chiamato a giudicare la validità del contratto anche alla luce della qualità dell'interesse perseguito: il mero scopo del risparmio d'imposta determina, per ciò stesso, l'assoluta carenza di ragioni economiche tali da “reggere” validamente l'operazione contrattuale.

In questa lettura, sembrerebbe emergere quella dinamica bilaterale – fattispecie concreta/fattispecie astratta – che abbiamo visto essere tipica delle teorie civilistiche in tema di abuso del diritto: i contraenti “abusano” dell'autonomia negoziale, stipulando uno o più contratti privi di valide ragioni economiche, rispetto ai quali l'assolutizzazione del risparmio d'imposta, come obiettivo unico della negoziazione, rende nulla la causa del contratto. D'altronde, che esista un legame tra valutazione causale del contratto ed abuso è dimostrato da quella corrente dottrinale minoritaria, cui si è fatto cenno, che radica la teoria dell'abuso, in ambito civile, non tanto nei principi di correttezza e buona fede oggettiva, quanto proprio nell'accertamento della causa¹⁵⁴.

Ove non utilizzato per approdare ad un accertamento di difetto causale del contratto, tuttavia, il ricorso, nello specifico ambito del diritto tributario, al concetto di abuso del diritto sviluppato nel diritto civile, inteso quale strumento di controllo delle prerogative

¹⁵⁴ In argomento, seppure in riferimento ad un'ottica settoriale, vedi CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, p. 122 ss.

private che si sostanzia in un confronto tra la fattispecie concreta, posta in essere da un soggetto dell'ordinamento, e la fattispecie astratta, in cui quel comportamento dovrebbe essere sussunto e che si presume “abusata”, mostra tutti propri limiti. Se infatti l'abuso si pone come uso improprio del diritto attribuito da una norma a un soggetto dell'ordinamento, e l'improprietà dell'uso sta nell'utilizzo della fattispecie astratta per perseguire finalità contrarie a quelle per la quali l'ordinamento l'ha delineata, ed il giudizio di abusività di un comportamento è un giudizio che attiene al rapporto esistente tra questo comportamento e la norma astratta che ne definisce contenuto e conseguenze giuridiche, giudizio effettuato alla luce delle finalità perseguite dal legislatore, mediante l'introduzione di quel contenuto e di quelle conseguenze, è agevole verificarne l'eccentricità rispetto alle ipotesi in esame: questa relazione bilaterale – fattispecie concreta/fattispecie astratta – non si presenta infatti nelle ipotesi di abuso del diritto tributario, in cui al contrario la norma “abusata” non reca la disciplina del comportamento concreto, limitandosi ad assumerlo come presupposto di una disciplina fiscale di favore.

Come appare evidente, la casistica giurisprudenziale in tema di abuso del diritto tributario, attiene a comportamenti posti in essere dai contribuenti attraverso la realizzazione di complesse e articolate operazioni negoziali, mediante negozi giuridici disciplinati da norme diverse da quelle tributarie, ma che da alcune norme tributarie sono contemplati, al fine di ricondurre loro conseguenze sfavorevoli o favorevoli sul piano fiscale; i negozi giuridici, ad esempio, che danno vita al c.d. *dividend washing* sono negozi giuridici regolamentati dalle ordinarie regole

civilistiche, rimanendo la realizzazione di un effetto fiscale favorevole o meno su di un piano normativo del tutto differente. Le norme fiscali, da questo punto di vista, sono norme che agiscono a un livello ulteriore e, per così dire, secondario rispetto a quelle di diritto civile che sovrintendono alla stipulazione dei contratti, ed il comportamento con il quale le parti stipulano un negozio è qualificato dalla normativa civile, la quale ne definisce contenuto e conseguenze giuridiche, limitandosi la norma di diritto tributario a valutarne l'eventuale capacità contributiva manifestata dai contraenti ed a ricavarne conseguenze sotto il profilo impositivo.

Nel contesto dell'abuso tributario, allora, un comportamento non risulta abusivo in quanto improprio rispetto alle finalità perseguite dalla norma che ne definisce contenuto e conseguenze, ma risulta abusivo poiché volto ad ottenere l'applicazione di una norma del tutto distinta, operante sul piano meramente fiscale, in correlazione con la capacità contributiva manifestata dall'operazione negoziale posta in essere.

A ben vedere, dunque, il fulcro dell'argomentazione risiede pur sempre nell'aggiramento della norma impositiva, che si pone come “stella polare” della teoria dell'abuso in campo fiscale: la relazione bilaterale si stempera, così, per lasciare il campo a quello che diventerà nelle successive pronunce giurisprudenziali l'elemento determinante: è abusivo il comportamento finalizzato ad aggirare una norma fiscale sfavorevole per il contribuente. Su questa linea interpretativa, già per certi versi decisamente discutibile, vengono innestate le novità provenienti dalla Corte di Giustizia: dal connubio tra abuso di derivazione comunitaria e abuso inteso quale difetto causale del contratto, nasce

una figura ibrida e contraddittoria che non trova nella mera collocazione costituzionale adeguate giustificazioni operative. La Corte, in questo senso, dà vita a un percorso giurisprudenziale che pare trascurare «la specialità dell'ordinamento tributario e la sua “autonomia”, intesa come capacità di dare risposte compiute ed esaustive alle questioni tributarie senza dovere ricorrere, salvo i casi in cui l'ordinamento tributario stesso fa rinvio ad altre branche del diritto, a strumenti o soluzioni che sono «proprie di altri ambiti ordinamentali» (come l'ambito civilistico)»¹⁵⁵.

Questa caratterizzazione dell'abuso del diritto tributario è resa poi in termini ancor più espliciti nella giurisprudenza successiva alle sentenze delle Sezioni Unite.

La sentenza della Suprema Corte n. 1465 del 21 gennaio 2009, difatti, nel definire l'abuso del diritto lo definisce apertamente come «una modalità di “aggiramento” della legge tributaria utilizzata per scopi non propri con forme e modelli ammessi dall'ordinamento giuridico»¹⁵⁶. Nella stessa direzione si muovono ancora le Sezioni Unite con la sentenza n. 15029 del 26 giugno 2009¹⁵⁷, tracciando apertamente, nella motivazione, una linea evolutiva che, partendo dalle pronunce del 2005, relative all'applicazione dell'art. 1344 del Codice civile alla materia tributaria, identifica come approdo conclusivo la teoria dell'abuso: in risposta alle argomentazioni del ricorrente, volte a

¹⁵⁵ LUNELLI, *Il Dividend washing rimesso alle Sezioni Unite: ma forse sarebbe preferibile che fosse il legislatore a ribadire le sue scelte*, in *Fisco*, 2006, p. 4396.

¹⁵⁶ Cass. n. 1465/2009, cit.

¹⁵⁷ Cass. SS.UU, 26 giugno 2009 n. 15029, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 860, con nota di CORASANITI.

sollevare il vizio di violazione dell'art. 1344 sul presupposto che le norme tributarie non siano imperative ai sensi del Codice civile, la Cassazione sottolinea come questa ricostruzione sia stata ampiamente superata dalla più recente giurisprudenza della Corte che, partendo da un'affermazione esplicita dell'imperatività (come nella citata sentenza n. 20816/2005) è poi pervenuta, a conclusione di questo percorso evolutivo, appunto alla definizione della teoria dell'abuso.

Si tratta però di una teoria dell'abuso che nulla ha ben poco a che fare con l'omologo concetto proprio del diritto civile, e che come detto affonda invece le proprie radici nelle caratteristiche del sistema comunitario; la comunitarietà del principio diventa poi essa stessa elemento centrale della sua applicazione pratica, poiché esso, in quanto principio di derivazione comunitaria, troverebbe applicazione anche nel campo dei tributi non armonizzati. In questo assunto è implicito però un errore di carattere logico prima che giuridico: per quanto il principio possa penetrare negli ordinamenti nazionali, se esso viene decontestualizzato, ossia se è applicato all'uso improprio di fonti nazionali, perde di incisività poiché vengono a mancare gli appigli normativi e regolamentari, espressione proprio dei principi di "primazia" e "dell'effetto utile", che ne costituiscono il fondamento operativo.

Questa necessaria distinzione, tra principio tendenziale e fattispecie operativa, era ben evidente nella prima fase di elaborazione della teoria, e l'incapacità di un mero principio tendenziale ad offrire soluzioni immediatamente operative era compensata dalla ricerca di strumenti giuridici in ambito civilistico: il principio dell'abuso era applicato quindi con il

supporto mediato di istituti giuridici civilistici sistematicamente coerenti. Quello che manca, nella seconda fase di elaborazione della teoria, è la giustificazione del passaggio, nella ricostruzione dell'abuso, da principio tendenziale, mediato da istituti giuridici esistenti, a fattispecie completa e immediatamente operativa, ed in quest'ottica il negarne la paternità comunitaria ed il tentare di radicare la teoria dell'abuso nel solco delle norme costituzionali non costituisce una valida soluzione: la mera collocazione costituzionale, non consente di spiegare come la fattispecie dell'abuso possa e debba operare praticamente, quali siano le regole procedurali, quale il riparto dell'onere della prova, in relazione ai suoi requisiti, e quale, soprattutto, sia l'appiglio normativo che – in mancanza di esplicite disposizioni – consente alla giurisprudenza di decretare l'inefficacia relativa dei negozi dichiarati “abusivi”.

5 - Abuso del diritto e clausola generale antielusiva

Da quanto si è detto nei precedenti paragrafi, appare evidente come la teoria dell'abuso del diritto nell'ambito tributario riveli, alla fine, elementi strutturali e funzionali per molti aspetti identici alla fattispecie di cui all'art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973, finendo con il surrogare tale norma, ed espanderne la portata, anche oltre i suoi spazi di applicazione legislativamente stabiliti e dando vita così ad una sorta di clausola generale antielusiva¹⁵⁸.

¹⁵⁸ CTR Lombardia, Sez. XIII, Sen. 4 febbraio 2008 n. 85, in *Corr. Trib.* 2008, p. 1387, con nota di FRANZÈ, *I giudici di merito riconoscono efficacia generale alle fattispecie elusive*;

Tale emersione di una teoria dell'abuso del diritto, intesa quale principio generale antielusivo immanente nel sistema, ha da un lato ed anzitutto l'evidente obiettivo di contrastare comportamenti elusivi messi in opera prima dell'entrata in vigore della norma, ovvero di specifiche norme di settore, sanzionando il comportamento all'epoca non espressamente preso in considerazione (negativa) dal legislatore mediante l'affermazione di un suo comunque esistente contrasto con un principio già all'epoca immanente al sistema stesso; da un altro lato, invece, esso si pone come strumento *ad adiuvandum*, in relazione a quelle tipologie di imposte cui il citato art. 37-bis non si applica.

La norma in esame, dettata in materia di accertamento delle imposte dirette, infatti, stabilisce che sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti; la norma prevede espressamente che, di fronte ad una fattispecie elusiva, l'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti ed applica le imposte dovute per effetto del comportamento divenuto inopponibile alla stessa.

Di fronte ad una così radicale conseguenza, tuttavia, il quarto comma della disposizione prevede precise garanzie procedurali, imponendo all'amministratore (a

FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 293.

pena di nullità dell'avviso) di instaurare il contraddittorio con il contribuente in via preventiva rispetto all'emanazione dell'avviso di accertamento, in modo che a quest'ultimo sia consentito fornire le proprie motivazioni in fase endo-procedimentale; ove poi le difese del contribuente non siano ritenute rilevanti, e l'avviso viene effettivamente emanato, è onere dell'amministrazione finanziaria prendere espressamente posizione (sempre a pena di nullità) sulla ragioni addotte in fase di contraddittorio e spiegare da dove deriva la loro insufficienza.

Nelle fattispecie sopra esaminate, in cui la giurisprudenza fa ricorso alla figura dell'abuso del diritto quale strumento per colpire, mediante la sanzione dell'inefficacia relativa, le operazioni negoziali realizzate per eludere l'applicazione di una norma fiscale, un medesimo effetto di inopponibilità dei negozi all'amministrazione finanziaria viene ottenuto senza neppure la formale applicazione della norma dell'art. 37-bis (che sarebbe invero inapplicabile), con tutte le relative cautele procedurali dianzi esposte. Il ricorso all'art. 1344 del Codice civile, ventilato dalla citata sentenza della Cassazione n. 20816 del 2005, viene accantonato poiché foriero di enormi ostacoli concettuali, in particolare concernenti la qualificazione delle norme tributarie quali norme imperative, ai sensi del Codice civile, in aperto contrasto con un convincimento solido e diffuso sia in dottrina che in giurisprudenza; la Corte di Cassazione dichiara di preferire, all'uso di una strumentazione civilistica, l'applicazione della teoria dell'abuso, descritta come espressione di un sistema di principi interno al settore tributario, mentre in realtà si limita ad applicare surrettiziamente una regola operativa identica all'art.

1344, senza sciogliere i nodi dogmatici e prima che il legislatore ne introduca una versione *ad hoc* per il sistema tributario.

È del tutto evidente che, sebbene in linea teorica sia ammissibile l'esistenza di un principio ancorato nell'art. 53 Cost. e teso a disconoscere gli effetti elusivi (o abusivi) dei negozi posti in essere dai contribuenti, la sola regola costituzionale non consente di individuarne le specifiche modalità operative: come si diceva nel paragrafo precedente, l'art. 53 deve essere letto, anche ai fini dell'individuazione dell'istituto giuridico dell'abuso, in stretta correlazione con il principio della riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione: «se infatti il principio in esame non si traduce in ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, la rettifica della dichiarazione, attraverso cui opera l'Amministrazione nella sua attività (coattiva) di accertamento, richiede, comunque, un appropriato supporto normativo da rinvenire in esplicite norme di contrasto del tipo di quella di cui all'art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973 o in quelle strettamente procedurali di cui all'art. 39 dello stesso decreto»¹⁵⁹.

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 37-bis, la teoria dell'abuso del diritto risulta palesemente sprovvista di un valido supporto normativo al quale ancorare sia la distribuzione dell'onere probatorio in merito ai suoi requisiti costitutivi, sia la necessaria procedimentalizzazione dell'agire amministrativo: in un'ottica costituzionale ed alla luce del principio di legalità, infatti, l'amministrazione finanziaria non può decidere autonomamente le modalità con le quali

¹⁵⁹ MANCA, *Abuso del diritto e principi costituzionali*, in *Fisco*, 2009, p. 366.

contestare o accertare l'abuso né gravare il contribuente della dimostrazione delle ragioni economiche delle proprie scelte negoziali. La valutazione delle ragioni economiche, sottese all'operazione negoziale, si pone, inoltre, come valutazione della qualità dell'interesse imprenditoriale perseguito, in un'ottica simile a quella, prettamente civilistica fatta propria nella sentenza sopra esaminata del 2005: per quanto l'inefficacia relativa lasci impregiudicata la validità e l'efficacia del contratto tra le parti, consegue comunque ad una penetrante valutazione sulla loro attività negoziale, ponendosi sul delicato crinale dell'autonomia contrattuale e della libertà delle scelte imprenditoriali, anch'esse espressione di valori costituzionali ricavabili dall'art. 41 della Costituzione, un'attività già di per sé delicata, tanto più ove venga a svilupparsi nella più totale assenza di indici e criteri orientativi posti dal legislatore e sulla sola base delle affermazioni della giurisprudenza.

Nella logica dell'art. 37-bis, la contestazione del comportamento elusivo avviene mediante ben definiti passaggi procedimentali, con la creazione di un contraddittorio procedimentale, nel quale l'onere probatorio gravante sul contribuente risulta attenuato: sta all'Amministrazione individuare e precisare quali aspetti delle operazioni negoziali presentino profili critici, rimanendo poi in attesa delle argomentazioni difensive prima di inoltrare il consequenziale avviso di accertamento.

Per quanto le Sezioni Unite non abbiano preso posizione in materia di riparto dell'onere della prova, la Sezione tributaria, conscia dell'evidente legame tra abuso del diritto e art. 37-bis, ha affermato che «l'individuazione dell'impiego abusivo di una forma giuridica incombe sull'amministrazione finanziaria [...]

secondo la stessa regola contenuta nell'art. 37 bis del d.P.R. n. 600/1973»¹⁶⁰.

Non è un caso che la giurisprudenza più recente, dopo il primo periodo di “euforia applicativa” si mostri ora più consapevole della pericolosità e dell’indeterminatezza dell’abuso, e della necessità di regolare in modo molto rigoroso il riparto dell’onere della prova: in questa linea si pone chiaramente Cass. 21 gennaio 2011 n. 1372¹⁶¹.

Dopo aver affermato infatti che il carattere abusivo di una determinata operazione risulta escluso soltanto dalla presenza di valide ragioni extra-fiscali, non essendo sufficiente la non riconducibilità della fattispecie concreta a quelle previste dalle specifiche norme che, in talune ipotesi, tipizzano condotte ritenute elusive, e che non è neppure necessario che lo scopo di risparmio fiscale sia esclusivo, per considerare abusiva un’operazione, la Suprema Corte statuisce chiaramente che «incombe sull’amministrazione finanziaria l’onere di spiegare, anche nell’atto impositivo, perché la forma giuridica (o il complesso di forme giuridiche) impiegata abbia carattere anomalo o inadeguato rispetto all’operazione economica intrapresa, mentre è onere del contribuente provare l’esistenza di un contenuto

¹⁶⁰ Così Cass. 25374/2008, cit.; in relazione all'onere della prova dei comportamenti elusivi, si vedano anche Cass. 13 ottobre 2006 n. 22023, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3727, con nota di BERGAMI, *Onere della prova a carico dell'amministrazione nel transfer pricing*; NICODEMO-GANASSINI, *"Transfer pricing": onere probatorio dell'elusione fiscale*, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, p. 71; MUSELLI, *Manca la prova elusiva: un "classico" nel transfer pricing*, in *Boll. trib. inf.*, 2007, p. 575.

¹⁶¹ Pubblicata, tra l’altro, in *Riv. not.*, 2011, 622 ss.

economico dell'operazione diverso dal mero risparmio fiscale».

La Corte mostra inoltre di considerare in modo differente le fattispecie “classiche” di elusione, quali i citati casi di *dividend washing* o di *dividend stripping*, o ancora di artificioso frazionamento di contratti o di anomale interposizioni soggettive, rispetto alle operazioni di ristrutturazione societaria, specie quando esse sono effettuati da grandi gruppi di imprese: in tali ipotesi, infatti, il carattere abusivo dell'operazione «deve essere escluso per la compresenza, non marginale, di ragioni extra fiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione, ma possono essere anche di natura meramente organizzativa e consistere in miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa». Del resto, come riconosce la stessa sentenza in esame, il diritto di stabilimento sancito dai Trattati comunitari comporta, secondo un costante orientamento della Corte di Giustizia, una libertà di scelta delle forme societarie sia pure dettata da ragioni esclusivamente fiscali, di guisa che appare insostenibile, sotto il profilo delle ragioni addotte dall'amministrazione finanziaria in sede di contestazione, sindacare l'operazione riorganizzativa posta in essere dalla società e spingersi ad imporne una «diversa, tra quelle giuridicamente possibili, solo perché tale misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale».

Bibliografia

AA.VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006

ALAJMO, *Intorno all'esercizio del diritto come causa esimente dell'illecito civile*, in *Giur. di merito*, 1987, I, pp. 397 e ss.

AMATUCCI, *L'abuso del diritto nell'ordinamento tributario nazionale*, in *Corr. giur.*, 2009, p 553

ANGELICI, *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 11 ss.

ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, p. 502 ss.

ARCERI, *Alcune questioni in materia di azione sociale di responsabilità ed una particolare ipotesi di conflitto di interessi*, in *Giur. It.*, 1990, I, p. 606

ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1950, pp. 169 ss.

ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.

ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 602 ss.

ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006

BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. imp.*, 2010, 41

BARASSI, *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Milano, 1930

BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1 ss.

BARDINU, *Il "dividend Washing" e l'interposizione fittizia all'esame della Corte di Cassazione*, in *Dir. e prat. trib.*, 2000, p. 1346

BASILE, «Abusi» nella costituzione di enti privati e «superamento» della personalità giuridica, in *Diritto privato*, 1997, p.235 ss.

BASSI, *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.

BEGHIN, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*, in *Riv. Giur. Trib.*, 2006, p. 223

BEGHIN, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.* 2008, p. 465

BEGHIN, *L'inesistente confine tra pianificazione, elusione e "abuso del diritto"*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1777

BEGHIN, *L'abuso del diritto tra rilevanza del fatto economico e poteri del magistrato*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 3288

BERGAMI, *Onere della prova a carico dell'amministrazione nel transfer pricing*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3727

BERGAMO, *Abuso del diritto e impugnativa del bilancio*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1890 ss.

BERTINI, *Norma e situazione nella semantica giuridica*, Milano, 1958

BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000

BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 3 - *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989

BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, pp. 5 ss.

BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli, 1960

BUONOCORE, *L'ostruzionismo degli azionisti nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 294

BUSNELLI - NAVARRETA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997

CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle Società*, Torino, 1999

CARLO, *Ancora dubbi sulle operazioni di "dividend washing"*, in *Riv. giur. trib.*, 2006, p. 882

CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 178 ss.

CAROTA, *Società per azioni e convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 849

CASALE, *Costituzione in mora, presunzione di conoscenza e abuso del diritto: spunti in tema di esecuzione dei contratti dell'impresa bancaria*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2003, p. 135 ss.

CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano, 1991

CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.

CENTORE, *L'elusione tributaria e l'imposta sul valore aggiunto*, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 420

CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1966, p. 671

CHARMONT, *De l'abus de droit*, in *Revue trim. de droit civil*, 1902, p.122 ss.

CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, 2007

CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966

COMMITTERI -SCIFONI, *Tassabili i proventi derivanti dal "dividend washing"*; in relazione all'analoga pratica del c.d. *dividend stripping*, in *Corr. Trib.*, 2005, p. 3729

CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, asseriti fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, p. 463

COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2443 ss.

COTTINO, *Diritto Societario*, Padova, 2006

D'ALESSANDRO, *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48 ss.

D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr. imp.*, 2010, 5

D'ANGELO, *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Contr. e impresa*, 2004, p. 769 ss.

DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952

DALLA MASSARA, *Tra "res iudicata" e "bona fides": le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel "quantum" della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corriere giur.*, 2000, p. 1618 ss.

DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domanda frazionata*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006, p. 251 ss.

DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, II, 828

DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967

DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corriere Giur.*, 2000, p. 1486 ss.

DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479 ss.

DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, pp. 147 ss.

DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 1997

DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso nel processo civile*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 459 ss.

DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1573 ss.

DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, trad. it. Firenze, 1950

FAGIOLI, *Abuso della maggioranza nella tutela generale dell'interesse sociale*, in *Riv. Guardia Finanza*, 2002, p. 2542

FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 293

FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche - Parte prima - Il concetto di diritto*, V ed. riv., Milano, 1996

FERRANTE, *Il concetto di diritto soggettivo e alcune sue applicazioni*, Milano, 1947

FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, Padova, 1998

FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I, p. 737

FICARI, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra "diritto" giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Boll. trib. infor.*, 2008, p. 1766

FICARI, *Clausola generale antielusiva, l'art. 53 della Costituzione e regole giurisprudenziali*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 390

FINARDI, *Il conflitto d'interessi del socio di S.r.l. e l'annullamento delle delibere assembleari*, in *Società*, 2007, p. 603

FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur comm.*, 2001, p. 421 ss.

FRANZÈ, *I giudici di merito riconoscono efficacia generale alle fattispecie elusive*, in *Corr. Trib.* 2008, p. 1387

FRANZONI, *Buona fede e equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 1999, pp. 93 e ss.

FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004

FRÈ, *Sull'esclusione del diritto di opzione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1953, II, p. 401

FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, pp. 115 ss.

FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1968.

FROSINI, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 659 ss.

GABRIELLI, *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica; per un ricostruzione generale sull'abuso del diritto tributario*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 729

GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 6 ss.

GALGANO, *Abuso del diritto: arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impresa*, 1998, p. 18 ss.

GALGANO, *Diritto Commerciale*, Bologna, 2004

GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 311.

GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss.

GAMBARO, *Abuso del diritto, II*, *Dir. comp e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, p. 1 ss.

GAMBINO, *L'abuso di potere nelle assemblee delle società per azioni*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, p. 1049

GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987

GAMBINO, *Cassazione e contrattualismo societario. Un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 334 ss.

GAROFALO, *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 629 ss.

GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 354 ss.

GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Milano, 2004

GIANONCELLI, *Contrasto all'elusione fiscale in materia di imposte sui redditi e divieto comunitario di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1297

GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963

GIUSTI, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1887 ss.

GORLA, *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Milano, 1948

GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941

GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001

GRAZIANI, *Esclusione del diritto di opzione e interesse sociale*, in *Rass. econ. del Banco di Napoli*, 1961, p. 84

GRONDONA, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 307 ss.

GROSSO, voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto romano*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 146 ss.

GUALAZZINI, voce *Abuso del diritto*, b) *Diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, pp. 161 ss.

GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1990

GUERRERA, *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, pp. 181 ss.

INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 265 ss.

JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964

JAEGER in *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI, CORSI, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329

JAEGER, *Ammissibilità e limiti dell'accordo di «cessione» del voto in cambio di «corrispettivo» (con considerazioni in merito alla c.d. «vendita del voto»)*, in *Giur. Comm.*, 1997, II, p. 327

JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 795 ss.

JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939

LA ROSA, *Sugli incerti confini tra l'evasione, l'elusione e l'assenza del presupposto soggettivo Iva*, in *Riv. dir. Trib.*, 2006, p. 619

LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996

LEVI, *Note alla traduzione di THON, Norma giuridica diritto soggettivo*, Padova, 1939

LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova, 1912

LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993

LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, p. 198

LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'"abuso" del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola*

generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte, in Dir. e prat. trib., 2007, p. 724

LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio, in Riv. dir. trib., 2009, p. 49*

LOVISOLO, *L'art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle "valide ragioni economiche" tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali, in Riv. giur. trib., 2009, p. 216*

LUCHINI, *Il voto dell'amministratore di S.r.l. in conflitto di interessi, in Società, 2007, p. 1371*

LUNELLI, *Il Dividend washing rimesso alle Sezioni Unite: ma forse sarebbe preferibile che fosse il legislatore a ribadire le sue scelte, in Fisco, 2006, p. 4396*

LUNELLI-BARAZZA, *L'abuso del diritto secondo le SS.UU. e la Sezione tributaria della Corte di Cassazione, in Corr. trib., 2009, p. 1571*

LUPI-STEVANATO, *Tecniche interpretative e pretesa immanenza di una norma generale antielusiva, in Corr. Trib., 2009, p. 403*

MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione, in Corr. giuridico, 2009, 1577*

MANCA, *Abuso del diritto e principi costituzionali, in Fisco, 2009, p. 366*

MANES, *Il superamento della personalità giuridica. L'esperienza inglese, Padova, 1999*

- MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268 ss.
- MARIOTTI, *"Dividend washing" e norme antielusive*, in *Riv. giur. trib.*, 2006, p. 9
- MARONGIU, *Abuso del diritto o abuso del potere*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 1076
- MARSAGLIA, *"Dividend washing": nullità del contratto per mancanza di causa*, in *Dir. e prat. soc.*, 2006, p. 91
- MARTINES, *L'abuso di minoranza nella società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1997, 1184 ss.
- MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006
- MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, 347
- MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987
- MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005
- MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, II, 601 ss.
- MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954
- MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, Milano, 1998, p. 1 ss.

- MOLITERNI - PALMIERI, *“Dormientibus iura succurunt”*: eutanasia dell’art. 833 c.c., in *Foro it.*, 1998, I, p. 73
- MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 89 ss.
- MONATERI, voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VI, Torino, 1990
- MONTALENTI, *L’abuso della personalità giuridica*, in *Dir. priv.* III, 1997, p. 279 ss.
- MONTALENTI, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999
- MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, 557
- MULLER-ERZBACH, *L’abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss.
- MUSELLI, *Manca la prova elusiva: un “classico” nel transfer pricing*, in *Boll. trib. inf.*, 2007, p. 575
- NANNI, *L’uso giurisprudenziale dell’“exceptio doli generalis”*, in *Contratto e impr.*, 1986, pp. 303 ss.
- NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 547
- NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, Padova, 1988
- NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943

NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.

NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, 2010, 524

NICODEMO-GANASSINI, *"Transfer pricing": onere probatorio dell'elusione fiscale*, in *Dir. e prat. soc.*, 2007, p. 71

NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003

ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.; ora pubblicato in ID., *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna, 1978

ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 129

ORSINI, *L'abuso del diritto rende l'atto inefficace: sul contribuente l'onere della prova contraria*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, p. 695

PALMIERI-PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 95

PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 125

PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 125

PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006

PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, p. 1, ora anche in ID., *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999

PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIX, Torino 1999, pp. 728 ss., ora anche in ID., *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999

PATTI, *Lacune "sopravvenute" presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, pp. 347 ss.

PELLIZZI, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 1074 ss.

PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 113

PERRUCCI, *Uso e abuso del diritto*, in *Boll. Trib. D'inf.*, 2009, p. 24

PICCOLO, *Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale*, in *Rass. Trib.*, 2006, p. 1040

PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990

PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.

PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p.161 ss.

PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006

PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Bessone, Torino 1996

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Paris 1900.

PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione" del diritto commerciale*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di MACCARONE-NIGRO, Milano, 1981, 263 ss.

PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed "exceptio doli"*, in *Giur. comm.*, 1982, I, pp. 414 ss.

PORTALE-DOLMETTA, *Recenti sviluppi nel diritto bancario italiano*, in *Vita not.*, 1991, 413

PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 3, Torino, 1993

PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006

PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964

PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 101

PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 622 ss.

RANIERI, *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1216 ss.

RANIERI, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971

RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civ.)*, VII, Torino 1991, p. 311 ss.

RENNA, *Appunti in tema di conflitto di interessi e assemblee speciali*, in *Società*, 2006, p. 1097

RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950

RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 ss.; ora in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998

RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007

RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, IV ed., Paris, 1949

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969

RONCO, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del "petitum" di condanna fondato su un'unica "causa*

petendi” o su “causae petendi” dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata, in Giur. it., 1998, p. 889 ss.

RORDORF, *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1454

ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padova 1979, ma già in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 295 ss.

SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001, 373

SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.

SANTARSIERE, *Problematiche ricorrenti circa istituti del diritto societario alla luce della riforma*, in *Giur. Merito*, 2007, p. 2913

SANTONI, *Un preteso caso di eccesso di potere in deliberazione assembleare di s.p.a.*, in *Dir. e Giur.*, 1977, p. 776

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957

SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951

SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, 560

SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 256 ss.

SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 164 ss.

SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 139

SIMONETTI, *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 479 ss.

SORRENTINO, *Dividend washing, causa "concreta" del contratto, contratti collegati e nullità per mancanza di causa*, in *Giur. It.*, 2007, p. 867

SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944

STANCATI, *Il dogma comunitario dell'abuso della norma tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 784

STEVANATO, *Le "ragioni economiche" nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 295

TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 435 ss.

TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova, 1999

TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 499 ss.

TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970

TRUBIANI, *Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 263 ss.

TURIS, *Pratiche elusive e abuso di diritto*, in *Fisco*, 2008, p. 3095

VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 2002, 1606 ss.

VENOSTA, *Note sull'"exceptio doli generalis"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, pp. 529 e ss.

VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di Garofalo, Padova, 2006

VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 148

ZIZZO, *Nullità negoziali ed elusione tributaria*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 2143

ZIZZO, *Abuso del diritto, scopo di risparmio d'imposta e collegamento negoziale*, in *Rass. Trib.*, 2008, p. 869

ZIZZO, *Clausola antielusione e capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 2009, p. 476

ZOPPINI, *Annotazioni sul regime fiscale proprio delle operazioni di "dividend washing"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1753

ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, 834 ss.

ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica*, Padova, 2002

