

INDICE

PARTE I

DIRITTO SOGGETTIVO, ILLECITO E FIGURE RITENUTE AFFINI ALL'ABUSO DEL DIRITTO

IL DIRITTO SOGGETTIVO

| | |
|---|----|
| 1.1 PREMESSA | 9 |
| 1.2 DIRITTO SOGGETTIVO: STORIA E CONCEZIONI | 12 |
| 1.3 DIRITTI SOGGETTIVI E ALTRE PREROGATIVE SOGGETTIVE | 23 |
| 1.4 L'ESERCIZIO DEL DIRITTO | 28 |

L'ILLECITO

| | |
|---|----|
| 1.5 PREMESSA | 33 |
| 1.6 LA STRUTTURA DELL'ILLECITO | 34 |
| 1.7 L'ABUSO DEL DIRITTO E LA RESPONSABILITA' CIVILE | 38 |

L'*EXCEPTIO DOLI* E ALTRE FIGURE AFFINI ALL'ABUSO DEL DIRITTO

| | |
|---|----|
| 1.8 PREMESSA | 41 |
| 1.9 L' <i>EXCEPTIO DOLI GENERALIS</i> | 42 |
| 1.10 IL DIVIETO DI <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> | 52 |
| 1.11 L'ISTITUTO DELLA <i>VERWIRKUNG</i> | 58 |

PARTE II
L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE ELABORAZIONI DELLA DOTTRINA

| | |
|--|-----|
| 2.1 PREMESSA | 65 |
| 2.2 L'ABUSO DEL DIRITTO COME PRINCIPIO ETICO O IDEOLOGICO | |
| 2.2.1 <i>Alcune significative posizioni della dottrina francese</i> | 66 |
| 2.2.2 <i>L'interpretazione proposta da Rescigno</i> | 73 |
| 2.3 ALCUNE POSIZIONI CHE NEGANO L'ABUSO DEL DIRITTO: SI TRATTA DI NOZIONE ILLOGICA, NON GIURIDICA, CHE MINA LA CERTEZZA DEL DIRITTO | |
| 2.3.1 <i>La critica di Planiol</i> | 75 |
| 2.3.2 <i>Le critiche della dottrina italiana</i> | 76 |
| 2.4 LA RICERCA DEI "REFERENTI" NORMATIVI DELL'ABUSO DEL DIRITTO | |
| 2.4.1 <i>Premessa</i> | 83 |
| 2.4.2 <i>L'abuso e l'art. 833 c.c.</i> | 84 |
| 2.4.3 <i>Alcune disposizioni codicistiche di riferimento</i> | 88 |
| 2.4.4 <i>Gli artt. 1375 e 1175 c.c.</i> | 92 |
| 2.5 L'ABUSO COME CATEGORIA CONCETTUALE | |
| 2.5.1 <i>Premessa</i> | 93 |
| 2.5.2 <i>Due contributi recenti: le posizioni di Messina e Restivo</i> | 94 |
| 2.5.3 <i>Giorgianni e l'abuso del diritto come "forma qualificativa autonoma"</i> | 102 |

LE REGOLE DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA

| | |
|---|-----|
| 2.6 PREMESSA | 105 |
| 2.7 ALCUNE BREVI PRECISAZIONI SULLA PORTATA DELLA REGOLA DI CORRETTEZZA E SULLA REGOLA DI BUONA FEDE | 106 |

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE APPLICAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA

| | | |
|--------|--|-----|
| 2.8 | PREMESSA | 113 |
| 2.9 | LA DOMANDA FRAZIONATA | 114 |
| 2.10 | L'ABUSO NEI RAPPORTI CONTRATTUALI | |
| 2.10.1 | <i>Il recesso della banca (Cass. 4538/97 e 9321/00)</i> | 121 |
| 2.10.2 | <i>Cassazione n. 15482 del 16.10.2003</i> | 125 |
| 2.11 | LA FIGURA DELL'ABUSO IN UNA PRONUNCIA SU RAPPORTI NON CONTRATTUALI | 128 |

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE SOCIETA' DI CAPITALI

| | | |
|------|---|-----|
| 2.12 | PREMESSA | 131 |
| 2.13 | L'ABUSO DI MAGGIORANZA | 133 |
| 2.14 | LA SENTENZA CASS. N. 11151/95, L'ABUSO DI MAGGIORANZA E L'ABUSO DELLA MINORANZA | 139 |

PARTE III

L'ABUSO DEL DIRITTO COME CONCETTO GIURIDICO

IL CONCETTO DI ABUSO NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.1. | PREMESSA | 147 |
| 3.2 | IL CONCETTO DI ABUSO NELLA DOTTRINA CIVILISTICA | |
| 3.2.1 | <i>Premessa</i> | 152 |
| 3.2.2 | <i>Il concetto di abuso nell'opera di Giorgianni</i> | 154 |
| 3.2.3 | <i>Il concetto di abuso nelle opere di Messina e Restivo</i> | 157 |
| 3.3 | IL CONCETTO DI ABUSO NELLA GIURISPRUDENZA | 167 |

I CONCETTI GIURIDICI NELLA FILOSOFIA E NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

| | |
|--|-----|
| 3.4 LA “POLEMICA SUI CONCETTI GIURIDICI” | 175 |
| 3.5 I CONCETTI GIURIDICI NELLA FILOSOFIA ANALITICA | 181 |
| 3.6 PER ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL CONCETTO DI ABUSO | 185 |

| | |
|-------------|-----|
| CONCLUSIONI | 189 |
|-------------|-----|

| | |
|--------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA | 201 |
|--------------|-----|

PARTE I

DIRITTO SOGGETTIVO, ILLECITO E FIGURE RITENUTE AFFINI
ALL'ABUSO DEL DIRITTO

IL DIRITTO SOGGETTIVO

1.1 PREMESSA

Come risulterà dallo svolgimento del presente lavoro, la nozione di abuso del diritto è non solo molto controversa ma, soprattutto, e prima ancora, sfuggente ed incerta nei suoi caratteri costitutivi e addirittura nella possibilità logica della sua predicabilità.¹

Tant'è che la storia delle dottrine relative all'abuso del diritto risulta 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 “cuore” del problema dell'abuso del diritto, allora il primo passo da compiere per ogni ricerca – anche quella che qui si vuole tentare – deve essere inevitabilmente quello di fare il punto su uno dei due termini essenziali coinvolti nella costruzione di questa “nuova” figura giuridica: il concetto di diritto soggettivo².

E proprio di “fare il punto” si tratta; non già di fornire una definizione allo stesso modo in cui si potrebbe enunciare il protocollo di un ragionamento ipotetico-deduttivo. “Fare il punto” nel senso di contestualizzare il concetto, far emergere la ineludibile necessità di tale contestualizzazione dato che “diritto soggettivo” è termine tutt'altro che esclusivamente tecnico e neutro,

¹ Si può fondatamente sostenere che tale incertezza risente di una sorta di peccato originale che accompagna la nascita della figura dell'abuso del diritto; essa tradizionalmente – ma forse tuttora ne risente – è chiamata a dar conto di quella che sempre è stata avvertita come una sua intrinseca e 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.

² Osserva puntualmente NATOLI U., *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».

accompagnato da una portata problematica che involge questioni contenutistiche, tecnico-formali, ideologiche.

È risaputo, e comprensibile, che di diritto soggettivo molto si è discusso e si è scritto, sotto ogni profilo, sia dogmatico che tecnico, e sempre anche con coloriture ideologiche e sentimentali³.

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 i due grandi concetti – a parere di chi scrive, il concetto di illecito, accanto e subito dopo quello di diritto soggettivo – che ad esso sono limitrofi e, di più, nella evoluzione di questo vedono messa in gioco la loro stessa essenza e funzione (in una sorta di corrispondenza biunivoca che la scienza giuridica non ha mancato di cogliere, almeno di intuire)⁴.

Volenti o nolenti, parlare di abuso del diritto e – per specifico intento programmatico – non volere fermarsi alla mera casistica o statistica, bensì affrontare il problema dell'esistenza di un vero e proprio concetto, impone di

³ «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 egli anni trenta, i quali vi contrapposero l'idea di solidarietà sociale, avviando un dibattito che a tutt'oggi non è completamente sopito»; così MONATERI P.G., voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), VI, Torino 1990, p. 411 ss.

⁴ Tale idea emerge con particolare suggestione dall'opera di GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963 (cui si farà ampio riferimento in virtù della sua peculiare impostazione; essa tratta dell'abuso del diritto abbracciando nettamente ed esclusivamente una prospettiva di teoria generale, e definendolo, con linguaggio kelseniano, "forma qualificativa autonoma", quindi struttura portante dell'ordinamento stesso.); tale Autore premette la riflessione sull'abuso a quella sul diritto soggettivo poiché convinto che la prima sia logicamente preliminare alla seconda e riveli, altresì, l'inadeguatezza delle interpretazioni tradizionali del diritto soggettivo. «Gli è che *la condizione per procedere alla elaborazione della nozione di diritto soggettivo è che si sia previamente analizzata la figura dell'abuso, cioè quella figura che della struttura della qualificazione normativa in termini di diritto soggettivo fornisce elementi da cui non è assolutamente possibile prescindere.*»

prospettare problematicamente – con anche quello di illecito – il concetto di diritto soggettivo.

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»⁵.

Niente di più vero e operativamente consigliabile di quanto sottolineato in questa considerazione.

Tuttavia, la necessaria consapevolezza della parzialità e criticità delle condizioni di indagine non toglie, anzi accentua, l'opportunità di dar conto delle fondamentali prospettazioni circa la natura, il ruolo, i caratteri del diritto soggettivo. Opportunità che risulterà in maniera "lampante" quando si affronterà la rassegna delle teorie sull'abuso e si avrà modo di riscontrare una puntuale rispondenza di ciascuna di esse ad una specifica ricostruzione teorica del diritto soggettivo.

⁵ BRECCIA U.: *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, p.68.

1.2 DIRITTO SOGGETTIVO: STORIA E CONCEZIONI

Sulla scorta di quanto suggerito nella citazione appena sopra riportata, ci si accinge a trattare del diritto soggettivo fornendo innanzitutto un punto di partenza; 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 definita posizione di vantaggio di un soggetto dell'ordinamento giuridico, il quale si trova, conseguentemente, a poter esercitare legittimamente facoltà e poteri⁶.

In particolare, peraltro, nella 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"⁷, e che quindi nella sua duplice funzione debba essere considerato.

Questa comprensiva nozione di diritto soggettivo, con i tratti, la portata, le connotazioni che oggi siamo abituati a riconoscergli, costituisce, secondo la letteratura, sostanzialmente concorde, che del tema si è occupata, frutto peculiare del secolo diciannovesimo, l'età delle codificazioni⁸.

Altrettanto risultano sostanzialmente concordi e uniformi le ricostruzioni storiche della nozione e acclarati i processi e le matrici che l'hanno prodotta.

⁶ 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 P.: *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'ultimo devono intendersi riferite le citazioni presenti in questo lavoro). Peraltro, nell'economia del presente lavoro, che mira ad adottare una chiave di lettura dell'abuso del diritto la quale presta particolare interesse alla sua natura di strumento della comprensione e giustificazione concettuale dei fenomeni giuridici, pare opportuna una disamina anche del diritto soggettivo riguardato come concetto, nella evoluzione storica della sua struttura.

⁷ GRAZIADEI M.: *Diritto soggettivo, potere, interesse* in *Il diritto soggettivo* Trattato di diritto civile (diretto da SACCO R.), Torino 2001, p.3;

⁸ «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 V., *La struttura del diritto*, Milano 1968, p. 7.

Essa incarna, appunto 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 regime⁹.

Dall'altro lato rappresenta una formula che emancipa il discorso intorno ai diritti dal tecnicismo del sapere romanistico relativo alle azioni¹⁰.

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 nonostante si possa affermare che la nozione è 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, quale sopra sommariamente indicata 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 spartire con quanto modernamente si può intendere per diritto soggettivo.

È stato autorevolmente e ripetutamente affermato¹¹ che nella tradizione dell'antichità romana (ma anche in quella greca) non c'è traccia del concetto di

⁹ Una vivace 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 G., *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.

¹⁰ Individua queste due fondamentali ragioni storiche e logiche GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., p. 12.

¹¹ «E' 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

diritto soggettivo, laddove ostano alla configurabilità di tale nozione la struttura “comunitaristica della società romana e, ancor più, la impossibilità di rinvenire nella struttura del diritto romano classico la distinzione tra posizione giuridica sostanziale e rimedio processuale, di talchè 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).

E ancora in epoca rinascimentale non è dato rinvenire le tracce 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, e autonoma e operante posizione giuridica, 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

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 M. *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996, p. 51.

netta tendenza a individualizzare la nozione di diritto naturale che accompagna la soggettivizzazione del concetto d'essere umano»¹².

Questa è la grande impostazione di fondo che costituisce l'indispensabile presupposto e terreno di coltura 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 processuale¹³.

Sono questi i primi passi della 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»¹⁴.

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

Si tratta di una posizione che conosce poi evoluzioni anche con connotati radicalmente differenti: netta è la differenza tra la nozione di diritto soggettivo

¹² LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 55

¹³ 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 P.G., voce *Diritto soggettivo*, cit., in particolare p.416.

¹⁴ LA TORRE M.: *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 57

nella sua prima formulazione debitrice del giusnaturalismo razionalista e quella del positivismo giuridico ottocentesco.

È una evoluzione nel corso della quale, pur rimanendo centrale per la dottrina giuridica e per la teoria generale del diritto e dello stato la riflessione sul diritto soggettivo, tuttavia la direzione perseguita risulta essere quella della svalutazione della sua autonomia e significatività nella costruzione dell'ordinamento delle relazioni giuridiche intersoggettive¹⁵.

Ma solo la concreta disamina delle posizioni che hanno incarnato tale evoluzione può rendere la cifra di tale evoluzione.

Tutto inizia, si è detto, con la 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»¹⁶.

Commenta La Torre: « Il fondamento sul quale si erge il diritto è visto non nella sanzione di una norma giuridica, bensì nell'esistenza del soggetto razionale, vale a dire nella stessa personalità umana».

¹⁵ E' una parabola, quella delle successive elaborazioni concettuali della nozione di diritto soggettivo sulla quale la dottrina appare sostanzialmente consolidata su posizioni concordanti; esplicita nel lavoro, già più volte citato, di LA TORRE, è la netta individuazione di tre fasi e la riconduzione ad esse delle posizioni degli autori più significativi, con particolare attenzione a quelli di cultura e tradizione tedesca. Tale tentativo di classificazione e generalizzazione del discorso è dichiarato dall'Autore stesso essere finalizzato ad un recupero della nozione stessa

¹⁶ LA TORRE M.: *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 61, laddove riporta alcuni brani tratti da DEL ROSSO F. *Saggio di diritto privato romano attuale*, Parte I, Pisa 1844, p.28

Se questa è l'alba della nozione di diritto soggettivo essa 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; 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 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 giuridico¹⁷.

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. Questo pur nella diversità delle ricostruzioni teoriche del suo contenuto; anzi, rappresenta la ragione che dà conto anche delle teorie che mirano a negare la nozione stessa. Il diritto soggettivo, in un primo momento, quindi, conserva la sua definizione di potere della volontà, ma tale espressione conosce una declinazione

¹⁷ GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, 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».

pienamente funzionale al suo collegamento con l'unica legittima ed effettiva fonte di potere: la volontà dello stato sovrano¹⁸.

Il diritto soggettivo diventa un potere di cui il soggetto dispone in quanto gli viene garantito da parte dell'ordinamento giuridico¹⁹.

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"²⁰.

Una rivoluzione inevitabile: essa costituisce il prodotto, molto efficiente 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»²¹.

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

¹⁸ GRAZIADEI, *Ibidem*, p. 13 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».

¹⁹ GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., n. 28 a p. 14. MONATERI P.G.; voce *Diritto soggettivo*, 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».

²⁰ 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 *antigiuridica*.» LA TORRE M.: *op. cit.* p.3.

²¹ GRAZIADEI M.: *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., p.13.

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”.

Ossia il diritto soggettivo viene risolto nel potere, riconosciuto a ciascun soggetto, di valersi degli strumenti processuali che l’ordinamento giuridico predispone a tutela delle relazioni interindividuali. È a Thon, soprattutto, che si deve tale elaborazione.²²

In un secondo momento è sempre all’interno della poderosa elaborazione della dottrina tedesca - nella quale si svolge particolarmente, e compiutamente, fino agli esiti 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, non ne modifica, però, la collocazione e la funzione, il suo essere intrinsecamente, necessariamente espressione del diritto oggettivo.

Si tratta della teoria del diritto soggettivo come interesse protetto giuridicamente, quindi per mezzo di 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.

È significativa questa presa di posizione, significativa anche e soprattutto alla luce della riflessione sull’abuso del diritto, il problema della quale è ugualmente la individuazione di parametri oggettivi di giustificazione delle prerogative soggettive e del loro legittimo esercizio; essa introduce un elemento significativamente diverso dalla tradizionale idea del diritto soggettivo, volto ad agganciarlo tanto alla realtà dell’esperienza dell’agire umano, quanto a criteri

²² THON A.: *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 1° ed. Bohla 1878, trad. con introd. di LEVI A.

oggettivi di valutazione delle pretese che dalla stessa realtà possono esser ricavati.

Decisamente un 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 è in tale Autore, "bipolare", «(...) 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"»²³.

Tale teoria, comunque, pur ponendosi in netta contrapposizione rispetto all'elemento volontaristico del diritto soggettivo, e del 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 scandinavi²⁴.

²³ Così FALZEA A.: *Introduzione alle scienze giuridiche*, Parte prima, *Il concetto di diritto*, V ed. riv., Milano 1996, p. 199, con ivi la citazione tratta da JHERING R.: *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, V ed., vol III, Leipzig 1906, p.359.

²⁴ 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 V., *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 V., *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, come rilevano anche opere istituzionali sul diritto soggettivo, 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 interesse ²⁵.

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 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

²⁵ Per una ampia panoramica sulla gamma delle soluzioni elaborate, con particolare riguardo alla dottrina italiana cfr. ORESTANO R. *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978, nonché MATTEI: *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano 1987, in particolare p. 248 e ss.;

concede la tutela divengono due facce della stessa medaglia, e la visione teleologica all'ordinamento sale sul palcoscenico.»²⁶

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 la 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 prassi²⁷.

Ed è proprio la possibilità di parlare del diritto soggettivo come concetto che ci consente e ci conforta nell'affrontare la analisi dell'abuso del diritto inteso come categoria concettuale, anche se, cosa si sia inteso e cosa si debba intendere per concetto giuridico è capitolo aperto, terreno di scontro, nonché oggetto dell'ultima parte del presente lavoro.

²⁶ MONATERI P.G., voce *Diritto soggettivo*, 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.

²⁷ Interessante l'osservazione svolta da GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., p.25 e ss., il quale, all'esito di un pur rapido confronto, con i sistemi di common law, nel contesto dei quali la nozione di diritto soggettivo è sì conosciuta, ma soprattutto utilizzata nelle riflessioni di teoria generale piuttosto che nella vita concreta dell'ordinamento, ritiene di poter sottolineare la pervasività della nozione stessa, invece, nel nostro sistema (dovuta anche alla sua valenza simbolica). Sembra suggerire inoltre che proprio tale pervasività e absolutezza, unitamente alla impostazione nettamente formalistica e statualistica, conducono ad erigere "contraltari" alla figura dell'abuso del diritto.

1.3 DIRITTI SOGGETTIVI E ALTRE PREROGATIVE SOGGETTIVE

Nel breve excursus svolto nel precedente paragrafo, alla ricerca delle radici teoriche, ideologiche e storiche della figura del diritto soggettivo, si è sottolineato come tale espressione, pur non sconosciuta al linguaggio giuridico, anche corrente, delle epoche precedenti sia stata utilizzata nel significato che ora le attribuiamo solamente a partire dal secolo diciannovesimo.

È solo in questo momento che, parlando di diritto soggettivo, si giunge a significare una realtà propria del soggetto, e precisamente del soggetto inserito, collocato nel sistema delle relazioni giuridiche, poi, particolarmente, delle relazioni garantite dal meccanismo dell'ordinamento statale.

Nel processo contrassegnato dalla crescente considerazione del soggetto singolo come protagonista dell'ordinamento delle relazioni giuridiche e, contestualmente, dalla crescente – fino a diventare esclusiva – espansione dello stato quale fonte di regolamentazione, il diritto soggettivo, per la sua strumentalità rispetto a questi due processi, diviene termine essenziale, costitutivo del discorso giuridico.

Accanto ad esso, ed in riferimento ad esso, si collocano e si definiscono altre nozioni, anch'esse capaci e dirette ad indicare diverse prerogative o spazi di espressione del singolo agente giuridico; alcune di lunga tradizione, altre di nuova formazione e rispondenti alle crescenti esigenze di specificazione di un sistema normativo sempre più articolato e specializzato.

Nell'economia del presente lavoro sono da considerarsi meritevoli di qualche osservazione anche queste figure, tanto ai fini di una maggiore specificazione del concetto di diritto soggettivo, quanto ai fini di una quanto più possibile completa e consapevole valutazione della figura dell'abuso del diritto.

Per cogliere appieno tutta la portata e tutte le questioni che si pongono relativamente alla categoria dell'“abuso del diritto” è apparso fecondo alle varie teorie ad esso relative interrogarsi se essa sia applicabile anche a queste altre

figure – al loro esercizio – e quali sfumature di significato essa riceva dagli esiti di tale indagine²⁸.

Innanzitutto, guardando alla storia delle teorie sull'abuso del diritto, già appare significativa la distinzione tra diritti soggettivi assoluti e relativi; è con riferimento ai primi – e al diritto per antonomasia, quello di proprietà, - che prende avvio la riflessione²⁹.

Per l'“uso” del diritto di proprietà è espressamente sancita una norma cui la dottrina ha sempre guardato come ad una espressione, una specifica tipizzazione della categoria dell'abuso e degli atti abusivi: quella che fissa il divieto degli atti emulativi.

Per la disciplina dei diritti relativi, per il loro esercizio e la loro esecuzione, il nostro codice specificamente detta le regole della correttezza e della buona fede oggettiva, le quali costituiscono, secondo il più recente, ma ormai consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, il parametro cui ancorare il riconoscimento, la ricostruzione di una fattispecie abusiva³⁰.

Altro fecondo campo di “sperimentazione” della figura dell'abuso è – e soprattutto è stato – quello dei diritti potestativi³¹; in proposito Rescigno, la cui

²⁸ Essenziale nello svolgimento di una tale indagine l'opera di Rescigno sull'abuso del diritto, la quale con grande libertà di impostazione coglie delle varie categorie di situazioni soggettive tutto e solo ciò che può rilevare ai fini di una teoria dell'abuso: «Le pagine, che attendono il lettore, faranno anch'esse ricorso a categorie “formali”: si parlerà, più avanti, delle potestà, dei diritti potestativi, dei poteri, dei diritti soggettivi in senso stretto. Vorrei spendere ancora qualche parola per giustificare l'accettazione e l'insistenza su un linguaggio che appare viziato di formalismo. Mi è parso che il riferimento a concetti e a termini consueti alla nostra esperienza rimanga utile rispetto alle potestà, ai diritti potestativi, ai poteri, ai diritti soggettivi, qualora in queste categorie possa avvertirsi una realtà sostanziale che reagisca sulla struttura formale. A considerarle attentamente, le diverse qualificazioni sembrano riguardare proprio il punto della discrezionalità o meno delle prerogative private, e quindi del controllo e della sindacabilità; ed a questi problemi, della discrezionalità e del controllo, si riconduce l'antica disputa sull'abuso. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., .59-60.

²⁹ «Eppure si sa come non sia l'autonomia privata il luogo storico delle discussioni sull'abuso. Un tempo ogni studio sulle varie possibili manifestazioni del divieto dell'abuso sarebbe stato inaugurato dal riferimento agli atti emulativi e al diritto di proprietà. Né forse sarebbero stati esplorati, se non con generici rinvii, altri territori.» BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 42-43; il riferimento va soprattutto alla tradizione francese.

³⁰ «Nel campo dei diritti di credito si tende a collegare la dottrina dell'abuso alle regole relative alla correttezza ed alla buona fede nell'esecuzione dell'obbligazione. Che il principio della correttezza valga anche per il creditore è fuor di dubbio; sembra anzi che la correttezza, come principio legislativo (art. 1175), abbia senso proprio se riferita al creditore, poiché la condotta del debitore si valuta già alla stregua della diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176).» RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p.96.

³¹ Non sono mancate, peraltro, impostazioni che hanno negato rilevanza e legittimità a qualsiasi altra categoria differente dal diritto soggettivo, ai fini di rappresentare la posizione del soggetto

opera, si è detto, oltre che rappresentare la pietra miliare della riflessione sull'abuso, si distingue specificatamente per la sua ampia articolazione in corrispondenza delle varie tipologie di prerogative soggettive, Rescigno appunto, a proposito dei diritti potestativi, sottolinea come gli stessi rappresentino l'ambito privilegiato in cui la dottrina e la pratica spiegano uno sforzo progressivo nel senso della individuazione di un limite alla discrezionalità che agli stessi è connaturata.

Egli assume a paradigma gli istituti del recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'esclusione del socio, il gradimento al trapasso delle azioni, lo sciopero, il diritto di voto del socio (una volta esclusa la sua natura di potestà, esclusa la teoria istituzionalistica della società), ma anche il diritto di azione, e individua per essi il limite dell'abuso, o meglio, l'abuso come parametro del controllo giudiziale del loro esercizio.

Ma, aggiungendo la osservazione che, per questa tipologia di prerogative, «l'abuso sembra risolversi (...) nella mancanza di una giusta causa dell'atto» e che, per i diritti potestativi, la “giusta causa” e la evoluzione della politica legislativa verso la tipicità della causa costituiscono non solo criteri di riconoscimento dell'abuso – se mancanti – ma anche strumento della sua prevenzione³².

Un settore in cui, invece, molto si è discusso circa la predicabilità della categoria dell'abuso è quello delle libertà, tema sul quale è davvero fondamentale la presa

nell'ordinamento giuridico. In proposito, con particolare riferimento alla categoria dei poteri e dei diritti potestativi, cfr. GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, pubblicato nel 1990 ma estratto da *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, I, p. 238 ss.; sostiene l'Autore che la nozione di potere come autonoma e distinta situazione soggettiva non ha ragion d'essere, nonostante la “scoperta” della categoria dei diritti potestativi l'abbia confermata e rafforzata, e ritiene preferibile descrivere le facoltà del soggetto con la sola categoria del diritto soggettivo. «Il concetto di potere come situazione giuridica va bandito da nostro vocabolario anche per un'altra ragione: non si può ottenere una nozione chiara del diritto fino a che non si libera il campo delle situazioni soggettive da questo corpo estraneo. La materia delle situazioni soggettive è limitata. Tutto ciò che viene attribuito al potere deve essere sottratto al diritto.», p.10.

³² Dalla connessione e analogia strutturale tra i diritti potestativi e la condizione potestativa, nonché dalla disposizione dell'art. 1359 c.c., l'Autore argomenta la fondatezza della “giusta causa” quale criterio di controllo giudiziale; «Il limite di ammissibilità e di validità della condizione potestativa va costituito dal carattere non meramente arbitrario che deve rivestire l'avveramento della condizione. E mero arbitrio vuol dire inesistenza di interessi meritevoli di tutela, che cercano di realizzarsi attraverso l'atto. Così si giunge a riconoscere, come criterio di validità della condizione potestativa e di liceità del suo esercizio, lo stesso criterio con cui vien sindacato l'esercizio del diritto potestativo.»

di posizione di Rescigno, a fronte della diffusa tendenza a tralasciare questo ambito, riflettendo sull'abuso³³.

Non è facile, infatti, collocare tali prerogative all'interno dei parametri del discorso sull'abuso: si tratta di prerogative per definizione "indefinite" e, in assenza di confini e di un contenuto qualificato sembra contraddittorio parlare di un loro "sconfinamento" o uso distorto. «Nell'esercizio delle libertà sarebbe solamente possibile la lesione di interessi altrui, mentre non è possibile un uso delle libertà difforme dalle ragioni della tutela legale; contro la lesione di interessi altrui basterebbe il regime della responsabilità aquiliana.».

Riconosce Rescigno «Il problema è aspro, per la difficoltà di individuare un contenuto normale di tali libertà: un contenuto rispetto al quale possa qualificarsi anormale o abusiva la condotta del soggetto.»

Anche per quanto riguarda le libertà egli prende in rassegna alcune ipotesi passate al vaglio della giurisprudenza, limitandosi a dar conto delle soluzioni proposte, ma il suo lavoro ha il merito di dare ingresso anche a queste vicende; coerentemente con la impostazione enunciata ritiene di dover dar conto, sul piano della loro effettiva ricorrenza, di ogni situazione connotata da discrezionalità.

A Rescigno va dunque il merito di avere aperto l'orizzonte alla indagine su tutte le situazioni soggettive attive, in coerenza con il suo piano di lavoro e con la sua idea di abuso.

³³ Invero la discussione sul punto è davvero "storica" e su di essa si impostano fondamentali opere della dottrina francese in tema di abuso del diritto; riferisce Breccia, n. 87 a p. 70: «Soprattutto i giuristi francesi hanno preso le mosse da un genere molto ampio: comprensivo di tutte le *prerogatives* a loro volta costituite dalle semplici libertà e dai veri e propri diritti. E si sono divisi fra coloro che hanno ammesso in tutti i casi la possibilità dell'abuso e coloro che l'hanno esclusa quando si tratti di semplici libertà.» Indica come emblematiche DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris 1952; ROUBIER P., *Droit subjectif et situations juridiques*, Paris 1963, CALAIS-AULOY V.M.T., *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit*, *Petites affiches*, 13 dicembre 1991.

Stigmatizza con poche, efficaci parole la menzionata tendenza e la difficoltà concettuale di parlare di abuso in relazione a situazioni di libertà SACCO R., *L'abuso del diritto* in *La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, Trattato di diritto civile, Torino 2001, a p.323, anch'egli richiamandosi all'opera succitata di ROUBIER. «*La generica libertà di andare e venire* – si osserva – *non verrà mai accampata come pretesto per dimostrare l'immunità di chi ha arrecato ad altri una lesione*. Solo l'invocazione di un vero diritto, ossia di una "prerogativa nettamente determinata, può creare il problema di sapere se la lesione è giustificata perché lecita, o se la liceità cessa in ragione di una protezione del soggetto leso.»

Sulla scia di questa fondamentale trattazione la dottrina prevalente si muove nel senso di una piena e matura consapevolezza di come – come si è suggerito all’inizio di questo paragrafo – una disamina ed una comparazione delle varie prerogative soggettive, quindi della loro sindacabilità in termini di esercizio abusivo, possano essere utili in quanto feconde di specificazioni, rivelatrici di peculiarità strutturali e di funzionamento del giudizio di abuso; le ritiene quindi meritevoli di uno spazio anche nel contesto di trattazioni sistematiche.

Accanto a questa presa di posizione c’è anche, però, il rifiuto di una impostazione dogmatica che imponga una rigida classificazione delle prerogative e, altrettanto dogmaticamente restringa ad alcune soltanto, o alla ricorrenza di determinati caratteri, la sindacabilità in termini di abuso.

È certo una impostazione più elastica, a parere di chi scrive dovuta ad una maggiore sensibilità e disponibilità di osservazione nei confronti del concreto svolgimento dei rapporti giuridici, che muove dal presupposto della possibilità di reprimere ogni abuso di una situazione favorevole, o comunque di vantaggio del suo titolare³⁴.

Si tratta di una impostazione forse in parte necessitata dalla osservazione della generale e sempre crescente indeterminatezza – dovuta al proliferare della legislazione speciale – dei caratteri delle situazioni soggettive attive, circostanza che necessariamente “sfuma” il problema di creare ed argomentare distinzioni e classificazioni³⁵.

³⁴ Cfr. SACCO R., *op. cit.*, p.324, il quale cita come rappresentativa di questa impostazione la riflessione di BRECCIA., *op. cit.*, (in particolare v. p.70 laddove individua come requisito minimo in presenza del quale si è legittimati a parlare in termini di abuso, l’esistenza di una situazione sorretta dalla «presunzione di liceità creata da una minima determinazione legale del comportamento di esercizio del diritto») ma sottolinea, altresì, come appunto essa sia largamente condivisa.

³⁵ Interessante, in proposito, quanto osservato da Breccia il quale – con specifico riferimento all’area dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti – afferma: «L’attualità del problema, nelle sue linee generali, nasce proprio dalla ricchezza e dalla varietà delle situazioni d’interesse che, anche al di fuori del consueto catalogo dei diritti privati di contenuto economico, affiorano alla superficie di un sistema giuridico con l’ambizione di fondarsi in un principio del diritto. (...) Proprio per questo motivo neppure è più dato immaginare che soltanto una definizione puntuale della situazione tutelata dalla legge fornisca criteri razionali di decisione.», BRECCIA, *L’abuso del diritto*, cit., p.39-40.

Sembra, però, anche una impostazione particolarmente apprezzabile, anche a prescindere dalle contingenti motivazioni che la suggeriscono, sotto il profilo metodologico e concettuale utile ai fini del presente lavoro.

Se, infatti, ciò di cui ci si propone di parlare è l'abuso del diritto come concetto, come categoria concettuale qualificativa di un peculiare atteggiamento del soggetto nei confronti delle prerogative che gli sono proprie, si abbraccia quella medesima prospettiva generale che considera ogni posizione di vantaggio in quanto tale. Senza peraltro rifiutare tutti gli approfondimenti stimolati e forniti proprio dallo studio delle particolarità delle varie situazioni.

1.4 L'ESERCIZIO DEL DIRITTO

Come già detto, si è deciso di affrontare questa prima parte del lavoro senza entrare nel merito del problema di proporre una definizione né una descrizione della figura dell'abuso del diritto.

Prima di entrare nella casistica dell'abuso del diritto, o di tentare inquadramenti concettuali, che la varietà stessa della casistica suggerisce di affrontare con molta cautela, si è ritenuto opportuno tratteggiare lo sfondo delle categorie dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive entro le quali il discorso sull'abuso intende collocarsi; prima tra tutte quella del diritto soggettivo.

Capire quali sono le nozioni, le strutture, le regole portanti dell'ordinamento giuridico è assolutamente preliminare a legittimare un discorso sull'abuso, dato il suo carattere "liminare", di critica, di criterio regolatore strutturalmente immanente all'ordinamento stesso.

In tale prima fase della nostra riflessione ci è sufficiente assumere, quindi, una definizione "provvisoria" di abuso, quella più diffusa e comunemente utilizzata, che qualifica l'abuso come condotta di esercizio di un diritto (o, comunque, di

una prerogativa soggettiva) oltre i limiti entro i quali risulta che l'ordinamento riconosce il diritto stesso come meritevole di tutela giuridica³⁶.

Se questo è il punto di partenza, è ovvia la centralità della nozione di diritto soggettivo, ma è anche evidente come si pongano all'attenzione dello studioso la questione dei limiti del diritto – che ci porterà ad interrogarci sulla nozione di illecito -, così come il profilo dell'esercizio del diritto.

Parlare di diritto soggettivo (di prerogative soggettive), come si è fatto sinora, al fine di contestualizzarlo all'interno di una riflessione specificamente dedicata all'abuso del diritto significa inevitabilmente, a quanto risulta secondo unanime e costante impostazione degli autori che si sono occupati del tema, dover partire dall'interrogarsi sul nesso che intercorre tra lo schema legale del diritto, il suo contenuto di interessi e valori, gli atti volti ad esercitare il diritto stesso.

In una prospettiva di studio dell'abuso del diritto, insomma, si rende necessario tentare un approfondimento circa il fondamentale momento dell'esercizio del diritto, che pare qui non esaurirsi nella immediatezza intuitiva e "pratica" del suo significato, ma rivelare, invece, una propria valenza sistematica e concettuale.

Si tratta, peraltro, di un approfondimento non particolarmente agevole se è vero quanto osservato da Sacco: «il giurista conosce la nozione di esercizio del diritto. Ricorrono a questa nozione il pratico e il teorico, né il significato della parola appare loro specialmente enigmatico. (...) Peraltro, una verifica attenta ad accertare che cosa sia, in modo generale, l'esercizio del diritto non è mai stata condotta; non si è tentato di edificare una nozione unitaria, né si è accertato in quali e quanti significati il termine soglia essere impiegato»³⁷.

³⁶ SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, Trattato di dir. civ. (diretto da R. Sacco), parte IV, p. 309: «da più di un secolo è stata formulata l'ipotesi seguente: che taluni atti di esercizio di diritti, in ragione del modo come l'esercizio si svolge, costituiscano abuso del diritto; che gli abusi di diritti meritino il trattamento tipico dei comportamenti illeciti; e che perciò se sono comportamenti materiali siano fonte di responsabilità extracontrattuale, e se sono atti negoziali siano colpiti da nullità»

³⁷ SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 281.

Tanto premesso, giova precisare, peraltro, che anche il tema dell'esercizio va analizzato non strettamente in riferimento al diritto soggettivo ma, in quanto estrinsecazione delle relative prerogative nel concreto mondo dell'esperienza giuridica, è opportuno piuttosto trattarne in relazione al più ampio "schema di genere" della situazione soggettiva³⁸.

Ciò non toglie che tale indagine possa e debba svilupparsi con puntuale riferimento alle sollecitazioni che vengono dalla riflessione più specifica sul diritto soggettivo.

Anche la nozione di esercizio del diritto, la sua portata, il suo significato, risente inevitabilmente del modo di intendere il diritto soggettivo, non solo nella sua struttura e nel suo contenuto, ma anche nella sua natura, di concetto o di strumento empirico, conoscibile esclusivamente per i caratteri attribuitigli dalla norma.

Interessante, in proposito, e particolarmente incisiva – anche se necessariamente sintetica per la natura stessa del contributo – la disamina svolta da Pugliatti³⁹.

Egli individua come particolarmente significative per intendere il tema due posizioni: la prima che, accogliendo il concetto di diritto soggettivo, si interessa altresì al profilo del suo esercizio e lo afferma essenziale non solo alla vita del diritto stesso ma addirittura al concetto di esso⁴⁰. Lo considera, infatti, come necessaria traduzione in atto e farsi reale della struttura potenziale del diritto.

³⁸ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 56: «se l'esercizio del diritto si compie (almeno per ciò che riguarda la possibilità di modificare o di estinguere un precedente rapporto negoziale) attraverso un negozio giuridico, e cioè attraverso un atto di autonomia (e quindi di libertà), è evidente che non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni "in corso di effetto", ed escluderne le libertà, che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni».

³⁹ PUGLIATTI S., voce *Esercizio del diritto (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, pp. 622 ss., propone una breve ma alquanto efficace rappresentazione dei profili di interesse teorico inerenti il momento della applicazione dei diritti soggettivi. Cfr. PATTI S., voce *Esercizio del diritto*, ora in ID. *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino 1999.

⁴⁰ Nell'economia pur limitata della sua riflessione Pugliatti sceglie la teoria di Frosini per illustrare un esempio di posizioni teoriche che riconoscono la complessità e la natura autonoma del concetto di diritto soggettivo. Accanto a questo autore indica, in quanto si è occupata del profilo dell'esercizio del diritto, la fondamentale opera di FINZI E. *Il possesso dei diritti*, Roma 1915 (ora disponibile in ristampa, Milano 1968).

È questa una tesi alquanto rilevante dal punto di vista del presente lavoro, la quale ha il merito di proporre di affrontare con strumenti concettuali e giuridici, attribuendogli dignità teorica, il momento dinamico, applicativo del diritto; il che parrebbe presupposto essenziale di una fondata riflessione sull'abuso.

Ma altrettanto significativi sono gli elementi che risultano dalle posizioni dottrinali che invece negano il concetto di diritto soggettivo.

Osserva Pugliatti che, con questa presa di posizione, esse sembrano escludere in radice il problema dell'esercizio dei diritti, ma che, in realtà, tale aspetto si dimostra non facilmente eludibile e, anzi, finisce per rivelarsi comunque costitutivo della riflessione sui fenomeni giuridici.

Alla tesi "solidaristica" che risolve il diritto in nient'altro che il riflesso della funzione sociale "incarnata" nella norma giuridica nei confronti degli individui, Pugliatti risponde che anche l'esecuzione spontanea della norma pone problemi e questioni assimilabili a quelli dell'esercizio del diritto, che possono essere tradotti all'interno della relativa teoria.

Alla tesi kelseniana secondo la quale la norma non attribuisce alcun diritto, soltanto si può dire che comunque si presta ad essere considerata anche dal punto di vista soggettivo; Pugliatti osserva la centralità – nell'economia di quella teoria – del meccanismo della sanzione, e sottolinea come, anche nella logica kelseniana, si ammette che il meccanismo della sanzione è azionato dalla volontà di un soggetto, che, quindi, la legge che lo prevede costituisce legge per il soggetto, un suo diritto.

Questo con la conseguenza che le tematiche relative all'esercizio del diritto si risolvono in quelle relative all'esercizio dell'azione, e ciò senza nulla togliere – anzi confermando – l'ineludibilità ma anche l'interesse teorico suscitato dal momento dinamico ed applicativo delle posizioni giuridiche del soggetto di diritto (quand'anche si contesti la categoria del diritto soggettivo, comunque si considera il soggetto inserito in una rete di relazioni giuridiche che valgono a configurare e circoscrivere la sua posizione nell'ordinamento).

Sembra, allora, che lo sforzo di comprendere e descrivere natura e funzionamento dei fenomeni giuridici non possa evitare di prendere in considerazione il momento nel quale emerge il soggetto come necessario protagonista di tale fenomeno, attore delle singole situazioni soggettive; il momento, appunto, del loro esercizio.

È lo stesso momento nel quale si colloca la problematica dell'abuso, anche se con riguardo a quest'ultimo si è molto discusso – in casi emblematici e, si può dire, “storici” – se valgano ad integrarlo condotte di inerzia, di non utilizzo della prerogativa da parte del soggetto a ciò legittimato⁴¹.

Si tratta di una discussione che – al di là delle conclusioni accolte nei singoli casi – suggerisce forse come la problematica dell'abuso emerge sì, e deve essere indagata, nel momento dell'esercizio del diritto, ma va oltre esso ed è più strutturale, riguarda la *ratio* e la natura delle prerogative soggettive, l'atteggiamento del soggetto nei loro confronti quindi la sua posizione nel sistema delle relazioni intersoggettive.

⁴¹ E' il caso della famosissima sentenza Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, ampiamente commentata da RESCIGNO nel suo *L'abuso del diritto*, cit., in particolare p. 66-67, il quale ritiene di dover in essa sottolineare – al di là del complessivo ragionamento che, a parere dell'Autore, conduce la Corte a «tradurre l'abuso nell'eccesso dal diritto, distruggendo così la formula e il problema che vi si nasconde» - l'affermazione che «possa considerarsi come abuso, in determinate circostanze concrete, il mancato esercizio, e, cioè, il non uso del diritto»

L'ILLECITO

1.5 PREMESSA

Il percorso della dottrina e della giurisprudenza volto a individuare i tratti qualificanti e a ricostruire la categoria dell'abuso del diritto, in molti punti viene necessariamente in contatto con i confini della nozione di illecito, così come sollecita il confronto con le problematiche e le dinamiche dell'ambito della responsabilità civile.

La questione dei rapporti tra nozione di abuso e nozione di illecito è largamente complicata dalla circostanza delle difficoltà teoriche e ricostruttive dalle quali nemmeno la seconda è immune; purtuttavia un cenno agli snodi concettuali essenziali, che quantomeno li evidenzia come riferimenti per lo svolgimento ulteriore della presente riflessione si impone in questa sede; se non altro perché il perdurante atteggiamento di disfavore nei confronti dell'abuso trova un argomento centrale nella asserita incompatibilità logica tra l'illecito e l'abuso⁴².

Soprattutto, però, perché anche nelle teorie che ammettono l'abuso, si avverte sempre che l'impostazione della sua trattazione comunque si colloca all'interno della scelta tra abuso come alternativa all'illecito, oppure abuso come specie particolare, specifica della categoria dell'illecito⁴³.

⁴² Oltre alla pretesa incompatibilità logica tra le due categorie, v'è chi sottolinea l'ulteriore profilo della apparente sufficienza della nozione di illecito e delle possibilità applicative del sistema della responsabilità civile. In proposito cfr. COSTANZA M., *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto* in *Giust. civ.*, 2001, p. 2443 ss., che parla di "marginalità pratica" dell'abuso del diritto in un ordinamento come il nostro dove, oltre alla elasticità concessa nella interpretazione della legge, «l'illecito non è legato alla tipicità». L'Autrice osserva inoltre che la figura dell'abuso del diritto si propone tradizionalmente come alternativa all'illecito, tuttavia risulta difficile ricostruirla e utilizzarla come alternativa effettiva tutte le volte in cui è possibile un riferimento ad una prescrizione legislativa che consenta di controllare l'esercizio del diritto alla luce della disciplina dell'illecito.

⁴³ Ad esempio, BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 6 e 7 osserva che «l'attività abusiva si distingue dalla tipica attività illecita per la complessità dell'accertamento della illiceità, poiché qui non si procede dalla constatazione in assoluto e in astratto dell'inesistenza di un diritto ma da una valutazione che si limita ad escludere la legittimità delle modalità di esercizio del diritto nelle circostanze di fatto»; <egli,

1.6 LA STRUTTURA DELL'ILLECITO

La più accorta dottrina in tema di illecito giunge attualmente ad affermare che «l'illecito aquiliano può irrevocabilmente definirsi atipico» e che la disposizione di cui all'art. 2043 c.c. non rappresenta una «norma secondaria», una «norma in bianco», che si limita, cioè, a contemplare la sanzione, ma non descrive invece la fattispecie disciplinata o tutelata, sulla base dell'assunto che le fattispecie oggetto di tutela devono essere «tipiche» in quanto necessariamente limitate al riconoscimento e, quindi, alla violazione di tipici diritti soggettivi⁴⁴.

Al contrario l'art. 2043 c.c. è norma dotata di autonomia precettiva, che si regge sulla definitiva acquisizione secondo la quale «è ormai pacifico che il danno ingiusto sia una clausola generale»⁴⁵.

È così, allora, che sembrerebbe possibile affrontare abuso del diritto e illecito non tanto come concetti in rapporto di genere a specie, bensì come categorie, piuttosto, contigue e che, per di più, sono dotate di struttura e funzione paragonabili in quanto operano in virtù del collegamento con una clausola generale⁴⁶.

dunque, chiaramente configura l'abuso come peculiare espressione della illiceità: «si tratta insomma di portare alla luce un'illeceità che può sembrare singolare o comunque originale in quanto è di fatto resa mal percepibile da una parvenza diversa, ma che, per il resto, può essere regolata in maniera non difforme sotto il profilo dei conseguenti rimedi».

Radicalmente opposta, invece, l'impostazione con cui GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit. guarda alla categoria dell'illecito e a quella dell'abuso, chè, anzi, afferma che tutte le difficoltà relative alla figura dell'abuso discendono dalla mancata consapevolezza della sua irriducibilità alla nozione di illecito. Conseguentemente egli svolge una accurata trattazione dell'ambito concettuale dell'illecito e ne propone la seguente definizione: si tratta della «qualificazione che, in termini di dover essere, viene connessa al comportamento opposto a quello normativamente qualificato come obbligatorio rispetto ad una certa situazione, e che è condizione della qualificazione di obbligatorietà riferita ad un comportamento sanzionatorio», così a p. 126.

⁴⁴ Il riferimento è a FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano 2004, in particolare p. 798.

⁴⁵ FRANZONI, *Ibidem*, p. 799. Si deve essenzialmente a RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1967 la configurazione del momento della «ingiustizia del danno» come clausola generale, alla quale sarebbe affidata la funzione di selezionare le lesioni di situazioni soggettive, costituenti violazioni del principio di solidarietà sociale.

⁴⁶ Secondo Franzoni l'abuso del diritto, così come la figura della *exceptio doli*, altro non sarebbero che «modi alternativi per designare un comportamento scorretto di uno dei soggetti o di una parte contrattuale», distinti in quanto «descrivono la buona fede riflessa in ambiti diversi o in momenti diversi del rapporto obbligatorio» ma, d'altro canto, entrambi, «non potrebbero spiegarsi se non con ricorso all'esistenza della clausola generale di correttezza e buona fede», p. 802.

Secondo Franzoni, come costitutivo dell'abuso è il riferimento alla clausola di buona fede, che lo sostanzia e consente di riconoscerlo nelle singole norme che lo esplicitano, allo stesso modo il "danno ingiusto" è la clausola generale che consente di operare alla categoria dell'illecito, alla norma dell'art. 2043 c.c., accanto alle singole previsioni espresse di fattispecie illecite.

Per quanto riguarda la struttura dell'illecito, si può dire che la relativa nozione ha avuto fondamentale rilievo nella tradizione giuridica, e che è valsa a costruire l'intero sistema della responsabilità aquiliana; è, peraltro, altrettanto vero che è stata oggetto di un dibattito e di una elaborazione tali che il contenuto di detta nozione è radicalmente mutato nel corso del tempo.

«Secondo l'opinione tradizionalmente seguita l'illiceità andrebbe riferita alla condotta dell'agente, quando sia qualificabile come colposa. In ciò, infatti, si risolveva il problema della responsabilità, nella *culpa*, posto che la *iniuria*, per interpretazione unanime, coincideva con la lesione di un diritto soggettivo assoluto: un diritto reale o un diritto della personalità. In questa logica la responsabilità civile si poneva quale reazione alla condotta moralmente e socialmente riprovevole che, in ultima istanza, finiva per ricoprire l'intera area della illiceità.

Nonostante sia mutata già da decenni la prospettiva di indagine sulla responsabilità civile, che, da reazione all'illecito, è diventata reazione al danno ingiusto, non pare che sia cambiata la definizione di illecito e di illiceità»⁴⁷.

E sarebbe appunto questo collegamento ontologico e definitorio della categoria dell'illecito con l'area della valutazione della condotta umana a determinarne il declino e la progressiva irrilevanza, posto che «si giunge ad escludere che l'illecito conservi una funzione nel sistema della responsabilità civile, poiché esso è in grado di operare prescindendovi»⁴⁸.

La preminente attenzione per il soggetto che subisce un danno ingiusto e il venir meno della colpa quale criterio esclusivo di imputazione della responsabilità,

⁴⁷ FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 37.

⁴⁸ SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito* (*dir. vig.*), in *Novissimo dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 164 ss., in particolare p. 171.

portano a concludere che «(...) il significato normativo della illiceità o di (fatto) illecito altro non possa essere che un concetto di sintesi per indicare una qualità richiesta dalla legge per tutti i fatti produttivi di danno risarcibile»⁴⁹.

Questo essenziale passaggio che prospetta come qualificante il “fatto illecito” non già una qualità della condotta umana, bensì l’ingiustizia del danno, è ciò che consente anche di parlare di atipicità dell’illecito, e di configurarlo sulla base della “clausola generale” del “danno ingiusto”⁵⁰.

È sulla base di questo esito della riflessione relativa all’illecito che si prefigura, allora, appunto quel possibile accostamento all’abuso – di cui si è detto –, fondato sui tratti del riferimento ad una clausola generale; della necessità e capacità di operare sulla base e al fine di una valutazione e comparazione di interessi giuridicamente rilevanti, nonché reso possibile dallo spostamento del baricentro della responsabilità civile sull’elemento del danno ingiusto (e dall’ampliamento dei confini di quest’ultimo)⁵¹

L’idea che la individuazione del fatto illecito, in virtù della atipicità su cui è strutturato, comporti non solo lo stretto riferimento alla lettera della legge, ma anche il necessario intervento del giudice, e con questo una valutazione comparativa degli interessi contrapposti, sulla base di canoni di valutazione desumibili da considerazioni di utilità individuale e sociale, è matura già da tempo⁵².

Escluso che la categoria dell’illecito possa essere ricondotta alla mera violazione di un diritto soggettivo, o alla violazione di regole tipiche, o alla violazione del precetto *alterum non laedere*, salvo l’esistenza di una causa di giustificazione, si

⁴⁹ FRANZONI, *L’illecito*, cit, p. 40.

⁵⁰ FRANZONI, *L’illecito*, p. 75-76: «la nozione di danno ingiusto esprime in termini di rilevanza giuridica la lesione degli interessi colpiti, mentre la nozione di “evento di danno” indica gli effetti materiali di quella stessa lesione. Entrambe le nozioni sono rilevanti per fini diversi, nondimeno si riassumono nella clausola di ingiustizia del danno, che è il primo tassello nella costruzione dell’illecito, al quale segue il risarcimento: la responsabilità costituisce la reazione al danno risarcibile».

⁵¹ FRANZONI, *L’illecito*, p. 790: «mentre per la lesione di un diritto soggettivo si ha una “inclusione sicura” nella nozione di ingiustizia, per la lesione di un interesse si ha una “inclusione condizionata” dalla valutazione sociale degli interessi in conflitto».

⁵² Cfr. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano 1970.

dovrebbe pervenire al criterio di massima per cui «l'illecito civile consiste nella violazione di specifici doveri di condotta protettivi di interessi altrui».

Criterio questo che, osserva Trimarchi, se presenta il pregio di una notevole apertura, manca però decisamente di concretezza, lasciando irrisolto il problema di determinare le regole di condotta, così come «di identificare i soggetti ai quali siano concessi i rimedi contro l'atto illecito»⁵³.

Ecco allora che il nucleo della figura risulta consistere in una valutazione di interessi: quello minacciato dalla condotta e quello che l'agente, con quella condotta, tende a realizzare; una valutazione che è compiuta prima di tutto dalla legge, nella disciplina delle singole figure di illecito, ma che anche compete all'interprete laddove si impone di integrare la disciplina legislativa incompleta o generica.

È una valutazione necessaria, un *modus operandi* obbligato dall'impostazione dell'illecito basata sul principio di atipicità e dal rifiuto del dogma della completezza dell'ordinamento; una valutazione che garantisce elasticità alla tutela del fatto illecito, in quanto impone soluzioni sulla base di criteri desunti dalle direttive economico-sociali, ma, d'altro lato, preclude una teoria generale dell'illecito⁵⁴.

Queste autorevoli interpretazioni del significato e della portata da attribuirsi nella esperienza giuridica odierna alla categoria dell'illecito civile tracciano, quindi, una strada per la configurazione dell'illecito come momento di bilanciamento di interessi, e con ciò interrogano chiaramente anche la nozione di abuso.

Se sulla base della pretesa esaustività della coppia concettuale diritto soggettivo/illecito l'autonomia della figura dell'abuso era, con prospettiva strettamente positivista, negata in radice, peraltro l'approdo ad una nozione così comprensiva, e sfuggente, di illecito impone, a parere di chi scrive, la

⁵³ Egli si dichiara consapevole, infatti, che il significato della formula definitoria così individuata «(...) è puramente negativo, poiché vale da una parte ad escludere l'esistenza di un generale dovere di non far danno ad altri, e ad escludere da'altra parte che sia illecita solo la condotta lesiva di diritti»; così TRIMARCHI, *Ibidem*, p. 97.

⁵⁴ TRIMARCHI, *Ibidem*, p. 98.

necessità di valutare se essa costituisca un sostegno o non piuttosto un ostacolo alla riflessione sull'abuso del diritto.

1.7 L'ABUSO DEL DIRITTO E LA RESPONSABILITÀ CIVILE

Quanto appena osservato circa i recenti approdi della teoria dell'illecito suggerisce che forse l'utilità di una parentesi dedicata, appunto, all'illecito, nel contesto di un lavoro sull'abuso del diritto, non risulta tanto, o comunque non solo, dalla possibilità di giungere a tracciare le relative definizioni, sul presupposto che le nozioni di abuso e di illecito possano costruirsi soltanto in un rapporto di complementarità o reciprocità.

Data la "vigenza" di tale impostazione della categoria dell'illecito, e, parallelamente, di una ricostruzione dell'abuso strettamente legata al canone della buona fede e correttezza, si è autorevolmente ritenuto che sia possibile indagare la tematica dell'abuso applicata all'ambito della responsabilità civile⁵⁵.

Il problema sotteso a tale rapporto involge gli aspetti essenziali della funzione e, soprattutto, degli effetti connessi alla figura dell'abuso.

A fronte della idea secondo cui la repressione dell'abuso del diritto non dovrebbe consistere nel trasformare in illecito un comportamento lecito, bensì, più propriamente, nel denegare effetti giuridici ad atti che, *prima facie*, sarebbero in grado di produrli⁵⁶, secondo Busnelli e Navarreta è possibile affermare l'incidenza dell'abuso sulla disciplina della responsabilità civile.

Essa non può certo provocare «un ampliamento del terreno della responsabilità civile mediante l'affiancamento alle figure comunemente riconosciute (responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva) di una nuova fattispecie,

⁵⁵ BUSNELLI F.D. – NAVARRETA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997.

⁵⁶ Così GAMBARO A., *Abuso del diritto*, II), *Dir. comp.*, in *Enc. giur.* Roma 1988, p. 1 ss., in particolare, p. 2 e 4, citando le tesi di Saleilles e Cendon.

per così dire additiva, di responsabilità che rinverrebbe, appunto, nell'abuso del diritto il suo titolo.

Né può acconsentirsi all'idea di attribuire all'abuso del diritto il ruolo di indice rivelatore della colpa o del dolo. (...)

Punto focale di incidenza dell'abuso del diritto sulla responsabilità civile è il requisito dell'ingiustizia del danno o, più precisamente, la fase concernente la sua determinazione da parte del giudice: il quale, di fronte a ipotesi sempre più complesse di danno extracontrattuale, non immediatamente decifrabili sotto il profilo dell'ingiustizia, non può trincerarsi dietro il logoro ed elusivo brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*, ma deve affrontare una delicata opera di bilanciamento di interessi contrapposti, al fine di verificare se tra i diritti in conflitto (..) ve ne sia uno (...) che è stato esercitato abusivamente; sì da trasformare il comportamento formalmente *iure* del danneggiante in un comportamento sostanzialmente *non iure*, oltre che *contra ius*, e quindi fonte di danno ingiusto»⁵⁷.

⁵⁷ BUSNELLI-NAVARRETA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 211 e 212.

L'EXCEPTIO DOLI E ALTRE FIGURE AFFINI ALL'ABUSO DEL DIRITTO

1.8 PREMESSA

Nell'affrontare il tema dell'abuso del diritto si impone di prendere in considerazione una figura che ad essa tende a sovrapporsi in molte fattispecie e in molti aspetti della disciplina, tale che a volte viene presentata come sua "concorrente" oppure, altre volte, come sua ausiliaria nell'intento di coprire con gli strumenti di volta in volta più adatti, meno forzati, la vasta gamma degli episodi in cui una affinata sensibilità giuridica ed etica avverte la necessità di varcare il confine di procedure e strutture imposte da un approccio strettamente formalistico al meccanismo della regolamentazione normativa.

Si tratta della figura dell'eccezione di dolo generale; essa ha una storia ben più risalente⁵⁸ di quella dell'abuso del diritto – invece intimamente connesso e dipendente dall'affermarsi della "prepotenza" del diritto soggettivo -, similmente a quest'ultimo, però, sembra ora costituire oggetto di un rinnovato e serrato interesse⁵⁹, tale che non può che confortare e incoraggiare,

⁵⁸Si 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 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 L. (a cura di) *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova 2006.

⁵⁹ Inizia a diventare piuttosto consistente, comunque significativa e, soprattutto, caratterizzata da sistematicità la bibliografia relativa al tema della *exceptio doli*. Si sottolineano, in particolare, le due opere più recenti che hanno affrontato una trattazione del tema di ampio respiro – vuoi per la collocazione sistematica vuoi per la prospettazione di casistica normativa e giurisprudenziale -; si tratta di MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005; e GAROFALO L., *L'eccezione di dolo generale* cit., e si rinvia alla vasta bibliografia dagli stessi riportata.

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; cita come sicuri segni del mutato atteggiamento la «consacrazione della figura in due recenti voci enciclopediche: l'una del 1991 di Filippo Ranieri per il *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, l'altra, del 1997, di Aldo Angelo Dolmetta, per l'*Enciclopedia giuridica Treccani*», nonché la sopraccitata monografia di Giovanni Meruzzi.

corrispondentemente, l'opportunità di un approfondimento anche dell'abuso del diritto.⁶⁰

1.9 L'*EXCEPTIO DOLI GENERALIS*

In realtà, ma si presenta come una costante di tutte le trattazioni dedicate a queste problematiche, non è mai agevole isolare il discorso e la riflessione su ciascuna delle varie figure che la pratica giuridica conosce e utilizza ai fini di scardinare una lettura strettamente formalistica delle vicende giuridiche.

Esse si definiscono l'una in rapporto all'altra e anche le loro trattazioni risultano inevitabilmente intrecciate.

In particolare 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.

⁶⁰ 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 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.»

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 – nella riflessione contemporanea – fare i conti con le medesime problematiche conoscitive e definitorie che interessano la figura dell'abuso del diritto⁶¹ (ma anche della frode alla legge, del divieto di *venire contra factum proprium*, etc.), e tra queste trovare la propria collocazione⁶².

Indicative di questo “debito logico” della *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.

⁶¹ Di contrario avviso sembra l'impostazione espressa da GIUSTI G, *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 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».

⁶² 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 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.» VIARO S., *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale*, cit., p.38-39.

La più ampia, e tra le più recenti⁶³, 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.»

Concorrono, dunque, 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 "doloso"⁶⁴, 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.»

Quello che di veramente peculiare, efficace e significativo costituisce il *proprium* dell'*exceptio doli* è l'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

⁶³ Il ricorso, a titolo esemplificativo, ma anche emblematico, alla definizione proposta da MERUZZI, *L'exceptio doli, op. cit.*, in particolare a pp. 429 e ss., pare sufficientemente giustificato dall'ampiezza del discorso sistematico in cui è inserita e, soprattutto, dalla puntualità e completezza del riferimento alla precedenti posizioni dottrinali sul tema. 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.

⁶⁴ Si vedrà, peraltro, più oltre, come il modo di intendere l'aspetto della doloosità o scorrettezza del comportamento sia radicalmente mutato.

invocata e nella conseguente reiezione della domanda scorrettamente o fraudolentemente proposta.»⁶⁵

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, per quanto qui interessa, stava ad indicare comportamenti posti in essere in violazione dei doveri 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»⁶⁶.

Se, del resto, la figura dell'eccezione di dolo generale ha conosciuto e conosce ora una reviviscenza tale che essa viene di nuovo autonomamente invocata nelle argomentazioni delle decisioni giurisprudenziali⁶⁷, è proprio in virtù della peculiarità del rimedio che essa offre.

La mancata ricezione della figura nei codici del 1865 e del 1942 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, cui essa si conforma non possa essere surrettiziamente espunta dalle logiche dell'ordinamento.

⁶⁵ MERUZZI G., *L'exceptio doli*, op. cit., pp. 430-431.

⁶⁶ MERUZZI G., *L'exceptio doli*, op. cit., pp. 432-433.

⁶⁷ MERUZZI G., *L'exceptio doli*, op. cit., pp. 453; l'A. 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.»

È stato efficacemente rilevato, infatti, come questa stessa istanza e questo stesso essenziale meccanismo costituiscano la ragione giustificatrice di svariate norme, le quali presiedono, in particolare, il sistema delle obbligazioni e dei contratti⁶⁸.

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*.⁶⁹

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, la collocazione.

E il perno di questa indagine si risolve nella descrizione dei rapporti reciproci tra *exceptio doli* e abuso del diritto⁷⁰.

⁶⁸ Si rinviene in MERUZZI G., *L'exceptio doli, 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 P., *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 G.L., *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*, giacché «(...) ciò che la legge vuole reprimere non è il raggirio in sé (...) bensì l'attuale tentativo di impugnazione.», p.1080.

⁶⁹ In tale senso ancora MERUZZI G., *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 nonché per i tentativi di classificazione, tre opere fondamentali sulla figura della eccezione di dolo generale: NANNI L. *La buona fede contrattuale*, Padova 1988, in particolare pp. 575 e ss.; RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, VII, Torino 1991, pp. 311 ss.; CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 613 ss., in particolare pp. 646 ss..

⁷⁰ La moderna dottrina, a quanto risulta senza eccezioni, 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 G., *L'abuso del diritto*, Milano 1993; l'A. ritiene di affermare la complementarità tra i due istituti, rilevandone la diversa matrice storica e il diverso ambito di applicazione: «Ma essa (l'*exceptio doli* ndr) 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

Questo è, probabilmente, il punto veramente problematico e capace di qualificare l'istituto.

Perché, come detto, l'elemento che fuor di ogni discussione viene riconosciuto rappresentativo dell'autonomia dell'*exceptio doli*, è dato dal 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*.

Certo 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, preliminare 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 obiettiva⁷¹.

delle obbligazioni: ciò che conta che entrambe (*exceptio doli* e *aemulatio*) abbiano come denominatore comune il fatto abusivo (o doloso) sottoposto all'apprezzamento del magistrato.

⁷¹ 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 sconfinata elaborazione e della centralità conseguentemente 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 obbligatorio di comportarsi così come "*Treu und Glauben*" impongono.»; VIARO S., *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in GAROFALO L. (a cura di), *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 42. sulla medesima questione, con felice sintesi, osserva MERUZZI G., 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.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza pressochè 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 concreta⁷².

Data la sua incontestabile centralità, al principio della buona fede oggettiva saranno dedicate più oltre alcune specifiche riflessioni; al momento torna utile esaminare quale ruolo essa svolga e abbia svolto nel lavoro di definizione dell'*exceptio doli generalis* e di una sua eventuale specificazione rispetto all'abuso del diritto.

Il consolidato orientamento nel senso di ricondurre detti istituti all'ambito della buona fede ha infatti stimolato nei sostenitori dell'autonoma rilevanza dell'eccezione stessa alcune precisazioni sistematiche di non poco conto.

Anzitutto ha condotto ad interrogarsi 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 giudice⁷³.

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.»

⁷² 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.

⁷³ L'espressione riportata è di MERUZZI G., *L'exceptio doli*, op. cit., p. 461. specificamente nel senso di affermare la rilevanza d'ufficio della eccezione di dolo generale CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, cit., p. 683 in nota 83 e DOLMETTA A.A., *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 L., *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di*

Si è parlato di rapporto obbligatorio, ma 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 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 privato⁷⁴; né mancano le voci che ritengono addirittura insoddisfacente la restrizione dell'*exceptio doli* a fattispecie di esecuzione di rapporti contrattuali⁷⁵, quantomeno se, e nella misura in cui, essa viene fatta esclusivamente coincidere con la regola di buona fede.

Soprattutto, però, la teorizzazione della “parentela” 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; ha inciso in maniera più che significativa sulla individuazione dei suoi presupposti.

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.

⁷⁴ Avendo in realtà di mira il problema della individuazione del fondamento normativo della *exceptio doli*, DOLMETTA A.A., *Exceptio doli generalis*, 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*.

⁷⁵ MERUZZI G., *L’exceptio doli*, cit., p. 459; l’A. 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 S., *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, 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 *exceptio doli generalis* la funzione di diniego di tutela che pure ne rappresenta il *proprium*, l’aspetto caratterizzante. L’A. 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 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’A. 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.

In particolare è valsa a determinare la ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'*exceptio doli*; ha portato ad abbandonare il requisito della "dolosità" o malizia del comportamento per dare invece piena centralità al rilievo della concreta e oggettiva scorrettezza⁷⁶.

Di modo che 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, 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 tanto dalla presenza dell'intento fraudolento, o dell'intento esclusivo di nuocere ad altri, tanto, 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.

La comune matrice dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli* nel principio di correttezza o buona fede oggettiva porta con sé molte questioni, potrebbe suggerire molte delimitazioni.

⁷⁶ MERUZZI G., *L'exceptio doli, cit.*, pp. 462-463; l'A., 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 di *exceptio doli*, appunto. 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 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.

Ma sembra che l'aspetto che maggiormente rileva sia che essa ha comportato una sintonia, una omogeneizzazione nella descrizione del comportamento rilevante e sanzionabile e, quindi, nei canoni utili per la sua individuazione.

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

Si deve ammettere che prima di tutto devono esserci i criteri per riconoscere e codificare le fattispecie alle quali si avverte il bisogno di reagire. Prima di tutto ci deve essere la consapevolezza dell'abuso e un adeguato strumento concettuale per riconoscerlo.

Uno strumento, sia chiaro, che non può prescindere dalle applicazioni sperimentate nella pratica e dalle sanzioni proposte, ma invece le comprenda e le spieghi.

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 – comunque storicamente si è rivelato utile – far seguire al riconoscimento dell’abuso la disapplicazione della norma invocata⁷⁷.

1.10 IL 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, si è detto, con alcuni canoni e regole che parimenti valutano il momento 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 possono e devono trovare spazio quelle ipotesi nelle quali la anormalità si configura *sub specie* della illogicità della condotta che un soggetto esplica; condotta pur capace di produrre effetti nel mondo giuridico⁷⁸.

Si tratta, in primo luogo, delle ipotesi per le quali la 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*.

Ad onor del vero anche questa figura, come tutte quelle (*l’exceptio doli*, il principio di buona fede, l’abuso del diritto, etc.) che costituiscono oggetto di riflessione del presente lavoro, 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

⁷⁷ Per un’ampia disamina di fattispecie tipizzate di *exceptio doli*, come anche di proposte di applicazione della stessa cfr. gli interventi raccolti in GAROFALO L., *L’eccezione di dolo generale*, cit.

⁷⁸ 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 F., *L’exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in GAROFALO L., *L’eccezione di dolo generale*, cit.

culla nella riflessione della dottrina e della giurisprudenza tedesche del secolo scorso (laddove la codificazione si innesta su un solido sostrato, cementato 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 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*»⁷⁹.

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 fondazione⁸⁰.

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*, come anche, si è visto, della figura della *exceptio doli generalis*.

È infatti alla dottrina tedesca che si deve la inaugurazione del modo di intendere questi istituti alla luce del principio di buona fede oggettiva, quale espresso nel fondamentale § 242 BGB, il che vale a connotarli e ricostruirli in maniera

⁷⁹ PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, cit., p. 78-79.

⁸⁰ PROCCHI, *Ibidem*, 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 appena citato di PROCCHI e ci si limita a sottolineare l'indicazione dell'A. relativa all'opera fondamentale, e storicamente la prima, inerente tale principio: RIEZLER, *Venire contra factum proprium. Studien in römischen, englishen und deutschen Civilrecht*, Leipzig 1912. In particolare modo significativa di questa opera l'individuazione e la classificazione degli specifici ambiti che invocano e legittimano l'applicazione di rimedi secondo buona fede.

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 rilevanti⁸¹.

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 contraddittorie⁸², legittimato in ciò dal principio della buona fede o, più specificamente, dal principio della tutela dell’affidamento⁸³.

Accanto a queste ricostruzioni dogmatiche del principio, che lo rivelano solidamente ancorato 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*; si può infatti affermare che esso è riconosciuto e applicato come criterio generale di condotta «se dal piano delle enunciazioni formali si passa a quello sostanziale», di tale divieto, infatti, è dato rinvenire svariate applicazioni “occulte”⁸⁴, ma non

⁸¹ PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Dig. disc.priv. – sez. civ.*, XIX, Torino 1999, pp. 728 e ss., ora anche in ID., *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 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.

⁸² Particolarmente efficace, pur se molto sintetica e formulata in una sede non specificamente dedicata allo studio della figura, 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.»

⁸³ PROCCHI, *L’exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, 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 V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990.

⁸⁴ Così MERUZZI, *L’exceptio doli*, 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*

accompagnate e supportate da un consapevole recepimento ed una conseguente adeguata elaborazione, capace di calare e coordinare tale principio con le peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano⁸⁵.

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, molto recente e molto discussa, 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 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 stabilite⁸⁶.

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

⁸⁵ MERUZZI, *Ibidem*, in particolare p. 476 ss., laddove afferma che il divieto di *venire contra factum proprium* costituisce principio riconosciuto e accolto in ambito comunitario.

⁸⁶ È il caso di Cass. 8 novembre 1984, n. 5639.

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 inseminazione.

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 1999⁸⁷, 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 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, la 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, si è detto, è tendenza

⁸⁷ 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.

consolidata in materia, ma piuttosto immanente e deducibile dal complessivo sistema normativo⁸⁸.

Obiezioni, di più radicale portata, concernenti la idoneità della fattispecie in esame ad essere inquadrata nel meccanismo del divieto, e che quindi sollecitano una precisazione sui caratteri di questo.

È stato autorevolmente sottolineato, infatti, 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»⁸⁹.

⁸⁸ Tale attitudine è stata riscontrata, nella sentenza in questione, da MERUZZI G., *L’exceptio doli*, 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 PATTI S., *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 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.»

⁸⁹ PATTI, *Lacune “sopravvenute”*, cit., p. 349.

1.11 L'ISTITUTO DELLA *VERWIRKUNG*

In stretta contiguità con il divieto di *venire contra factum proprium* viene solitamente indagata un'altra figura la quale ha ricevuto forse una maggiore attenzione ed un maggior sforzo ricostruttivo, in ogni caso ha una connotazione ben precisa ed un ambito di applicazione individuabile con sicurezza.

Si tratta dell'istituto della *Verwirkung* che, come il divieto di *venire contra factum proprium*, 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 – anche nell'ordinamento italiano, seppure con una sostanziale differenza di prospettiva, come si dirà più oltre⁹⁰.

La *Verwirkung* può essere ora compiutamente e concordemente 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»⁹¹.

Una simile definizione risulta innanzitutto debitrice – come già più volte si è avuto occasione di sottolineare in relazione a tutte le figure sin qui incontrate –

⁹⁰ In Italia gli unici contributi appositamente dedicati alla figura della *Verwirkung*, a quanto ci risulta, sono quello di RANIERI, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Padova 1971, e quello di PATTI S., *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino 1999, p. 728 ss., ora in ID., *Vicende del diritto soggettivo*, cit., p. 63 ss. (da cui si trarranno le citazioni del presente lavoro), il quale osserva che la *Verwirkung* è un prodotto della giurisprudenza tedesca e ha origini piuttosto 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».

⁹¹ PATTI, *Ibidem*, p. 63; 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».

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 e 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 frutto, peraltro, anche di una significativa tensione dialettica nella individuazione del suo fondamento dogmatico; a fronte della 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 BGB⁹².

Nella comune radice nel principio di buona fede, l'istituto della *Verwirkung* viene solitamente “apparentato”, appunto, al divieto di *venire contra factum proprium* oppure anche alla figura dell'abuso del diritto.

⁹² PATTI, *Ibidem*, 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*».

L'accostamento al divieto di *venire contra factum proprium* è tradizionale e non ha posto particolari problematiche concettuali; solamente nella nostra dottrina ha trovato una critica piuttosto radicale, che involge la legittimità stessa del ricorso al divieto di *venire contra factum proprium*.

Piuttosto ha consentito e può consentire una più articolata configurazione della struttura della *Verwirkung* e, quindi, una più sicura individuazione dei suoi tratti fondanti; se 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.

Per quanto riguarda 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, a parere di chi scrive, una conclusione valida, fondata e inevitabile ove si accolga una nozione ampia della categoria dell'abuso, da intendersi – e tentare di ricostruire – 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 ponderosa e rilevante elaborazione della *Verwirkung* nella prassi e nella dottrina tedesca non poteva non suscitare qualche tentativo di studiarne l'applicabilità anche al sistema giuridico italiano.

Peraltro, il tentativo di far emergere e rispondere alle medesime ragioni di tutela perseguite dalla *Verwirkung* anche nel nostro ordinamento, non ha trovato un principio equitativo ad essa comparabile e non ha, probabilmente, trovato il supporto di una elaborazione sufficientemente matura del principio di buona fede oggettiva; ecco dunque che l'unica opera monografica che si è cimentata in proposito⁹³ si è ritrovata a ricalcare in qualche modo i passi di quella ipotesi ricostruttiva – 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 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 diritto⁹⁴.

Tuttavia si è mostrata debole 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;

⁹³ RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit.

⁹⁴ Oltre alle due opere citate, qualche accenno alla *Verwirkung* è dato rinvenire in alcune trattazioni manualistiche, ad esempio cfr. RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1996, p. 283; TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1992, p. 125; l'istituto trova menzione anche nelle argomentazioni della giurisprudenza, ma sempre con esiti di rigetto, cfr. da ultimo 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 F., *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 di buona fede nelle discipline di carattere imperativo, quale è quella della prescrizione.

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.

PARTE II

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLA DOTTRINA E NELLA
GIURISPRUDENZA

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE ELABORAZIONI DELLA DOTTRINA

2.1 PREMESSA

Quanto agli approcci dottrinali alla figura dell'abuso, pare d'uopo sottolineare che solitamente tutte le monografie che si occupano del tema forniscono un resoconto delle precedenti ricostruzioni, danno conto dello "stato dell'arte" in materia; ciò distinguendo le ricostruzioni "storiche", ascrivibili essenzialmente alla dottrina francese da fine Ottocento alla prima metà del Novecento, dalle posizioni recepite e poi autonomamente elaborate dalla dottrina italiana, prevalentemente più recenti, sviluppatasi soprattutto sulla scia della fondamentale opera di Rescigno del 1965⁹⁵ – 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 scorso⁹⁶. Anche il presente lavoro non si sottrarrà a questo passaggio chiarificatore che, anzi, si rivela essenziale nell'economia della riflessione sull'abuso del diritto come concetto giuridico.

Ripercorrere la storia e le varie tipologie di studi sull'abuso del diritto consente di cogliere un dato che non sempre viene opportunamente evidenziato tuttavia, a parere di chi scrive, risulta particolarmente 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 della configurazione e del ruolo da attribuirsi alla figura dell'abuso.

⁹⁵ RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 e ss., e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna 1998 (edizione dalla quale, come già detto, si trarranno le citazioni per il presente lavoro).

⁹⁶ ROTONDI M.: *L'abuso del diritto. Aemulatio*, rist., Padova 1979, ma già in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 295 ss.; nonché LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova 1912.

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 dell'abuso del diritto.

Leggendovi, per l'appunto, i passi di un percorso rivolto alla configurazione dell'abuso come nozione che ha un proprio posto nell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, e che può rivelarsi capace di illuminarne le dinamiche e la ragion d'essere, si illustreranno, pur in estrema sintesi le fasi significative di esso.

A tale fine si ritiene utile, nel proporre questa rassegna delle posizioni dottrinali che hanno nel tempo costruito la figura dell'abuso del diritto, adottare un criterio che certo presta attenzione alla loro successione cronologica, tuttavia privilegia la possibilità di raggrupparle secondo il loro modo di approcciare la tematica dell'abuso del diritto.

2.2 L'ABUSO DEL DIRITTO COME PRINCIPIO ETICO O IDEOLOGICO

2.2.1 Alcune significative posizioni della dottrina francese

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 definizione⁹⁷, trovava la

⁹⁷ 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, v. MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*

più naturale e immediata espressione mediante il tentativo di introdurre nei giudizi sulle condotte giuridicamente rilevanti un criterio correttivo extragiuridico⁹⁸.

Ad illustrazione di tale assunto pare opportuno presentare le tesi di due autori francesi, in quanto oltremodo rappresentative di tale atteggiamento, oltreché significative espressioni dell'ambiente culturale a cui si deve la nascita della categoria stessa dell'abuso⁹⁹.

Alla dottrina francese si deve la prima e più massiccia elaborazione della problematica dell'abuso; non è un caso dal momento che «(...) si ritiene in generale che la figura dell'abuso sia 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

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.

⁹⁸ Secondo MERUZZI G. *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 A., *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.

⁹⁹ PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, p. 1 ss.: «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 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», p. 2.

legale e l'assolutismo dei diritti»¹⁰⁰; e forse proprio per la valenza che la figura dell'abuso assume nel paese del codice napoleonico, particolarmente esplicita è la connotazione correttiva e il riferimento extragiuridico di queste riflessioni.

In particolare, allora, 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 sostanzi, in entrambe le sunnominate 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.

Quanto alla posizione di Savatier¹⁰¹ c'è da sottolineare come essa non sia certo tra le prime ad occuparsi dell'abuso e sia relativamente recente, purtuttavia, se ha il pregio di affermare con forza la legittimità e la utilità della figura dell'abuso del diritto, d'altro canto si tratta però di una affermazione che davvero prescinde da ogni collegamento con la logica del sistema giuridico.

¹⁰⁰ MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, p. 33; v., altresì, RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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 ricognizione interpretativa delle origini e delle ragioni storiche della figura dell'abuso è largamente condivisa in dottrina, anche PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 2, 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».

¹⁰¹ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris 1951.

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 morale¹⁰².

L'Autore, ad onore del vero, 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, tuttavia questa 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 e 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" e afferma che, in relazione ad essi, non può parlarsi di eventuale abuso; ciò non significa che il loro esercizio sia insindacabile, bensì che 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, nel momento in cui travalica questi limiti non si può certo parlare di abuso bensì di illecito, 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 provoca¹⁰³.

¹⁰² 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, e 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.

¹⁰³ Savatier non è il solo autore che invoca il criterio del danno al fine della individuazione e qualificazione di una vicenda abusiva; v., 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

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: il fatto che sia moralmente un illecito lo rende per ciò solo fonte di responsabilità giuridica.¹⁰⁴

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

critica aspramente questa impostazione GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., 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 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*», *ibidem*, 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 F. D. – NAVARRETA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 ss.; in particolare a p. 204-205 osservano: «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».

¹⁰⁴ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., 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; vds. nota 54 a p. 99 e, ivi, la copiosa bibliografia citata.

al sistema normativo, il sistema delle regole morali, che assume a vero e proprio correttivo delle norme giuridiche.

In questo paragrafo, accanto alla tesi di Savatier, si intende proporre la disamina di un'altra famosa concezione dell'abuso del diritto elaborata dalla dottrina francese, quella riconducibile essenzialmente alla riflessione svolta da Jossierand¹⁰⁵ e che assume come parametro sulla scorta del quale valutare la configurabilità e la consistenza dell'abuso la funzione sociale del diritto soggettivo.

Jossierand riflette, dunque, sulla nozione stessa e sulla struttura del diritto soggettivo, con una indagine davvero ampia e approfondita che lo porta a riconoscere in ciascun diritto posto dall'ordinamento giuridico una sua propria ragione d'essere, un particolare "*esprit*" funzionale alle differenti (confligenti ma componibili) dinamiche della convivenza intersoggettiva.

Suddivide quindi i diritti soggettivi in tre essenziali categorie: quelli "*à esprit égoïste*", quelli "*à esprit altruïste*" e quelli "*non causés*", e qualifica i primi due tipi come diritti relativi, il terzo come diritti assoluti¹⁰⁶.

Una volta riconosciuto che ciascun diritto si qualifica in virtù del suo "*esprit*", Jossierand 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*"¹⁰⁷.

Più specificamente, l'*esprit* di un diritto incarna, in rapporto allo specifico contenuto della relativa norma, l'"*idéal collectif du moment*", la funzione che gli

¹⁰⁵ JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris 1939, a parere di GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, 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 Jossierand due acquisizioni fondamentali e irrinunciabili in tema di abuso 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.

¹⁰⁶ Lo stesso Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit. accoglie questa classificazione e, anzi, 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 acasuali o immotivati, «(...) i diritti cioè che si sottraggono ad ogni forma di sindacato circa i motivi e lo scopo dell'atto», *ibidem*, p.22.

¹⁰⁷ JOSSERAND, *De l'esprit de droits*, cit., p. 360.

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 sociale¹⁰⁸.

Non è difficile, a questo punto, comprendere per quale motivo si sia ritenuto di presentare, accomunate sotto il medesimo paragrafo, questa tesi e quella di Savatier; pare si possa rinvenire, 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, con forza, rivolge questa medesima critica alla opera di Josserand, 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'“*ideâl 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»¹⁰⁹ – lo identifica nella “finalità” 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”»¹¹⁰.

In realtà non pare affatto necessario approfondire la portata di tale confusione terminologica; ai fini della presente riflessione appare sufficientemente definito

¹⁰⁸ Josserand accoglie, dunque, il criterio teleologico per la individuazione dell'abuso; per i caratteri di tale impostazione v. MULLER-ERZBACH R., *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss.

¹⁰⁹ GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, 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 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.

¹¹⁰ GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p.100 e, a p. 101, parla di « trasposizione del discorso del Josserand dal piano giuridico al piano metagiuridico della “finalità” del diritto, cioè al piano della *relativité der droits*” intesa non più *epistemologicamente* come *formale*, ma *ideologicamente* come “*concept social*” inerente alla contrapposizione tra “*individualisme*” e “*socialisme juridique*”».

che, comunque, 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»¹¹¹; 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.

Si ritiene che non si possano individuare esempi più chiari di quelli appena illustrati al fine di evidenziare come, in prima istanza, il divieto di abuso trovi riconoscimento e modalità di espressione per il tramite di parametri extragiuridici, rispondenti non tanto alla *ratio* del diritto soggettivo e delle sue condizioni di utilizzo quanto a valutazioni sostanzialmente di carattere etico.

2.2.2 L'interpretazione proposta da Rescigno

La 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 delle più profonde matrici storiche e ideologiche della figura¹¹².

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

¹¹¹ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 95.

¹¹² RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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.

contraddizioni della società liberale e dell'economia capitalista, e mantenuta aperta dalla crisi sempre più acuta della società liberale e del suo sistema economico»¹¹³.

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 Josserand di Dabin o di Savatier – di voler e saper fare uso della nozione di abuso del diritto)¹¹⁴. Si tratta, *lato sensu*, della ideologia cattolica e della ideologia socialista¹¹⁵, ciascuna delle quali comporta il riferimento ad un proprio codice etico e a propri parametri di giudizio, estranei a quelli del sistema normativo.

L'aver ravvisato questo contesto storico e queste matrici ideologiche conduce Rescigno a 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»¹¹⁶,

¹¹³ RESCIGNO, *Ibidem*, p. 31.

¹¹⁴ 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 M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006, p. 33 ss.

¹¹⁵ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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 (...)».

¹¹⁶ 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 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

nell'altro caso, un “travestimento laico” del peccato sotto la forma della “riprovazione della coscienza collettiva”.

2.3 ALCUNE POSIZIONI CHE NEGANO L'ABUSO DEL DIRITTO: SI TRATTA DI NOZIONE ILLOGICA, NON GIURIDICA, CHE MINA LA CERTEZZA DEL DIRITTO

2.3.1 *La critica di Planiol*

Una impostazione del tema quale si è riscontrata nelle due posizioni dottrinali appena sopra esposte – e il significato che ad esse deve essere riconosciuto sulla scorta della lettura proposta da Rescigno – decisamente estremizza e fornisce una risposta “ideologizzata” alle istanze che pur realisticamente giustificano il ricorso alla figura dell'abuso del diritto e, conseguentemente, conduce ad una polarizzazione delle posizioni dottrinali; si può infatti fondatamente ipotizzare che se i fautori dell'abuso del diritto propugnano tesi così “aggressive” ciò rappresenti un atteggiamento di rottura rivolto alle altrettanto ferme posizioni di coloro che negano assolutamente legittimità all'abuso stesso.

Queste ultime rappresentano una opzione che percorre, si può dire sino ad oggi, costantemente, la dottrina civilistica continentale.

La prima, celeberrima, opposizione all'abuso del diritto è quella propugnata da Planiol¹¹⁷, 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

l'incensurabilità economica e l'odiosità morale, un perenne conflitto della tecnica e dell'umano”». Così RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pp.37-38, citando DABIN, *Le droit subjectif*, cit., pp. 294 e 298.

¹¹⁷ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Paris 1900.

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 – che è lo stendardo di tutti coloro che negano la categoria dell’abuso – secondo cui “*le droit cesse où l’abus commence*”¹¹⁸.

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, stante 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 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»¹¹⁹.

2.3.2 Le critiche della dottrina italiana

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

¹¹⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, cit. P. 269.

¹¹⁹ Così GIORGIANNI, p. 82, L’Autore ravvisa la medesima impostazione anche in RIPERT (RIPERT G. *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.

la giuridicità, altre, diversamente, 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 risalente¹²⁰, 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, tuttavia la sua posizione non può certo essere trascurata, sia perché all'abuso egli dedica un importante contributo, che non si sottrae, in un approfondito confronto con l'esperienza francese, ad una rilevante analisi delle sue problematiche sia perché, in qualche modo, discute la affermazione, apodittica, secondo cui abuso e diritto soggettivo vanno considerati come due termini del tutto incompatibili, che non possono essere accostati¹²¹.

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”»¹²².

¹²⁰ ROTONDI M., *L'abuso di diritto. Aemulatio*, cit.

¹²¹ ROTONDI, *Ibidem*, *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».

¹²² RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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

Simili affermazioni si comprendono alla luce del fatto che, secondo Rotondi, l'abuso è sì un fenomeno di fatto, tuttavia che si colloca in rapporto di stretta interrelazione con il sistema delle norme positive e – in modo che forse non è così distante dai principi etici e dalla funzione sociale menzionate nel precedente paragrafo – funziona in un certo senso come loro correttivo, come è stato efficacemente espresso, 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».¹²³

L'abuso, quindi, indica bensì una situazione di conflitto ma non è certo il conflitto tra un atto di esercizio di un diritto e una sua valutazione di anti giuridicità; il conflitto è invece tra la formulazione rigida e tradizionale della norma positiva e quella che Rotondi definisce la “nuova coscienza giuridica del popolo”.

Come già accennato, rispetto alle tesi elaborate dalla dottrina francese e che sopra sono state esaminate, Rotondi si colloca su un diverso piano ma forse ciò che cambia è solo, in lui, una 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»¹²⁴; un “fenomeno sociale”, quindi, 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

ineliminabile dell'esperienza”. E, opportunamente sottolinea Rescigno, viene classificato come fenomeno esterno ma non 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» (corsivi miei).

¹²³ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit. p. 107.

¹²⁴ ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., p.24.

esprimono le due obiezioni 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?»¹²⁵.

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).

Può essere utile, in proposito, prestare attenzione ad un recente contributo che – pur arrivando a sostenere tanto la legittimità che la utilità dell'abuso – non nega la sua intima contraddittorietà, anzi la assume come dato di partenza per la ricostruzione dell'abuso.

Il peculiare approccio di Restivo¹²⁶ - che più oltre sarà diffusamente presentato - si spiega con la centralità che egli riconosce alla categoria del diritto soggettivo e al suo contenuto di potere (mentre molte riflessioni sull'abuso sono sorrette

¹²⁵ BARASSI L., *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Milano 1930, p. 123; la citazione prosegue: «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».

¹²⁶ RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007.

dalla considerazione critica del diritto soggettivo e ne preconizzano il declino o, comunque, contestano la sua assoluta configurabilità come potere, osservando che ormai si deve considerare che ciascun diritto ha un contenuto, un ambito di applicazione conformato e sindacabile sulla base di precisi standard valutativi)¹²⁷; egli afferma che il diritto soggettivo è strutturalmente *agere licere*, che con l'attribuzione di un diritto l'ordinamento conferisce delle facoltà e dei poteri e che, quindi, il contenuto di un diritto è chiaramente identificabile sulla base della lettera della norma¹²⁸.

Tale impostazione lo conduce ad affermare che, in base alla struttura del diritto soggettivo, l'abuso impone di «(...) accertare se l'atto posto in essere dal soggetto sia riconducibile al contenuto del diritto stesso o se ne fuoriesca: *tertium non datur*. L'abuso è, pertanto, una ipotesi di eccesso dal diritto: né vi è una qualificazione normativa ulteriore rispetto all'alternativa tra esercizio del diritto ed eccesso dal diritto. (...) Questa contraddizione logica che attraversa la categoria dell'abuso, e affatica chi si sforza di indagarla, rappresenta plasticamente la ricaduta su un piano dogmatico delle tensioni dalle quali questa categoria del pensiero è sorta»¹²⁹.

¹²⁷ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 34, osserva come – 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 superstita 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 allorché il diritto viene trasformato, *tout court*, in funzione sociale». Cfr. SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1957, p. 77, 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 diritto e, in quanto tali, si intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali».

¹²⁸ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 63, «Non appartengono invece al contenuto del diritto soggettivo né la volontà, che attiene al piano del suo esercizio, né l'interesse: la posizione di interesse del soggetto, infatti, rileva sul piano della fattispecie a cui l'ordinamento ricollega, quale effetto, l'ascrizione di un diritto».

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 77-78

Con queste affermazioni l'Autore si colloca sulla scia di una impostazione sostanzialmente "tradizionale" del tema dell'abuso, secondo la quale si tratta di rinvenire limiti al contenuto del diritto più che di concentrare l'attenzione sul momento dell'esercizio del diritto stesso; ciò non gli impedisce – come si è accennato e come si vedrà diffusamente più oltre – di svolgere una analisi che arriva ad affermare la piena autonomia concettuale dell'abuso¹³⁰, ma interessava qui sottolineare la persistenza dell'obiezione fondata sulla pretesa contraddittorietà di abuso e diritto¹³¹.

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 diritto¹³².

Il 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 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,

¹³⁰ *Ibidem*, p. 79, «L'abuso, si è detto, è una speciale ipotesi di eccesso dal diritto. Ma questa affermazione coglie solo parzialmente la realtà che la vicenda dell'abuso evoca. Rispetto ad ogni altra ipotesi di sconfinamento dai limiti fissati alle prerogative riconosciute al soggetto, l'abuso presenta una peculiarità che giustifica la sua costruzione come categoria autonoma: "l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto". Abusare del diritto è come coprire dell'apparenza del diritto un atto che non si ha diritto di compiere. Ciò dimostra "la singolarità del fenomeno dell'abuso, e quindi la necessità di una sua autonoma e specifica valutazione rispetto alle altre ipotesi in cui si abbia un puro e semplice sconfinamento dai limiti del diritto"».

¹³¹ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 56, «Abbiamo detto che la sola prospettiva utile del problema è la prospettiva storica, attraverso la quale si possono apprendere il significato e le ragioni di una costruzione che resta formalmente estranea, anzi intimamente contraddittoria rispetto al sistema giuridico positivo».

¹³² Si deve a MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1950, la 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 renderebbe malsicura l'esercizio del diritto soggettivo», p. 138.

quindi, «(...) il potere di creare, di volta in volta, i limiti all'esercizio del diritto ulteriori a quelli espressi, positivamente, dalla legge»¹³³.

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 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 diritto¹³⁴.

¹³³ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 111. Anche RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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 T., *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi dir. comp. e in tema di interpretazione*, Milano 1952).

¹³⁴ MESSINA, *Ibidem*, 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"».

2.4 LA RICERCA DEI “REFERENTI” NORMATIVI DELL’ABUSO DEL DIRITTO

2.4.1 Premessa

Se sino a questo punto dell’indagine – e come anche si farà in seguito – sono state presentate le posizioni di singoli autori, le cui riflessioni sull’abuso possono essere assunte come emblematiche dei primi, fondamentali, approcci allo studio di questa categoria, ora, invece, si intende accogliere una prospettiva in parte differente.

Si intende, cioè, compiere una breve rassegna dei riferimenti normativi che i vari autori richiamano a sostegno delle loro ricostruzioni della categoria dell’abuso.

Negli autori che ne riconoscono l’esistenza e la validità, infatti, la esigenza – che nel tempo appare sempre più urgente – 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.

Si tratta di un *modus procedendi* che caratterizza ogni trattazione, a prescindere da come poi la figura dell’abuso venga classificata e collocata; esso si sostanzia, di fatto, nel tentativo di individuare alcune disposizioni che si ritiene codifichino singole fattispecie abusive, ovvero risultino ispirate alla medesima *ratio* che informa il divieto di abuso.

In questo paragrafo si intende presentare una rassegna esemplificativa dell’interesse che gli interpreti che si occupano dell’abuso del diritto rivolgono agli indici normativi della sua sussistenza.

2.4.2 L'abuso e l'art. 833 c.c.

Ad onor del vero quello tra la nozione di abuso del diritto e la disposizione di cui all'art. 833 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'abuso¹³⁵, e il conseguente divieto degli atti emulativi (che trova codificazione 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 diritto¹³⁶.

Tradizionalmente l'idea - se pure non certo una consapevole dottrina - dell'abuso, inteso come uso genericamente "anormale", "abnorme" del diritto, si

¹³⁵ Significativa, in tal senso, la lettura proposta da MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà. (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 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».

¹³⁶ L'indagine affrontata da MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, 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, *L'abuso del diritto*, cit., prende invece le distanze dalla categoria del divieto 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».

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'ordinamento¹³⁷.

È nel diritto intermedio che inizia una compiuta elaborazione della categoria degli atti emulativi¹³⁸; essa conosce una sempre crescente specificazione fin quasi alla età delle codificazioni, tramite, soprattutto, 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 individualista¹³⁹.

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.

¹³⁷ GROSSO G., voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, pp. 161 e ss.. MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005; « 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», 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.

¹³⁸ GUALAZZINI U., voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958, pp. 161 e ss. Afferma l'Autore: « E' 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.

¹³⁹ MERUZZI, *L'exceptio doli*, 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, 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».

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 1942¹⁴⁰ - la formulazione di una norma di carattere generale sul principio del divieto di abuso, preferendo la previsione di regole specifiche 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 così individuati in un elemento oggettivo, consistente nel difetto di un qualunque interesse e vantaggio in capo al titolare del diritto; un elemento soggettivo dato, dall’intenzione di nuocere, dall’esercizio del diritto ispirato a soli scopi maliziosi e riprovevoli.

Senonchè il riferimento all’art. 833 c.c è stato 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 presto avverte 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, anormale¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr. PATTI S., voce *Abuso del diritto*, cit., p.3; nonché VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, cit., p. 12 ss., ove riportato anche il testo dell’articolo e della relazione del Guardasigilli.

¹⁴¹ Si è talora ritenuto – a prescindere dallo schema degli atti emulativi - che la 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 la 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,

Invero , negli anni sessanta – con la famosa sentenza Cass. 15 novembre 1960, n. 3040¹⁴², 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* che la totale assenza di utilità, per il proprietario, dell’atto compiuto¹⁴³.

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 come strumento inefficace a reprimere gli abusi proprietari e, quindi, sostanzialmente disapplicato¹⁴⁴.

come sottolinea MERUZZI, *L’exceptio doli*, 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».

¹⁴² Pubblicata in *Foro it.*, 1961, I, c. 256, con nota di SCIALOJA A., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*.

¹⁴³ Cfr. LEVANTI S., *Abuso del diritto*, nella rivista *on line Diritto & Diritti*, 2001, p. 19 ss.

¹⁴⁴ 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 20.10.1997, 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

2.4.3 Alcune disposizioni codicistiche di riferimento

Mancando nel nostro ordinamento una norma che esplicitamente vieti l'abuso, quelle posizioni che intendono affermarlo e, soprattutto, 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 arbitraria»¹⁴⁵.

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 normativo¹⁴⁶.

Invero in alcune ipotesi si è ritenuto di rinvenire 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

proprietario, coincidente con il risparmio di spese e energie necessarie per la potatura. Appare chiaro che tale speciosa interpretazione non lascia spazio ad una valutazione di correttezza e normalità dell'esercizio delle facoltà proprietarie. Tale orientamento è stato decisamente contestato in dottrina, vds. MOLITERNI A.-PALMIERI A., *"Dormientibus iura succurunt": eutanasia dell'art. 833 c.c.*, nota alla sentenza sopracitata in *Foro it.*, 1998, I, p.73; vds., altresì, PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., per una differente proposta ricostruttiva dei presupposti applicativi dell'art. 833 c.c..

¹⁴⁵ BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, 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 G., *L'abuso del diritto*, Milano 1993.

¹⁴⁶ 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 U., *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.)vsi 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, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 69 ss.

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 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 divieto¹⁴⁷.

In realtà ha facile gioco la dottrina a dimostrare che l'analisi non può basarsi sulle formulazioni terminologiche impiegate dal legislatore chè, anzi, le due norme citate offrono invece spunto per comprendere che cosa abuso non è, trattandosi invece di vero e proprio illecito.

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 e 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 disponibilità della cosa ma non vi è alcun corrispondente potere giuridico, alcun

¹⁴⁷ Tra questi, ad esempio, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8^aed., Milano 1954, I, pp. 137-138.

diritto di cui si possa abusare¹⁴⁸; 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 attribuisce¹⁴⁹.

C'è chi si è soffermato sulla considerazione che il nostro ordinamento rivolge alla minaccia dell'esercizio del diritto, sostenendo che, con la disciplina dettata dall'art. 1438 c.c.¹⁵⁰, 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»¹⁵¹. 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

¹⁴⁸ 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 M., *L'abuso della potestà sui figli*, in *Dir. priv.*, III, 1997.

¹⁴⁹ SACCO R., *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.

¹⁵⁰ «La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti».

¹⁵¹ BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p.14. In tal senso anche NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit.

la fattispecie risulta essere, dunque, quella di uno sviamento dall'interesse tutelato»¹⁵².

Anche Rescigno – nell'importante contributo più volte ricordato – mostra di attribuire particolare importanza alla 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 art. 1345, 1355 e 1359 c.c.; la prima disciplina la rilevanza del motivo illecito nel contratto, le altre due riguardano peculiari aspetti della disciplina della condizione, tuttavia possono essere utilmente accostate nella misura in cui tutte fanno emergere la centralità – per la individuazione e sanzione dell'abuso – della valutazione della causa dell'atto e degli interessi meritevoli di tutela¹⁵³.

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"¹⁵⁴ 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»¹⁵⁵.

Ugualmente, anche la norma dell'art. 1355 c.c. appare all'Autore destinata a segnare un limite all'autonomia privata, desumendone la necessità, per la efficacia dell'atto, della presenza di un interesse meritevole di tutela. Si tratta,

¹⁵² RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 276, ove anche riferimento alla posizione della giurisprudenza sul problema dell'ingiustizia del vantaggio perseguito.

¹⁵³ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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».

¹⁵⁴ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 107.

¹⁵⁵ RESCIGNO, *Ibidem*, cit., p.135.

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»¹⁵⁶.

Infine, dall'art. 1359, che contempla la cosiddetta finzione di adempimento della condizione, invece, Rescigno deduce 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.»¹⁵⁷.

Sono, questi, solamente alcuni degli esempi che si possono portare circa l'impegno della dottrina nel rinvenire le testuali applicazioni, nel codice civile, della *ratio* sottesa al divieto di abuso del diritto. Essi comunque consentono di dare evidenza ad un carattere decisivo delle riflessioni relative all'abuso del diritto, ossia la consapevolezza della necessità di rendere ragione della giuridicità dell'abuso e, quindi, di ancorare al dato positivo il criterio di giudizio di cui esso si avvale.

2.4.4 Gli artt. 1375 e 1175 c.c.

È peraltro indiscutibile che, oggi, ogni riflessione sull'abuso del diritto venga svolta con riferimento alle fondamentali norme degli artt. 1175 e 1375 c.c.. anche la giurisprudenza, come si vedrà, utilizza praticamente sempre assieme la categoria dell'abuso e i parametri di giudizio offerti dalla clausola di buona fede e correttezza; e anche 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

¹⁵⁶ RESCIGNO, *Ibidem*, p. 109.

¹⁵⁷ RESCIGNO, *Ibidem*, p. 135.

“ragioni di una distinzione”, come in alcune recenti prese di posizione¹⁵⁸, vuoi al fine di chiarire in quale modo e secondo quale accezione il divieto di abuso trova il proprio fondamento giuridico nelle succitate norme¹⁵⁹.

La centralità della tematica in relazione alla figura dell’abuso e l’ampiezza delle problematiche connesse alla configurazione della clausola di correttezza e buona fede suggeriscono, però, di dedicarvi apposita trattazione.

2.5 L’ABUSO COME CATEGORIA CONCETTUALE

2.5.1 Premessa

La indagine sugli indici normativi dell’abuso è un tratto, costante nel tempo, della riflessione sull’abuso: alcuni contributi, anche recenti, sembrano, invece, porre decisamente minore attenzione a questo aspetto, per sottolineare, piuttosto, che il riferimento alle singole norme ispirate alla *ratio* del divieto di abuso rappresenta un momento necessario per capire che cosa esso sia e con quali modalità possa operare, ma allo stesso tempo non sufficiente a giustificarne *tout court* l’esistenza e la giuridicità, se non a pena di compiere un salto logico.

Se, infatti, dedurre l’esistenza del principio dall’esame di determinate norme può essere un procedimento speculativo necessitato dall’esigenza di dare un

¹⁵⁸ V. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., così intitola un paragrafo del suo lavoro.

¹⁵⁹ MERUZZI, *L’exceptio doli*, 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 previdente Codice, dagli autori più sensibili alle esigenze di repressione dei comportamenti abusivi e del tutto prevalente nella dottrina attuale».

fondamento positivo e una risposta di primo momento alle applicazioni concrete del divieto di abuso, non è, però, un atteggiamento che conduce ad una comprensione sistematica della natura e della funzione dell'abuso nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive.

Si presenteranno, allora, due recenti monografie sull'abuso del diritto, le quali, appunto, si caratterizzano per un approccio al tema che, valutando l'abuso strettamente entro i confini della piena giuridicità del criterio di giudizio che esso comporta, al contempo palesano l'esigenza di affrancarsi dalla necessaria soggezione al modello di una norma o di una clausola generale, per affermare che quella di abuso è una vera e propria categoria concettuale.

Si presenterà, altresì, posizione sostenuta da Giorgianni, seppure da una prospettiva del tutto peculiare, considera anch'esso l'abuso come una autonoma categoria, «una qualificazione giuridica irriducibile ad alcuna di quelle tradizionalmente note, e più precisamente una qualificazione giuridica di “contrarietà al diritto” (secondo la nota espressione del Planiol) ben distinta dalla qualificazione in termini di illecito»¹⁶⁰.

Si ritiene che queste posizioni siano particolarmente significative per la tesi che si intende argomentare nel presente lavoro, e siano meritevoli di puntuale menzione; ciò, peraltro, senza pretesa di trarre conclusioni, che saranno oggetto dell'ultima parte del lavoro.

2.5.2 Due contributi recenti: le posizioni di Messina e Restivo

Come già detto queste riflessioni sull'abuso del diritto rilevano – ai fini del presente lavoro – non tanto per le soluzioni ricostruttive proposte, quanto in virtù della consapevolezza relativa al ruolo e alla funzione cui la figura dell'abuso è chiamata.

¹⁶⁰ GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 328.

In Messina¹⁶¹ 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.

Una scelta sorretta dalla consapevolezza di tutti i distinguo che tale categoria oggi comporta e di come, addirittura, si possa dire che «(...) la distinzione tra situazioni giuridiche cd. attive e cd. passive acquista più un carattere descrittivo che ricostruttivo, e, se pur pregevole ai fini esemplificativi, disvela la sua limitatezza quanto alla esatta ed esauriente comprensione delle situazioni giuridiche, giammai connotate di mera posizione attiva, di mero vantaggio»¹⁶², come già anche in questa sede si è avuto modo di spiegare.

Purtuttavia, si deve riconoscere che 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. Sicchè, l'attribuzione di poteri per la realizzazione di codesti interessi prevede e postula: da un lato la meritevolezza dell'interesse(...); dall'altro, la necessità che vi sia effettuale congruenza tra esercizio del potere e interesse per la realizzazione del quale il potere è stato costituito.»¹⁶³

Questa essenziale riflessione sulle prerogative soggettive, sulla *ratio* della loro tutela da parte del sistema normativo e, quindi sulla centralità dell'interesse¹⁶⁴, fissa i passaggi logici indispensabili e sufficienti a definire la nozione di abuso:

¹⁶¹ MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli 2003.

¹⁶² MESSINA, *Ibidem*, p. 165.

¹⁶³ MESSINA, *Ibidem*, pp.166-167

¹⁶⁴ L'Autrice sottolinea in particolare modo la centralità dell'interesse e mette in evidenza come essa sia in nuce, sottesa già alle più significative elaborazioni della dottrina francese di inizio secolo.

«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 privato¹⁶⁵, nell'esercizio del diritto riconosciutogli, si discosti dall'interesse ad esso sotteso e che lo giustifica»¹⁶⁶.

Si tratta di una conclusione assunta pressoché esclusivamente sulla scorta di una determinata visione dell'ordinamento giuridico, anche se pienamente consapevole delle acquisizioni di una più che secolare dottrina così come dei “paletti” rinvenibili nel nostro sistema normativo.

La 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 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

¹⁶⁵ L'Autrice sottolinea 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.

¹⁶⁶ MESSINA, *Ibidem*, p.168.

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»¹⁶⁷.

Se può essere concesso in qualche modo riassumere, al fine di rendere icasticamente, il nucleo teorico del ragionamento svolto da Messina allora 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 del sistema normativo, bensì come una garanzia interna, strutturale, della sua genuina esplicazione.

* * * * *

Un secondo contributo, ancora più recente¹⁶⁸, rivela la medesima impostazione sistematica del tema dell'abuso e 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, 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

¹⁶⁷ MESSINA, *Ibidem*, p. 148.

¹⁶⁸ RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007.

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.

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, si è visto, costituisce per la dottrina tradizionale la più inconciliabile con il riconoscimento del principio del divieto di abuso; «Questa diversa prospettiva è stata il ponte di passaggio verso una nuova concezione del diritto soggettivo.(...) Ora, il rapporto tra il soggetto e la norma (*melius*: tra il soggetto e la fattispecie astratta descrittiva di un determinato comportamento) può atteggiarsi in due modi, perché due sono le valutazioni che esauriscono ogni possibile giudizio dell'agire umano. In particolare, detto rapporto esprime un giudizio di liceità, e dà luogo ad un diritto soggettivo, quanto la norma consente al soggetto tanto l'assumere, quanto il non assumere quel comportamento».

Ma, invece, questa visione dell'ordinamento – e del diritto soggettivo – nulla toglie, in nulla pregiudica la centralità del tema dell'abuso; anzi, l'Autore decisamente rifiuta di trattarlo come realtà extragiuridica, come fenomeno sociale che il giurista deve limitarsi ad evidenziare perché costituisca guida al legislatore (come, invece, aveva autorevolmente sostenuto Rotondi), e neppure ritiene soddisfacente un approccio esclusivamente storico, che guardi all'abuso del diritto come il principio che, appunto, 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"¹⁶⁹.

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 – che pure ha l'innegabile pregio e produce il fondamentale risultato di porre in evidenza quali istanze, quali prerogative soggettive, quali dinamiche dell'ordinamento l'abuso coinvolge – 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, sopra tutte 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»¹⁷⁰.

Tanto precisato circa questi due equivoci che, ove accolti come esclusivo metodo di approccio, conducono inevitabilmente la dottrina ad una rappresentazione parziale, incompleta, della figura dell'abuso, la summenzionata prospettiva

¹⁶⁹ 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 dogmatico di interpretazione del diritto vigente: se così fosse, si ridurrebbe ad un capitolo della teoria della responsabilità civile», RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, 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, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., pp. 66-67.

¹⁷⁰ Così RESTIVO, *Ibidem*, p. 74, v. anche, p.73 l'accento alla distinzione tra atti emulativi e regola di buona fede e argomenta con quanto detto più avanti in relazione a ciascuno dei due

“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’abuso¹⁷¹.

L’abuso del diritto è una 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»¹⁷².

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 essenzialmente in virtù di due caratteri importanti; essa rappresenta uno sviamento dall’interesse sotteso alla norma, attribuisce quindi assoluta centralità al momento dell’interesse, essa implica un criterio di rilevazione assolutamente peculiare, che non può essere esclusivamente logico-formale¹⁷³

¹⁷¹ «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 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, *Ibidem*, p. 80.

¹⁷² RESTIVO, *Ibidem*, p.81.

¹⁷³ 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; con ciò forse, a parere di chi scrive, oscurando la tanto affermata autonomia concettuale e rilevanza sistematica dell’abuso stesso; afferma, infatti, RESTIVO, *ibidem*, 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 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» (corsivi dell’Autore). 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; vds. ad esempio BUSNELLI F.D.-NAVARRETA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit.; a 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

(chè, anzi, l'Autore presenta l'abuso come vicenda esemplare dei deficit 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'iscrizione 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 ordinamenti 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 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»¹⁷⁴.

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»¹⁷⁵.

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*».

¹⁷⁴ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p.82-83; in proposito è interessante e pertinente l'osservazione formulata da GAMBARO A., *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.

¹⁷⁵ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 299.

2.5.3 Giorgianni e l'abuso del diritto come "forma qualificativa autonoma"

Si ritiene, in conclusione della rassegna dedicata alle posizioni dottrinali più significative, che maggior contributo hanno apportato alla teoria dell'abuso e che maggiormente evidenziano le linee della sua evoluzione, di non poter trascurare una menzione all'opera di Giorgianni¹⁷⁶.

Un'opera il cui indubbio motivo di interesse – almeno ai fini della presente indagine - pare risiedere nel peculiare e convinto approccio metodologico alla figura dell'abuso, non certo frequente nell'epoca in cui l'opera si colloca, e che pare, invece, ritornare alla base delle riflessioni dottrinali più recenti; quelle di Messina e Restivo appena sopra presentate, nella misura in cui le stesse predispongono dei tentativi di riconoscere dignità sistematica e dogmatica all'abuso del diritto.

Pare di poter fondatamente sostenere che entrambe le opere sopra considerate e presentate siano debitrice di un approccio alla tematica dell'abuso inaugurato, con posizione piuttosto peculiare tra i suoi contemporanei, da Giorgianni.

Invero Giorgianni muove da una prospettiva di indagine molto differente da quelle degli autori sinora considerati; una 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».

Ecco, 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

¹⁷⁶ GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963.

diritto (...) offre la possibilità di una descrizione analitica più accurata e penetrante della norma giuridica in quanto “specifica struttura qualificativa”¹⁷⁷.

Per quanto influenzata da questa peculiare impostazione, comunque la sua opera sull’abuso del diritto dichiara, e 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.

Non molto diversamente dalle due teorie citate Giorgianni risolve l’abuso nella centralità dell’interesse¹⁷⁸, di talchè sembra che essa sia la soluzione necessitata o l’unica congruente al tempo stesso con la 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*»¹⁷⁹.

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*

¹⁷⁷ GIORGIANNI, *Ibidem*, *Introduzione*, p. VII.

¹⁷⁸ Per il ruolo dell’interesse, e come debba essere inteso, vds. MESSINA, *L’abuso del diritto*, cit., p. 173 e ss.

¹⁷⁹ GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 193.

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 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”.

A tale intuizione, se pur datata e condizionata, si deve forse anche la persistenza dell'interesse per l'abuso del diritto.

LE REGOLE DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA

2.6 PREMESSA

Come già si è accennato, una riflessione sugli artt. 1175 e 1375 c.c., quali espressioni normative dei fondamentali canoni di correttezza e buona fede vigenti nel nostro ordinamento, merita uno spazio apposito, in quanto propedeutica alla disamina della casistica giurisprudenziale, tanto in materia di diritto civile che in materia di diritto societario¹⁸⁰.

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 diritto¹⁸¹.

¹⁸⁰ ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, cit., p. 610 e, ivi, n. 12 con 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 (...)».

¹⁸¹ «Si tratta del nesso maggiormente evidenziato dalla dottrina più recente», avverte MESSINA, *L'abuso del diritto*, 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 L., *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 correttezza, si segnala la osservazione di questo legame formulata da CATTANEO G.; *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 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, giacchè 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

Molti sono invece i profili di 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, di riflesso, dei rapporti ipotizzabili intercorrenti con la categoria dell'abuso; profili, dunque, che necessitano di essere quantomeno appositamente esplicitati, sia pure in una prospettiva di estrema sintesi, giacché qualsiasi pretesa di completezza in tale indagine risulterebbe frustrata in partenza di fronte alla constatazione dello sconfinato numero di riflessioni in materia.

2.7 ALCUNE BREVI PRECISAZIONI SULLA PORTATA DELLA REGOLA DI CORRETTEZZA E SULLA REGOLA DI BUONA FEDE

Innanzitutto costituisce aspetto problematico di questa disamina il dubbio circa la rilevanza dei principi di buona fede e correttezza anche oltre lo stretto ambito di applicazione delle specifiche disposizioni degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Come detto, allo stato attuale della riflessione, è largamente diffusa l'impostazione teorica 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 siccome 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 – in tutte le sue potenzialità operative, di cui si dirà subito appresso – della buona fede

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. (Si sottolinea in questa sede come la trattazione più 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 sia quella di RANIERI F., *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1216 ss.)

contrattuale e, invece, della categoria dell'abuso del diritto, la quale conserverebbe una propria autonomia solo al di fuori di tale ambito¹⁸².

Alcuni Autori, essenzialmente i fautori della 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 obbligatori e contrattuali, il divieto di abuso potrebbe ben trovare fondamento in tale principio¹⁸³.

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

¹⁸² MERUZZI, *L'exceptio doli*, 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».

¹⁸³ In tal senso si pronunciano vari autori, tra i quali si segnalano NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 26 ss.; GALOPPINI A., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1386 ss.; TRABUCCHI A., *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 A., *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, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit.; i quali sottolineano, appunto, come la principale riserva «tecnica» alla 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 responsabilità civile non limitate alla eccezione della concorrenza sleale (...), ma estese a un numero sempre più consistente di ipotesi»; così p. 201.

quello relativo alle funzioni e al modo di operare che per esse sono stati riconosciuti e tipizzati.

In particolare, la considerazione della 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* fraudolente¹⁸⁴.

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 efficacia¹⁸⁵.

Essenzialmente, è ormai pacifico 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»¹⁸⁶; consente 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

¹⁸⁴ MERUZZI, *L'exceptio doli*, 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».

¹⁸⁵ NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova 1988; in particolare a p. 601-602, a conclusione di una ampia rassegna delle decisioni giurisprudenziali che fanno applicazione, implicita o esplicita, della buona fede, così come 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».

¹⁸⁶ MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., p. 176.

una fonte autonoma di obblighi giuridici, che sono direttamente garantiti dalle sanzioni predisposte dall'ordinamento giuridico¹⁸⁷.

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 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 obbligatorio¹⁸⁸.

Si pensi, soltanto, a titolo di esempio di siffatto 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.

Accanto alla funzione integrativa – di cui la giurisprudenza fa ampissimo utilizzo¹⁸⁹ - alla buona fede, secondo larga parte della dottrina¹⁹⁰, compete anche

¹⁸⁷ In proposito cfr. MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., p. 175 ss. e bibliografia ivi indicata.

¹⁸⁸ In proposito, *ex plurimis*, cfr. FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, I, p. 83 ss.; RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007, 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 RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969 nonché BIANCA C.M., *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».

¹⁸⁹ 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, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p. 81 ss.

¹⁹⁰ Si rinvia, ancora una volta, a RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., in particolare 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

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»¹⁹¹.

Secondo alcuni autori, infine, sarebbe individuabile una ulteriore funzione esplicabile dalla buona fede contrattuale, una funzione c.d. “eversiva”, la quale interviene non già nella definizione del rapporto contrattuale, bensì ella lettera della legge, creando nuove regole giuridiche, e non mancherebbero, a quanto pare, alcuni esempi anche di queste peculiari possibilità applicative della clausola di buona fede¹⁹².

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; ed è evidente come, in tale ambito, esso sia in grado di contrastare, a maggior ragione comportamenti fraudolenti, viziati sotto il profilo dei motivi, ma anche, e 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.

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 A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 11, 2000, p. 1486 ss.

¹⁹¹ DI MAJO A., *L’esecuzione del contratto*, Milano 1967, p. 241

¹⁹² Costituiscono testimonianza di dette potenzialità offerte dalla valutazione di buona fede le pronunce giurisprudenziali che affermano, *contra legem*, la legittimità del pagamento effettuato tramite assegno circolare anziché in moneta; ovvero le sentenze che sostengono la riducibilità *ex officio* della penale eccessivamente onerosa.

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 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.»¹⁹³.

Evidentemente, tanto chiarito, le problematiche che permangono e, anzi, risultano evidenziate a seguito dell’approfondimento delle modalità operative di correttezza e buona fede sono quelle della definizione dei rapporti sul piano concettuale e sul piano operativo, con la figura dell’abuso, soprattutto al di fuori dell’ambito contrattuale¹⁹⁴.

¹⁹³ MERUZZI, *L’exceptio doli*, cit., p. 288.

¹⁹⁴ La affermazione della radicale alterità tra regola di buona fede e, invece, il criterio dello sviamento dall’interesse e, quindi, tra regola di buona fede e abuso del diritto, è presupposto essenziale per la 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, come si vedrà anche più oltre, è la significativa posizione assunta da RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., p. 185-186: «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»; e anche da MESSINA, *L’abuso del diritto*, cit.

2.8 PREMESSA

Il piano del presente lavoro prevede che, nella seconda parte, si raccolgano i dati che l'esperienza giuridica offre relativamente all'abuso del diritto, tanto nelle elaborazioni della giurisprudenza speculativa quanto nelle posizioni della giurisprudenza pratica.

Dopo aver tentato una lettura critica delle più rappresentative dottrine in merito, si tratta ora di passare all'esame dell'altro fondamentale banco di prova per argomentare l'esistenza, la legittimità, il significato teorico-generale dell'abuso del diritto: quello delle sue applicazioni giurisprudenziali.

Si procederà all'analisi di una casistica che possa risultare significativa, emblematica dell'approccio della giurisprudenza pratica alle variegate esigenze di sindacare in qualche modo il momento dell'esercizio dei diritti, avendo particolare attenzione di proporre vicende processuali inerenti tanto il campo dei rapporti obbligatori e contrattuali, quanto l'ambito extracontrattuale, quanto il fondamentale settore del diritto societario che, fin dai tempi più risalenti, ha fornito la più ampia e variegata casistica in materia.

Si tiene a sottolineare che l'intento di questa parte non è quello di affrontare una rassegna completa delle pronunce che si trovano a dover sindacare il momento dell'esercizio dei diritti e esplicitamente, o anche implicitamente, fanno ricorso allo schema concettuale, anche solo all'idea dell'abuso del diritto; si rinvia per questo alle ormai numerose opere che ritengono proficua tale indagine e la compiono¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Cfr., *ex multis*, per la ricchezza della casistica giurisprudenziale presa in considerazione, MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., e NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova 1988.

Interessa in questa sede piuttosto dare spazio per esteso ad alcune sentenze particolarmente significative e ai percorsi argomentativi predisposti dai giudicanti; se il fine è, infatti, quello di avere gli strumenti per interrogarsi sul ruolo sistematico, sulla funzione dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento, sembrano utili, più che le statistiche, la rilevazione di alcune linee di tendenza e dei fermenti che vi sono sottesi, quali possono più efficacemente emergere dalla puntuale considerazione degli argomenti delle Corti.

Non sembri allora un esercizio pedante quello di riportare con una certa puntualità i singoli passaggi argomentativi delle sentenze prescelte, poiché soltanto dalla conoscenza "in presa diretta" del modo in cui la figura dell'abuso viene concretamente utilizzata dalle corti è possibile formulare qualche ipotesi – e dotarsi degli strumenti di verifica – circa il ruolo che la figura stessa riveste nella odierna esperienza giuridica.

2.9 LA DOMANDA FRAZIONATA

Si ritiene particolarmente interessante aprire la disamina delle applicazioni giurisprudenziali della figura dell'abuso del diritto con una vicenda che si prefigura esemplare, quantomeno per la completezza del panorama che essa offre sull'atteggiamento della giurisprudenza: essa conta infatti un contrasto giurisprudenziale, alimentato da numerose pronunce discordanti e, di recente, ben due sentenze della Suprema Corte pronunciatasi a Sezioni Unite, le quali ancora una volta riproducono il contrasto delle possibili soluzioni.

La vicenda è quella del frazionamento 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, anzi proponendosi di farla valere in successivi giudizi fino a realizzare l'intero credito.

Appare fin da subito evidente che tale vicenda potrebbe forse essere utilmente classificata sotto la voce "abuso del processo" dal momento che involge un esercizio anormale non solo e forse non tanto della pretesa creditoria sostanziale, ma anche del diritto di agire in giudizio e, più concretamente, un utilizzo anomalo e strumentale dei mezzi processuali predisposti dal nostro ordinamento (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, etc.).

Del resto, va evidenziato che anche la letteratura relativa più specificamente all'"abuso del processo" conosce un notevole interesse e un notevole incremento, apportando peraltro utili spunti alla tematica dell'abuso del diritto¹⁹⁶.

Non si ritiene però che vi sia una differenza strutturale tra i due fenomeni che anzi sono espressione di una medesima *ratio*, nulla quindi che possa in ipotesi impedire l'indagine in questa sede della vicenda della "domanda frazionata", tant'è che ciò che interessa è affrontare i percorsi argomentativi, gli strumenti di cui la giurisprudenza si avvale per riconoscere e sanzionare ipotesi di utilizzo indiscriminato, arbitrario, delle prerogative attribuite e garantite dall'ordinamento.

A tal fine si ritiene opportuno presentare organicamente il ragionamento svolto dalla Corte nelle singole vicende.

Conviene probabilmente partire dall'orientamento giurisprudenziale che riconosce piena legittimità alla suddetta modalità di esercizio del proprio credito.

¹⁹⁶ In tema di "abuso del processo" si vedano, tra l'altro, DONDI A., *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 M., *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 435 ss.

La vicenda conclusa con la sentenza Cass. n. 10326 del 19.10.1998¹⁹⁷ riguarda il caso di una società che otteneva dal giudice Conciliatore un decreto ingiuntivo per l'importo di Lire 1.000.000 a fronte di un credito complessivo nei confronti dell'ingiunto pari a Lire 2.007.993, per il residuo del quale si riservava successiva azione.

Il Conciliatore, pronunciandosi sulla opposizione proposta dal debitore-ingiunto, dichiarava la improponibilità della domanda svolta dalla società, proprio a causa della "parcellizzazione" del *petitum* a fronte di una *causa petendi* ritenuta indivisibile in virtù della unicità del rapporto contrattuale di base.

La questione veniva sottoposta all'esame della Suprema Corte tramite il ricorso del creditore che ivi trovava accoglimento.

Si tratta di una pronuncia nella quale la Cassazione già conosce e si confronta con precedenti che hanno qualificato la medesima condotta come contraria a correttezza e buona fede; purtuttavia afferma di non ritenere dirimenti nel caso di specie detti criteri e afferma pienamente legittima la scelta processuale.

Due sostanzialmente le motivazioni, tralasciando quelle di ordine processuale: la prevalenza dell'art. 1181 c.c. e della ratio da esso ricavabile, sulla ipotesi di una violazione della buona fede; in assenza di una norma che espressamente regoli questa specifica fattispecie, l'unico parametro normativo è rinvenuto nell'art. 1181 c.c., che autorizza il creditore a rifiutare l'adempimento parziale della altrui obbligazione, e la Corte ritiene che «(...) la tutela del creditore in essa contenuta, possa estendersi anche al punto di autorizzarlo a pretendere, ove ad esso convenga, un adempimento parziale della obbligazione medesima».

In secondo luogo, appare decisiva alla Corte la possibilità di rinvenire nel sistema una opportuna reazione a garanzia del contrapposto interesse del debitore, il quale potrebbe pur sempre offrire la prestazione per l'intero, mettendo in mora il creditore, oppure, ove convenuto, svolgere domanda di accertamento negativo riguardante il credito per l'intero.

¹⁹⁷ Pubblicata in *Giur. it.*, 1999, p. 1372 ss.

Una identica fattispecie¹⁹⁸ aveva conosciuto una soluzione opposta nella sentenza n. 6900 del 23.07.1997¹⁹⁹ la quale, differentemente, nega che si possa trarre dall'art. 1181 c.c. alcun argomento utile ad interpretare il caso *de quo* così come prende in esame ed esclude la congruenza di una serie di norme processuali che in qualche modo disciplinano ipotesi di suddivisione del credito in distinte domande giudiziali (il riferimento è a art. 277 co. 2 cpc e art. 278 co. 2 cpc; «trattasi comunque di 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».

¹⁹⁸ Invero l'unica peculiarità di questo secondo caso consiste nel fatto che il creditore ingiungente allega al ricorso due decreti ingiuntivi, già esecutivi, ottenuti per altrettante porzioni del credito originario, e che tale circostanza fornisce motivo ulteriore al debitore, che afferma con ciò esaurita l'azione.

¹⁹⁹ Pubblicata in *Giur. it.*, 1998, p. 889 ss., con nota di RONCO A., *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.*

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 anti-giuridica, in quanto lesiva dell'interesse del debitore alla stregua della regola della correttezza».

Questi, riassunti, i termini essenziali della disputa, che sembra giocarsi, sostanzialmente, sulla possibilità di ritenere applicabile un giudizio della fattispecie alla stregua della regola di buona fede, nonché sulla considerazione – che la valutazione secondo buona fede sembra rendere necessaria - degli interessi sottesi alla condotta realizzata dal creditore e, quindi, sul giudizio circa la loro rilevanza e meritevolezza, mentre la figura dell'abuso, che si trova invocata nella sentenza che condanna la “domanda frazionata” sembra non assumere una fisionomia e un ruolo distinti dall'operare della regola di buona fede.

Se questi sono i termini del problema, si deve constatare come la centralità del momento della valutazione degli interessi, cui il giudicante si trova costretto a ricorrere in assenza di una norma, norma che non è prevista, evidentemente, a causa della “evidente anomalia del comportamento del creditore”²⁰⁰, sottopone il caso ad una incertezza apparentemente irrisolvibile, stante il rincorrersi delle pronunce, addirittura, delle Sezioni Unite.

La “famosa”²⁰¹ sentenza n. 108 del 10.04.2000 fa proprio, e ribadisce con forza, l'orientamento minoritario, il quale afferma la piena legittimità della strategia processuale perseguita dal creditore tramite la parcellizzazione della propria pretesa creditoria e, ancora una volta, oltre all'analisi delle singole norme sostanziali e processuali, l'ordine di valutazioni che pare assumere valenza

²⁰⁰ Così Cass. civ. n. 11271 del 14.11.1997, pubblicata in *Il Corriere giuridico*, 1998, n. 5, p. 540 e ss., nota di FITTIPALDI O., che accoglie il medesimo ordine di considerazioni già svolte da Cass. civ. n. 6900/97, appena illustrata.

²⁰¹ Pubblicata in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268 ss., con nota di MARENCO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Corriere giur.*, 2000, p. 1618 ss., con nota di DALLA MASSARA T., *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*.

risolutiva è quello relativo agli interessi in gioco, alla loro meritevolezza, alla loro gradazione di tutela («Concludendo, si deve, quindi, ritenere che è ammissibile la domanda giudiziale con la quale il creditore di una determinata somma, derivante dall'inadempimento di un unico rapporto, chieda un adempimento parziale, con riserva di azione per il residuo, trattandosi di un potere non negato dall'ordinamento e rispondente ad un interesse del creditore meritevole di tutela, e che non sacrifica in alcun modo, il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni»).

Ma la considerazione degli interessi concreti che l'attore persegue, e la loro comparazione con quelli pregiudicati del debitore, si rivela argomento debole o, meglio, incapace di dare risposta significativa ad una fattispecie che essenzialmente si caratterizza per l'esercizio anormale, abnorme di una facoltà offerta dall'ordinamento.

Tant'è che è stato di recente capovolto da una successiva pronuncia della Cassazione a Sezioni unite, la n. 23726 del 15.11.2007²⁰²: «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 cpc), nel 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

²⁰² Già pubblicata in *Guida al diritto*, 2007, 47, 28.

segna il limite, oltrechè la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

L'operazione concettuale compiuta dal Supremo Collegio, e tale da risolvere il problema, è, con ogni evidenza lo spostamento dell'attenzione dal piano degli interessi concreti e contingenti perseguibili dal creditore²⁰³ 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 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».

Si è scelto di ripercorrere dettagliatamente l'iter di questa peculiare vicenda giudiziale ma, si ritiene, non inutilmente, che non sia stato un inutile aggravio del percorso e che, anzi, consenta utili riflessioni.

Un'ipotesi di lettura dell'abuso sembra legittimata dalla considerazione di essa e del percorso argomentativo che vi si svolge.

Nessuna delle sentenze esaminate mostra un particolare approfondimento della figura dell'abuso, purtuttavia, in quelle che dubitano della reale legittimità della condotta *sub iudice*, non è ritenuto sufficiente il riferimento al criterio della buona fede ma, si può fondatamente sostenere che viene avvertita una

²⁰³ Anche DALLA MASSARA T., *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 L., 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».

anormalità della condotta e che ad essa viene attribuita la veste di una intima contraddittorietà con la *ratio* della facoltà esercitata.

Il concetto di abuso appare allora funzionale proprio a rappresentare tale situazione.

2.10 L'ABUSO NEI RAPPORTI CONTRATTUALI

2.10.1 Il recesso della banca (Cass. 4538/97 e 9321/00)

Per quanto riguarda la configurabilità e il *modus operandi* del divieto di abuso del diritto nel contesto dello svolgimento di rapporti contrattuali appare particolarmente significativa la casistica offerta dalle pronunce in materia di rapporti bancari e, soprattutto, per il caso specifico di abuso del diritto di recesso dal contratto di finanziamento.

Rilevano in particolare modo due importanti sentenze della Corte di Cassazione che si sono occupate di due fattispecie pressoché coincidenti di recesso della banca: la sentenza n. 4538 del 21.05.1997²⁰⁴ e la sentenza n. 9321 del 14.07.2000²⁰⁵.

La prima affronta un caso in cui il rapporto a tempo indeterminato consentiva alla banca il recesso *ad nutum* dal contratto, la seconda il caso in cui, invece, la

²⁰⁴ Pubblicata in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 648 ss.. Sul tema cfr. GALGANO F., *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 F., *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 volte addirittura fuorviante il richiamo alle regole di correttezza per vagliare la bontà o la censurabilità della condotta dell'operatore».

²⁰⁵ Pubblicata in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479 ss., con nota di DI MAJO A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*.

banca esercitava il recesso al verificarsi di una circostanza costituente “giusta causa” secondo quanto convenuto dalle parti del contratto.

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, e “denunciato” dalla, violazione della regola di buona fede *in executivis*.

La prima sentenza svolge l’argomento soltanto in *obiter dictum*²⁰⁶; afferma, appunto, la priorità del canone di buona fede, tuttavia le motivazioni addotte per la sindacabilità secondo buona fede del diritto potestativo, inseriscono nel ragionamento ragioni ulteriori: appare chiaramente adombrato 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, 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, pare, rende bene l’idea di come la vicenda *de quo* sia qualificabile come abusiva in quanto deviante, 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

²⁰⁶ 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 pattizamente 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 imprevisi 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 patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un’apertura di credito viene normalmente convenuta».

necessario ad estinguere in ogni momento, e per tutta la sua durata, il rapporto di credito frustrerebbe quindi l'essenza stessa dell'operazione»²⁰⁷.

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

La Corte osserva 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» e, quindi, afferma 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 impreviste 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, nuovamente, la Corte 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 sentenza²⁰⁸, «tale

²⁰⁷ MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., pp. 390-391.

²⁰⁸ DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, cit., p. 1487; l'Autore ritiene invece passibile di sindacato il fatto, emerso dalla vicenda processuale, «(...) che l'istituto bancario usi

aspettativa è in realtà cosa ovvia per ogni apertura di credito», trascura con ciò, ad avviso di chi scrive, il compito “ricostruttivo” della fattispecie di cui la Corte stessa investe la considerazione della natura e *ratio* del contratto, così come la considerazione della “normalità” dei rapporti consimili nella pratica della esperienza giuridica.

Si ritiene che in questi riferimenti la Corte suggerisca invece la possibilità/necessità di guardare alla vicenda come ad un caso di utilizzo pretestuoso e strumentale della lettera di una clausola, oltre e contro la *ratio* del diritto che la stessa attribuisce, quindi un caso di abuso del diritto²⁰⁹ («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»²¹⁰).

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».

²⁰⁹ Cfr. NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., 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*.

²¹⁰ p.1481. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., p. 174, n. 57; valutando la medesima sentenza, e in polemica con la affermazione di Di Majo, sopra citata in n. 15, 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 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.

2.10.2 Cassazione n. 15482 del 16.10.2003

Veniamo ora ad una sentenza che si prefigura alquanto interessante in considerazione dell'espresso e ampiamente argomentato ricorso alla categoria dell'abuso del diritto.

Ma anche emblematica per la cruciale tematica dei rapporti tra criterio di buona fede e divieto di abuso del diritto nello svolgimento delle facoltà che sorgono da un regolamento contrattuale; se nell'ambito dei rapporti bancari risultava addirittura significativo l'espresso ricorso alla buona fede, a fronte di un atteggiamento consolidato ostile al sindacato di merito delle scelte della banca, nei rapporti contrattuali "normali" il riferimento al canone di buona fede è ormai consolidato così come consolidate sono le modalità del suo operare, e allora il problema centrale diviene quello di definirne i rapporti con il divieto di abuso, laddove potrebbe sembrare che manchino le ragioni di una distinzione.

Concretamente la vicenda presa in esame dalla sentenza della Cassazione n. 15482 del 16.10.2003²¹¹ consiste 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 defatigatori nell'esecuzione di un contratto di società e, ancora 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 svolgono la medesima attività di commercio all'ingrosso di zucchero, costituiscono una nuova Srl avente come ad oggetto l'attività stessa, con ciò regolamentando la concorrenza tra loro, e concordano altresì la fornitura alla nuova Srl di prestabiliti quantitativi di zucchero.

Il contratto di fornitura prevede la durata di un anno, rinnovabile in mancanza di disdetta da comunicarsi sei mesi prima della scadenza.

²¹¹ Pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 307 ss., con nota di GRONDONA M., *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale.*

Prima dell'inizio dell'esecuzione della fornitura il socio comunica la disdetta del relativo contratto, ed inoltre tiene 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 conviene 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, e 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, merita vedere più specificamente come la Corte affronta e inquadra la figura dell'abuso del diritto, che esplicitamente afferma ricorrere nel caso de quo.

E si vedrà una certa ambivalenza, pur nella consapevolezza di tutte le acquisizioni dottrinali sul tema: la Corte in maniera ineccepibile coglie 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».

Ma, 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; e 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 dottrina²¹².

Accanto a tale ricostruzione e fondamento dell'abuso, pone però l'abuso stesso come specifica applicazione della contrarietà alla regola di buona fede nell'esecuzione del contratto.

²¹² MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., 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, *L'exceptio doli*, cit., p. 347 e, 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., 8.11.2002, 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».

Si tratta, a quanto, pare del problema, che sembra non possa trovare soddisfacente soluzione, della definizione dei rapporti tra clausola di correttezza e abuso del diritto nell'ambito dei rapporti obbligatori.

2.11 LA FIGURA DELL'ABUSO IN UNA PRONUNCIA SU RAPPORTI NON CONTRATTUALI

È il caso allora di spostarsi dall'esame dell'esercizio dei diritti che trovano la propria fonte in contratti o, comunque, in rapporti obbligatori – anche se senza dubbio la casistica relativa è assolutamente preponderante - e saggiare su un diverso terreno gli argomenti utilizzati dalle Corti per sindacare, appunto, le modalità di esercizio delle prerogative soggettive.

Tralasciando il campo del diritto di proprietà, che aprirebbe alle molteplici considerazioni relative agli atti emulativi e al loro rapporto con la nozione di abuso - e anche perché pare non suscitare ormai particolare interesse in dottrina né in giurisprudenza - può essere invece interessante affrontare una vicenda peculiare, che tocca anche la categoria della *exceptio doli* e apre la presente rassegna ad un accenno al tema dei rimedi all'abuso, che sarà più oltre meglio illustrato, ma anche il principio del divieto di *venire contra factum proprium* e, presenta una sorta di "inventario" dei parametri, dei criteri e delle problematiche che sostanziano il concreto verificarsi di una vicenda abusiva.

Si tratta della pretesa di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che aveva precedentemente prestato il proprio consenso al concepimento di un figlio tramite la fecondazione eterologa della moglie.

La Corte di Cassazione nega che in un caso siffatto il marito abbia azione per il disconoscimento, e sorregge la decisione con una motivazione alquanto articolata, fornendo più argomenti, relativi alla individuazione dei principi che nel nostro ordinamento informano la disciplina degli status di filiazione (viene

valutato comparativamente l'istituto della adozione), relativi alla efficacia del consenso prestato dal marito e della revoca dello stesso, relativi alla interpretazione dell'art. 235 c.c..

Conclusivamente la Corte, ed è quanto interessa alla presente indagine, introduce nel ragionamento due ordini di considerazioni che risultano risolutive:

in primo luogo una considerazione che senz'altro è ispirata al principio del divieto di *venire contra factum proprium* «l'azione di accertamento costitutivo, 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. Il principio è espressione del criterio generale secondo cui l'azione è strumento di tutela di posizioni soggettive (art. 24 della Costituzione), cioè mezzo per reagire contro un'aggressione in corso o potenziale da altri commessa o minacciata».

In secondo luogo la Corte compie la importante affermazione di principio secondo cui nemmeno questa peculiare ipotesi si sottrae alla regola generale della correttezza che sempre e comunque deve guidare i comportamenti giuridicamente rilevanti: «infine, va considerato che buona fede, correttezza e lealtà nei rapporti giuridici rispondono a doveri generali, non circoscritti agli atti o contratti per i quali sono richiamate da specifiche disposizioni di legge; questi doveri, nella particolare materia dei diritti di famiglia, assumono il significato della solidarietà e del reciproco affidamento»²¹³.

Ci si trova di fronte dunque ad una sentenza che non fa menzione e non utilizza la categoria dell'abuso del diritto, ma non è certo questo elemento sufficiente ad escludere che la fattispecie possa essere utilmente, e forse più efficacemente,

²¹³ Cfr. RESCIGNO. *L'abuso del diritto*, cit., in particolare p. 71 ss., per l'esame dell'abuso nell'ambito del diritto di famiglia e, in particolare, nel caso delle potestà familiari e la conclusione secondo cui «il cosiddetto abuso della potestà si risolve dunque nella negligenza, o nella violazione, dei doveri che sono connessi alla potestà, e quindi degli interessi che attraverso gli obblighi in parola legge tende a soddisfare», p. 77.

rappresentata come abusiva, e certo non per questo il suo esame appare meno fecondo

È indubbio che il caso concreto presenti i caratteri che tipicamente si prestano a configurare un abuso, ossia l'esercizio apparentemente legittimo del diritto potestativo ad ottenere una azione costitutiva di un nuovo status.

Così altrettanto è indubbio, ed emerge chiaramente dai passaggi argomentativi appena sopra riportati, che di fatto la Corte si è avvalsa dei criteri che identificano l'esercizio abusivo di un diritto, così come la sanzione della denegata azione è la conseguenza più propria e spesso la più adeguata reazione che l'ordinamento appronta di fronte ad un abuso.

L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE SOCIETA' DI CAPITALI

2.12 PREMESSA

Come si è già più volte accennato, la vita e la attività delle società di capitali costituiscono da sempre banco di prova privilegiato per le formulazioni e le applicazioni della figura dell'abuso del diritto o, meglio, dell'abuso della regola di maggioranza, perché sotto il profilo dell'operare di tale particolare procedimento²¹⁴ si è in prima istanza manifestata la possibilità di perpetrare abusi a danno dei soci costituenti la minoranza assembleare.

Nel diritto societario, infatti, il problema dell'abuso viene avvertito soprattutto come abuso, non tanto, o non solo, di una specifica prerogativa, quanto del potere di formare la volontà negoziale e gestoria dell'ente societario, eventualmente in osservanza degli interessi della società stessa, ma a detrimento dell'interesse dei soci di minoranza.

È evidente che in tale ambito la tematica conosce declinazioni del tutto peculiari e deve tenere conto di situazioni e prerogative particolari e, qui, più che ripercorrere qualche pronuncia emblematica si impone di tratteggiare un più ampio quadro delle fattispecie considerate abusive e di quali peculiarità siano riscontrabili rispetto all'abuso del diritto in ambito civile, in quale modo esse concorrano a integrarne o metterne in discussione la nozione.

²¹⁴ MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p. 107-108 sottolinea la problematicità intrinseca al funzionamento della regola di maggioranza, alla luce anche della storia del fenomeno societario che, agli albori, si configurava come assolutamente legato alla fonte contrattualistica di cui era inimmaginabile una modifica se non all'unanimità; in proposito cita la ricostruzione storica e le riflessioni svolte da PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 113, il quale colloca in Francia, con la sentenza Cass. 30 maggio 1892, la prima affermazione del potere della maggioranza di produrre modifiche dei contratti sociali.

In ambito societario la nozione di abuso deve tenere conto del problema della dialettica tra interesse sociale e interesse individuale dei soci²¹⁵, della impossibilità di una valutazione giudiziale che si spinga a considerare l'opportunità e quindi il merito delle delibere²¹⁶, della peculiarità di quella che è la vera e propria prerogativa soggettiva di cui discutere l'esercizio, ossia il diritto di voto che, in tanto è efficace, in quanto concorre a formare la delibera assembleare (per lungo tempo la dottrina ha escluso autonomo significato e rilevanza dell'espressione del voto); deve altresì trovare adeguato spazio e coordinamento con le uniche norme che pongono limiti di carattere sostanziale alla espressione della volontà societaria: la disciplina del conflitto di interessi (contemplata dall'art. 2373 c.c.)²¹⁷, il principio della parità di trattamento degli azionisti (desumibile dall'art. 2348 c.c.)²¹⁸.

²¹⁵ 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 D. *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 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 atteneva 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 rinvengono nell'opera di JAEGER P. G., *L'interesse sociale*, Milano 1964, e, dopo la sentenza Cass. n. 11151 del 26 ottobre 1995, ID., *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 795 ss.

²¹⁶ 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; ad esempio FOIS C., *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.

²¹⁷ 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), v. GUERRERA F., *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, I, 2002, pp. 181 ss.; il quale se 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.

²¹⁸ Circa la funzione e la portata del principio di parità di trattamento dei soci v. ANGELICI C., *Parità di trattamento degli azionisti*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pp. 11 ss., e anche FERRARI, *L'abuso del diritto*

2.13 L'ABUSO DI MAGGIORANZA

Con la consapevolezza di queste peculiarità, purtuttavia la disamina degli abusi nelle società di capitali rappresenta un passaggio imprescindibile; in tale contesto il divieto di abuso ha sempre trovato applicazione a prescindere da esaustive elaborazioni teoriche²¹⁹, invocato dalla pratica delle corti, e non conosce le 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 soggettiva²²⁰: il tema fondamentale dell'abuso della maggioranza è pur sempre risolvibile nell'abuso del diritto di

nelle società, 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"».

²¹⁹ Peraltro sono piuttosto risalenti le prime riflessioni sul tema; si veda ad esempio CARNELUTTI F., *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926; I, p. 178 ss.

²²⁰ 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 pregiudizievole della minoranza assembleare, venga assicurata per il tramite del riconoscimento di "liste" dei loro interessi, cristallizzati e garantiti come diritti soggettivi. Svolge questa osservazione PASQUINO A., *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in *L'eccezione di dolo generale*, a cura di Garofalo, cit., 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 V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli 1960.

voto²²¹ 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 il codice predispose a tutela delle minoranze societarie²²².

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 giuridica²²³ – che paiono, invece, più propriamente, e diversamente, ipotesi di abuso della norma giuridica²²⁴ – la casistica giurisprudenziale testimonia che le situazioni portate all'esame dei giudici sono soprattutto situazioni in cui si contesta la legittimità “sostanziale” della delibera²²⁵.

²²¹ «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. È 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, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 25.

²²² Merita appena sottolineare come ancora una volta – la stessa osservazione si è fatta in occasione della disamina della giurisprudenza relativa all'abuso in ambito civilistico – 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 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, *L'abuso del diritto nelle società*, 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».

²²³ In tal senso la risalente analisi di MULLER-ERZBACH R., *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 P., *L'abuso della personalità giuridica*, in *Dir. priv.* III, 1997, p. 279 ss.

²²⁴ 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 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», così VIARO, *abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, cit., p. 53.

²²⁵ MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., 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

Ipotesi assolutamente emblematiche emergono con chiarezza sia dalle ricostruzioni della dottrina che dai casi affrontati dalla giurisprudenza.

La dottrina sottolinea come in molti casi siano qualificabili come fattispecie di abusi del potere assembleare le delibere di aumento del capitale²²⁶. Esse particolarmente si prestano a penalizzare i soci di minoranza; ad esempio perché l'aumento di capitale può risultare funzionale, tramite la determinazione del rapporto di cambio, a ridurre la partecipazione di alcuni soci agli utili e al patrimonio sociale; può provocare la variazione delle partecipazioni minoritarie così da escludere, tra l'altro, la legittimazione dei soci all'esercizio del controllo previsto dall'art. 2409 c.c.; può trattarsi di un aumento di capitale con produttività marginale negativa e tale quindi da ridurre la produttività media di tutto il capitale investito²²⁷; insomma, «il caso tipico è quello di una delibera di aumento che, pur rispettando formalmente la procedura prevista, venga adottata con modalità tali (per le proporzioni o i tempi dell'operazione) e con la finalità di mettere in difficoltà la minoranza, impedendole in definitiva, di conservare la propria posizione proporzionale in seno alla società»²²⁸.

La giurisprudenza, d'altro canto, evidenzia la potenziale abusività soprattutto delle delibere che decidono sulla distribuzione degli utili ai soci; anche queste facilmente utilizzabili per procurare pregiudizio ai soci di minoranza, giacché il nostro ordinamento non riconosce ai soci un diritto soggettivo ad ottenere gli utili stessi.

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 v. 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"».

²²⁶ «Tale circostanza dipende dall'indiscussa centralità che il capitale riveste nell'ambito della disciplina e dell'organizzazione della società per azioni. Il capitale sociale costituisce, infatti, da un lato, il punto di emersione di una serie di posizioni ed interessi sia individuali sia collettivi e, dall'altro, un elemento essenziale dell'organizzazione dell'impresa esercitata in forma collettiva», FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 72.

²²⁷ Cfr. PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, cit., p. 348.

²²⁸ FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 78.

Ad esempio la deliberazione di destinare gli utili a riserva può risultare assolutamente ingiustificata e rivelare uno scopo extra-sociale della maggioranza²²⁹; ovvero il proposito di indurre alcuni azionisti a vendere la loro partecipazione per poi acquistarne le azioni sul mercato a prezzo di favore²³⁰.

Ma poi anche sentenze relative a delibere di fusione o di aumento del capitale sociale o, addirittura, di scioglimento anticipato della società²³¹.

Questo per dare un'idea delle ipotesi che possono verificarsi e in relazione alle quali dottrina e giurisprudenza, fin dai tempi più risalenti hanno elaborato e applicato la categoria dell'abuso della maggioranza.

Sotto questo nome, però, si sono avvicendate, nella storia del diritto societario, due fondamentali e molto differenti ricostruzioni teorico-sistematiche.

Per lungo tempo, infatti, il diritto societario ha conosciuto e interpretato l'abuso come peculiare espressione della figura dell'eccesso (o sviamento) di potere, propria della teoria dell'atto amministrativo.

Il riferimento a quella compiuta elaborazione risultava giustificato e quasi naturale approdo della prevalente concezione istituzionalistica delle società di capitali e, soprattutto, dell'interesse sociale²³²; 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

²²⁹ Trib. Milano 22 aprile 1993, in *Dir. fall.*, 1994, II, 122.

²³⁰ Trib. Milano 17 ottobre 1991 e Trib. Milano 13 gennaio 1983, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, II, 337; App. Milano 25 marzo 1986 in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, 421.

²³¹ Per un rapido ma esaustivo panorama delle sentenze più recenti e significative, v. PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, cit., p. 347 ss..

²³² 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.

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.

L’impostazione istituzionalistica e, conseguentemente, la ricostruzione dell’abuso di maggioranza come eccesso di potere, hanno trovato ampio accoglimento fin alla metà degli anni ‘90 e anche più di recente non mancano sentenze che ad esse fanno riferimento.

Tuttavia si può con sicurezza affermare che da tempo ha messo solide radici nel nostro ordinamento – con la sanzione ufficiale della riforma del diritto societario di cui al D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 – la opposta concezione contrattualista del fenomeno societario, che riconosce, cioè, la piena espressione dell’autonomia privata anche nella formazione e nella gestione dell’ente societario²³³; in particolare, 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.

²³³ Particolarmente interessante ed efficace la confutazione della concezione istituzionalistica della società e dell’interesse sociale svolta da PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi*, cit., in particolare p. 15, il quale ritiene risolutivo nel senso di escludere «l’esistenza di un interesse sociale sottratto alla disponibilità dei soci e perciò qualificabile come superiore ai loro interessi» la circostanza che manca, nella disciplina positiva, la previsione di un potere di impugnazione, eventualmente anche delle delibere unanimi, ma contrastanti con l’interesse sociale, da parte degli amministratori e dei sindaci. In tal senso anche JAEGER, *L’interesse sociale*, cit., p. 171. In relazione alla conseguente configurazione dell’abuso della maggioranza come eccesso di potere, anch’essa mostra numerosi punti di debolezza; «la proposta, peraltro, di affidare la tutela delle minoranze assembleari all’istituto dell’eccesso di potere è stata sottoposta a critica radicale sotto una pluralità di prospettive. Essa, in estrema sintesi, è stata tacciata di indeterminatezza, giacché i criteri di valutazione della sussistenza dell’eccesso di potere possono variare al variare della nozione di interesse sociale adottata. Non solo. La stessa qualificazione del voto come dovere non è automaticamente desumibile dalla natura del contratto sociale, poiché in esso il potere esercitato dalla maggioranza è riconosciuto anche nel proprio interesse e non solo nell’interesse altrui. (...) Ma soprattutto la tesi, si è osservato, è legata alla concezione istituzionale della società e cade quindi con il rifiuto di questa», PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, cit., p. 329-330.

Questa differente impostazione porta 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 e, per quanto qui interessa, un diverso riferimento teorico e normativo al fine di ricostruire l'abuso della maggioranza²³⁴.

La sanzione dell'abuso viene fondata, sostanzialmente, o su un generale principio di correttezza, che informa il diritto societario non diversamente dall'intero sistema privatistico²³⁵, 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 sociale²³⁶.

²³⁴ PASQUINO, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, cit., 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.», così a p. 331), 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», così a p. 334).

²³⁵ In tal senso argomenta la fondamentale teoria di GAMBINO A., *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 v. D'ANGELO A., *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Contr. e impresa*, 2004, p. 769 ss. e FOIS C., *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 421 ss., nonché BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.

²³⁶ Una menzione parte deve essere fatta per la posizione di CASSOTTANA M., *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano 1991,, il quale ritiene che la fattispecie dell'abuso della maggioranza possa essere definita e inquadrata, per *analogia legis*, nella disposizione dell'art. 2373.

2.14 LA SENTENZA CASS. N. 11151/95, L'ABUSO DI MAGGIORANZA E L'ABUSO DELLA MINORANZA

Quest'ultima risulta essere la ricostruzione prevalente, sulla quale convergono la più attenta dottrina²³⁷ e, poi, anche la giurisprudenza, la quale si è chiaramente pronunciata sul punto con una sentenza che rappresenta una vera e propria chiave di volta nella elaborazione dell'abuso della maggioranza.

Il riferimento è alla sentenza della Cassazione 26 ottobre 1995 n. 11151²³⁸ la quale - 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", 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.

E alle parole di quello stesso giurista si ritiene non sia superfluo fare riferimento per fissare i punti salienti dell'essenziale ma fondamentale ragionamento svolto dalla corte: «la dimostrazione della Corte Suprema è semplice e lineare; ma,

²³⁷ Imprescindibile, in tal senso, è la riflessione svolta da PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio*, cit., in particolare p. 74 ss., le cui argomentazioni saranno puntualmente riprese dalla fondamentale sentenza Cass. 26 ottobre 1995 n. 11151 di cui si dirà più oltre. L'Autore afferma senza incertezze che l'abuso del diritto in ambito societario è senz'altro una violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., i quali disciplinano direttamente i rapporti endosocietari, e da tale affermazione trae le conclusioni conseguenti: la invalidità della deliberazione viziata per contrarietà alle suddette norme; l'obbligo di risarcimento dei danni a carico della società. «Sull'applicabilità in generale degli artt. 1375 e 1175 c.c. ai rapporti tra soci non sembra possano esservi dubbi. La peculiarità della disciplina del contratto sociale, ed in particolare il suo dar luogo ad una persona giuridica, consentono poi di affermare che tali norme sono imputabili sia ai soci (...) che alla società, ove la deliberazione sia assunta col voto determinante di soci che le abbiano violate e altresì di affermare che la loro violazione da luogo insieme alla annullabilità delle deliberazioni e all'obbligo di risarcimento danni a carico sia della società che dei soci di maggioranza».

²³⁸ Pubblicata in *Giur. comm.*, 1996; II, 329, con interventi a commento, sotto il titolo *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, di JAEGER, ANGELICI, GAMBINO, COSTI, CORSI; 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, *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, 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 rapporti tra soci), quanto il fondamento normativo e sistematico che regge la nozione stessa (le regole di buona fede e correttezza).

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»²³⁹.

La prospettiva "abbastanza rivoluzionaria" fatta propria dalla Corte è, quindi, la netta affermazione della 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 contrattuale²⁴⁰.

Di conseguenza, l'aver chiaramente affermato che la reazione predisposta dall'ordinamento è la nullità della delibera ex art. 2377 c.c., nonché l'aver aperto nuove prospettive per il risarcimento del danno.

²³⁹ JAEGER P.G., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., p. 334 ss., così ricostruisce l'argomentazione della Corte.

²⁴⁰ È quanto conclude con chiarezza MERUZZI, *L'exceptio doli*, 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».

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 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»²⁴¹.

Senonché l'avvallo prestato alla diretta applicazione dell'art. 1375 c.c è stato l'elemento maggiormente recepito dalla dottrina e giurisprudenza successive e che ne ha segnato le evoluzioni.

Tale argomento è divenuto criterio di valutazione largamente utilizzato dalle corti e ha ad esse consentito la valutazione sotto il profilo della abusività di condotte anche diverse dagli abusi del voto e quindi delle maggioranze sociali.

Soprattutto, però, sembra aver offerto il definitivo appoggio logico-sistematico alla esigenza di reprimere un'altra ben precisa classe di condotte abusive²⁴²,

²⁴¹ GAMBINO, *Cassazione e contrattualismo societario. Un incontro?*, cit., p. 344 si dichiara contrario alla affermazione della applicabilità dell'art. 1375 c.c.; FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 70-71 sottolinea come questa seconda parte del ragionamento della corte, che depona per una specificità dell'ordinamento societario e per una peculiare rilevanza dell'abuso del voto, rappresenti «la parte più interessante della sentenza in commento».

²⁴² FERRARI, *L'abuso del diritto nelle società*, cit., p. 125 ss., «D'altra parte, una esasperata tutela delle minoranze importa uno squilibrio a livello sistematico che si riflette sulla stessa funzionalità delle società

logicamente 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»²⁴³.

Si tratta di ipotesi molto varie, in quanto la dottrina sottolinea costantemente come gli abusi della minoranza si consumino non solo e non tanto nell’esercizio del diritto 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, ancora in comportamenti ostruzionistici che impediscono l’adozione di delibere essenziali per la vita della società²⁴⁴.

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».

²⁴³ FERRARI, *Ibidem*, p. 126, e 127: «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».

²⁴⁴ Condotte di questo tipo rappresentano una difficoltà del tutto peculiare al funzionamento delle società e introducono la problematica, particolarissima, della impugnazione della delibera negativa. Peraltro, sul punto, sembra di contrario avviso NUZZO A., *L’abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell’esercizio del voto*, Torino 2003, 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», così p. 15.

La riforma del 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 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»²⁴⁵.

L'evoluzione della sindacabilità delle condotte esecutive delle prerogative sociali e dei rapporti societari sembra quindi nettamente indirizzata alla assoluta preminenza e al pressoché esclusivo riferimento alla regola della buona fede contrattuale²⁴⁶; ciò non diversamente da quanto è possibile constatare circa la portata della figura dell'abuso nel più ampio settore civilistico.

Si tratta, peraltro, di una opzione che, qui ancora più radicalmente, sembra condurre ad escludere addirittura la rilevanza della categoria dell'abuso, perché si può arrivare a ritenere più adeguato e del tutto sufficiente a sindacare le ipotesi abusive, scorrette, proprio il principio della buona fede, con i criteri di valutazione che lo sostanziano; quasi che, paradossalmente, proprio nel settore che più compatto ha fatto uso del divieto di abuso, ne potesse in realtà fare a meno²⁴⁷.

²⁴⁵ MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit., p. 422.

²⁴⁶ Cfr., in proposito, tra gli altri, SIMONETTI H., *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 E., *Abuso del diritto e impugnativa del bilancio*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1890 ss.

²⁴⁷ NUZZO, *L'abuso di minoranza*, cit., in particolare p. 145 ss., e p. 279 ss. egli 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.

Se non si arriva a negare la figura, altrimenti, la si riduce però ad una dimensione puramente relazionale.

PARTE III

L'ABUSO DEL DIRITTO COME CONCETTO GIURIDICO

IL CONCETTO DI ABUSO NELLA DOTTRINA E NELLA GIURISPRUDENZA

3.1 PREMESSA

Si è infine giunti al punto in cui diviene necessario ripercorrere quanto è stato sin qui detto circa la figura dell'abuso del diritto, per cogliere come essa si configura nelle teorie della giurisprudenza speculativa e negli utilizzi della giurisprudenza pratica e, quindi, quale posto essa occupa nello svolgimento della esperienza giuridica.

Si è chiarito fin dall'inizio che la presente disamina non ha alcuna pretesa di esaustività nell'affrontare una tematica che conta oggi dimensioni davvero vaste per il numero e la consistenza delle analisi che la hanno assunta ad oggetto di indagine, e anche per la quantità delle pronunce giurisprudenziali che si rende necessario prendere in considerazione al fine di tracciare i confini della categoria e valutarne l'operare.

Molti infatti sono i casi che la coscienza giuridica avverte come *lato sensu* "abusivi" e sul cui inquadramento si interroga; molte le sentenze che espressamente o implicitamente sembrano far riferimento ad una categoria, ad uno schema interpretativo che sembra basato sulla nozione di abuso, ma per le quali è necessario interrogarsi se effettivamente tale nozione abbia posto e come operi.

È indubbio che l'abuso del diritto conosce un interesse crescente nel contesto di una esperienza giuridica sempre più diversificata, ma d'altro canto forse anche più attenta alla emersione di criteri di regolarità delle condotte, ispirati ai valori

costituzionali²⁴⁸ e affidati con sempre minor diffidenza alla attività creatrice e unificatrice dei giudici²⁴⁹.

Tuttavia, per molte posizioni che rivalutano la categoria dell'abuso e ne sottolineano da un lato l'utilità, dall'altro la autonomia strutturale, non mancano significative tesi che invece ne contestano la configurabilità o la efficacia, che non sia al limite puramente descrittiva, ritenendo invece più proficuamente e correttamente operante il criterio della buona fede piuttosto che i criteri desumibili da singoli istituti o dalla applicazione analogica di peculiari disposizioni normative²⁵⁰.

Di fronte ad una davvero consistente varietà di casistiche e complessità di riferimenti teorici e normativi, l'intento del presente lavoro rifugge non solo dal voler rappresentare una completa rassegna del dibattito sul tema ma, soprattutto, rifugge dal voler esprimere una propria proposta ricostruttiva circa la nozione dell'abuso e la sua efficacia; anche perché non è certo il compito di una riflessione che vuole piuttosto porre in evidenza alcuni aspetti di rilevanza

²⁴⁸ Costituisce un dato di immediata evidenza il fatto che molti degli Autori che sostengono la categoria dell'abuso del diritto, ne argomentano la validità e la fondatezza sulla scorta del "nuovo" ordinamento giuridico che risulta dal sistema dei valori costituzionali, e, in particolare, il valore della solidarietà di cui all'art. 2 Cost. diviene una sorta di parametro immediatamente precettivo, capace di dare giustificazione teorica e dettare il *modus operandi* del divieto di abuso; v. , in tal senso, le suggestioni di LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 9: «riteniamo a questo punto sia opportuno accennare al formalismo del codice civile, prima di entrare pienamente in argomento, vedere «a monte» in che modo si possa creare una legislazione «per principi» , in che modo cioè si possa, per spiegare un certo fenomeno, appunto quello dell'abuso del diritto, rifarsi ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Qualcuno si è domandato in effetti se la stessa normativa costituzionale soddisfi l'esigenza di coloro che sostengono l'abuso del diritto (anche se non codificato), se cioè essa dia delle direttive, come per esempio quella di «solidarietà», a cui i predetti sostenitori possono più facilmente avvicinarsi a questo scopo». Ma cfr., altresì, la notazione di SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, p. 3. «è difficilmente configurabile una rilevanza immediata e generalizzata dei principi costituzionali nei rapporti interprivati, attraverso la sussunzione di essi in un generale divieto di abuso del diritto»; «questo per la specifica impermeabilità a quei principi delle tecniche tradizionalmente ricondotte alla tematica dell'abuso»..

²⁴⁹ Osserva in proposito MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., p.1: «Il legislatore si è astenuto dal porre norme al riguardo (...). Ma si trattava di un legislatore che si ispirava, come esigeva la cultura del tempo, ad una filosofia statalistica del diritto, che concepiva l'attività giudiziaria come meramente applicativa della legge. Se , come è successivamente accaduto ed in misura progressivamente sempre più estesa, la giurisprudenza ha ugualmente utilizzato la figura dell'abuso del diritto, ciò è accaduto per i mutamenti intervenuti nella più complessiva organizzazione giuridica, quali si possono riassumere nella nota formula, più volte ripetuta da Francesco Galgano, del primato della *iurisdictio* sulla *legislatio*».

²⁵⁰ Ad esempio, RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., ritiene sufficiente a sindacare la legittimità della delibera assembleare abusiva la applicazione dell'art. 1345 c.c. sul motivo illecito.

di questa peculiare categoria civilistica anche ai fini di una sua considerazione sotto il profilo giusfilosofico ed epistemologico.

Si è scelto, in tal senso, di privilegiare una prospettiva di indagine mirata ad una lettura “critica” dei vari approcci della giurisprudenza alla figura dell’abuso del diritto, allo scopo di far emergere ed esaminare gli spunti, le esigenze, le linee di tendenza in base alle quali essa la accoglie e la approfondisce con attenzione costante nel corso del tempo, ma anche, con particolare rilievo, gli ostacoli pratici e teorici emergenti dalle teorie e dalle applicazioni del principio di divieto di abuso del diritto.

Insomma tutti quegli elementi che possono servire a trarre qualche riflessione circa il significato teorico generale di questa controversa categoria²⁵¹, al fine di verificare una precisa tesi, che non è agevole da dimostrare e argomentare, ma si ritiene possa essere elemento di feconda apertura conoscitiva sulle dinamiche dell’ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive.

Si tratta della tesi secondo la quale l’esame delle “vicende” che la nozione di abuso vive nel diritto civile e commerciale possa fondatamente e utilmente rappresentare il percorso della formazione di un concetto giuridico, un concetto della “scienza” giuridica²⁵², nel concreto svolgimento della esperienza giuridica.

La lettura “critica” della dottrina e della casistica giurisprudenziale che ci si è prefissi come metodo di lavoro, quindi, non ha scelto di esaminare i relativi, vari approcci al fine di inquadrarli e quindi collocarli entro determinate opzioni filosofiche, entro i confini di ben determinate concezioni dell’ordinamento giuridico, di peculiari teorie generali del diritto.

La disamina della dottrina, in particolare, evidentemente avrebbe potuto suggerire e consentire una operazione di tal segno, volta a catalogare ogni singola teoria come debitrice di una qualche differente prospettiva

²⁵¹ Come più volte ripetuto, sono tuttora numerose e significative le teorie che negano la legittimità e la utilità della figura.

²⁵² Per una rassegna delle posizioni e delle problematiche inerenti la discussione sulla possibilità per la giurisprudenza di costituirsi come “scienza”, per come essa si è svolta fino agli anni ‘70 del secolo scorso, si veda l’opera molto dettagliata e argomentata di CASA F.. *Sulla giurisprudenza come scienza. I Un dibattito attraverso l’esperienza giuridica italiana del ventesimo secolo*, Padova 2005.

giusfilosofica, ad esempio ad una impostazione giuspositivistica piuttosto che giusnaturalistica; appaiono facilmente intuibili, infatti, le complesse implicazioni sottese alla tematica in questione, la quale ben si presta, ad esempio, a rappresentare differenti opzioni teoriche circa il fenomeno della normazione e delle fonti della normazione²⁵³; così come differenti opzioni circa il ruolo del giudice.

Si tratta, lo sottolineano in molti, di una tematica di confine, che involge la concezione dell'ordinamento.

Ma non è sotto questo angolo visuale /chiave di lettura che si è voluto affrontare il tema; gli autori presi in esame sono stati riguardati in quanto civilisti e nel loro modo di affrontare, da civilisti, un istituto che si pretende costituire – e quindi ricostruire - esclusivamente un istituto tecnico, del diritto civile²⁵⁴.

Le loro opere sono state scelte – cercando di individuare quelle più emblematiche dei diversi atteggiamenti -, e raggruppate, certo con modalità inevitabilmente semplificatoria e arbitraria, in virtù del modo in cui ricostruiscono la nozione dell'abuso del diritto ai fini di una sua applicazione – od esclusione – dalla vita dei rapporti regolati dal diritto civile e societario.

Allo stesso modo per l'esame della giurisprudenza si è scelto di limitarsi ad un nudo resoconto dei percorsi argomentativi tramite in quali i giudici affrontano le fattispecie “abusive”, in modo tale da far emergere dalle parole stesse degli interpreti giudiziali la fisionomia della categoria dell'abuso del diritto, ma anche perché in tal modo risulta possibile, senza mediazioni, cogliere quale funzione, in fondo, gli interpreti giudiziali, ad essa affidino.

Insomma, il modo di procedere di cui si è appena tentato di dare conto, è sembrato il più significativo nel senso di illuminare sulla reale funzione della nozione di abuso, al di là della contingente necessità – sottesa alla sua

²⁵³ Molti sono gli autori che trattano dell'abuso del diritto in stretta connessione con la problematica delle lacune dell'ordinamento

²⁵⁴ Anche se non si può tacere che la tematica dell'abuso investe, per la sua generalità, più ambiti dell'ordinamento; osserva MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 155: «accanto alla tradizionale e sempre privilegiata sede civilistica, questa ammaliante figura conquista altresì costituzionalisti, processualcivilisti, lavoristi, etc., e ciò per tacere dell'attenzione peculiare che gli si è data nel diritto internazionale».

elaborazione – di fornire risposta, di fornire regole atte alla soluzione di ben determinate condotte delle quali è in discussione la rilevanza giuridica.

Si ribadisce che ci si propone di indagare la nozione di abuso del diritto in veste di concetto giuridico, appunto perché indizi in tal senso sembrano emergere con una certa forza dal modo in cui essa viene approcciata e utilizzata.

È evidente, se questa è la ipotesi che si ritiene di poter verificare a seguito di un esame in certo senso “asettico” della problematica in questione, allora si tratta, per l'appunto, in primo luogo di isolare, e di dare l'opportuno risalto a tali indizi, ma poi, e, soprattutto, di chiarire in quale senso, con quale accezione e portata si può parlare di “concetto giuridico”, che certo non rappresenta, né per la filosofia né, tantomeno per la filosofia del diritto, un termine inequivoco e immediatamente significativo.

Costituisce il compito specifico di questa terza parte dimostrare la fondatezza e la rilevanza teorica di questa ipotesi di studio dell'abuso del diritto, così come fornire tutti i dati necessari allo svolgimento di tale verifica.

Si ritiene, infatti, che vi sia fondato motivo di interesse da un lato nell'indagare gli sviluppi di questa categoria, capire attraverso quale percorso essa è nata; dall'altro lato comprendere come si colloca tra gli strumenti dell'ordinamento giuridico, accanto ai principi generali, alle clausole generali, agli standards valutativi, piuttosto che non accanto alle nozioni della dottrina, della scienza giuridica.

3.2 IL CONCETTO DI ABUSO NELLA DOTTRINA CIVILISTICA

3.2.1 Premessa

A parere di chi scrive, dunque, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza provengono, sia pure con modalità differenti, non solo vaghe suggestioni ma anche precisi elementi che consentono di affrontare la trattazione dell'abuso del diritto come di un concetto giuridico.

In tal senso l'esame della giurisprudenza risulta imprescindibile; il momento in cui essa accoglie e applica una categoria che non trova alcuna enunciazione normativa è il momento davvero scriminante, nel quale si trova la piena sanzione della figura e si pone, di fatto, il problema di spiegarla e collocarla nelle dinamiche dell'ordinamento.

Come si vedrà, non è però nelle motivazioni delle sentenze che si coglie appieno la problematicità e la polivalenza del divieto di abuso.

Certamente è nella evoluzione delle posizioni dottrinali che si possono rinvenire alquanto significativi motivi di interesse e la più articolata esplicitazione dei nodi problematici della figura in relazione alla concezione dell'ordinamento giuridico²⁵⁵.

Si badi bene, in relazione alla concezione strutturale, alla visione giusfilosofica dell'ordinamento giuridico, non invece in relazione alle basi etiche o ideologiche che lo ispirano, e la stretta dipendenza dalle quali è stata a lungo ritenuta fondante della nozione di abuso²⁵⁶. Se pure la prospettiva di indagine che svolge la ricostruzione delle matrici ideologiche della categoria dell'abuso ne illumina

²⁵⁵ PINO G., *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.; in particolare p. 164: «nonostante l'apparente tecnicismo della questione, la discussione dogmatica sull'abuso del diritto ha spesso sollecitato argomenti non strettamente "tecnici", ma relativi al modo di concepire la giustificazione filosofico-politica dell'organizzazione giuridica. (...) L'accendersi di simili dispute attorno ad un argomento così settoriale può essere spiegato considerando due ordini di fattori: in primo luogo l'utilizzo in contesti giuridici di formule vaghe connotate in senso valutativo (...) si presta sovente a dare adito ad accese polemiche ideologiche, e a vivaci reazioni emotive (...). In secondo luogo il fatto che la teoria del diritto soggettivo è per sua natura destinata ad affondare le radici nelle idee più fondamentali sull'organizzazione politico-giuridica e, quantomeno dall'illuminismo giuridico in poi, la garanzia dei diritti soggettivi può essere considerata l'architrave e il banco di prova su cui valutare il grado di legittimità degli ordinamenti giuridici».

²⁵⁶ PATTI, *Abuso del diritto*, cit., p.8 invece sottolinea come l'abuso del diritto «sia sempre sopravvissuto al mutare delle ideologie».

molti aspetti e di essa si deve quindi assolutamente dar conto²⁵⁷, tuttavia non pare che – nell'economia del presente lavoro – essa giochi un ruolo determinante o anche solo significativo.

Se pure essa si rende necessaria a contestualizzare e illustrare le ragioni storiche che contribuiscono alla reviviscenza della figura, tuttavia, indipendentemente dal collegamento con quelle ragioni, la categoria dell'abuso, studiata tramite l'analisi della funzione cui essa sembra chiamata dalle relative elaborazioni dottrinali, può illuminare sulle strutture, sulle dinamiche, sugli strumenti e le componenti (soprattutto sul ruolo e dell'interpretazione giudiziale e della scienza giuridica) dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive. Soprattutto può verificare la ipotesi che l'abuso rappresenti un concetto giuridico e rappresentare come esso nasca e viva nel concreto svolgimento dell'attività del giurista²⁵⁸.

In tal senso si rende necessario riaffermare con forza quanto – in relazione allo sviluppo delle teorie sull'abuso – è già stato evidenziato nella seconda parte del presente lavoro, ossia che nell'esame di dette teorie è possibile ravvisare una abbastanza precisa linea di evoluzione, la quale procede nel senso della qualificazione dell'abuso del diritto come categoria dogmatica, categoria concettuale.

Una evoluzione, se non altro, che sta a testimoniare la crescente esigenza di slegare il principio del divieto di abuso dalle configurazioni ad esso imposte dalle immediate preoccupazioni pratico-applicative, sollecitate dalla concreta vita del diritto e dalle esigenze di dare risposta e tutela a condotte altrimenti incontrollabili in quanto coperte dalla veste del diritto soggettivo.

²⁵⁷ Già si è detto come la intuizione e la dimostrazione della centralità di tale chiave di lettura del principio di abuso si debba alla acuta analisi di Rescigno.

²⁵⁸ La fiducia nella fecondità di una indagine così impostata, e della rilevanza della tesi che ne è oggetto, è sorretta dall'insegnamento di Francesco Gentile circa la centralità della esperienza giuridica e, soprattutto, circa la necessità che ad essa ci si accosti con un approccio filosofico, cioè «radicalmente problematico». Un insegnamento che ammonisce, altresì, sul ruolo fondamentale del concetto per la vera conoscenza: «le difficoltà di intendere la presenza della ragione nell'esperienza e nella storia derivano dal fatto che sovente l'uomo si pone di fronte ad esse munito di preconcetti, e da questi, quasi fossero realtà già posseduta e conclusa (non si sa bene né perché né come), definita quindi ed irreformabile, muove per negare il concetto che è invece l'oggetto dell'indagine in quanto condizione stessa della esperienza e della storia», GENTILE F., *Filosofia e scienza del diritto*, Modena 1988, p. 69.

Al fine di dare concretezza e fondamento a quanto ora affermato, si tratta allora di ritornare al pensiero di alcuni autori, le teorie dei quali sono già state prese in esame, al fine però di recuperare e porre in particolare evidenza i segni di una consapevolezza del tutto peculiare e significativa circa la modalità con cui il giurista è chiamato ad accostarsi allo studio dell'abuso del diritto.

Infatti, più che per la peculiarità delle soluzioni ricostruttive proposte, le riflessioni compiute da detti autori possono risultare particolarmente interessanti proprio in virtù dell'approccio metodologico che postulano come necessario al fine di comprendere compiutamente la rilevanza pratica e teorica della figura dell'abuso del diritto.

Dalle loro argomentazioni emerge, ed è, anzi, addirittura esplicita l'esigenza di trattare dell'abuso come di una autonoma categoria concettuale.

Si ravvisa, in sostanza, la intuizione che l'abuso può essere non soltanto un comodo strumento applicativo ma qualcosa di più e di diverso, una categoria dell'esperienza giuridica, al limite al pari del concetto di diritto soggettivo o di illecito²⁵⁹.

Nelle opere di questi autori, insomma, si ritiene sia possibile rinvenire un punto di più completa e consapevole maturazione della teorica dell'abuso, raggiunto quale si può, quindi, – anzi si impone – di valutarne la consistenza teorico-generale e giusfilosofica.

3.2.2 Il concetto di abuso nell'opera di Giorgianni

Al fine di rendere concretamente l'idea del tratto di novità che si può fondatamente ravvisare negli autori suddetti, la cosa più utile da fare è evidentemente andare direttamente alle loro formulazioni, alle parole da loro utilizzate.

²⁵⁹ Assolutamente esplicita in tal senso è la affermazione di Giorgianni, di cui subito si dirà, il quale parla dell'abuso come di una specifica "forma qualificativa" alla pari e al fianco delle "forme qualificative" del diritto soggettivo e dell'illecito.

E, prima di ogni altro, è d'uopo fare riferimento alla posizione elaborata da Giorgianni, sia per ragioni cronologiche, sia per il modo assolutamente esplicito, radicale, con il quale egli assume la valenza concettuale, strutturale, qualificativa dell'abuso.

Ancora una volta, però, si tratta di farvi riferimento come ad una posizione a sé, a cagione della problematica all'interno della quale inserisce e funzionalizza la trattazione dell'abuso.

Giorgianni utilizza la riflessione sull'abuso del diritto come funzionale al problema della qualificazione giuridica; il suo intento è quello di studiare l'abuso in quanto figura atta alla "sperimentazione" del funzionamento della norma giuridica intesa come "specifica struttura qualificativa, o, «(...) il che è lo stesso, in quanto "forma del diritto"».

Giorgianni studia l'abuso del diritto collocandolo in una sua prospettiva di indagine del tutto peculiare, e quindi anche in un linguaggio del tutto peculiare, nonché sulla scorta di una ben precisa impostazione di teoria generale.

Tutto ciò impone di contestualizzare il suo ragionamento, ma non toglie che si possa ben cogliere la differenza del suo approccio rispetto a molte altre trattazioni sul tema, la sua ferma e argomentata volontà di trattare l'abuso alla stregua di uno dei concetti portanti, esplicativi delle ragioni dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive.

Il suo problema, è quello di usare l'abuso per capire e compiutamente analizzare la "forma" della norma giuridica, senza partire da protocolli ma dall'interno stesso della positività della norma e dalla concretezza delle sue applicazioni.

Secondo Giorgianni l'abuso è una "forma qualificativa autonoma", al pari del diritto soggettivo e dell'illecito

E, in tal senso, la sua riflessione diviene significativa anche per la verifica della presente ipotesi speculativa, perché se una cosa è chiara è che egli è ben lontano dal considerare l'abuso alla stregua di un semplice parametro descrittivo, di un criterio, cioè, utile (o forse anche necessario) per la valutazione giurisprudenziale di determinati comportamenti e del quale l'unico problema

teorico diviene quello di determinarne – con caratteri quanto più possibile precisi e accettabili - le “condizioni di utilizzo”.

Per usare le sue testuali parole che assai efficacemente esprimono la assoluta rilevanza scientifica e la natura concettuale dell’abuso: «il problema scientifico dell’abuso culmina ovviamente nella determinazione della categoria concettuale relativa alla figura giuridica dell’abuso, nonché alla precisazione dell’incidenza che essa ha su altre nozioni e categorie concettuali del diritto».

Ma Giorgianni esplicita, altresì, il percorso tramite il quale soltanto è possibile pervenire alla creazione del concetto: soltanto «dopo aver ampiamente rilevato i “dati” normativi e pratico-giurisprudenziali relativi all’abuso, distinto il comportamento normativamente e pratico-giurisprudenzialmente qualificato come abusivo da quello qualificato come illecito, e dopo aver altresì proceduto all’analisi minuta e puntuale delle norme in cui figura l’abuso del diritto, e precisato le condizioni che rendono possibile il delinarsi di detta figura giuridica (...)»²⁶⁰.

Giorgianni quindi perviene alla elaborazione dell’abuso come concetto; e si tratta di un esito consapevolmente perseguito; «solo individuando, e chiarendo e dissipando, tutte queste difficoltà potè, insomma la presente indagine trovarsi finalmente in grado di rilevare quegli elementi che, relativamente a determinati comportamenti, fanno sì che questi, sotto certe condizioni, si configurino come esercizi abusivi del diritto di proprietà, del diritto contrattuale, ecc. Rilevato, poi, che siffatti elementi sono di tal natura da metter capo ad una qualificazione assolutamente irriducibile ad alcuna di quelle tradizionalmente note, e da dar luogo quindi ad una qualificazione autonoma e tipica, rimaneva da determinarne puntualmente la categoria nozionale»²⁶¹

La sua indagine si occupa, chiaramente, in direzione del chiarimento e della precisazione della ricerca sul problema dell’abuso del diritto; «tuttavia l’interesse autentico della presente indagine non si pone unicamente in funzione

²⁶⁰ GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., p. 193.

²⁶¹ GIORGIANNI, *Ibidem*, p. 326.

di ciò. Gli è che, quando si riesca ad assolvere accuratamente ai compiti più sopra precisati, quel problema non può mancare di emergere come incidente in modo decisivo su nozioni giuridiche fondamentali, sia dommatiche, sia teorico-generaliste e non finisce anzi col presentarsi, addirittura, come la condizione atta a rendere possibile una più efficiente descrizione analitica della norma giuridica, cioè una più efficiente descrizione analitica della “forma o “specifica struttura qualificativa” della norma, e del rapporto tra “forma” del diritto e “contenuto.

3.2.3 Il concetto di abuso nelle opere di Messina e Restivo

La riflessione che Giorgianni dedica all’abuso, si è visto, reca una connotazione del tutto peculiare; tuttavia l’assunto che la regge, inerente la valenza strutturale della relativa nozione, rappresenta una acquisizione che non viene abbandonata nel dibattito sull’abuso, ma anzi apre la strada ad una nuova consapevolezza.

È significativo che affermazioni simili si rinvengano in alcune riflessioni piuttosto recenti e che paiono, anche, piuttosto articolate nel sostenere le ragioni della loro proposizione.

Si tratta delle opere già menzionate di Messina e Restivo, le dichiarazioni d’intenti dei quali offrono spunti significativi.

Afferma Messina: «sembra, in altre parole che, diffusasi in alcuni ambienti dottrinali l’idea che il principio dell’abuso del diritto sia senz’altro operante, si sia lasciata da parte l’esigenza scientifica volta ad una congrua individuazione concettuale dello stesso, per ritenere che l’attenzione si possa/debba focalizzare direttamente sui successivi momenti logici ed operativi. In altre parole, piuttosto che individuare il dispositivo teorico volto a spiegare che cosa sia l’abuso e cosa lo connoti, ci si interroga direttamente sull’ammissibilità o meno dello stesso in tutte ovvero soltanto in alcune aree dell’ordinamento, ovvero se esso possa valere per tutte le situazioni giuridiche previste e se esso sia strumento adoperabile, non meno, per censurare persino condotte che

riguardano pubblici poteri; e ci si chiede inoltre, postulata la sua configurabilità, quali siano le modalità, negli specifici ambiti del diritto, con cui esso si disvela». ²⁶²

«Innanzitutto, rigore scientifico chiede che la trattazione applicativa di una figura, che, come se non bastasse, risulta ancora molto controversa, sia preceduta da una enucleazione teorica della stessa. Un'opzione metodologica in tal senso è per sé meritoria, e ciò a prescindere dal fatto della adesione o meno all'assunto teorico che vi si ritrovi proposto».

Prosegue, quindi, l'Autrice, spiegando anche in quale modo si può giungere ad una compiutezza logica e sistematica del divieto di abuso. In tal senso, essa avverte essere assolutamente prioritario individuare l'aggancio della nozione di abuso alle norme vigenti, cioè il fatto che per essa sia possibile rinvenire un fondamento nelle scelte positivizzate dal legislatore; gli unici dati che consentono di formularne la *ratio* e verificarne la funzione.

Assunto questo imprescindibile punto di partenza, peraltro, a Messina preme ancor più sottolineare che il concetto di abuso da questi stessi riferimenti deve potersi distaccare, e mostrare di avere un *quid pluris* che lo rende autonomo e capace di intercettare una propria, specifica esigenza connaturata all'operare dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive²⁶³.

²⁶² MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 155.

²⁶³ Il riferimento è al costante problema del rapporto tra il concetto e l'assunto della necessità della sua adesione al dato, come anche del rapporto tra principi generali dell'ordinamento e singoli strumenti dello stesso: «L'ordinamento italiano, pur non avendo positivizzato il divieto di abuso del diritto, prevede tuttavia numerose modalità di controllo delle forme di esercizio dei diritti soggettivi e più in generale dell'autonomia privata (...). Si pensi poi alla possibilità da parte del giudice di ricorrere: a) alla analogia *legis*, che può consentire di estendere la portata delle disposizioni sopra menzionate a casi simili (...); b) alla analogia *iuris* come strumento di auto-integrazione del diritto (...). Infine si pensi alla tecnica giudiziale del bilanciamento dei diritti o degli interesse, sempre più utilizzata dalle corti ordinarie (sotto l'ispirazione della giurisprudenza costituzionale) (...).

Il divieto di abuso potrebbe quindi essere ricostruito come un principio implicito, che si pone "al di sopra" degli istituti sopra menzionati, che li riassume e li giustifica, e effettivamente non è mancato che ha cercato di perseguire questa strada. (...)

Un principio implicito può essere costruito di solito tramite un ragionamento di tipo induttivo: si parte da norme particolari e si costruisce una norma generale (il principio appunto). Il principio implicito così costruito, però, non può avere come contenuto la mera "somma", per così dire, delle norme particolari di partenza, perché in tal caso sarebbe una costruzione ridondante, superflua: il principio deve avere un contenuto più ampio rispetto all'insieme delle norme da cui è tratto»; così PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti*, cit., p. 179.

Essa precisa allora: «(...) le norme previste espressamente nell'ordinamento giuridico, e da poter essere invocate ai fini della configurazione del principio stesso, rappresentano di certo, si è più volte osservato, un indice probatorio significativo, ma restano fini a se stesse se non seguite da uno sviluppo teorico ulteriore. Pertanto non si viene, se non apparentemente, al riconoscimento dell'abuso del diritto per il solo fatto che la legge prescrive il dovere di correttezza o quello di buona fede, o fa divieto degli atti emulativi. Il problema, se ci si arresta a questo momento del percorso, resta nel suo nucleo irrisolto, in quanto la presenza di quelle disposizioni non postula *tout court* il divieto di abuso del diritto, né tantomeno spiega cosa esso sia»²⁶⁴.

Insomma, sostiene Messina, l'analisi degli indici normativi costituisce passaggio fondamentale ma non sufficiente a proclamare la sussistenza della categoria dell'abuso: «si è veduto come alcuni istituti e alcune norme giuridiche, vengono normalmente invocati dalla dottrina a sostegno della possibilità che, nel nostro ordinamento giuridico, debba ritenersi operante il divieto di abusare del proprio diritto. Ma questi istituti, queste disposizioni normative, per quanto riletti secondo la logica del divieto di abuso, possono, a rigore, costituire soltanto un momento di passaggio per la ricostruzione di questo principio, non certo il

Sottintende, altresì, l'altrettanto radicale problema del meccanismo dell' "ordinamento", e l'idea che esso non deve essere riguardato come una realtà statica, che si giustifica in se stessa, in virtù della sua completezza e intrinseca razionalità, bensì come un processo in continuo divenire e perfezionamento, compiuto dalla continua attività degli operatori giuridici; in proposito cfr. GENTILE F., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, 3^a ed., Padova 2005, p. 64: «la consapevolezza della natura interlocutoria del proprio operare, nel senso letterale del termine, essendo destinato ad innestarsi in un processo che, prima e dopo di esso, si regge e si compie sulla base della capacità personale d'autonomia, sulla capacità di ciascuno di essere "padrone di sé", impedisce al giurista, che sia veramente tale, d'accontentarsi di un ordinamento virtuale, che il potere, quand'anche legittimato dalla volontà dei consociati, può solo sovrapporre alla conflittualità interindividuale».

²⁶⁴ Ecco allora che sulla scorta di questo assunto l'Autrice imposta la parte ricostruttiva del suo lavoro, la formulazione della sua proposta del concetto di divieto di abuso. «lo svolgimento che segue, pertanto, è articolato in due momenti. La ricostruzione dell'abuso, nelle sue ragioni e nel suo fondamento richiede come passaggio obbligato l'attenzione verso norme e istituti esplicitati dall'ordinamento da cui si ritiene, in base all'opzione teorica dell'abuso che verrà proposta, di poter inferire l'esistenza dello stesso: sarebbe presunzione ed errore di metodo pensare di farne a meno. In secondo luogo, come ormai chiarito, ritenendosi tanto necessaria quanto insufficiente una siffatta disamina, si tenterà di fornire un quadro teorico dell'abuso come principio giuridico a sé; principio che può, al più, avvalersi di alcune regole e istituti, al fine di rivelarsi anche ai più scettici; ma che poi è in grado di emanciparsi da essi per acquisire propria autonomia teorica e propria dignità all'interno dell'ordinamento», MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 163.

punto di arrivo. Il fatto che si convochino determinate fattispecie, determinate clausole generali come tracce da cui poter (e dover) inferire l'esistenza del principio di abuso del diritto, non giustifica il fatto di potersi limitare ad esse, anzi impone uno svolgimento teorico che superi la trattazione di esse. Così, per esempio, sottolineare il fatto che il nostro ordinamento vieti gli atti emulativi, ed imponga, ad un tempo, di comportarsi con correttezza e buona fede, non consente, a rigore, e da ciò soltanto, di sostenere che esso accolga anche il principio di abuso del diritto. Fermi ad una simile impostazione non si giustifica, né si dimostra l'esistenza dell'abuso, né tantomeno si spiega propriamente e distintamente cosa esso sia.

Il ruolo significativo che alcune norme possono giocare nella ricostruzione dell'abuso è cosa che qui non si intende certo disconoscere. Ma il punto è che, una volta fattovi riferimento, occorrerebbe anche non fermarsi ad esse e procedere piuttosto al loro superamento, se il fine è, come dovrebbe essere, quello di dare una configurazione concettuale e sistematica autonoma dell'abuso del diritto»²⁶⁵

* * * * *

È decisamente esplicita anche la posizione di Restivo; anche se non viene sviluppata nella direzione della rilevanza concettuale e ordinamentale dell'abuso, tuttavia essa reca con sé l'acuta percezione che la nozione di abuso ha un proprio specifico spazio nelle logiche dell'ordinamento e, forse anche la percezione che essa può avere una significativa rilevanza nell'ambito dei sempre perfettibili processi conoscitivi dell'ordinamento stesso.

La analisi del divieto di abuso sotto il profilo dei rimedi cui esso dà luogo riconduce l'Autore a interrogarsi sul profilo della utilità della categoria, profilo che sa essere recisamente contestato da larga parte della dottrina; e di fronte a tale tema è dato rinvenire come l'idea sottesa alla completa e complessa trattazione che egli compie dell'abuso del diritto, comprenda la profonda valenza strutturale dell'abuso.

²⁶⁵ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit. , p. 149-150.

Restivo afferma: «si ripropone così il problema della utilità della categoria. Problema centrale, che però deve essere impostato correttamente.

L'utilità di una categoria non può essere misurata solo in una dimensione prettamente operativa, perché può profilarsi anche sotto un profilo conoscitivo: il suo apporto al discorso del giurista può risolversi, cioè, sul piano della costruzione del sistema».

Che l'approccio dell'Autore non sia certo filosofico, ma primariamente pratico ed applicativo lo rivelano le considerazioni seguenti: «peraltro le ricadute applicative, ove ciò accada, sono solo apparentemente assenti: in realtà si riflettono indirettamente sul rigore concettuale del percorso argomentativo che conduce l'interprete, di volta in volta, alla soluzione del caso concreto, e accrescono il margine della assoggettabilità della motivazione ad un controllo di razionalità»²⁶⁶.

In Restivo, dunque, ma non molto diversamente che in Messina, l'idea che l'abuso del diritto possa essere considerato come un concetto giuridico è solamente abbozzata²⁶⁷, e diversamente non potrebbe essere perché una chiara affermazione in tal senso implica la necessità di intendersi su cosa veramente significa concetto giuridico, quali implicazioni porta con sé, tuttavia non si può negare siano molto suggestive queste brevi indicazioni metodologiche, indice di un percorso che si è andato svolgendo nel senso di una elaborata riflessione sul diritto soggettivo (le teorie negatrici dell'abuso hanno sollecitato una ridefinizione di esso); nel senso di una ricostruzione sempre più basata su parametri oggettivi (abbandono della considerazione delle finalità e dei motivi, nel senso di una crescente giuridicizzazione della figura (soprattutto significativa la ricerca sui riferimenti normativi).

²⁶⁶ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 298. Si cfr., altresì, quanto affermato nella successiva p. 299. «tuttavia, arrendersi alla constatazione dell'utilità solo conoscitiva dell'abuso, e negargli ogni concreto impatto operativo, significa rinunciare al contributo che la categoria può dare nel chiarire, e nel ricondurre ad un quadro organico, la dialettica tra la ricorrenza di un conflitto tra due interessi e l'accesso al rimedio».

²⁶⁷ La si intuisce, peraltro, anche dalla idea che sia più giusto affrontare lo studio dell'abuso nel tentativo di costruirne la fattispecie, piuttosto che non nel tentativo di individuarne i rimedi: «è infatti convinzione di chi scrive che studiare la categoria dell'abuso muovendo da una prospettiva rimediale sia metodologicamente scorretto», RESTIVO, *Ibidem*, p. 283.

Non si tratta, insomma, di opere di teorici o filosofi del diritto; nonostante la ripetuta insistenza sulla necessità di una consapevole elaborazione teorica e sulla natura concettuale dell'abuso, l'attenzione prevalente è quella al profilo applicativo, ad una più precisa e consapevole configurazione delle fattispecie, dei rimedi.

Ciò non toglie che nella riflessione di questi Autori sia particolarmente agevole, più che nella analisi di altre posizioni, giustificare una riflessione sull'abuso come concetto giuridico.

Si sono sin qui rappresentate le peculiari opzioni metodologiche di Giorgianni, la cui riflessione deve essere valutata come a sé stante, e di due autori che peraltro possono essere a lui in qualche modo accostati, nella misura in cui ne condividono la consapevolezza o, meglio, la spinta a trattare dell'abuso come qualcosa di diverso da un mero strumento operativo.

La intenzione del presente lavoro non è certo quella di fare dir loro qualcosa che non dicono: per Messina e Restivo, in particolare, l'abuso rappresenta, in sostanza, un autonomo principio giuridico, da valutare, quanto più esaustivamente possibile, nella propria vigenza e nella propria sostenibilità teorica; non mancano peraltro, nei loro contributi, una serie significativa di indici (il fatto, ad esempio, che ritengano insufficiente ricavare detto principio per induzione dalle norme positive, il fatto che ne postulino una completezza teorica e ne invocino la capacità di esprimere l'esigenza di non strumentalizzazione degli strumenti dell'ordinamento) che consentono di ipotizzare che nei giuristi teorici, in quelli trattati, in particolare, l'abuso in qualche modo assuma anche la funzione di concetto, guida alla conoscenza e alla interpretazione dei fenomeni, (a prescindere poi dal fatto che venga trattato, studiato, configurato come strumento applicativo).

Si può, cioè, sostenere che essi condividono una medesima consapevolezza, o forse una medesima urgenza di trattare dell'abuso in maniera diversa da molta altra letteratura, che si occupa invece preferibilmente di quasi "standardizzare" le sue applicazioni.

* * * * *

Le posizioni ora esaminate sono state, quindi, ritenute significative in virtù delle dichiarazioni di principio che contengono e in virtù dei loro propositi metodologici.

Peraltro, a parere di chi scrive, altrettanto significative risultano alla luce delle prese di posizione che svolgono con riferimento a determinati tentativi di giustificazione della figura dell'abuso o, anche, con riferimento a determinate sue configurazioni.

In particolare i contributi di Messina e Restivo rappresentano, quantomeno cronologicamente, gli esiti ultimi della riflessione sull'abuso, e si può fondatamente sostenere che essi diano voce ad una consapevolezza che è maturata in tal senso.

Si può, in sostanza, sostenere che questi autori appena esaminati sottintendono alle loro trattazioni il riferimento all'abuso del diritto come un concetto, anche alla luce di quanto essi rifiutano o mettono in discussione delle acquisizioni precedenti sul tema; e in tal senso si può dire che l'accoglimento dell'abuso come vera e propria categoria concettuale rappresenta l'evoluzione, l'esito, il portato di molta della più attenta riflessione sull'abuso stesso.

Si ritiene sia utile tracciare, pur per sommari cenni, quali siano queste prese di posizione ritenute necessarie al fine di conferire autentica autonomia concettuale all'abuso e impedire, cioè, che divenga qualcosa di estraneo all'ordinamento giuridico o mera formula descrittiva- suggestiva, che nulla aggiunge alle possibilità ricostruttive o sanzionatorie offerte da altri strumenti, o strumento eversivo, di governo giurisdizionale delle relazioni giuridiche.

Queste sono infatti avvertite come le preoccupazioni più pressanti da evitare.

In primo luogo è avvertito come assolutamente prioritario affermare che l'abuso non rappresenta uno strumento correttivo del normale funzionamento della tutela normativa.

È questa una affermazione di principio che gli autori presi in esame si preoccupano con forza di ribadire ma che si può dire pressoché sicuramente

condivisa e accolta dalla migliore riflessione sull'abuso²⁶⁸, cosiccome costituisce anche una sicura acquisizione della dottrina della buona fede.

Afferma Restivo. «l'abuso, infatti, è al servizio dell'interesse individuato dalla norma – nel senso che preserva l'aderenza a questo interesse della condotta del titolare – qualunque esso sia. (...) Questa prospettiva – chi scrive ne è consapevole – si pone in stridente contrasto con una consolidata tradizione di pensiero che individua nell'abuso del diritto un veicolo per orientare l'applicazione della legge ad un superiore ideale di giustizia».

Ma «presentare l'abuso come uno strumento per correggere lo *strictum jus* in nome di un superiore ideale di giustizia significa chiamare il giudice ad individuare e concretizzare valori supremi posti al di là del dato normativo»²⁶⁹.

Gravare l'abuso del diritto di una indeterminata funzione correttiva dell'applicazione delle norme positive costituisce, appunto, l'esigenza più immediata avvertita dagli operatori giuridici, ma al contempo – ad una lucida analisi – una esigenza che nulla ha a che spartire con la struttura realmente giuridica dell'abuso stesso e il rifiuto della quale riconduce l'abuso alla sua più genuina funzione interna al diritto, coesistente ai suoi strumenti, alle sue dinamiche²⁷⁰.

Con essa, e sullo stesso piano di essa, si impone di contestare la concorrente affermazione della rilevanza dell'abuso in relazione al problema delle lacune dell'ordinamento: «l'idea che l'abuso presupponga una lacuna è ricorrente: il divieto di porre in essere le condotte che concretizzano un abuso interviene – si dice – solo laddove nell'ambito presidiato dalla fattispecie attributiva del diritto si profili uno spazio vuoto»²⁷¹.

²⁶⁸ Cfr., ad esempio, MERUZZI, *L'exceptio doli*, cit.

²⁶⁹ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 123 e 126.

²⁷⁰ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 181: «lungi dall'essere un correttivo del sistema, qualcosa di amorfo che spinge dall'esterno per piegare il sistema a forme di giustizia sostanziale che esso altrimenti non potrebbe realizzare, l'abuso del diritto è principio del tutto interno all'ordinamento, perché, nel richiedere una attuazione non strumentale delle norme giuridiche, garantisce la puntuale ed appropriata funzione ed attuazione di queste, e quindi, in ultima istanza, dell'ordinamento giuridico stesso. Pertanto l'abuso del diritto è principio giuridico, non fenomeno sociale».

²⁷¹ RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 134.

Tuttavia, «l'abuso riflette la struttura logica del diritto soggettivo, e ne rappresenta una sua ricaduta(...). Per prospettare una vicenda di abuso non è necessario postulare né una regola che, sovrapponendosi alla regola attributiva del diritto, consenta di sindacarne l'esercizio, né uno spazio vuoto che da questa regola possa essere presidiato»²⁷²; l'abuso rappresenta quindi una categoria che trova la sua giustificazione ultima, e merita attenzione, nella misura in cui interpella la ragion d'essere e le dinamiche delle prerogative soggettive, non già in quanto, ancora una volta, si pretenda affidarle compiti di integrazione e correzione del sistema risultante dalle norme positive.

Infine, assolutamente centrale nell'economia delle costruzioni di questi autori, è la affermazione della irriducibilità dell'abuso del diritto rispetto all'operare della regola di buona fede e correttezza.

Di fronte al pressoché unanime orientamento, tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, nel senso di fondare il principio del divieto di abuso sulla regola suddetta, essi avvertono il rischio di una confusione concettuale che impedisca di individuare chiaramente il *proprium* dell'abuso²⁷³.

In particolare la critica si appunta sul fatto che le ripetute affermazioni nel senso di ricondurre l'abuso alla regola di buona fede, finiscano per ridurre l'abuso stesso ad una dimensione esclusivamente relazionale, anch'esso strumento funzionale esclusivamente alla risoluzione di problemi di contemperamento di

²⁷² RESTIVO, *Ibidem*, p. 141.

²⁷³ In relazione alla ormai largamente consolidata tendenza di dottrina e giurisprudenza nel senso di qualificare il principio del divieto di abuso tramite i canoni interpretativi della correttezza e della buona fede, la denuncia del pericolo di una loro "indistinzione" si leva con forza dalle parole di Giorgianni, il quale contesta, innanzitutto, che l'abuso sia mero strumento dell'interpretazione giudiziaria, strumento di flessibilità, di adeguamento, di perseguimento della ragionevolezza dell'ordinamento; laddove deve essere considerato, invece una "forma qualificativa autonoma", giacché il problema dell'abuso è, invece, un problema di carattere squisitamente formale, comportante la individuazione di una particolare qualificazione giuridica (irriducibile a quella della illiceità!).

Giorgianni denuncia, altresì, come la ricostruzione dell'abuso sulla scorta del canone di buona fede reca con sé il rischio di finire per ridurlo a mero corollario dell'equità. Egli sottolinea come la letteratura sull'abuso frequentemente cada in questa idea, in questo stereotipo, che così stigmatizza: «si tratta di ricerche che hanno il merito di una notevole diligenza, ma che falliscono spesso, tuttavia, l'obiettivo di un risultato scientificamente apprezzabile: e ciò pel fatto che vi si considera la nozione di abuso come facente leva su una interpretazione equitativa o, come di ce il Markovitch, di "équité sociale", la quale renderebbe più "souples" le norme giuridiche, e farebbe acquistare all'ordinamento "une coloration d'humanité"», così GIORGIANNI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 170 e 169 n. 2.

interessi o, al limite di cooperazione dei soggetti in vista di un determinato assetto di interessi²⁷⁴.

La figura dell'abuso non mira a consentire ai giudicanti di sindacare l'intersezione degli interessi dei consociati, ma ha ben diverso significato la risposta alle ragioni dell'ordinamento che essa persegue: «la buona fede è una relazione tra soggetti, l'abuso del diritto è nello scarto tra norma e soggetto titolare di una situazione giuridica, che si realizza nello svolgimento del rapporto, allorchando questi eserciti le sue prerogative in maniera funzionalmente distorta. Ora è ovvio che tale deviazione si lascia agevolmente cogliere nel momento in cui il comportamento del soggetto va a tangere l'interesse di un altro (...). Ma tale momento (...) rappresenta il profilo ulteriore e di ricaduta dell'abuso del diritto, quello in cui esso nel rapporto innescato con l'esercizio stesso si manifesta»²⁷⁵.

Alla luce anche di queste prese di posizione ancora una volta viene in evidenza che quel che veramente interessa ed è degno di nota è il percorso teorico di queste teorie; le quali, in fondo, esplicitano l'esigenza per il giurista di disporre di una sicura nozione che permetta di affrontare l'esercizio dei diritti alla luce della *ratio* ultima dell'ordinamento, che è quella di consentire, accanto al controllo, la comunicazione sociale²⁷⁶.

²⁷⁴ Come esattamente contrapposta a tale impostazione, si può prendere in considerazione quella espressa da BUSNELLI- NAVARRETA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., i quali giungono ad affermare la sussistenza dell'abuso del diritto anche nel settore della responsabilità civile proprio sulla base dell'assunto secondo cui l'abuso stesso può utilmente configurarsi in una dimensione oggettiva e "relazionale", come sarebbe testimoniato chiaramente, tra l'altro dalla evoluzione del diritto europeo.

²⁷⁵ MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 178-179.

²⁷⁶ Cfr. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., in particolare p. 65.

3.3 IL CONCETTO DI ABUSO NELLA GIURISPRUDENZA

L'indagine svolta sulle pronunce delle corti che espressamente fanno riferimento all'abuso del diritto, ovvero, comunque, sono riconducibili alla adozione delle relative argomentazioni, non offre altrettanti elementi per trattare dell'abuso come concetto giuridico e, certo non altrettanto espliciti, c'è però un dato, e un dato che si ripropone costante se, più che alle classificazioni delle sentenze operate dai teorici, si va a considerare il concreto argomentare delle corti, come si è cercato di fare in riferimento ad alcune sentenze ritenute particolarmente emblematiche.

Per la dottrina non è peregrino sostenere che essa mostra una piuttosto precisa linea di tendenza (anche se molte posizioni sono alquanto labili) nel senso che appena sopra si è cercato di illustrare; le applicazioni giurisprudenziali, a parere di scrive, non mettono a tacere, invece, i dubbi, le ragioni di opposizione all'abuso, le accuse di poca utilità e addirittura di poca chiarezza. L'argomentare delle corti non si configura univoco né sicuro, né giunge ad elaborare criteri di sufficienza e autonomia dell'abuso.

Soprattutto, ed è questo l'elemento che è dato riscontrare con maggiore frequenza, l'abuso del diritto quasi mai assurge a vera e propria *ratio decidendi*, e, se anche lo è, non risulta mai da solo sufficiente a fondare la soluzione della corte; soprattutto il riferimento alla clausola generale di buona fede e alle funzioni che la giurisprudenza – in maniera tralaticia e pressoché creatrice di regole e criteri – in maniera ormai sicura le riconosce.

Oltre a quelle già esaminate nella seconda parte del presente lavoro, si ritiene opportuno esaminare anche in questa sede alcune sentenze emblematiche di questo atteggiamento.

La sent. 15592 del 11 dicembre 2000²⁷⁷ prende estesamente in considerazione la categoria dell'abuso, anche se poi, ritenendola non applicabile nel caso di specie,

²⁷⁷ Pubblicata in Giust. civ. 2001, con nota di COSTANZA M. *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto.*

finisce per sterilizzarne la portata; la sua motivazione costituisce, peraltro, esempio chiarissimo delle difficoltà della giurisprudenza nei confronti di essa. «(...) va rilevato come autorevole dottrina abbia ritenuto che si possa fare applicazione del principio dell'abuso del diritto (in relazione, soprattutto, al divieto di *venire contra factum proprium*) in tema di impugnazione di delibere assembleari societarie (...) sulla base della considerazione che il buon senso e la logica giuridica escluderebbero la corrispondenza a buona fede e correttezza dell'assunzione di un comportamento orientato in direzioni antitetiche sullo stesso oggetto. (...) La giurisprudenza, invece, ha mostrato talune perplessità, non solo e non tanto resistendo all'ammissibilità di un principio generale di abuso del diritto (si ripete, al di fuori dei casi tradizionalmente ricondotti ad esso), ma anche e soprattutto sottolineando con forza l'esigenza di disancorarne gli elementi costitutivi da aspetti e valutazioni essenzialmente soggettive e di ricercare – per quanto è possibile – più chiari e sicuri contorni di natura oggettiva.»

Fatte queste premesse, poi, la Corte specifica con riferimento al caso di specie. «non si può non muovere da una premessa fondamentale: in presenza della norma di cui all'art. 2377, comma 2, c.c. ed in difetto di qualsiasi restrizione all'esercizio del diritto di impugnazione delle delibere difformi dalle legge e/o dall'atto costitutivo (...) è ben difficile ipotizzare un abuso dello stesso diritto di impugnativa. Infatti, per superare il principio secondo cui non può arrecare danno ad alcuno chi usa di un proprio diritto nei termini e modalità previsti dalla legge e con finalità riconosciute meritevoli di tutela (l'azione essendo volta a ripristinare il rispetto della legge e/o dell'atto costitutivo), occorre dimostrare l'esistenza di un *quid pluris*, per integrare l'abuso del diritto di impugnativa. Tale elemento aggiuntivo, che potrebbe astrattamente essere costituito dalla violazione dei principi di correttezza e buona fede, intesa come regola di comportamento, non può essere individuato nell'identità soggettiva di chi abbia dapprima approvato il (progetto di) bilancio nella qualità di amministratore e, poi, impugnato la delibera assembleare di approvazione».

Subito a seguire queste affermazioni, senza sottoporle ad alcun commento, sia consentito riportare i passaggi di un'altra sentenza, la quale prende in considerazione e si pronuncia su una pretesa fattispecie di abuso della maggioranza che ha adottato una delibera di liquidazione della società.

Una sentenza quindi che avrebbe dovuto trovare più opportuna collocazione nel paragrafo dedicato alla tematica dell'abuso nel diritto societario e, particolarmente, dell'abuso della maggioranza.

La sentenza n. 27387 del 12 dicembre 2005²⁷⁸ merita però di essere qui esaminata e, come fatto per le sentenze precedenti, per essere distesamente analizzata nei vari passaggi argomentativi compiuti dai giudicanti.

Si tratta, infatti, di una sentenza 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.

Mostra, altresì, in maniera più che esemplare, la complessità di riferimenti cui il giudice ricorre quando concretamente è chiamato a decidere una fattispecie configurabile come abusiva, ma, soprattutto, come la precedente, 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.

A differenza della precedente individua con una certa chiarezza i caratteri che configurano l'abuso; come la precedente lo esclude nel caso di specie – ritenendo il difetto di prova appunto di quei caratteri che essa ritiene determinanti, costitutivi della figura e, soprattutto, come la precedente contiene molti ambigui riferimenti sia all'eccesso di potere, sia alle norme degli art 1375 e 1175 c.c..

La Corte apre il proprio ragionamento con il deciso accoglimento della figura dell'abuso. «nel nostro ordinamento societario non esiste una norma che

²⁷⁸ Pubblicata in *Foro it.*, 2006, 12, p. 3445 ss.

identifichi espressamente una fattispecie di abuso nelle 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 11151/95; «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».

Posto in evidenza questo debito nei confronti dell'operare delle regole di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c, la Corte prosegue recuperando l'ambiguità tra la configurazione dell'abuso come principio autonomamente operante secondo caratteri propri e il suo, invece, costituire mera configurazione della regola di buona fede contrattuale²⁷⁹.

Infine, ancora una volta, la concreta risposta al caso *de quo* passa per l'applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Questa sentenza consente, tra tante, la emblematica constatazione di un *modus procedendi* che può dirsi costante da parte delle corti chiamate a conoscere vicende abusive.

²⁷⁹«In sintesi l'abuso di potere è causa di annullamento delle deliberazioni assembleari quando la deliberazione: a) non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società; deve pertanto trattarsi di una deviazione dell'atto dallo scopo economico-pratico del contratto di società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un interesse personale antitetico rispetto a quello sociale; b) sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci di maggioranza diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli* poiché è rivolta al conseguimento di interessi extrasociali. I due requisiti testè evidenziati non sono richiesti congiuntamente, ma in alternativa.

Poiché la teorizzazione del divieto di abuso della regola di maggioranza si fonda sul divieto dell'eccesso di potere secondo il modello elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, l'esame del merito della delibera è ammesso solo in presenza di indici oggettivi, che consentono di sospettare la violazione vincoli imposti dall'ordinamento alla maggioranza e desunti nei modi succitati. questi indici coincidono parzialmente con le figure sintomatiche elaborate in sede di applicazione del controllo per eccesso di potere sugli atti amministrativi; in ogni caso, come è stato correttamente osservato, solo nella teoria dell'eccesso di potere, la presenza delle c.d. figure sintomatiche è sufficiente a produrre l'annullamento di un atto; esse sono cioè elementi costitutivi della fattispecie (di eccesso di potere, appunto); nella prospettiva della buona fede, invece, gli stessi indici o altri analoghi, possono essere solo indizi, da valutare in concreto, circa la lesione dell'equilibrio contrattuale di buona fede tra vari interessi sociali. Potrebbe dirsi, conclusivamente, che nella prospettiva societaria, le figure sintomatiche dell'abuso di maggioranza costituiscono in realtà indizi di violazione dei principi della buona fede e correttezza nell'attuazione del contratto di società».

Nelle sentenze più recenti si rinviene come pressoché esclusivo e assolutamente risolutivo il riferimento e la applicazione delle regole predette di correttezza e buona fede, pur dove la fattispecie sia chiaramente qualificata in base all'abuso del diritto; ma anche nelle sentenze meno recenti il riferimento all'abuso del diritto si accompagna sempre alle possibilità classificatorie e/o sanzionatorie offerte da figure di più lunga e tipizzata tradizione, quali la *exceptio doli* o il divieto di *venire contra factum proprium*.

La rilevazione di un simile atteggiamento dei giudici potrebbe porre, quindi, lo studioso dell'abuso del diritto di fronte al dubbio piuttosto radicale che la categoria in questione rappresenti nient'altro che un suggestivo mezzo descrittivo di determinate condotte, le quali stesse si risolvono, però, esclusivamente, entro i confini della regolamentazione predisposta da precise norme dell'ordinamento, prime tra tutte gli artt. 1375 e 1175 c.c.

Chiarissimo in tal senso Nuzzo, quale 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», per subito risponderci con il titolo «L'abuso del diritto è istituito che non supera la descrizione del fenomeno²⁸⁰ e , in particolare per il proprio ambito di indagine – quello dei rapporti tra i soci nell'esercizio del diritto di voto – ritenere assolutamente preferibile il ricorso alla buona fede oggettiva (peraltro sulla base del discutibile presupposto secondo cui 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) segnati dalle parti con la conclusione del contratto»²⁸¹.

²⁸⁰ NUZZO, *L'abuso della minoranza*, cit., p. 74.

²⁸¹ NUZZO, *Ibidem*, p. 281: con ciò, peraltro, trascurando le sicure acquisizioni sia in tema di funzione integrativa della buona fede, sia sul piano della sicura collocazione dell'abuso nel momento dell'esercizio del diritto e non della determinazione del suo contenuto, dei suoi limiti. L'Autore osserva altresì, p. 80 e p. 86: «invero le riflessioni in letteratura danno conto di un problema di fondo riguardo all'abuso del

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, dimensione che gli autori sopra esaminati hanno avvertito necessario contestare e circoscrivere. Si tratta infatti di una dimensione che può essere perfettamente ed esaustivamente conclusa dall'operare della regola di buona fede²⁸².

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 c.c., difficilmente abbandoni il riferimento alla categoria dell'abuso,

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».

Come si può agevolmente intendere, il diritto impone comunque la ricerca di metodi e soluzioni rigorose, che non lascino solo al libero convincimento del giudice l'apprezzamento delle condizioni di svolgimento dei rapporti tra gli interessati. Ed è proprio tale caratteristica a convincere chi scrive che l'abuso è senza il dubbio il termine che con maggiore capacità evocativa identifica i casi sui quali stiamo riflettendo, senza rivelarsi con ciò fruttuoso sullo stretto piano della risoluzione delle questioni; del resto si è autorevolmente rilevato che l'abuso è l'espressione del distacco storico fra la norma e le mutate concezioni del momento, «è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole ma non una categoria giuridica, e ciò "per la contraddizione che nol consente"».

²⁸² 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*, cit., 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 di buona fede riflessa in ambiti diversi o in momenti diversi del rapporto obbligatorio».

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 Breccia²⁸³ una efficace suggestione in tal senso: parlando 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”; tuttavia afferma «ma 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, purchè non sia dissociata da 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».

²⁸³ BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 16.

I CONCETTI GIURIDICI NELLA FILOSOFIA E NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

3.4 LA “POLEMICA SUI CONCETTI GIURIDICI”

Introdurre, in proposito all’abuso del diritto, il tema dei concetti giuridici significa introdurre innanzitutto un tema di capitale rilevanza sul piano epistemologico²⁸⁴, e che involge, altresì, le principali e tradizionali questioni giusfilosofiche sulla natura scientifica della conoscenza giuridica; sul ruolo, i metodi i confini dell’interpretazione giuridica.

In prima battuta, il tema dei concetti giuridici rinvia, evidentemente, all’ambito della dogmatica giuridica; ma, per comprenderne la portata, si tratta di dar conto delle problematiche fatte emergere dagli autori della polemica sui concetti giuridici²⁸⁵ e dalla filosofia analitica.

Il tentativo di sostenere che l’abuso del diritto soggettivo rappresenta propriamente, e soprattutto, un concetto giuridico; che tale dato risulta se si pone attenzione al modo in cui la nozione di esso viene utilizzata dalla dottrina e dai giudici; che il medesimo percorso di indagine è capace di mostrare, altresì, come il concetto giuridico nasce e si sviluppa, mi pare trovi una singolare coincidenza, se non altro una suggestione che può contribuire ad impostare la riflessione, in una icastica descrizione dei vari piani che si intersecano e si sottintendono quando si fa riferimento ai “concetti giuridici”.

Si tratta di una affermazione che si deve ad Ascarelli, singolare figura di giurista, studioso del diritto civile e commerciale, il quale però ha coltivato un

²⁸⁴ L’opera di Giorgianni ne è l’esempio, esplicito e consapevole.

²⁸⁵ La “polemica sui concetti giuridici” è formula utilizzata per rappresentare nella loro circolarità e posizione dialogante gli interventi che sul tema sono stati svolti nel giro di un decennio, da alcuni giuristi e filosofi; scritti rivenibili ora in CALOGERO G., CESARINI SFORZA W., JEMOLO A.C., PUGLIATTI S., *La polemica sui concetti giuridici*, (a cura di IRTI N.), Milano 2004.

significativo interesse per le tematiche teorico generali ed epistemologiche in particolare, intervenendo, altresì, nelle discussioni sollevate dalla famosa “polemica” sui concetti giuridici.

Per comprendere le urgenze teoriche sulla scorta delle quali egli elabora le proprie posizioni, c'è da dire che Ascarelli parla in primo luogo della necessità, ai fini della applicazione del diritto, di una «continua ricostruzione tipologica» che si impone all'interprete, cosicché «accanto a quelle che, riprendendo il passo paulino, diremo le *regule juris*, i riassunti menmonici della disciplina, incontreremo sempre quei concetti (o, se vuoi, pseudoconcetti) che, servendo a determinare lo stesso ambito di applicazione della norma, altrimenti inapplicabile, attengono a una costruzione tipologica della realtà in funzione della norma».

Egli precisa poi anche, però, «nell'elaborazione e nella trasformazione di questi concetti si spiega così (...) l'opera creativa dell'interprete.

All'uopo l'interprete ricorre a categorie che sono premessa della interpretazione (e non già frutto o sistemazione di questa), se pur sottoposte al vaglio della loro congruenza col testo; che come vettori segnano l'indirizzo accolto dall'interprete (...).

Le categorie alle quali abbiamo accennato non rappresentano direttamente una formulazione normativa, ma è in loro funzione che si pongono dispute e sviluppi interpretativi ed è in esse che si ritrova il nesso tra lo sviluppo del pensiero giuridico e quello generale; è così che ritroveremo l'influenza di generali concezioni attraverso una loro traduzione in categorie suscettibili appunto di ispirare l'interpretazione e che, nelle loro formulazioni interpretative e nel loro successo, trovano la loro conferma»²⁸⁶.

È stato giustamente osservato che con ciò Ascarelli prefigura una impostazione epistemologica largamente debitrice alla centralità del momento della interpretazione cosicché, in particolare con riferimento ai concetti giuridici, egli li considera come compito del giurista dogmatico, il quale deve «mettere a

²⁸⁶ ASCARELLI T.: *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, p. 76 e 78

disposizione dell'interprete strumenti che consentano di "ordinare" la realtà, attraverso la costruzione di "concetti" sia convenzionali, perché storicamente condizionati dalle "premesse" del giurista, che operativi, perché in grado di procedere ad una ricostruzione della realtà sociale che l'ordinamento giuridico è chiamato a regolare»²⁸⁷.

Di questa impostazione del tema dei concetti giuridici in Ascarelli sono stati efficacemente dimostrati i limiti e le varie articolazioni.

Per quanto qui interessa, e può risultare fecondo al fine di interpretare la vicenda dell'abuso del diritto, merita rilevare, tuttavia, che la complessità della impostazione ascarelliana del tema dei concetti giuridici, la sua capacità di cogliere le diverse sfumature incluse in quella nozione e, soprattutto, le diverse funzioni che ad essa sono riconducibili, può valere, altresì, a rappresentare efficacemente i diversi piani di lettura e di comprensione sui quali ci si può collocare per affermare che quello di abuso del diritto è un concetto giuridico.

Il tentativo di Ascarelli, nei confronti dei concetti giuridici, è quello di distinguere diversi strumenti logico-razionali che possono confondersi in tale nozione e, al contempo, nei veri e propri concetti dogmatici, coniugare i due momenti che la riflessione del tempo avvertiva come cruciali del problema epistemologico della giurisprudenza: il momento generalizzante e il momento individualizzante²⁸⁸.

Si tratta di una impostazione che è dato ritrovare anche, significativamente, nella affermazione la quale – secondo una condivisa interpretazione – chiude i dibattiti della "polemica", e ciò in virtù, appunto, della chiara esplicitazione e

²⁸⁷ CASA F.: *Tullio Ascarelli, Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli 1999, p. 101-102

²⁸⁸ CASA, *Tullio Ascarelli*, cit., p. 107: «anche per l'Ascarelli, infatti, l'esigenza è proprio quella di far coesistere una concezione della scienza giuridica fondata sul carattere empirico e classificatorio dei suoi concetti, con la dottrina del carattere storicistico e individualizzante dell'attività interpretativa, "carattere dedotto dai presupposti gnoseologici della dottrina crociana del giudizio storico come sintesi di universale e particolare"». L'Autore evidenzia, altresì, come il debito alla impostazione crociana e al dualismo tra concetti e pseudoconcetti risultante dalla esigenza di distinguere « i concetti formali che si limitano a fornire una "sintesi della disciplina normativa" dalle "categorie giuridiche" aventi valore conoscitivo ed euristico» conduca Ascarelli verso i già conosciuti rischi di una giurisprudenza "duplicata", «in cui il momento della dogmatica, della classificazione, è separato da quello dell'interpretazione: l'uno confinato nel naturalismo dei pseudoconcetti, l'altro nello storicismo dell'interpretazione giuridica», p. 110 e 111.

convinta asserzione che è logicamente e metodologicamente necessario distinguere «i concetti legislativi, cioè quei concetti o criteri, mediante i quali il legislatore, nel creare la norma astratta, ordina o valuta per tipi astratti la realtà al fine di disciplinarla», dai «concetti classificatori e frutto di un'attività meramente generalizzante dello scienziato del diritto»²⁸⁹.

È stato efficacemente osservato che questa affermazione può ben essere considerata l'esito ultimo, la composizione necessaria delle tensioni della "polemica", nella misura in cui «comporta aver definitivamente scisso l'attività stessa del giurista nell'interpretazione giuridica, intesa quale sviluppo individualizzante dei concetti del legislatore e nella costruzione dogmatica che diviene conoscenza di tipo "naturalistico"²⁹⁰.

Molte altre sono le problematiche relative ai concetti giuridici che vengono in questione ove si tratti di confrontare la nozione di essi alla nozione di abuso del diritto; (in particolare molto più complesso il rapporto con le norme positive (sia perché manca una norma che espressamente positivizzi il relativo concetto; sia perché è esigenza fortissimamente ribadita dagli autori che propugnano l'autonomo concetto di abuso del diritto porre in evidenza che esso assolutamente non è ricavabile per induzione e generalizzazione dalla ratio riscontrabile in determinate norme positive – essenzialmente l'art. 833 per l'ambito dei diritti reali, gli artt. 1175 e 1375 c.c. per l'ambito dei rapporti obbligatori e contrattuali); nonché molto sentito, anche se non molto consapevolmente trattato, il collegamento, la parentela con il ruolo di principio generale a cui l'abuso si ritiene adempia).

D'altro canto, però, è pur vero che le fondamentali problematiche teoriche, gnoseologiche ed epistemologiche inerenti i concetti giuridici germinano nell'ambito della "polemica" e la citata espressione di Gorla esprime con efficace sintesi, da un lato i presupposti, i debiti teorici di essa, dall'altro il fondamentale terreno della disputa.

²⁸⁹ GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941, pp. 58, 46-49

²⁹⁰ CASA F., *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., p. 96.

La “polemica” poggia saldamente sul portato della riflessione crociana e, quindi, sulla assunzione che i concetti della giurisprudenza, non diversamente da quelli di qualunque altra scienza, sono in realtà “pseudoconcetti”, ossia strumenti del tutto irrazionali e incapaci di rappresentare la realtà, ma aventi sicura efficacia pratica e operativa.

Oltre a questa condivisa consapevolezza «i dialoganti si trovano concordi su un punto: che il materiale della scienza giuridica, e dunque il terreno da cui i concetti di essa vanno ricavati o su cui sono tenuti a misurarsi, è offerto dal diritto positivo»²⁹¹.

L'imprescindibile ancoraggio al dato normativo rappresenta la cifra metodologica accolta da tutti gli autori coinvolti nella “polemica”, ed essa conduce ad una fondamentale conseguenza; l'idea che oggetto del sapere della scienza giuridica sia esclusivamente la norma positiva porta con sé la constatazione che la scienza giuridica è un “sapere relativo ad un sapere”, quel sapere, cioè, che ha condizionato la formazione e la posizione delle norme stesse, giacché le norme – in quanto entità storiche e non naturalistiche – costituiscono il risultato di una previa osservazione della realtà per il tramite di tipizzazioni concettuali²⁹².

Tutto questo giustifica e spiega la tensione tra momento generalizzante e momento individualizzante, perché ne risulta un quadro in cui i concetti sono innanzitutto strumenti del legislatore – siano o meno da esso consaputi – intessono le norme, «stanno dentro la legge ed anzi ne sono elemento costitutivo», ma sono strumenti anche della scienza giuridica che deve

²⁹¹ IRTI, nella sua *Presentazione a La polemica sui concetti giuridici*, cit., p. VII

²⁹² CESARINI SFORZA W., *Sulla relatività dei concetti giuridici*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto*, R. Università di Roma – Facoltà di giurisprudenza; ora in *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di IRTI, cit.; p. 156 e 157: «L'atto essenziale della conoscenza scientifica del diritto è quello stesso col quale il diritto, cioè la norma, viene creato; la norma giuridica sorge, e il diritto nasce, in quanto l'azione di un soggetto viene pensata da un altro soggetto come norma, cioè voluta nella sua regolarità e normalità. (...) Legislatore e giurista si confondono in quel primo atto astratto, ma in realtà non possono distinguersi in nessuno stadio dello sviluppo legislativo e scientifico; ciò spiega perché scienza e legislazione progrediscono di pari passo, e si aiutino a vicenda anche quando le due funzioni si specializzano».

individuarli e svolgerli per dare ordine al sistema normativo, e perché siano utilizzati nella applicazione delle norme stesse.

«I concetti, di cui sono tessute le norme, e che la scienza giuridica provvede a svolgere e a sistemare, non sono propriamente categorie teoretiche, ma “formazioni arbitrarie”, ausiliatrici del pensare e dell’agire. E da Benedetto Croce furono perciò denominati *pseudo-concetti* (...). La teoria crociana degli pseudoconcetti – che Jemolo e Pugliatti pur dichiarano di condividere – non introduce innocue novità di terminologia. Non si tratta di denominare pseudoconcetti i concetti della scienza giuridica, precisandone al postutto il carattere relativo e mutevole; ma di negare la stessa natura di concetti (di concetti puri) alle nozioni del diritto. Nozioni, le quali vengono così ridotte – o, se si vuole, degradate – a “formazioni arbitrarie”, e lasciate per intero nella disponibilità del legislatore e del giurista»²⁹³.

E allora ciò che viene avvertito con maggiore acutezza dai protagonisti della “polemica”, Jemolo e Pugliatti in particolare, è il problema del contrasto tra la relatività e l’assolutezza dei concetti giuridici; problema che, come abbiamo visto, finisce per risolversi nella consapevolezza del sicuro carattere operativo dei concetti, che per il resto sono rimessi ad un problema esclusivamente politico.

Quindi, non vi è dubbio su quali siano le istanze fondamentali che alimentano la “polemica sui concetti giuridici” per come essa si è svolta nel decennio 1935/1945; il problema del contenuto di verità dei concetti della scienza, e la difficoltà di conciliare la fissità e la generalità degli stessi con il rapido e imprevedibile mutare della realtà giuridica nel suo svolgimento storico.

È il già indicato come centrale tema epistemologico «il quale, a ben guardare, poteva avere numerosi rivoli teoretici. Evidentemente quello dei rapporti tra le concettualizzazioni della dogmatica e il metodo (o i metodi) della scienza giuridica, oppure quello della natura solo “pseudoconcettuale” oppure anche “euristica” dei concetti della dogmatica. Da una prospettiva più particolare,

²⁹³ IRTI, *Presentazione*, cit., p. X e XI.

invece, quello della relazione tra la necessaria fissità dei concetti giuridici rispetto alla mutevolezza del divenire della storia, il che implicava non solo di affrontare il problema dell'applicazione di tali concetti (magari anche allo studio del diritto romano)²⁹⁴ nonostante che essi costituissero delle generalizzazioni di un diritto positivo storicamente determinato, ma anche quello dell'obbligata alternativa fra una trascendenza autonoma delle elaborazioni concettuali e un'incondizionata aderenza all'arbitrio del diritto positivo, storicamente inteso»²⁹⁵

La polemica sui concetti giuridici rappresenta, dunque, un momento fondamentale per la discussione e la emersione delle più varie problematiche connesse – o forse tutte riconducibili – al problema epistemologico; del ruolo, del metodo, della natura della conoscenza teorica del diritto, dell'approccio gnoseologico ai fenomeni giuridici.

3.5 I CONCETTI GIURIDICI NELLA FILOSOFIA ANALITICA

La centralità del tema dei concetti giuridici è stata avvertita e svolta con significative elaborazioni anche dalla Scuola Analitica, in particolare da Uberto Scarpelli e da Anna Pintore, nel contesto della più generale – e fondante della loro posizione – riflessione sulla esigenza e possibilità di creare un “linguaggio giuridico” che non abbia debiti nei confronti del “linguaggio ordinario”, sia cioè autosufficiente e autonomo («i concetti giuridici sono entità strane dal punto di vista semiotico, non essendo affatto chiaro il loro ruolo specialmente semantico

²⁹⁴ Il riferimento è alla appena precedente polemica sulla possibilità di applicare allo studio del diritto romano le categorie concettuali desunte dallo studio e dalla classificazione dei dati ricavati da un determinato ordinamento giuridico vigente, per la ricostruzione della quale v. ancora CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., p. 75 ss.

²⁹⁵ CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., pp. 408-409.

e pragmatico nel linguaggio e discorsi giuridici, della legge e dei giuristi»)²⁹⁶, e sulla conseguente, portante distinzione tra il momento “descrittivo” e quello “prescrittivo”²⁹⁷; dalla quale emerge peraltro, ancora, la centralità fattuale delle scelte di politica del diritto.

Quest’ultimo profilo – che aveva rappresentato un esito sicuro anche della “polemica” – è avvertito e sottolineato in particolare da Pintore, la quale affronta il tema dei concetti giuridici particolarmente sotto il profilo dei limiti del diritto, nel ravvisato contrasto tra semiotiche giuridiche aperte e chiuse, alla luce del quale risulta che «la determinazione dei confini del diritto (...) è parte integrante, fondamentale della definizione del concetto di diritto»;²⁹⁸ risulta, altresì che «occuparsi dei concetti del diritto è pertanto un modo più circoscritto e interno di occuparsi del concetto di diritto: equivale ad affrontare i medesimi problemi, accostandoli dall’angolo visuale di un loro punto di arrivo piuttosto che del loro punto di partenza»²⁹⁹, per concludere infine che «la tesi dei limiti del diritto è essa stessa innanzitutto una prescrizione, una idea di politica del diritto e di politica nel diritto»³⁰⁰.

²⁹⁶ PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli 1990, p. 4.

²⁹⁷ PINTORE, *Ibidem*; nelle sue conclusioni l’Autrice pone in evidenza le problematiche sottese e, al contempo, il tratto qualificante di una prospettiva analitica di indagine sul tema dei concetti giuridici e di come esso sia strettamente connesso al tema del linguaggio giuridico; «proprio mettendo in opera la cautela analitica appena menzionata, mi sono astenuta dal proporre o aderire preliminarmente a una proposta di definizione di “concetto” e di “concetto giuridico”: una stipulazione definitoria avrebbe inevitabilmente recato pregiudizio all’indagine, tagliando fuori dal suo ambito molte idee e riflessioni sul diritto condotte sotto il titolo di “problema dei concetti giuridici”. In una prospettiva analitica, come si sa, il “concetto” è inteso come una entità linguistica, è il significato di una espressione. Questa prospettiva, che io condivido, non è universalmente accolta (...). Le divergenze sono tuttavia almeno in parte ricomponibili. La prospettiva semiotica qui adottata ha reso possibile individuare un terreno comune di problemi e di convinzioni che non esito a considerare il nucleo di una teoria analitica dei concetti giuridici»; p. 317

Tali conclusioni rappresentano l’esito di una puntuale verifica svolta alla stregua del pensiero di alcuni significativi autori «nelle pagine che seguono ho affrontato il problema dei limiti del diritto esaminando le idee di alcuni teorici contemporanei del diritto che hanno fornito un contributo decisivo all’elaborazione di una teoria analitica dei concetti giuridici (Hart, Ross e Scarpelli), o che hanno prospettato o delineato sviluppi “eterodossi” di questa (Mac Cormick), ovvero infine che hanno messo in discussione, in modo radicale, i suoi aspetti principali (Dworkin e Goodrich) cogliendo dunque, con la loro critica, i punti davvero fondamentali»; p. 5

²⁹⁸ PINTORE, *Ibidem*, p. 297.

²⁹⁹ PINTORE, *Ibidem*, p. 5

³⁰⁰ PINTORE, *Ibidem*, p. 6

È Scarpelli che nel 1959³⁰¹, torna a rivalutare e ad affrontare la problematica dei concetti giuridici, sulla scorta delle riflessioni svolte da Hart e accogliendo la sua distinzione tra *frastico* e *neustico*³⁰²; il cuore della sua elaborazione del tema consiste nella netta individuazione di due distinti ordini di concetti: i “concetti fattuali” e i “concetti qualificatori”

I primi sono i concetti che utilizzano “segni che designano cose, proprietà e relazioni di puro fatto, ossia non qualificate secondo norme o valori», ma anche i concetti che «designano cose, proprietà relazioni qualificate», in quanto hanno in comune con i primi il «designare cose, proprietà e relazioni di fatto»³⁰³ – e ne assume ad esempio il concetto di “negoziio giuridico”, «in quanto designa qualcosa di fatto e avendo riguardo a questo solo aspetto della sua definizione». I “concetti qualificatori” sono, invece, evidentemente, quelli che «servono a qualificare cose, proprietà o relazioni secondo norme e valori» e lo studio dei quali «porta in un campo di problemi specificamente relativi all’uso normativo del linguaggio».

L’approfondimento proprio dei concetti cosiddetti “qualificatori” conduce Scarpelli ad affermare che essi consentono al giurista, presupponendo delle norme al fine di «affermare conclusioni normative», di «trasmettere conoscenza» del “giuridico” e, quindi, che accanto alla funzione di qualificazione essi adempiono spesso anche ad una funzione conoscitiva.

Secondo l’Autore, che pure è strettamente legato alla positività della giurisprudenza, i concetti giuridici hanno un nucleo immutabile, che non può venire meno «col mutare dei diritti positivi che li creano», permanendo così nella storia

³⁰¹ SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio giuridico*, Torino 1959.

³⁰² Ossia la individuazione, in una espressione di significato compiuto, di due distinte componenti: un insieme di segni linguistici che veicolano il significato (frastico), e un insieme di segni linguistici che indicano la funzione della espressione (neustico). Sottolinea PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, cit. p. 89, che, secondo Scarpelli, «la differenza tra le descrizioni e le prescrizioni consiste nel differente neustico, ossia nella diversa funzione: mentre le descrizioni hanno la funzione di guidare il comportamento umano in modo indiretto, tramite le conoscenze che essa trasmettono, le prescrizioni, se accettate, guidano il comportamento in modo diretto».

³⁰³ SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio giuridico*, cit., p. 68

Afferma Pintore, rendendo con estrema chiarezza quanto appena sopra abbiamo accennato: «tutto il discorso di Scarpelli sui concetti giuridici è finalizzato, mi pare, a due obiettivi. Scarpelli vuole innanzitutto dar conto dell'idea diffusa, che la descrizione del diritto, condotta anche con l'ausilio dei concetti qualificatori, possa trasmettere conoscenza. Egli vuole inoltre dar conto dell'idea, ugualmente diffusa, che i concetti non mutano del tutto col mutare dei diritti positivi che li creano, che i concetti permangono nella storia»³⁰⁴.

Ma Pintore rileva, altresì, con acutezza le criticità degli obiettivi e delle impostazioni del professore vicentino, sottolineando la labilità delle sue tesi sia sulla capacità conoscitiva dei concetti, sia sulla loro possibile stabilità storica e di significato³⁰⁵.

Ciò non le impedisce, a conclusione di una analisi critica svolta, oltre che sul pensiero di Scarpelli, sulle elaborazioni di vari autori che si trovano in posizione di approfondimento ovvero interlocutoria nei confronti dell'approccio analitico ai concetti giuridici, di affermare, al di là di ogni riscontrata contraddizione e varietà di posizioni: «Esiste dunque una teoria analitica dei concetti giuridici. Essa può essere raffigurata come una concezione *strumentale* dei concetti giuridici: è la convinzione che i concetti giuridici vadano trattati come meri strumenti espositivi di contenuti normativi già presenti nel diritto, e che i contenuti normativi convogliati per il loro tramite siano circoscritti o circoscrivibili, siano finiti ed effabili. È, insomma la tesi dei limiti del diritto»³⁰⁶. In termini assolutamente poveri e semplificatori, non ci si può esimere, allora, dal rilevare, anche nel contesto della elaborazione analitica in tema di concetti

³⁰⁴ PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, cit., p. 92.

³⁰⁵ PINTORE, *Ibidem*, p. 109: «le tesi di Scarpelli sollevano dunque il seguente problema: ci si chiede se qualunque concetto *giuridico* – ossia concetto adoperato nei discorsi dei diritti storici – possa mai essere considerato un concetto puramente fattuale, e se questo equivalga a negare che siano rilevanti, per la determinazione del suo significato, le disposizioni giuridiche che lo prevedono, e alla fin fine l'intero sistema semiotico giuridico»; p. 136: «sospetto che l'idea dei concetti giuridici siano dotati di un nucleo costante e relativamente immutabile di significato possa trovare spazio nella concezione teorica di scarpelli solo a patto che egli rinunci a uno dei due presupposti prescrittivi fondamentali su cui essa si regge. Il primo presupposto è l'idea che il diritto sia un sistema finito di norme provvisto di confini che lo rendono riconoscibile e descrivibile come tale. Il secondo presupposto è la convinzione che la scienza giuridica possa e debba descrivere neutralmente il diritto positivo».

³⁰⁶ PINTORE, *Ibidem*, p. 318.

giuridici, che la diversificazione delle impostazioni e delle soluzioni non incide, però, sulla individuazione delle essenziali criticità, dei capitali nodi speculativi. Si tratta, ancora una volta, di discutere della valenza conoscitiva dei concetti; del loro rapporto col diritto positivo; del loro operare nel momento della posizione delle norme, della loro sistemazione, della loro interpretazione a fini applicativi; insomma, di come nascono e di come operano.

3.6 PER ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUL CONCETTO DI ABUSO

Avendo quantomeno adombrata la complessità e la centralità dell'interrogarsi sui concetti giuridici – tematica che potrebbe sembrare marginale in una più ampia attenzione alle dinamiche dell'ordinamento giuridico – si può ritornare a riconsiderare con maggiore interesse la tematica dell'abuso del diritto, e con più giustificata attenzione la tesi secondo cui esso può ben essere considerato e valutato appunto come un concetto giuridico.

In particolare si può verificare la tesi per cui tutte le tensioni, di ordine conoscitivo, di ordine pratico-applicativo che – si è visto - vengono messe a nudo dalle discussioni sui concetti giuridici, le si può ritrovare sottese al percorso storico e teorico, alla progressiva elaborazione dell'abuso del diritto, di modo che nella ricostruzione delle vicende di esso si possono ricostruire le tappe della nascita di un concetto giuridico.

Può allora risultare oltremodo significativo l'andamento evidenziato nella seconda parte del presente lavoro, laddove ci si è occupati della indagine e della valutazione delle posizioni dottrinali; lì si è suggerita – e si è tentato di prospettare -, per la categoria dell'abuso, una precisa linea evolutiva.

Si è rilevato come la prima istanza alla stregua della quale la nozione di abuso è emersa negli ordinamenti giuridici continentali – quelli improntati su un diritto

codificato, *in primis* l'ordinamento francese, ma non si può dimenticare, anche se non è stato valorizzato nel piano del presente lavoro, il posto che l'abuso occupa nel sistema giuridico tedesco – è stata una elementare istanza di equità, di giustizia morale e sociale.

Una istanza che ha trovato ampia e forte recezione nella giurisprudenza e, soprattutto nella dottrina, che ha corrispondentemente elaborato l'abuso, vuoi come esigenza di ordine sociale, vuoi come esigenza di ordine etico e religioso.

La nozione di abuso nasce quindi come idea metagiuridica che trova accogliamento in ambito giuridico, pur rimanendo ancora – si pensi a Planiol e Josserand - criterio assolutamente estraneo ai parametri giuridici.

Il problema della sua giuridicità, della sua coesistenzialità alle strutture e alle dinamiche dell'ordinamento giuridico rappresenta il motivo centrale di tutte le posizioni che trasversalmente – nei vari ordinamenti e, soprattutto, in tutti i tempi, fino ad oggi – negano recisamente la figura dell'abuso.

Ma appare prevalente – e riceve in maniera sempre crescente il conforto della giurisprudenza – l'orientamento che sostiene la figura dell'abuso; un orientamento che soprattutto si impegna nel sostenerne e argomentarne la piena giuridicità e rilevanza ordinamentale.

Rappresenta, in tal senso, un momento sempre più consapevole e sviluppato quello della attenzione a rinvenire nel sistema normativo vigente i parametri normativi che “incarnano” il divieto di abuso o comunque giustificano la esistenza e la rilevanza della categoria.

Non si può non rilevare come la generalizzata attenzione ai referenti positivi dell'abuso si traduca, nella maggioranza dei casi, nel proposito di affermare la vigenza di un vero e proprio “principio generale” dell'ordinamento che vieta l'abuso del diritto, un principio ricavabile per via induttiva da singole norme. È questo un dato, a parere di chi scrive, che merita di essere particolarmente sottolineato alla luce della interessante proposta interpretativa che evidenzia la

stretta continuità, sul piano teorico e giusfilosofico, tra il tema dei concetti giuridici e quello dei principi generali dell'ordinamento³⁰⁷.

La attenzione alla trattazione dell'abuso del diritto nella dottrina perviene, infine, alla individuazione di un approccio oltremodo significativo, la necessità del quale risulta significativamente recepita e svolta dai più recenti contributi sul tema: quell'approccio che postula la valenza dell'abuso come concetto giuridico autonomo, da considerarsi non solo per la sua valenza operativa ma anche, forse soprattutto, per la sua valenza conoscitivo- classificatoria³⁰⁸.

Nonostante del tema dell'abuso si sia occupata esclusivamente letteratura strettamente civilistica, o forse proprio per questo, la vicenda dell'abuso può davvero essere utilmente letta utilizzando le chiavi di lettura fornite dalla consapevolezza di tutte le problematiche e questioni gnoseologiche e metodologiche che sono state portate alla luce dai dibattiti sui concetti giuridici. Forse, anzi, può portare a considerazioni del tutto originali, perché il percorso del concetto di abuso sembra essere l'inverso di quello postulato dagli autori della polemica – ma anche della filosofia analitica –; l'abuso sembra emergere come concetto, sembra nascere in tal senso dal farsi stesso della esperienza giuridica: non è ricavabile per mera induzione dai dati normativi, così come non

³⁰⁷ È CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., in particolare p. 101, a dare rilievo a questa peculiare connessione: «è nostro convincimento che il tema dei “principi generali” costituisca un aspetto del più generale problema dei concetti giuridici, e in particolare, della capacità “realmente” conoscitiva degli stessi. Da un lato, infatti, si tratterà di comprendere per chi ne ammette l'individuazione attraverso la via induttiva, come da elaborazioni “scientifiche” di norme legislative possano inferirsi norme generali, non solo in grado di integrare e interpretare il sistema, ma idonei anche a tenere in costante evidenza «la condizione di perfettibilità [delle norme giuridiche], proponendosi come traguardo e modello del loro perfezionamento». Dall'altro, per chi come Del Vecchio respingeva quale metodo per il rinvenimento dei principi generali quello induttivo, quand'anche si volesse accantonare il pur grave problema giuridico della loro “positivizzazione”, si poneva comunque il dilemma di individuare il criterio che avrebbe consentito di determinare questi stessi principi generali».

³⁰⁸ Una valenza che può dirsi adombrata nella già citata posizione di MESSINA, laddove, particolarmente, Ella giunge a parlare di “ruolo sistematico” dell'abuso, che non può essere ridotto all'operare delle regole di correttezza e buona fede: «buona fede e correttezza sono clausole generali che nella fondazione della categoria dell'abuso del diritto intervengono in chiave strumentale, non finale; è viziato, o meglio capovolto, il processo logico che deve presiedere alla ricostruzione del fenomeno, dal momento che l'abuso del diritto non si risolve interamente nella buona fede o nella correttezza, o nell'una e nell'altra insieme, e la sua connotazione non serve tanto ad estendere la portata di quelle, ma assolve piuttosto un ruolo sistematico più ampio»; così in *L'abuso del diritto*, cit., p. 141-142.

è il presupposto di un approccio “scientifico” allo studio della giurisprudenza e del sistema normativo, cioè di un approccio convenzionale ed operativo.

Piuttosto, la sua nozione è stata avanzata sulla spinta di esigenze politiche ed etiche – in una parola ideologiche, come con estrema immediatezza e efficacia ha dimostrato Rescigno -, estranee al sistema giuridico e da qui procede verso una progressiva tipizzazione, verso la acquisizione di caratteri che raggiungano una convenzionale fissità e capacità operativa, che, però, non può e non deve oscurare la sua primaria funzione conoscitiva, e ausiliaria allo *ius dicere*.

CONCLUSIONI

In questo lavoro si è svolta una riflessione che, pur con carattere sintetico, ha voluto toccare più momenti della esperienza giuridica, allo scopo di rendere la complessità e la varietà delle problematiche e dei piani di indagine che l'esame della figura dell'abuso del diritto può sollecitare.

È stata dedicata una parte, per così dire preliminare, alla ricostruzione dei concetti di diritto soggettivo e di illecito, con l'intento di suggerire che la categoria dell'abuso del diritto involge e mette in discussione le fondamentali categorie elaborate dalla dogmatica giuridica, e sulle quali tuttora si reggono le costruzioni scientifiche ed operative dei fenomeni giuridici.

Si è ritenuto opportuno descrivere alcuni peculiari criteri come quello della *exceptio doli*, del divieto di *venire contra factum proprium*, della *Verwirkung* i quali tutti, elaborati fin dal diritto romano, oppure elaborati in altri ordinamenti di *civil law* o riconosciuti nell'ordinamento comunitario, possono conferire e garantire, con diverse modalità, operatività ed efficacia giuridica ad un eventuale principio di divieto di abuso del diritto.

Allo stesso scopo si è voluto fare il punto delle acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza circa l'estensione e le possibilità operative offerte dalla clausola generale di buona fede e correttezza. Il percorso di tale clausola, infatti, è caratterizzato da una crescente espansione e, soprattutto, da una sempre maggiore tipizzazione di fattispecie e di *modi operandi*, i quali decisamente concorrono con le possibilità applicative tradizionalmente riconosciute alla figura dell'abuso del diritto.

L'importanza di dare conto di questi due piani, quello della legittimità e collocazione dogmatica, da un lato; quello dell'ambito di operatività, dall'altro,

risulta nel momento in cui si passa a prendere in considerazione le tesi, che pure esistono, che intendono negare la categoria dell'abuso del diritto.

Le contestazioni che ad essa vengono mosse si collocano, esattamente, su ciascuno di questi due piani.

Soprattutto le tesi più risalenti – inevitabilmente debitorie di una visione strettamente positivista e formalistica dell'ordinamento giuridico – individuano una obiezione ritenuta radicale e insuperabile alla configurazione come categoria autonoma, e giuridica, dell'abuso del diritto; una obiezione radicata nella struttura e nella stessa ragion d'essere dell'ordinamento giuridico quale strumento di garanzia delle aree di libertà individuali. Il fondamentale assunto secondo cui tutto ciò che non è vietato è permesso e che al di fuori dell'esercizio del diritto garantito all'individuo si configura esclusivamente un illecito; *tertium non datur*.

Nella dottrina più recente, invece, questa “insanabile” contraddizione che a lungo ha gravato sulla possibilità di ricostruire una nozione di abuso – costringendola a transitare per lo schema della *aemulatio*, e, quindi, della volontà maliziosa o fraudolenta del titolare del diritto – ha perso molta della sua rilevanza. Le critiche più violente e convincenti alla nozione di abuso colpiscono, piuttosto, il profilo della sua autosufficienza e, in sostanza, della sua utilità pratica.

Soprattutto le ampie e consolidate possibilità applicative della buona fede, e le funzioni sia integrativa che correttiva che dottrina e giurisprudenza pacificamente le riconoscono, rischiano davvero di fare sembrare superfluo e privare di uno spazio proprio un intervento dell'abuso del diritto.

Particolarmente significativo in tal senso, è il percorso compiuto dalla figura di abuso nell'ambito del diritto societario. In tale ambito tale figura è sempre stata particolarmente avvertita, come pericolo insito nella struttura stessa dell'ente societario e nel suo sistema di funzionamento.

In particolare l'accoglimento del principio maggioritario per la formazione della volontà dell'ente ha sempre prestato il fianco alla possibilità di utilizzi “abusivi”

del potere della maggioranza. Se però, per lungo tempo, questa particolare modalità di abuso è stata qualificata e sanzionata sul modello della figura pubblicistica dell'eccesso di potere, in tempi più recenti – con la sanzione definitiva e chiarissima della Suprema Corte, nella sentenza n. 11151/95 – gli abusi della maggioranza – a questo punto accomunabili a quelli della minoranza – sono stati chiaramente identificati come ipotesi di violazione della disposizione di cui all'art. 1375 c.c., quindi della clausola della buona fede contrattuale, e come tale sanzionabili con la invalidità della delibera abusiva ex art. 2377 c.c.; con la conseguenza che la nozione di abuso sembra ridurre la propria efficacia alla propria capacità descrittiva e “suggestiva”.

Tanto premesso circa il significato, la possibile rilevanza della nozione di abuso, sia sotto il profilo dogmatico che sul piano delle applicazioni pratiche, certo non era intento del presente lavoro prendere posizione su nessuno dei due aspetti.

Come più volte ribadito, non si è voluto prestare attenzione alle problematiche ricostruttive della nozione di abuso del diritto, non si è neppure affrontato il problema, pure cruciale, dei rimedi che essa può legittimare all'interno dell'ordinamento giuridico.

Ciò non toglie che la parte centrale del presente lavoro sia stata dedicata alla disamina delle più significative elaborazioni dottrinali e alle più emblematiche pronunce giurisprudenziali.

Tuttavia la prospettiva di indagine prescelta si prefiggeva un risultato ben preciso, e ben diverso da una ricostruzione tipologica delle fattispecie abusive.

La figura dell'abuso è nata in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, in alcuni ordinamenti essa ha trovato una espressione e una recezione normativa, in altri ordinamenti non si è ritenuto opportuno codificarla; nel nostro ordinamento una norma corrispondente era prevista nel progetto per il codice civile del 1942, ma il legislatore ha preferito espungerla e dettare piuttosto una norma specifica per l'esercizio dei diritti reali, tramite la formulazione del divieto degli atti emulativi, e invece una norma relativa all'esercizio dei diritti obbligatori rappresentata dai canoni di buona fede e correttezza.

Tuttavia il momento della genesi della nozione – e anche del termine – è squisitamente dottrinale e giurisprudenziale.

E con essa dottrina e giurisprudenza danno voce ad una ben precisa istanza di ordinamento delle relazioni intersoggettive: si tratta della esigenza di poter qualificare l'esercizio delle prerogative soggettive garantite dal sistema normativo, e che sono il principale, se non l'esclusivo *medium* di codificazione e svolgimento delle relazioni intersoggettive, strumento di azione dell'agente giuridico, in base a canoni di normalità e regolarità.

Si tratta della esigenza di vedere garantiti dall'ordinamento i diritti soggettivi, ma anche la ragionevolezza e giustificatezza delle loro condizioni di utilizzo, in modo che adempiano ad una funzione di comunicazione sociale e non di prevaricazione legittimata.

Questa è, a parere di chi scrive, la esigenza strutturale, ordinamentale, che genera la nozione di abuso del diritto.

Di conseguenza, il dato della sua persistenza e della sua progressiva elaborazione da parte della giurisprudenza teorica e pratica può e deve essere studiato con attenzione privilegiata e del tutto peculiare.

Quello di abuso del diritto ben può essere come configurato, o quantomeno ipotizzato come un concetto giuridico, il quale rappresenta una effettiva, concreta modalità di relazione, una esigenza di ordinamento.

La scelta di ripercorrere le linee della sua elaborazione entro la dialettica degli strumenti dell'ordinamento può assumere il significato di ricostruire il percorso tramite il quale una, appunto, effettiva e concreta esigenza di relazione intersoggettiva assurge a dignità teorica e a mezzo per la conoscenza, la interpretazione, l'orientazione dei fenomeni giuridici e delle dinamiche dell'ordinamento.

Proprio in tal senso si sono rivelate significative la disamina della dottrina così come della giurisprudenza.

È chiaro, peraltro, quali sono state le condizioni, il *modus procedendi* di questa indagine: non si è trattato di entrare nel merito delle scelte compiute dai vari

autori o dalle corti circa la ricostruzione teorica della figura dell'abuso, circa il suo collegamento con una disposizione normativa piuttosto che un'altra; né, tantomeno, si è trattato di verificare e porre in discussione la congruità dei rimedi che si ritiene esso consenta oppure la congruità dei rapporti ipotizzati intercorrenti con altre diverse figure.

Insomma non interessavano certo gli esiti e le soluzioni proposte quanto l'atteggiamento e la consapevolezza, gli intenti con cui giudici e interpreti fanno ricorso alla nozione di abuso.

In tal senso l'esame delle riflessioni dottrinali è particolarmente indicativo.

I primissimi interventi in merito si collocano sostanzialmente su due fronti piuttosto radicali. Da un lato, posizioni che negano la categoria dell'abuso, quantomeno come strumento giuridico, pur se riconoscono la ineliminabile, "naturale" esigenza di regolarità della condotta giuridicamente rilevante che esso esprime (è il caso, ad esempio, per la dottrina italiana, di Rotondi). D'altro lato, posizioni che a questa stessa esigenza riconoscono senz'altro diretta e piena operatività nel sistema giuridico; assolutamente emblematici i casi di Savatier e Josserand, i quali si preoccupano di assicurare appunto efficacia alla categoria dell'abuso, ma facendo ricorso a parametri assolutamente metagiuridici e "ideologici".

I più recenti interventi che accolgono la nozione di abuso – che si collocano a partire dagli anni sessanta del secolo scorso – sono, a parere di chi scrive, accomunati da un preciso atteggiamento nei confronti della stessa, ossia dall'intento di procedere ad un suo puntuale e costante riscontro con i parametri che possono essere rinvenuti all'interno del sistema normativo. Si tratta di rinvenire il fondamento normativo della nozione di abuso tramite la individuazione di norme che sanzionano singole fattispecie di abuso ovvero di norme che esprimono la medesima *ratio*, e dalle quali si pretende ricavare la testimonianza che l'ordinamento positivo conosce la nozione di abuso e riconosce efficacia ad un vero e proprio principio di divieto di abuso.

È ben chiaro che l'atteggiamento nei confronti dell'abuso è decisamente mutato; è un atteggiamento che sostanzialmente rifiuta il ricorso a criteri metagiuridici e mira ad assicurare e ricostruire la più piena e completa giuridicità della nozione di abuso; mira ad assicurare che essa possa funzionare come criterio interno, coesistente all'ordinamento giuridico.

Quella medesima istanza di regolarità e normalità dell'esercizio delle prerogative soggettive che in un primo momento – e soprattutto nell'ordinamento francese – trovava espressione tramite il ricorso a criteri metagiuridici esige ora di essere radicata nella struttura dell'ordinamento e, forse, a sua volta, provoca una rilettura della struttura dell'ordinamento, sulla scorta anche dei criteri di interpretazione dettati dai principi della Costituzione. Entro l'alveo di questo atteggiamento, rilevanza centrale assume il canone di buona fede e correttezza e, quindi, le norme degli artt. 1175 e 1375 c.c.

Canone dotato di amplissime possibilità applicative e che davvero, come detto, rischia di mettere in ombra la nozione di abuso.

Il riferimento, costante e ritenuto imprescindibile ai criteri di buona fede e correttezza quali riferimenti normativi e fondamenti della giuridicità della categoria dell'abuso provoca, a parere di chi scrive, la possibilità di introdurre una *summa divisio* delle dottrine che si pronunciano in merito.

La grande maggioranza dei contributi sull'abuso del diritto mostra di avere soprattutto preoccupazioni di ordine pratico e applicativo, e accoglie senz'altro il riferimento al canone di buona fede o, talvolta, ritenendolo più ampio, esclusivamente a quello di correttezza, come fondamento e parametro per la valutazione e sanzione delle condotte "abusive".

Questo passaggio si ritiene garantisca senz'altro la vigenza e la giuridicità del principio e quindi ci si limita a dire o che l'abuso riveste il ruolo e funziona come una sorta di figura sintomatica della violazione della buona fede; ovvero, invertendo i termini, che la disposizione sull'obbligo di buona fede rappresenta una, la principale, espressione normativa del generale principio di divieto di abuso, il quale è sotteso all'intero sistema giuridico.

A poco rilevano queste differenti ricostruzioni; di fatto un acritico riferimento alla clausola generale della buona fede e correttezza comporta la difficoltà di distinguere, a livello concettuale, ma anche a livello applicativo, l'ambito di questa dall'ambito dell'abuso, il quale viene ricondotto, sostanzialmente, ad una dimensione puramente relazionale e diventa mero criterio di comparazione di interessi.

D'altro lato, sempre a parere di chi scrive, questi esiti dovuti alla centralità del riferimento alla buona fede, sollecitano nella riflessione teorica una differente reazione, preoccupata, appunto, che la figura dell'abuso possa perdere la propria identità, e, forse, in fondo, che possa vedere oscurata la complessità del ruolo che le spetta nell'ordinamento delle relazioni intersoggettive.

Si è rilevata, in tal senso, la peculiarità di alcune posizioni, particolarmente significative anche perché molto recenti, le quali rivendicano una diversa natura all'abuso del diritto anche, e soprattutto, rivendicando la sua strutturale alterità rispetto alla funzione e al *modus operandi* della clausola di buona fede; accanto a queste posizioni, espresse da Messina e Restivo, fondamentale punto di riferimento è la più risalente riflessione di Giorgianni, alla quale si deve la esplicita affermazione della categoria dell'abuso come "forma qualificativa autonoma", accanto e al pari del diritto soggettivo e dell'illecito.

Ancora una volta non si è guardato a questi autori non certo sotto il profilo delle soluzioni interpretative proposte bensì sotto il profilo della consapevolezza che dimostrano circa il loro oggetto di studio; a prescindere dagli esiti raggiunti, essi invocano una autonoma configurazione concettuale dell'abuso, con ciò sottintendendo che si tratta di una figura che è chiamata non solo, e non tanto, a rispondere con sicurezza a determinate fattispecie che altrimenti potrebbero sfuggire alla sanzione giuridica ma, soprattutto, a dare voce ad una strutturale esigenza, ad una dinamica costitutiva dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive.

E che quindi deve essere considerata e studiata nella propria autonomia concettuale, quindi conoscitiva, prima e a prescindere dalle sue possibilità applicative.

A ben vedere conclusioni non diverse l'interprete può trarre anche a seguito di una valutazione dell'approccio giurisprudenziale alla figura dell'abuso.

La puntuale disamina di alcune delle più rappresentative argomentazioni giudiziali che utilizzano la nozione di abuso del diritto rivela come l'abuso non assurga praticamente mai a *ratio decidendi* della controversia e come in molti casi la soluzione poggi, piuttosto, sulla applicazione della regola di buona fede come anche sulla applicazione del rimedio offerto dalla *exceptio doli* (la quale pure deve una significativa reviviscenza al suo collegamento con la clausola generale di buona fede).

Ciò nondimeno, pur potendo concretamente affrontare le fattispecie abusive tramite le ampie possibilità applicative offerte dalla buona fede, anche la giurisprudenza mostra di persistere nel riferimento alla categoria dell'abuso e, in fondo, di affidare ad essa la comprensione e la rappresentazione di quello che si rivela un effettivo fattore di ordinamento delle relazioni intersoggettive.

Si prefigura, allora, in dottrina e in giurisprudenza, un percorso che senz'altro si evolve in direzione della piena giuridicità della figura dell'abuso del diritto, ma, anche, mostra di utilizzarla soprattutto come un concetto giuridico.

«La genesi del concetto ricorda la fatica con cui riusciamo a trovare una strada nuova in una zona sconosciuta, quando ad ogni passo dobbiamo individuare la vera natura e posizione delle cose tra le quali ci muoviamo. Se possiamo riconoscere un'esperienza del genere, notiamo che (...) concetto ed esperienza concregono contemporaneamente in un rapporto reciproco di chiarificazione e concorrono reciprocamente a costituirsi in sempre maggior chiarezza»³⁰⁹.

I dati raccolti dalla esperienza giuridica suggeriscono questa ipotesi, per cui l'abuso, prima e più che come strumento operativo, vive nell'ordinamento come

³⁰⁹ GENTILE M., *Trattato di filosofia*, Napoli 1987, p. 28.

un concetto giuridico, fonte di comprensione, di chiarificazione, ma anche di “regolazione” di fenomeni giuridicamente rilevanti.

La verifica di tale ipotesi deve, a rigore, essere compiuta tramite il raffronto con le acquisizioni della teoria generale del diritto e della filosofia del diritto sul tema dei concetti giuridici.

In proposito il riferimento imprescindibile è alla famosa “polemica sui concetti giuridici” ed alle problematiche ivi emerse in relazione alla natura e alla funzione dei concetti, e dei concetti della giurisprudenza, in particolare.

Un secondo momento di attenzione al tema si ha nel contesto della filosofia analitica, che pure si occupa dei concetti giuridici.

La “polemica”, in particolare, esige di essere contestualizzata: la discussione sulla nascita dei concetti giuridici, sul loro *modus operandi*, il loro ruolo, ha il valore peculiare di sviluppare una serie di argomentazioni che risultano finalizzate ad una discussione ulteriore, più sentita e stringente, relativa alla natura e allo spazio che la giurisprudenza possa riconoscersi e rivendicare per sé, tra le varie forme di sapere.

Il che comporta essenzialmente due ordini di problemi: quello relativo alla capacità conoscitiva dei concetti e quello della loro autonomia rispetto all'incondizionato arbitrio del legislatore.

E, nell'alveo di queste problematiche, ciò che accomuna, pur nella diversità delle soluzioni e degli atteggiamenti, i vari autori che della “polemica” sono stati protagonisti o, comunque in essa sono intervenuti è, *in primis*, la incondizionata adesione al dato storico e positivo; la convinzione che la giurisprudenza, come scienza del diritto, è chiamata ad indagare ed elaborare esclusivamente il materiale offerto dalle norme e, quindi, i concetti utilizzati e presupposti dal legislatore, con la conseguenza che i concetti della scienza giuridica si rivelano all'interprete esclusivamente in virtù di un procedimento induttivo, in cui è controverso se la logica e la conoscenza del giurista contribuiscano alla loro costruzione .

Accanto a questa posizione, la polemica si svolge sotto il segno della teoria crociana della distinzione tra concetti e “pseudoconcetti” e della assolutamente maggioritaria convinzione che i concetti della scienza giuridica appartengono a questa seconda categoria, sono strumenti, arbitrari e irriducibilmente convenzionali, quindi relativi, ma operativi.

Certamente diversi sono il linguaggio e gli intenti con i quali la filosofia analitica tratta dei concetti giuridici, tuttavia non si può dire che sia mutato l’orizzonte né della sottesa problematica epistemologica, né, soprattutto, delle condizioni della riflessione.

Entrambe le prospettive non ammettono per il concetto giuridico altro riferimento che al dato positivo, che diviene capacità di «esprimere solamente norme e collegamenti tra norme»³¹⁰. Soprattutto, però, lo riducono esclusivamente al tratto della sua convenzionalità, trascurando che se essa è necessario ausilio alla operatività dei concetti e, quindi, della giurisprudenza, compito essenziale di questa è lo *ius dicere*, dando voce a reali, “naturali” esigenze di regolamento dei rapporti intersoggettivi.

Se la disamina delle posizioni della “polemica” e delle più significative voci della filosofia analitica italiana ha il merito, nell’economia del presente lavoro, di far cogliere la complessità del “concetto giuridico”, la pluralità dei piani sui quali opera e deve essere indagato – quale strumento che interpella il legislatore, ma anche il giudice e, soprattutto, l’interprete del diritto – deve però anche constatare che tali posizioni non offrono chiavi di lettura adeguate per comprendere quanto prefigurato dalla “vicenda” dell’abuso del diritto.

Ossia la vicenda della formazione di un vero e proprio concetto giuridico, capace di interpretare una effettiva istanza di ordinamento e di interloquire nello svolgimento della esperienza giuridica.

Un concetto che potrà essere più utilmente accostato sulla scia delle indicazioni di Marino Gentile, nella consapevolezza che «se il concetto non è una conoscenza già in sé chiusa, ma quel processo, anzi quell’intreccio di processi

³¹⁰ PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, cit., p. 298.

per cui si viene progressivamente costituendo l'esperienza, il concetto non risulta alcunché di opposto e di sovrapposto all'esperienza, ma come lo stesso tessuto in cui l'esperienza si viene dispiegando. Se è veramente arduo, anzi per fortuna impossibile ritrovare nell'esperienza una concettualità perfetta, non è solo possibile, ma necessario ritrovare nell'esperienza quella concettualità che si presenta come il processo e lo sforzo di ordinare l'esperienza stessa secondo direttive, le quali, pure essendo in sé determinate e definite, mantengono l'apertura verso gli infiniti sviluppi possibili per fluire nell'esperienza stessa. Queste direttive sono i concetti»³¹¹.

³¹¹ GENTILE M., *Trattato di filosofia*, cit. p. 39.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di GAROFALO L. , Padova 2006;
- ALAJMO, *Intorno all'esercizio del diritto come causa esimente dell'illecito civile*, in *Giur. di merito*, 1987, I, pp.397 e ss.
- ANGELICI C., *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.
- ASCARELLI T., *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi dir. comp. e in tema di interpretazione*, Milano 1952.
- ASCARELLI T.: *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano 1959.
- ASQUINI A., *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 617 ss.
- ASTONE F., *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 602 ss.
- BARASSI L., *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti*, Milano 1930.
- BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1 e ss.
- BASILE M., «Abusi »nella costituzione di enti privati e «superamento» della personalità giuridica, in *Diritto privato*, 1997 (III), p.235 e ss.
- BASSI A., *Correttezza e contratto di società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 297 ss.
- BERGAMO E., *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 1984.

- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 3. *obbligazioni e contratti*, Torino 1989;
- BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, III, pp. 5 e ss.
- BUONOCORE V., *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli 1960.
- BUSNELLI F.D. – NAVARRETA E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997.
- CALAIS-AULOY V.M.T., *De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit*, *Petites affiches*, 13 dicembre 1991.
- CALOGERO G., CESARINI SFORZA W., JEMOLO A.C., PUGLIATTI S., *La polemica sui concetti giuridici*, (a cura di IRTI N.), Milano 2004.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926; I, p. 178 ss.
- CASA F., *Sulla giurisprudenza come scienza. I Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana del ventesimo secolo*, Padova 2005.
- CASA F.: *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli 1999.
- CASALE F., *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.
- CASSOTTANA M., *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Milano 1991.
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.
- CESARINI SFORZA W., *Sulla relatività dei concetti giuridici*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto*, R. Università di Roma – Facoltà di Giurisprudenza; ora in *La polemica sui concetti giuridici*, (a cura di IRTI N.), Milano 2004.
- CESARINI SFORZA W., voce *Diritto soggettivo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1966, p. 671.
- CHARMONT, *De l'abus de droit*, in *Revue trim. de droit civil*, 1902, p.122 ss.

- CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova 1966.
- COMPORTI, *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I.
- COSTANZA M., *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto* in *Giust. civ.*, 2001, p. 2443 ss.
- D'ALESSANDRO F., *Il diritto delle società dai "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 48 ss.
- D'ANGELO A., *Il nuovo diritto societario e la clausola generale di buona fede*, in *Contr. e impresa*, 2004, p. 769 ss.
- DABIN, *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, in *La Belgique judiciaire*, 1921, p.307 ss.
- DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952.
- DALLA MASSARA T., *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 L. , Padova 2006, p. 251 e ss.
- DALLA MASSARA T., *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.
- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967.
- DI MAJO A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 11, 2000, p. 1486 ss.
- DOLMETTA A.A., *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, pp. 147 ss.
- DOLMETTA A.A., voce *Exceptio doli generalis* in *Enc. giur., Aggiornamento*, 1997.
- DONDI A., *Manifestazioni della nozione di abuso nel processo civile*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p.459 ss.

- DUGUIT; *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, trad. it. Firenze 1950.
- FALZEA A.: *Introduzione alle scienze giuridiche*, Parte prima, *Il concetto di diritto*, V ed. riv., Milano 1996.
- FERRANTE M., *Il concetto di diritto soggettivo e alcune sue applicazioni*, Milano 1947.
- FERRARI .A., *L'abuso del diritto nelle società*, Padova 1998.
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, ristampa della prima edizione del 1915, con presentazione del prof. Salvatore Romano, Milano 1968.
- FOIS C., *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur comm.*, 2001, p. 421 ss.
- FRANZONI M., *Buona fede e equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 1999, pp. 93 e ss.
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano 2004.
- FROSINI V., *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, VII, 1961, pp. 115 e ss.
- FROSINI V., *La struttura del diritto*, 2° ed., Milano 1968.
- FROSINI V., voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano 1964, p. 659 ss.
- GALGANO F., *Abuso del diritto: arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impresa*, 1998, p. 18 ss.
- GALOPPINI A., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1368 ss.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto*, II), *Dir. comp e straniero.*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, p. 1 ss.
- GAMBINO A., *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 L., *Per un'applicazione dell'exceptio doli generalis romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 629 ss.
- GENTILE F., *Filosofia e scienza del diritto*, Modena 1988.
- GENTILE F., *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, 3^a ed., Padova 2005.
- GENTILE M., *Trattato di filosofia*, Napoli 1987.
- GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963.
- GIUSTI G., *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1887 ss.
- GORLA G., *Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"*, Milano 1948.
- GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941.
- GRAZIADEI M.: *Diritto soggettivo, potere, interesse* in *Il diritto soggettivo* Trattato di diritto civile (diretto da SACCO R.), Torino 2001.
- GRONDONA M., *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 G., voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1958.
- GUALAZZINI U., voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto intermedio*, in *Enc. del diritto*, Milano 1958, pp. 161 e ss.
- GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli 1990, ma estratto da *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, I, p. 238 ss.
- GUERRERA F., *Abuso del voto e controllo "di correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, I, 2002, pp. 181 ss.
- JAEGER P.G., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996; II, p. 334 ss.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale rivisitato*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 795 ss.
- JAEGER P.G., *L'interesse sociale*, Milano 1964.

- JHERING R.: *Der Geist des romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, V ed., vol III, Leipzig 1906.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits*, Paris 1939.
- LA TORRE M. *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996.
- LEVANTI S., *Abuso del diritto*, nella rivista *on line Diritto & Diritti*, 2001, p. 19 ss.
- LEVI A., *Note alla traduzione di THON, Norma giuridica diritto soggettivo*, Padova 1939.
- LEVI A., *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo*, Genova 1912.
- LEVI G., *L'abuso del diritto*, Milano 1993.
- MANES P., *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.
- MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova 2006.
- MATTEI: *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano 1987.
- MERUZZI G., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova 2005.
- MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli 2003.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8^aed., Milano 1954.
- MESSINETTI D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir. Aggiorn.*, Milano 1998, p. 1 ss.
- MOLITERNI A.-PALMIERI A., "*Dormientibus iura succurunt*": *eutanasia dell'art. 833 c.c.*, in *Foro it.*, 1998, I, p.73.
- MONATERI P.G., *Abuso del diritto e simmetria della proprietà. (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 89 ss.

- MONATERI P.G., voce *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, VI, Torino 1990.
- MONTALENTI P., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999;
- MULLER-ERZBACH R., *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1950, p. 88 ss.
- NANNI L., *L'uso giurisprudenziale dell'“exceptio doli generalis”*, in *Contratto e impr.*, 1986, pp. 303 e ss.;
- NANNI L., *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1986, p.547.
- NANNI L., *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da Galgano, Padova 1988;
- NATOLI U., *Il diritto soggettivo*, Milano 1943.
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 e ss.;
- NUZZO A., *L'abuso della minoranza. Potere responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino 2003.
- ORESTANO R. *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.
- PARADISO M., *L'abuso della potestà sui figli*, in *Dir. priv.*, III, 1997.
- PASQUINO A., *Eccezione di dolo generale e correttezza nei rapporti societari*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di GAROFALO L. , Padova 2006.
- PATTI S., *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.
- PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, p. 1, ora in ID. *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino 1999.

- PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Dig. disc.priv. – sez. civ.*, XIX, Torino 1999, pp. 728 e ss., ora anche in ID., *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino 1999.
- PELLIZZI G.L., *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino 1960, p. 1074 ss.
- PELLIZZI G.L., *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 113.
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990.
- PINO G., *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.
- PINTORE A., *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli 1990.
- PIZZORUSSO A., *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di Bessone, Torino 1996.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Paris 1900.
- PORTALE G.B., *Impugnativa di bilancio ed "exceptio doli"*, in *Giur. comm.*, 1982, I, pp. 414 e ss.
- PREITE D., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 3; Torino 1993.
- PROCCHI F., *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 L., Padova 2006.
- PUGLIATTI S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano 1964.
- PUGLIATTI S., voce *Alterum non laedere*, in *Enc. Dir.*, II, Milano 1958, p. 101.
- PUGLIATTI S., voce *Esercizio del diritto (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, pp. 622 ss.
- RANIERI F., *Norma scritta e prassi giurisprudenziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1216 ss.
- RANIERI F., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova 1971.

- RANIERI F., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, VII, Torino 1991, p. 311 ss.
- RESCIGNO P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli 1950.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 e ss., e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna 1998.
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1996.
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano 2007.
- RIEZLER, *Venire contra factum proprium. Studien in römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig 1912.
- RIPERT G. *La règle morale dans les obligations civiles*, IV ed., Paris 1949.
- RODOTA' S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1967.
- RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969.
- RONCO A., *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.
- ROTONDI M.: *L'abuso del diritto. Aemulatio*, rist. , Padova 1979, ma già in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 295 ss.
- ROUBIER P., *Droit subjectif et situations juridiques*, Paris 1963.
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. civ. Sacco*, Torino 2001.
- SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, p. 1 ss.
- SANTORO- PASSARELLI G., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1957.
- SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris 1951.
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio giuridico*, Torino 1959.
- SCIALOJA A., *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?.*, in *Foro it.*, 1961, I, c. 256.
- SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (dir. vig.)*, in *Novissimo dig. it.*, VIII, Torino 1962, p. 164 ss.

- SIMONETTI H., *Abuso del diritto di voto e regola di buona fede nelle società di capitali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 479 ss.
- SPERDUTI G., *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano 1944.
- TARUFFO M., *Elementi per una definizione di “abuso del processo”*, in *Dir. priv.*, III, 1997, p. 435 ss.
- THON A.: *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, 1° ed. Bohlau 1878, trad. con introd. di LEVI A.
- TONELLO M., *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, Padova 1999.
- TRABUCCHI A., *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 499 ss.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1992.
- TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv)*, in *Enc. del dir.*, XX, Milano 1970.
- VENOSTA, *Note sull’“exceptio doli generalis”*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, II, pp. 529 e ss.
- VIARO S., *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in *L’eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di GAROFALO L., Padova 2006.
- ZORZI N., *L’abuso della personalità giuridica*, Padova, 2002.