

L'ABUSO DEL DIRITTO

IN RICORDO DI
DAVIDE MESSINETTI



a cura di
Giuseppe Grisi

16

Collana

L'Unità del Diritto



RomaTIE-PRESS
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

L'unità del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

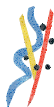
16

Quaderni del Dottorato

L'ABUSO DEL DIRITTO

In ricordo di Davide Messinetti

a cura di
GIUSEPPE GRISI



Roma TrE-Press

2019

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: Mosquito mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, marzo 2019

ISBN: 978-88-32136-16-6

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguere in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi

scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Presentazione</i>	7
----------------------	---

GIUSEPPE GRISI, <i>Il mio Davide Messinetti</i>	11
---	----

ADOLFO DI MAJO, <i>In ricordo di Davide Messinetti</i>	17
--	----

I. ABUSO DEL DIRITTO E CONTRATTO

LAURA PENNAZZI CATALANI, <i>La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso ad nutum</i>	23
---	----

CHIARA BELLÌ, <i>Abuso di dipendenza economica nel terzo contratto</i>	35
--	----

ALBERTO CINQUE, <i>Teoria dell'abuso del diritto e nullità "di protezione" nei contratti del consumatore</i>	53
--	----

MARIO BARCELLONA, <i>Davide Messinetti e l'abuso del diritto</i>	71
--	----

II. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE SOCIETÀ E NEL DIRITTO TRIBUTARIO

MARTINA CAVALIERE, <i>L'abuso del diritto nelle deliberazioni assembleari di società. L'abuso di maggioranza</i>	83
--	----

PAOLO MARGOTTINI, <i>Abuso del diritto e pratica tributaria</i>	97
---	----

SABINO FORTUNATO, <i>Sull'abuso del diritto e sull'"abuso dell'abuso"</i>	107
---	-----

III. ABUSO DEL DIRITTO E RAPPORTO DI LAVORO

MARIA SERPA, <i>Abuso del diritto da parte del lavoratore</i>	135
MARIA GRAZIA PAPANDREA, <i>L'esercizio abusivo dei poteri del datore di lavoro</i>	145
GIAMPIERO PROIA, <i>A margine delle relazioni</i>	159

IV. L'ABUSO DEL PROCESSO

LAURA COSTANTINO, <i>L'evoluzione giurisprudenziale in tema di frazionamento del credito in giudizio</i>	165
PIERVITO BONIFACIO, <i>L'applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. come sanzione dell'abuso del processo</i>	179
ANGELO DANILO DE SANTIS, <i>Spunti di riflessione in tema di abuso del processo e sanzioni</i>	193
CESARE SALVI, <i>Conclusioni</i>	205
<i>Elenco degli autori</i>	209

Presentazione

Il 24 aprile 2018 la comunità scientifica di Roma Tre, della quale mi onoro di far parte, ha voluto ossequiare, in modo umile, sobrio, rispettoso, Davide Messinetti, a distanza di un anno dalla scomparsa. Mi sono fatto volentieri promotore e interprete di questa istanza e ho ideato, al fine, un'iniziativa che il Dipartimento di Giurisprudenza ha, con convinzione, apprezzato e sostenuto.

Nutro per Davide Messinetti – uso a proposito il presente indicativo – un affetto autentico e sincero, ma non è per darne testimonianza che ho progettato l'evento. La motivazione determinante è un'altra e si è palesata nitidamente ai miei occhi leggendo uno degli ultimi scritti dell'onorato: alludo al saggio pubblicato, con il titolo “La sistematica rimediale”, nell'opera curata da Salvatore Mazzamuto, *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo* (Jovene Editore, Napoli, 2012). Alla pag. 120, in una delle frasi di chiusura, egli colloca diritto e speranza «in un'unica traiettoria di svolgimento» e ho riflettuto su ciò cogliendo, alla fine, in quell'affermazione, un invito rivolto alle nuove generazioni a nutrirsi della cultura dei grandi Maestri del passato per – sono ancora parole di Messinetti – «imparare il mestiere di crescere». Ho captato una sorta di testamento spirituale in questo messaggio, che ho voluto raccogliere. Le condizioni di salute di Messinetti erano già all'epoca in cui il saggio fu scritto precarie, lui ne era certamente consapevole e, forse, anche in questa luce va letta la speranza che l'eredità dei grandi Maestri non andasse dispersa: era questo quel che più gli stava a cuore, mantenere vivo un patrimonio, fondamentale per la crescita e lo sviluppo di un nuovo pensiero. È spontaneamente affiorata, allora, l'idea di far sì che gli studiosi più giovani e valorosi – e, dunque, i nostri Dottorandi – potessero incontrare e conoscere Davide Messinetti ed apprezzarne le doti di giurista talentuoso, solido e serio come pochi. Ecco, dunque, la vera motivazione: attivare un contatto virtuoso

tra le giovani leve e un Maestro del diritto civile, che solo fisicamente non è più tra noi, affinché sempre vivo e a tutti presente resti il suo magistero. Così è nato l'incontro seminariale che trova epilogo nella pubblicazione del presente volume. Inutile rilevare che la collocazione dell'evento nell'ambito del programma delle attività formative del Dottorato in Discipline giuridiche attivo nell'Ateneo Roma Tre, che da diversi anni coordino, è immediatamente parsa la più consona. È quanto anche Davide Messinetti avrebbe desiderato, se – come credo – ho correttamente interpretato senso e valore delle frasi di chiusura dello scritto cui prima ho fatto cenno.

Abbiamo, quindi, cercato di rispondere, coi fatti, all'appello di Davide Messinetti. I dottorandi hanno immediatamente compreso che questo era lo spirito e l'accoglienza data all'idea che ho lanciato è stata straordinaria, oserei dire splendida. Abbiamo tenuto un paio di riunioni preliminari per dare un volto all'iniziativa, che ha preso forma e sostanza anche grazie all'apporto, come sempre prezioso, di Adolfo di Majo e Cesare Salvi. Abbiamo così dato vita alla giornata di studio alla quale, da dove in quel giorno era, Davide Messinetti – ne sono certo – ha preso parte compiaciuto, soddisfatto e plaudente. Nell'individuazione del tema, che volevamo fosse a lui caro, ci ha aiutato il rinvio alla voce "Abuso del diritto" scritta da Messinetti nel 1998 per l'Enciclopedia del diritto: la categoria ha una densità teorica, ha una storia, è ancor oggi al centro dell'attenzione e – dato ulteriore da non sottovalutare nell'economia di un dottorato multidisciplinare ed interdisciplinare – è oggetto di considerazione in più ambiti della scienza giuridica. Ovviamente, tenendo fede al progetto, sono stati i dottorandi gli autentici protagonisti, con relazioni brevi, assai apprezzabili per contenuti e chiarezza espositiva. E, a far da spalla – o, meglio, da *discussant*, come oggi si usa dire – i colleghi di Roma Tre e un gradito ospite (individuato *ratione materiae* tra le persone più vicine all'onorato).

Questo volume dei "Quaderni del Dottorato", nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza, rende testimonianza dell'evento ed è dedicato alla memoria dell'insigne giurista. Sono gli scritti dei dottorandi il piatto forte, preceduti da poche pagine che raccolgono il mio personale ricordo di Davide Messinetti e dall'introduzione di Adolfo di Majo che sapientemente ne descrive, in lucidi ed affettuosi tratti, la figura e l'opera;

a corredo, le riflessioni a Mario Barcellona sollecitate dalla rilettura della voce “Abuso del diritto”, il saggio di ampio respiro di Sabino Fortunato, le considerazioni “a braccio” di Giampiero Proia, il contributo di Angelo Danilo de Santis, il resoconto delle conclusioni tratte da Cesare Salvi al termine dell’incontro.

Ho notato, nel pubblico, la presenza di molti colleghi e amici dell’onorato: li ringrazio tutti senza fare nomi. L’amata Nicoletta era lì, idealmente al fianco di Davide, in prima fila, e il ringraziamento che a lei rivolgo è per tante ragioni particolarmente affettuoso.

Il 13 aprile 2017 è stato un giorno assai triste, ma a poco più di un anno di distanza i giovani ci hanno restituito il sorriso e la certezza che Davide Messinetti è – e rimarrà – tra noi ad affollare i nostri ricordi, a fornirci tanti altri preziosi insegnamenti.

Roma, lì
22 gennaio 2019

Giuseppe Grisi

Giuseppe Grisi

Il mio Davide Messinetti

1. Era tante cose insieme Davide Messinetti. È nel vero chi dice che era un uomo di legge, un cultore raffinato del diritto civile, uno studioso di assoluto valore e, per i giuristi delle generazioni successive alla sua, un Maestro del diritto. La serietà del Messinetti maturo fa il paio con la severità e il rigore del giovane Messinetti, il quale, impegnato *post lauream* nell'università, ha avuto a che fare con studenti, oggi avvocati o notai piuttosto in là con gli anni, che mi capita, ogni tanto, di incontrare: ebbene, non ce n'è uno che l'abbia dimenticato e dal definirlo "buono", ovvero accondiscendente o mite, tutti si guardano bene. Sì, era rigido e intransigente Messinetti, ma c'era un perché: aveva sperimentato sulla sua pelle che la formazione è un percorso duro e che, se crescere è un mestiere, dell'arte si diventa padroni non con facili scorciatoie ma con l'impegno e la fatica. L'università era al centro dei suoi interessi, ma Messinetti era anche molto altro. Era un uomo di mondo ed è questa – a mio parere – la definizione che più gli si addice se solo penso alle molte esperienze che ha vissuto, all'intensa vita di relazione che ha condotto, alla mentalità aperta e scevra da pregiudizi che ha costituito uno dei tratti essenziali della sua personalità, alla sensibilità democratica e al rispetto che ha sempre nutrito verso modi di pensare e vivere diversi dal suo. L'uomo di mondo reso celebre dal grande Totò aveva fatto tre anni di militare a Cuneo: Messinetti no, ma non gli difettava certo la caratura di persona esperta e pratica della vita. Caratterialmente, per come io l'ho conosciuto, era un galantuomo, alla sua maniera aristocratico ma mai distaccato dai gusti e dalle aspirazioni dei ceti popolari; così controllato, logico e razionale nei suoi ragionamenti giuridici, dimostrava invece grande temperamento, tanto da apparire emotivo e umorale, quasi istintivo, quando gli eventi lo portavano a reagire, a ribellarsi, a contrattaccare. C'erano cose che Davide Messinetti non tollerava: l'iniquità, l'insensibilità, l'ingratitude, la viltà, l'ipocrisia, l'inerzia, la slealtà, la furbizia, l'ambiguità, la menzogna. Il mondo ne è pieno e ci sono momenti in cui si fatica ad accorgersi che, fortunatamente, c'è anche dell'altro: sicché Messinetti, spesso, ce l'aveva col mondo, ma era il suo indomito spirito battagliero a condurlo in trincea, ad esasperare

anziché attenuare i contrasti, ad ingaggiare lotte contro improbabili nemici o a combattere battaglie che altri, furbescamente, avrebbero evitato o affrontato con armi subdole, non convenzionali.

2. Poi, c'è il mio Messinetti, quello illuminato dal ricordo – sempre vivo – del tempo piacevolmente trascorso in sua compagnia, per parlare di diritto talora, ma più di frequente per discutere del più e del meno al bar, sorseggiando un caffè o un cappuccino, sbocconcellando un cornetto o un biscotto di pastafrolla. Pettegolezzi? Perché no. Politica “alta” o spicciola? Pure. Battute salaci? Quelle non mancavano mai. Anche la mancia era abituale, talora di entità prossima al prezzo da pagare. Era da tutti conosciuto, riverito e benvenuto, Messinetti, camerieri e titolari. In queste occasioni l'uomo di mondo rivelava altre grandi virtù: un'inesauribile carica di umanità, generosità non comune, entusiasmo ed energia vitale, ironia spiccata, tanto intellettualmente fine quanto garbata, colorita e mai sguaiata. Gli strali non risparmiavano niente e nessuno, finanche l'arbitro reo di aver negato un rigore sacrosanto al Crotone. Poi, d'improvviso, sovente accadeva che il pensiero lo riportasse alla gioventù trascorsa, nella famiglia nobilitata dal padre Silvio, nel secondo dopoguerra per molti anni sindaco comunista di Crotone, e nell'accademia, fiero e devoto allievo di un uomo eccezionale qual era Rosario Nicolò. E, allora, tra aneddoti e varie amenità, il tempo trascorreva veloce. Riconosco il mio Messinetti anche quando, in occasione delle festività natalizie, ci scambiavamo i doni, sempre gli stessi: io con una benaugurale bottiglia di champagne, lui con una splendida cravatta, di gran marca e di ottima fattura. Dovrò, ahimè, ricominciare ad acquistare cravatte, prima o poi, e se ci penso – comprenderne la ragione non è complicato – la mestizia mi assale.

Devo moltissimo a Davide Messinetti. Non sarei quello che sono se non avessi avuto la fortuna di incontrarlo. Mi è stato molto vicino, con affetto. Ho avvertito la sua partecipe vicinanza nei momenti belli e in quelli brutti della mia vita. Ha seguito passo passo il calvario della malattia della mia prima moglie, calabrese come lui e subito presa in simpatia. Non dimenticherò mai la mattina in cui venne a trovarci, pochi giorni prima che morisse, nella casa dove vivevamo: bussò alla porta, senza preavviso, per portare un saluto – sapeva che sarebbe stato l'ultimo – a lei e una parola di conforto a me. Ero associato a Parma, all'epoca, dove non capitai per caso. Pochi anni prima avevo preso servizio nella Facoltà di Economia di Trento e fu proprio Davide Messinetti a prospettarmi come possibile l'eventualità di un trasferimento a Parma. Ero allettato dall'idea di avvicinarmi a Roma, sicché la cosa andò in porto. Poi, nel 1999, risultai idoneo nella valutazione

comparativa per la copertura di posto di professore di prima fascia bandita dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Firenze e, ancora una volta, fu determinante il contributo di Davide Messinetti, che pure benedì la mia chiamata a Lecce nel febbraio 2001. Sono certo che il suo zampino c'è stato anche nel mio trasferimento a Roma Tre, nel 2008. Non spetta a me dire se la stima che Davide Messinetti nutriva nei miei riguardi fosse ben riposta: solo posso con orgoglio rilevarne l'esistenza e – con una punta di presunzione – credere di averla meritata. D'altronde, non mancavano certo motivi e valori condivisi, né si può dire che non fosse reale la sintonia di vedute in ordine ad aspetti importanti della vita, nella sua dimensione individuale e collettiva. Usavamo spesso le stesse lenti per osservare la realtà, per valutare ciò che nella società e nella politica si agitava, e questo credo abbia consolidato un legame che ha riverberato effetti positivi anche sul mio percorso nell'accademia.

3. Dell'uomo di scienza non occorre che parli a lungo. Ricordo, *in primis*, la vasta cultura e il vigile spirito critico. Diffidente verso le facili soluzioni, metodologicamente attrezzato a prendere di petto i problemi senza mai sminuirne lo spessore, non abituato ad allontanare i dubbi ma pronto a confrontarsi con essi, per cercare le risposte, per far luce nelle zone d'ombra. Si è cimentato nello studio di temi difficili, il nostro, offrendo contributi certamente rilevanti ancor oggi, a diversi anni di distanza. Conservano attualità le sue riflessioni, anche in virtù di un tratto che Messinetti ha ereditato dal suo Maestro e che costituisce una costante nel suo itinerario culturale, vale a dire la consapevolezza che le risposte, per rivelarsi appropriate, devono essere in rapporto con i tempi ed esprimere apertura verso la dimensione dei fatti sociali. Nell'opera, pubblicata nel 1970, sull'oggettività giuridica delle cose incorporali egli, in esordio, precisa che «tra l'esperienza giuridica e l'esperienza comune (o realtà fisica) non esiste differenza di materia; per cui la tesi che il diritto è un sistema di valori è valida solo in quanto si consideri che la realtà dei valori giuridici è quella storica o sociale»¹. Nei concetti si rispecchiano razionalità che vanno rinvenute nella storia, nel pensiero filosofico, nell'economia, nell'aspirazione alla giustizia che muove e indirizza il corso degli eventi. Ne era pienamente consapevole e convinto che lungo questa traiettoria, in continuo divenire, possiamo sperare di colmare «il vuoto oscuro che ci stringe intorno»² con idee nuove che i temporali non riusciranno mai a spegnere, perché è compito del giurista contribuire alla costruzione di

¹ D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 6.

² Sono parole tratte da D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 120.

un futuro diverso e migliore, che tale può immaginarsi se sarà «riconosciuto il massimo rispetto alla dignità dell'uomo e della persona»³.

Sì, la persona. Messinetti, nei suoi studi, più e meglio di quanto abbia fatto chiunque altro, ne ha consacrato la centralità nell'ordinamento, ne ha anzi predicato la natura di valore fondante l'ordinamento medesimo, già da questo predefinito ed attuato a prescindere da titoli che possano valere ad evidenziarne la presenza o a legittimarne la tutela⁴. Stefano Rodotà ha parlato di «costituzionalizzazione della persona»⁵; ma l'approdo che Messinetti raggiunge è più avanzato. La tutela della persona, svincolata dallo schema del diritto soggettivo assoluto e dalla logica proprietaria, si svolge sul piano oggettivo.

Non ho sondato, nelle nostre discussioni, il pensiero di Messinetti sui beni comuni. Posso intuirlo, sul presupposto che egli, avendo tempo addietro riflettuto sulla qualificazione giuridica dei beni, sia rimasto fedele all'idea che «il concetto di bene riposa essenzialmente su un fondamento che, sia come dato giuridico sia come dato naturalistico, è costituito dal fenomeno del godimento individuale o, in altre parole, dal godimento in forma esclusiva»⁶. Egli aveva assunto, quale categoria più significativa di bene immateriale, le creazioni intellettuali, paradigmatica giacché capace di offrire «indicazioni (...) sufficienti per definire uno sviluppo assolutamente originale dell'oggettività giuridica delle cose incorporali»⁷: chissà se il giudizio di sufficienza sarebbe confermato oggi, osservando gli sviluppi recenti? L'art. 810 c.c. mostra la corda e la teoria dei beni deve oggi fare i conti con la dimensione nuova della soggettività e con la crisi del soggetto, con la ridefinizione del rapporto tra le persone e le cose. Cinquant'anni fa non era certo questo l'orizzonte della riflessione e ciò nonostante non mancano pagine di indubbia attualità nell'opera di Messinetti: lo sono, ad esempio, quelle dedicate al rapporto tra realtà materiale e forma giuridica, tra fattispecie e norma, certamente utilissime per far luce su aspetti che permangono centrali nella riflessione giuridica.

La dialettica tradizione/modernità è una costante della riflessione di Messinetti, che non è culturalmente avvezzo ai salti nel buio. La sua lettura dell'abuso del diritto, così fortemente ancorata al concetto di potere, è

³ D. MESSINETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁴ La sua voce "Personalità (diritti della)", in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss. è, al riguardo, emblematica; ma Messinetti è autore di molti altri contributi di pregio che, ad essa, vanno ad aggiungersi.

⁵ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in S. RODOTÀ e M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, nel *Tratt. biodiritto* diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2010, p. 169 ss.; ID., *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 148 ss.

⁶ D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., p. 36.

⁷ D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 59.

improntata ad equilibrio e non risparmia critiche all'uso abusivo o insensato della categoria⁸.

Anche l'attrazione forte che su Messinetti esercita la strategia rimediale non lo rende incline ad esagerazioni. Sui rimedi egli torna a riflettere in uno dei suoi ultimi scritti, che – fatto non secondario – troviamo in un volume di saggi raccolti in omaggio ad Adolfo di Majo⁹, che non è un collega come tanti, ma uno tra gli amici più cari, «un compagno di strada, cioè un compagno di vita»¹⁰. Le logiche rimediali sono ben note anche a di Majo, ciò che induce a credere che la scelta del tema oggetto di dette riflessioni sia tutt'altro che casuale; l'interlocuzione tra i due è stimolante e le parole di Messinetti, nel contesto dialogico, acquistano un valore aggiunto, giacché l'autenticità del messaggio emerge rinvigorita e arricchita da un'emozione profonda. Il diritto deve dare risposta ai bisogni di tutela e, a questo fine, l'idea che vadano assecondate logiche rimediali lo spinge ad emarginare vecchi fondamenti, ma non al punto da non avvertire il pericolo che ciò «si accompagni a generalizzazioni improprie e unificazioni infondate, che rischiano di compromettere la capacità del sistema giuridico di continuare a organizzare la prassi sociale e di offrire soluzioni razionalmente orientate»¹¹. Morale: la prospettiva rimediale offre «un'occasione irrinunciabile per ragionare dei rapporti tra le inquietudini della modernità e l'evoluzione del diritto civile»¹², ma va presa con le molle.

Si fa un gran parlare, a vario titolo e in ambiti diversi, di sostenibilità¹³, per esprimere linee di azione e di pensiero che non trascurino la primazia riservata a valori «alti» e non sacrificabili sull'altare del mercato. Messinetti è paladino della sostenibilità e, se dovessi concentrare in una frase la cifra del suo pensiero, valorizzerei l'attenzione costantemente rivolta alla dimensione sistemica, che la frammentazione figlia della complessità rischia di oscurare.

Non voglio aggiungere altro e non c'è necessità di un finale ad effetto. Spero si sia compreso che, quando dico che Davide Messinetti è ancora una presenza importante nella mia vita, non proferisco parole di circostanza.

⁸ Si veda la voce «Abuso del diritto», in *Enc. dir., Aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 1 ss.

⁹ Si allude a D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, cit., p. 103 ss.

¹⁰ Così lo definisce D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 120, aggiungendo che «Abbiamo condiviso insieme ansie e successi».

¹¹ D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 105.

¹² D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 104.

¹³ Il termine è finanche associato all'utopia (v. E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Roma-Bari, 2018), un binomio a prima vista bizzarro se è vero che – per definizione – è utopico ciò che è insuscettibile di realizzazione pratica. Il libro, in realtà, si sforza di individuare misure concrete capaci di avviare l'Italia, che è malmessa, su un sentiero di sviluppo sostenibile.

Adolfo di Majo

In ricordo di Davide Messinetti

Di Davide Messinetti, morto un anno fa, deve, in primo luogo, ricordarsi la personalità umana oltre al suo impegno di studioso del diritto.

Quanto alla personalità, ciò che di lui resta sorprendente e legato ai ricordi di chi lo ha frequentato e ne ha avuto la confidenza è la completa e totale immedesimazione che in Davide si è avuta della sua vita, diciamo “civile”, e con il ruolo di docente universitario. Basta considerare che Davide, per lungo tempo, non aveva una residenza propria (se non in albergo) e quindi risiedeva presso l’Università.

Tutti lo ricordano completamente immedesimato nella vita universitaria, tra Studenti e Colleghi. Egli viveva quasi emotivamente il suo ruolo di docente, tra studio del diritto e l’insegnamento. Non v’erano alternative a questo circuito.

A volte, addirittura appariva agli interlocutori eccessiva l’attenzione che esso dedicava allo studio del diritto privato e alle sue ricadute tra i Colleghi e gli Studenti. E naturalmente, in cima a tutto v’era l’affezione e l’ammirazione per il Prof. Rosario Nicolò, suo Maestro.

Il che induceva Davide ad essere anche severo e censore verso chi, Colleghi e Studenti, erano portati a considerare con leggerezza o a volte fraintendendole quanto il Maestro Nicolò insegnava e quanto Messinetti diffondeva.

Ma lo stretto collegamento esistente tra il Maestro e il discepolo aveva enormemente influenzato anche il contenuto dell’apporto scientifico di Davide.

Se v’è Autore che ha proseguito e portato fino in fondo l’insegnamento e il metodo del Prof. Nicolò, naturalmente continuamente integrandolo e modernizzandolo con l’apporto di contributi culturali, del quale l’opera di Nicolò era alquanto carente, è stato proprio Messinetti.

Esso, in pressoché tutte le sue opere scientifiche, ha continuato ad indagare ed approfondire, quale *leit-motiv* della sua ricerca, il rapporto dialettico “tra la composizione della realtà”, quale sottoposta alle norme, e “la qualificazione giuridica” ad opera dell’ordinamento.

Il metodo di Messinetti è nel superamento di ogni descrittivismo meramente empirico ed esegetico (dei contenuti) della norma, per mettere in luce

ciò che è l'apporto autonomo dovuto "alla qualificazione e/o creazione giuridica" e sia che essa si riferisca al soggetto, ai beni, alle situazioni giuridiche.

Il mondo di Messinetti non è quello, in carne e ossa, delle persone fisiche o degli enti, o delle cose o dei danni che abbiano a subire le persone o le cose ma "delle qualificazioni" che esse ricevono ad opera dell'ordinamento. È un mondo dunque "di creazioni" di cui va verificato il rapporto con la realtà e la loro incidenza su di essa ma per ciò solo affascinante, specie per lo studioso.

In uno dei suoi primi e principali lavori sulla *Oggettività giuridica delle cose incorporali* (1970), le opere dell'ingegno, le invenzioni e quant'altro non sono solo cose "prive di corpo", appunto "incorporali", ma beni "in senso giuridico", e occorre risalire dalla loro oggettività "in senso materiale" appunto "a quella giuridica", dei "valori" in esse incorporati e ciò segna come il godimento delle cose incorporali non sia diretto (attraverso il titolare) ma indiretto (attraverso altri) e cioè attraverso terzi. Si gode del libro pubblicato non da parte del titolare che lo possiede, ma attraverso la diffusione e la lettura che ne facciano i terzi.

Istituti, come la "registrazione" dell'opera dell'ingegno o la "brevetazione" dell'invenzione acquistano nuova luce e significato. Si tratta di fattispecie costitutive non del diritto ma "del bene". Essi sono elementi appartenenti alla qualificazione giuridica.

Così come per forma degli atti, la brevettazione e la registrazione contribuiscono a dare "forma giuridica" all'opera del creatore.

Anche per i negozi giuridici viene infatti distinta l'esistenza della dichiarazione dalla sua validità a seguito della "forma" ad essa data.

E, a ben considerare, è questo stesso metodo che doveva condurre Davide Messinetti, sul tema da esso privilegiato "dei diritti della personalità" (v. la voce nell'Enc. del diritto del 1983), ad abbandonare per i diritti della personalità, lo schema del diritto soggettivo riguardante l'appartenenza del bene "persona", di ben difficile definizione, per attribuire "valore giuridico" alla persona in se stessa, a prescindere dal rapporto con se stesso, e tale valore prende forma giuridica non con il diritto soggettivo (su se stesso o verso altri) ma per mezzo del "dovere di astensione", che impone l'omissione da parte di terzi da ogni azione verso la persona e i suoi attributi.

Ecco dunque, il valore della persona, nella sua forma naturale e storica, corrispondente "alla libertà dell'individuo nelle sue varie manifestazioni" (onore, immagine, identità, riservatezza), convertirsi nella sua *forma* giuridica, rappresentata "dal dovere di astensione" (a fronte di essa).

Quindi ritorna il *leit-motiv* di Messinetti del rapporto tra realtà naturale e forma giuridica.

Ma ciò anche spiega come la tutela della persona o meglio la sua base normativa non sia costituita da diritti soggettivi ma “da rimedi” che sono le concrete risposte in occasione della violazione di quanto la persona può rappresentare.

Ma è anche prevedibile che l’approdo finale di Messinetti sul terreno della tutela, che è poi l’*ubi consistam* del diritto, sia l’apparato dei “rimedi”, che non sono né i diritti né le azioni processuali ma consistono «nella possibilità di interpretare gli istituti classici del nostro ordinamento privatistico in una funzione di massima realizzazione degli interessi tutelati», così da piegare «la forma della regola giuridica alla sostanza della stessa al fine di tutelare in concreto gli interessi ritenuti meritevoli di tutela» (D. Messinetti, *La sistematica rimediale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012, 105).

Messinetti ha lasciato un grande “vuoto”, non solo come studioso, attento censore e custode del rigore con cui deve essere interpretato il diritto, senza compromessi, ma come uomo che ha creduto che, anche nel diritto, possa vedersi una ragione più profonda per rendere la propria (qualità di) vita più logicamente e razionalmente vissuta.

I. ABUSO DEL DIRITTO E CONTRATTO

Laura Pennazzi Catalani

*La configurabilità dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso
ad nutum*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Abuso del diritto e recesso *ad nutum*. – 3. Distinzione tra sindacato alla stregua dell'abuso del diritto e sindacato alla stregua della buona fede. – 4. Abuso del diritto di recesso nei rapporti bancari. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Secondo l'insegnamento di Davide Messinetti¹ la nozione di “abuso” si fonda su tre caratteri generali: il legame tra il potere e l'istanza positivistica, l'idea del limite e l'uniformità del dispositivo. Il potere è l'elemento iniziale dell'analisi in quanto allo stesso corrisponde specularmente un “ordine” che funziona sia come assoggettamento sia come competenza, e che così crea la cornice del lecito-illecito. In secondo luogo, emerge l'idea del limite, cioè l'ambito dell'attività abusiva è contrassegnato dalla mancanza di una possibilità di azione. Infine, l'uniformità del dispositivo, la legge, consente un unico schema di espressione il quale permette di stabilire ciò che è “ammesso”.

La compenetrazione dei concetti di abuso e potere genera una riflessione sul concetto di abuso, relativa solo agli effetti che si producono sull'esercizio del diritto, oggetto di un'obiezione a prima vista ineliminabile: se l'abuso si colloca sul terreno dell'esercizio del diritto si ha un comportamento conforme al diritto stesso, *qui iure suo utitur neminem laedit*, invece, se si afferma che il comportamento abusivo è illecito si riconosce che il comportamento esorbita dall'esercizio di un diritto². Per superare la presente obiezione è necessario individuare un autonomo principio giuridico desumibile dalle fattispecie normative e che consenta di aggiungere una valenza precettiva ulteriore. Pertanto, si è rilevata nel nostro ordinamento l'esistenza del divieto di abuso del diritto come principio generale

¹ D. MESSINETTI voce “Abuso del diritto” in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 1-21

² F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 76-77.

desumibile dalle norme in materia di proprietà, di rapporto obbligatorio e di autonomia contrattuale che consentono di sindacare gli atti di esercizio del diritto in base a criteri non formali di valutazione³.

2. *Abuso del diritto e recesso ad nutum*

La scienza giuridica negli anni ha elaborato una florida letteratura intorno all'analisi di una possibile configurazione di un abuso del diritto⁴ nell'esercizio del recesso *ad nutum*⁵, che si è nutrita di nuova linfa in ragione della rinnovata attenzione nei confronti delle possibili condotte abusive esercitate dagli istituti di credito nell'ambito dei rapporti bancari.

Com'è noto, convenzionalmente o legalmente, è concessa ad una parte o ad entrambe la possibilità di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale mediante un atto di volontà, per il quale non è richiesta alcuna formale giustificazione. La prassi fa emergere tuttavia come l'esercizio di tale forma di recesso può risultare iniquo, quando l'atto abdicativo non trovi la sua ragione d'essere in alcuna attendibile motivazione, ma si fondi su una volizione arbitraria⁶.

³ C. SALVI voce "Abuso del diritto" in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, pp. 1-6, il riferimento è qui agli artt. 833 c.c., 1175 c.c. e 1375 c.c. Su tutti prevale il precetto di agire secondo buona fede oggettiva (artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.) il quale impone come necessita giuridica la corrispondenza dell'agire del soggetto a un parametro di azione non specificato dalla legge e ben più ambizioso; F.D. BUSNELLI – E. NAVARETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato 1997*, III, *Abuso del diritto*, CEDAM, Padova, pp. 171 ss. In conseguenza della mancata codificazione nel codice del 1942 del principio di abuso del diritto, diversamente da altri paesi che lo hanno normativamente recepito: art. 7 del *Código civil* spagnolo; art. 334 del *Código civil* portoghese; § 226 *B.G.B.*; art. 2 del *Code civil* svizzero.

⁴ M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2014, p. 467-498; S. ROMANO, voce "Abuso del diritto", in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 166 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; S. PATTI, voce "Abuso del diritto", in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, I, 1987, p. 8; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 83; Id., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 232; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 1998, p. 11 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 364 ss.

⁵ R. CLARIZIA, *Il recesso*, in *Diritto civile diretto* da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Giuffrè, Milano, vol. III, t. II, 2009, p. 599 ss.; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, II, 2011, p. 295 ss.

⁶ G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 766 ss.

Il caso del recesso *ad nutum* consente di mettere in evidenza quali dovrebbero essere natura e limiti del controllo dell'esercizio del diritto attraverso il criterio dell'abuso, distinguendo rispetto alle ipotesi di recesso giustificato.

Si impone in questo caso la necessaria premessa per cui nel caso di libera recedibilità deve considerarsi inammissibile un sindacato sulla causa del recesso che in questo caso diviene irrilevante. Infatti, il tipo di controllo dell'atto di esercizio del diritto, che il sindacato basato sullo strumento dell'abuso implica, si fonda essenzialmente sull'accertamento di una deviazione dell'esercizio dello stesso rispetto allo scopo per cui è stato attribuito; e lo scopo per cui il diritto di recesso *ad nutum* viene ammesso dal legislatore è quello di consentire al recedente di poter sciogliersi dal contratto senza necessità di addurre motivazioni⁷.

Questo scopo non è allora violato se il contraente recede immotivatamente, pertanto non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della causa che lo ha determinato, perché così facendo si introdurrebbe *ex post* una nuova qualificazione del diritto ad opera del giudice, trasformando il recesso *ad nutum* in un recesso causale.

La presente conclusione non esclude altre forme di controllo da parte del giudice, con riguardo ad esempio alle modalità in cui viene esercitato. L'ipotesi che qui si considera è quella per cui con l'esercizio di un proprio diritto si miri ad ottenere, e si ottenga effettivamente a spese della controparte, un'utilità non rientrante come tale nel contenuto del diritto, così che possa senz'altro dirsi che lo stesso è stato utilizzato per uno scopo diverso da quello che ne aveva giustificato l'attribuzione al suo titolare. In altre parole, il soggetto, esercitando con queste finalità il recesso, consegue sia utilità inerenti al diritto stesso, sia utilità ulteriori che costituiscono il vero motivo per cui ne è avvenuto l'esercizio. Vengono in considerazione tutte quelle condotte formalmente lecite ma sostanzialmente inique a causa delle conseguenze che producono a carico dei terzi.

Nel campo del diritto di recesso potrebbe ricorrere la fattispecie dell'abuso se lo stesso venga posto in essere non tanto per porre termine al rapporto, quanto piuttosto ad indurre, ad esempio durante il decorso del periodo di preavviso, la controparte a rinunciare ad alcune pretese, oppure per rinegoziare un rinnovo del rapporto rispetto a condizioni più vantaggiose.

⁷ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, I, 2010, p. 15 ss.; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corriere giuridico*, XII, 2009, p. 1577 ss.

3. *Distinzione tra sindacato alla stregua dell'abuso del diritto e sindacato alla stregua della buona fede*

Spartiacque nel panorama giurisprudenziale è sicuramente la decisione sul c.d. caso Renault⁸, con cui la Cassazione ha trovato occasione di esprimere il proprio orientamento in ordine alla sindacabilità, alla stregua dell'abuso del diritto, degli atti di autonomia privata e in particolare del recesso⁹.

I giudici di legittimità hanno affermato che il recesso, anche se non

⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 in *Foro it.*, I, 2010, p. 85: «Posto che: a) la sussistenza di un abuso del diritto presupponendo l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto al fine di conseguire obiettivi diversi da quelli indicati dal legislatore, non richiede il concorso dell'assenza dell'utilità per il titolare e dell'animus nocendi; b) l'esercizio del recesso ad nutum ancorché contrattualmente previsto, può configurare un abuso; c) in ambito contrattuale è ammissibile un controllo di ragionevolezza, in funzione del temperamento delle parti; nella sfera di valutazione del giudice investito di una controversia contrattuale rientra la considerazione delle parti quali soggetti deboli o economicamente forti, va cassata, in parte qua, la sentenza di merito che, nel ritenere legittimo il recesso da una serie di contratti di concessione di vendita, esercitato da un'impresa automobilistica in forza di apposita disposizione negoziale, non ha valutato circostanze allegate ai destinatari degli atti di recesso, quali impeditive del suo esercizio ovvero fondanti il diritto al risarcimento per il suo carattere abusivo.»; con nota di F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbl. e Contr.*, 4, 2012, p. 245 ss.; con nota di E. BARCELLONA, *cit.*, p. 296; con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, V, 2010, p. 834 ss.; con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss.; con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 147 ss.; con nota di F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Giur. it.*, 2010, p. 809 ss.; con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano", l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, I, 2010, p. 85; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. comm.*, II, 2010, p. 139 ss.

⁹ Brevemente si ricorda come tra il 1992 e 1996 la Renault comunicava a circa duecento concessionari la volontà di recedere dal contratto di concessione di vendita, in virtù di una clausola contrattuale di recesso *ad nutum* che le conferiva la presente facoltà. Nel 1997 alcuni ex concessionari convenivano in giudizio la concedente, chiedendone la condanna al risarcimento del danno, sostenendo l'abusivo esercizio del diritto di recesso in quanto utilizzato con il pretesto di una riorganizzazione della rete di vendita ma in realtà con il preciso fine di ridurre il proprio personale dipendente, senza l'onere finanziario del trattamento di fine rapporto. Nella fase di merito (Trib. Roma, 11 giugno 2001, n. 22540; App. Roma, 18 gennaio 2005, n. 136) si negava in assoluto la sindacabilità dei motivi di recesso, sulla base del connotato essenziale del recesso *ad nutum* che risiede nell'irrelevanza causale della dichiarazione, e che altrimenti consentirebbe l'introduzione di un controllo di ragionevolezza sull'esercizio del diritto non giurisdizionale, che finirebbe per intaccare i diritti di rilevanza costituzionale quale la libera iniziativa economica privata.

legato ad una giusta causa, è sempre suscettibile di controllo da parte dell'autorità giudiziaria la quale ha il compito di accertare se il suo esercizio sia nel caso concreto illegittimo. La presente affermazione fa emergere subito una prima spontanea obiezione e cioè come possa essere oggetto di scrutinio una prerogativa rimessa ad una valutazione di convenienza del tutto soggettiva, eccezione che viene superata dalla Cassazione attraverso il ricorso alla categoria dell'abuso del diritto¹⁰.

In particolare, la Suprema Corte nell'accogliere il ricorso fonda la propria decisione su due punti essenziali: il principio di buona fede e dell'abuso del diritto. Sulla base dei suddetti principi la Corte perviene alla conclusione della sindacabilità nel merito, a certe condizioni e su certi presupposti, anche del recesso *ad nutum*, affermando con chiarezza l'esistenza di un preciso ed ineludibile dovere di valutazione che il giudice di merito non può omettere di conservare, sulla base di una rinnovata attenzione ai valori costituzionali della solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e della funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), e sottolineando come i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti¹¹.

Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del proprio diritto¹², così impedendo che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio.

Le reazioni della dottrina al riguardo non sono state univoche.

¹⁰ Creando una categoria concettuale superflua, in tal senso C. SALVI, *cit.*, 5; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pp. 57 e 59 – 60.

¹¹ E. BARCELLONA, *cit.*, p. 298. La sovrapposizione tra abuso del diritto e buona fede è molto frequente in giurisprudenza; esemplare è il caso di Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482: «La corrispondenza al canone di buona fede dell'esercizio del diritto di recesso previsto in un contratto deve essere valutata nel contesto dei rapporti intercorrenti tra le parti, al fine di accertare se il recesso sia stato esercitato secondo modalità e tempi rispondenti ad un interesse del titolare meritevole di tutela piuttosto che al solo scopo di recare danno all'altra parte».

¹² P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 557 – 559.

Un primo filone¹³ ha accolto il presente orientamento, sostenendo la sussistenza di un nesso tra l'esercizio abusivo del diritto di recesso e il profilo causale del contratto, secondo la prospettiva che individua nella correttezza una regola di controllo dell'equilibrio contrattuale. Si è rilevato come sia la configurazione dell'interesse del titolare del diritto, che emerge dalla ricostruzione della causa del contratto, a fungere da *discrimen* tra esercizio ed abuso del diritto medesimo, perché consente di distinguere in che modo è possibile realizzare questo interesse, in quanto lo scopo del diritto di recesso non è fissato in astratto dal legislatore ma si determina in funzione degli assetti concreti di interessi che esso mira a realizzare.

Secondo questa prospettiva l'abuso non è altro che l'esercizio di un diritto secondo modalità tali da renderlo pregiudizievole per l'altra parte, dove la regola di correttezza aiuta a discernere le condotte del titolare del diritto di recesso che non tradiscono il profilo causale del contratto. Alla luce di ciò si è affermato che la buona fede oggettiva è una modalità di controllo della corretta esecuzione del contratto, ovvero sia una regola di governo giudiziario della discrezionalità delle parti nell'esercizio del diritto¹⁴, al fine di garantire la realizzazione della causa, in un'ottica di *giustizia contrattuale*¹⁵.

I tentativi di integrare il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto con i valori sociali fatti propri dalla costituzione, non hanno mancato di suscitare obiezioni. Si è infatti rilevato come il principio della buona fede appare più idoneo a garantire la congruità della condotta delle parti alla funzione oggettiva del rapporto, invece che all'integrazione del suo contenuto mediante l'inserimento di valori eteronomi rispetto al medesimo¹⁶. Tale tematica rimane estranea al concetto di abuso del

¹³ F. GALGANO, Qui suo iure abutitur neminem laedit?, in *Contratto e impresa*, II, 2011, p. 311 ss., il quale rileva come anche il recesso *ad nutum* sia suscettibile di un controllo causale al pari del recesso per giusta causa, la differenza tra queste due figure è di ordine processuale: sul recedente per giusta causa vi l'onere di provare le ragioni del recesso, mentre quando il recesso è *ad nutum* incombe sull'altro contraente, che impugna l'atto di recesso, l'onere di provare che esso è arbitrario, determinato quindi da ragioni estranee alla causa del contratto di specie e riconducibili ad altri interessi del concedente; F. GALGANO, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di F. Galgano, CEDAM, Padova, 2014, p. 647 ss.; F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 809 ss.; ID., *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2017, p. 24.

¹⁴ A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ. Scalosja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 302; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 730.

¹⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato sul contratto* diretto da V. Roppo, vol. II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Giuffrè, Milano, 2006, p. 83 ss.

¹⁶ C. SALVI, *cit.*, p. 3.

diritto, che invece si riferisce al controllo sulle modalità di esercizio della condotta e non all'imposizione di regole ulteriori rispetto a quelle poste dalla legge o dalle parti¹⁷. Precisamente, mediante il controllo che il principio che vieta l'abuso del diritto consente di realizzare, si riesce a verificare se concretamente attraverso l'esercizio del diritto si raggiungano finalità diverse ed ulteriori rispetto a quelle che l'ordinamento riconosce¹⁸.

Pertanto si sono rilevate due obiezioni fondamentali al ruolo correttivo della interpretazione secondo buona fede e quindi al potere del giudice di modificare lo statuto negoziale al fine di garantire il giusto equilibrio degli opposti interessi¹⁹.

Anzitutto, l'attribuzione al criterio ermeneutico di buona fede di una funzione correttiva del regolamento contrattuale²⁰ non sembra tenere conto della radicale differenza tra il procedimento interpretativo e quello correttivo, dove il primo è finalizzato all'interpretazione di una regola pattizia formulata difettosamente e a risolvere possibili conflitti; il secondo, invece, è strumento che incide sulla validità del contratto contrario all'ordinamento giuridico e che, invece, si risolve sul piano dell'invalidazione.

In secondo luogo, l'impiego del criterio di buona fede per ripristinare il giusto equilibrio degli opposti interessi, pare scontrarsi con il principio della tripartizione dei poteri, per cui solo al legislatore compete l'istituzione della norma imperativa; e pertanto solo a quest'ultimo spetta il compito di definire i presupposti ricorrendo i quali al giudice è consentito modificare e correggere l'assetto contrattuale.

L'interrogativo essenziale che la sentenza fa emergere ruota intorno all'ammissibilità di un sindacato sui motivi del recesso *ad nutum* attraverso il criterio dell'abuso del diritto²¹, che deve ritenersi risolto in senso positivo ma entro determinati confini.

¹⁷ D. MESSINETTI, *cit.*, p. 19-20; A. DI MAJO, in *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 371;

¹⁸ G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale: nozione e rimedi*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* a cura di S. PAGLIANTINI, Giappichelli, Torino, 2010, p. 3 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata*, *ivi*, p. 119 ss.

¹⁹ E. BARCELLONA, *cit.*, p. 295.

²⁰ Orientamento condiviso invece da F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente*, in *Contr. imp.*, II, 1997, p. 423 ss.

²¹ Pertanto attraverso un controllo di tipo causale come rilevato da G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *cit.*, p. 22, il quale altresì mette in luce il rischio che attraverso l'esigenza di reprimere "abusi" si consente l'introduzione di forme di controllo che possono rimettere in discussione diritti e/o prerogative riconosciute dall'ordinamento ai soggetti; M. ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in V. VELLUZZI (a cura di), *Abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 2012, p. 126.

A tale fine giungono in aiuto i criteri sviluppati dalla dottrina intorno alla figura dell'abuso del diritto. Essi sono individuati nella titolarità di un diritto soggettivo, nella possibilità che il concreto esercizio del diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate, nella circostanza che tale esercizio concreto sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extra-giuridico²², ed infine, nel fatto che, a causa di tale esercizio anomalo del diritto, si realizzi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte²³.

Questi criteri non si applicano invece nell'ipotesi di un sindacato attraverso il canone della buona fede *in executivis*, il quale è diretto a censurare le modalità attraverso cui il diritto viene esercitato piuttosto che lo scopo, e che inoltre determinano anche delle diversità sul piano dei rimedi²⁴. Infatti, mentre la violazione del dovere di buona fede determina un rimedio di tipo risarcitorio, l'abuso del diritto lascia aperta la possibilità di una tutela reale, che si manifesta mediante rimedi diversi da quello del risarcimento del danno²⁵.

4. *Abuso del diritto di recesso nei rapporti bancari*

Il bilanciamento degli interessi di entrambe le parti, al fine di attuare il principio di correttezza nell'esecuzione del contratto, viene sviluppato con particolare attenzione altresì nei contratti bancari.

Nella prassi bancaria, infatti, le norme dettate dal legislatore vengono spesso sostituite da contratti standard redatti dallo stesso istituto creditizio che genera una disciplina diversa rispetto a quella tradizionale e che comporta dei possibili profili abusivi²⁶.

²² Principio ripreso da G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, p. 125.

²³ V. AMENDOLAGINE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, XII, 2017, p. 2761.

²⁴ G. D'AMICO, *ult. cit.*, il quale nonostante sostenga la distinzione concettuale tra le due tipologie di sindacato riconosce la difficoltà di distinguerle da un punto di vista pratico, facendo l'esempio delle clausole vessatorie (art. 33 cod. cons.) nelle quali l'utilizzo dell'autonomia contrattuale per uno scopo diverso da quello per cui viene prevista, si intreccia con la violazione dell'obbligo di buona fede.

²⁵ In tal senso G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, p. 646 ss. e U. BRECCIA, *cit.*, p. 30 ss.

²⁶ C. VERDE, *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 94; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Zanichelli, Bologna,

Frequentemente, nel contratto di apertura di credito, attraverso le condizioni generali di contratto, viene utilizzato dalle banche l'inciso iniziale dell'art. 1845 c.c. "salvo patto contrario"²⁷ al fine di riservarsi la possibilità di recedere *ad nutum* dal contratto, generando un possibile comportamento abusivo della banca. Quest'ultimo si concreta nella previsione per cui l'esercizio del recesso sospende immediatamente la possibilità di utilizzo del cliente, anche quando non ricorra un'ipotesi di giusta causa²⁸. Tale evento pertanto, oltre a dimostrarsi altamente sfavorevole nei confronti dell'affidato, qualifica il preavviso come termine iniziale di esigibilità dell'obbligazione restitutoria da parte dell'istituto creditizio e si colora di un ulteriore profilo abusivo nel momento in cui si fissa il termine di preavviso in un solo giorno, derogando all'art. 1845 c.c.

Questa prassi, nonostante sia stata accolta da una parte della giurisprudenza²⁹, fa emergere un chiaro comportamento abusivo da parte della banca, che si risolve in una intrinseca disparità di trattamento e nel riservarsi il privilegio esclusivo di recedere anticipatamente anche senza giusta causa³⁰.

La giurisprudenza sin dagli anni '90³¹ ha qualificato come condotta abusiva

2013, pp. 198-199.

²⁷ Art. 1845 c.c.: «Salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa. Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori. Se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni».

²⁸ G. COLOMBO, *L'estinzione dell'apertura di credito*, Le operazioni bancarie, a cura di G.B. Portale, Giuffrè, Milano, 1978, p. 523 ss.; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 48 ss.; oltretutto tale previsione annulla la distinzione tra apertura di credito a tempo indeterminato e determinato.

²⁹ Cass., 1 marzo 1973, n. 1973; Trib. Napoli, 8 luglio 1988.

³⁰ M. COSTANZA, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*, in *Giust. civ.*, I, 1998, p. 509. Le opinioni della dottrina al riguardo sono opposte, tra chi sostiene la giurisprudenza (G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di A. Cicu – F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1982, p. 283 ss.; M. Tondo, *Dei contratti bancari*, Commentario teorico-pratico al c.c. diretto da V. Di Martino, Novara-Roma, PEM, 1971, pp. 311-401) e chi sostiene l'illegittimità di tale prassi (M. PORZIO, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XII, UTET, Torino, 1987, p. 925).

³¹ Il riferimento è qui a Cass., 21 maggio 1997, n. 4538 in *Foro it.*, I, 1997, c. 2479; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321; Cass., 7 marzo 2008, n. 6186, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "Obbl. e contr.", p. 1263; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass., 15 luglio 2000, n. 9321, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce "Contratti bancari" p. 92, e per esteso in *Corriere Giur.*, 2000, p. 1479, con nota di A. DI MAJO; Recesso arbitrario della banca dall'apertura di credito come comportamento contrario a buona fede nell'esecuzione del

della banca, sindacabile in base al principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti, quella che si espliciti col recesso dal rapporto sulla base di connotati arbitrari ed imprevisi, che confliggono con la ragionevole aspettativa del cliente che, in base al comportamento della banca e dell'assoluta normalità dei rapporti in essere, abbia fatto conto di poter disporre della provvista ottenuta, per tutto il tempo previsto e che pertanto non può pretendersi possa essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate³².

La Suprema Corte, inoltre, ha qualificato come illegittimo il recesso dell'istituto bancario dal contratto di apertura di credito nel caso di diminuzione della garanzia: ricorrendo al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto ha stabilito che anche in presenza di una giusta causa tipizzata di recesso della banca dal contratto, il giudice di merito ha il dovere di accertare se il comportamento della stessa, in relazione al caso concreto, non abbia assunto connotati imprevisi e arbitrari³³.

Il tema oggetto del presente intervento è stato protagonista di ulteriori pronunce relative ai rapporti bancari. Ad esempio, nel caso di contratto di conto corrente è stato ritenuto che, in presenza di una clausola negoziale che consenta all'istituto di credito di operare compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista, sia necessaria comunque

contratto, v. Cass., 13 aprile 2006, n. 8711, in *CED Cassazione*, 2006; Cass., 13 agosto 2004, n. 15769, in *Dir. fall.*, 2005, p. 895 ss. con nota di M. FABBRINI, *Abusiva revoca del credito e accertamento dell'insolvenza*, la quale ha, tuttavia, ritenuto che «l'interruzione brutale del credito bancario, se anche può essere causa di risarcimento del danno ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisi ed arbitrari, non consente, tuttavia, di ritenere insussistente lo stato di insolvenza se da tale condotta, ancorché illegittima, sia derivato uno stato di impotenza economica dell'imprenditore, mentre a diversa conclusione potrebbe giungersi soltanto nel caso in cui l'imprenditore fosse inadempiente esclusivamente nei confronti degli istituti che avessero illegittimamente esercitato il recesso dal rapporto di apertura di credito».

³² G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e ricomercializzazione del diritto commerciale*, in, *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca* a cura di S. Maccarone – A. Nigro, Giuffrè, Milano, 1981, p. 263 ss.;

³³ F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*, cit., p. 25 nota a Cass., 24 agosto 2016, n. 1729, nel caso di specie il ricorrente aveva ampiamente fornito prova della irragionevolezza del recesso, dimostrando la sufficienza della propria garanzia patrimoniale, e pertanto il giudice di merito nel dubbio sulla valutazione del patrimonio residuo avrebbe dovuto quantomeno disporre una CTU estimativa; A.B.F. ROMA, 23 aprile 2010, n. 284 e 12 febbraio 2016 nn. 1265 in www.arbitrobancariofinanziario.it: «Nel nostro ordinamento, sia pure con riferimento ad altri istituti, non mancano disposizioni che legittimano l'obbligato alla concessione del credito a recedere dal contratto fonte propria di obbligazione, a fronte del mutare delle condizioni patrimoniali del promissario sovvenendo (si pensi in tema di mandato di credito alla previsione di cui all'art. 1959, primo comma, c.c.)».

una previa informazione al cliente, il quale potrebbe altrimenti subire conseguenze pregiudizievoli. In tal caso si impone al giudice di merito di valutare il comportamento dell'istituto creditizio alla stregua del fondamentale principio di buona fede nell'esecuzione del contratto³⁴.

Viceversa non può ravvisarsi abuso del diritto nel solo comportamento della banca che receda dal contratto di fideiussione a seguito dello sconfinamento del proprio cliente garantito, il quale non abbia risposto a precedenti richieste di rientro dall'esposizione debitoria, avendo ciascuna delle parti contrattuali il dovere di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altra, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio³⁵.

5. Conclusioni

L'analisi fin qui svolta consente di mettere in evidenza che la figura dell'abuso del diritto implica la deviazione dallo scopo per cui il diritto viene attribuito. Rileva in tal senso il solo scopo oggettivo, scevro da mere volizioni interiori, e che si manifesta sulla base delle circostanze concrete che colorano l'uso del diritto e che non lo rendono meritevole di tutela³⁶. Pertanto, l'abuso delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore³⁷. L'utilizzo secondo tale modalità, allora, si converte e si risolve in un giudizio di illegittimità e non di illiceità, in quanto non si fonda sulla violazione di una norma strutturata in una regola specifica, ma si basa sulla portata eccessiva e iniqua delle conseguenze che l'atto di esercizio comporta in ragione della modalità attuative scorrette.

³⁴ Cass., 28 settembre 2005, n. 18947.

³⁵ Cass., 15 ottobre 2012, n. 17642, che oltretutto evidenzia come criterio della buona fede non rileva come strumento, per il giudice, di controllo, anche in senso modificativo o integrativo (e dunque manipolativo), dello statuto negoziale, in vista di un giusto equilibrio degli opposti interessi (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit.), ma piuttosto come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, limite idoneo a concorrere alla conformazione, in senso ampliativo o restrittivo, rispetto alla fisionomia apparente del patto negoziale, dei diritti, e degli obblighi da esso derivanti, affinché l'osssequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 Cost. (Cass. 3775/1994).

³⁶ A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 403 ss., il quale sottolinea come l'oggetto del sindacato sia proprio l'esercizio del diritto e non la sua titolarità che costituisce premessa per la verifica della sussistenza dell'abuso.

³⁷ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

Con riguardo allo scopo da perseguire, questo può essere fissato espressamente o meno dal legislatore – c.d. *scopo tipico* e c.d. *scopo atipico* – e mentre nel primo caso l'illegittimità si risolve nella contrarietà allo scopo astrattamente previsto, nel secondo caso si farà ricorso ai criteri di generali di contrarietà a norma imperativa, ordine pubblico e buon costume. Come per il caso del recesso *ad nutum* quando è esercitato in perfetta conformità rispetto al proprio scopo tipico, e quindi senza la parvenza di un abusivo eccesso di potere, così tutte le volte in cui il recedente pone fine al vincolo pattizio, secondo la clausola contrattuale, sulla base di una propria valutazione di convenienza, la presente decisione si inquadra non nella patologia, bensì nella fisiologia del diritto stesso. Diversamente, ricorre abuso in tutte le ipotesi in cui attraverso l'esercizio di un proprio diritto si miri ad ottenere e si ottenga effettivamente in danno alla controparte, un'utilità non rientrante come tale nel contenuto del diritto, ma ad esso estranea.

Chiara Belli

Abuso di dipendenza economica nel terzo contratto

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Abuso di dipendenza economica. – 3. Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto. – 4. Collocazione sistematica dell'abuso di dipendenza economica in relazione alla regolazione del mercato della concorrenza. – 5. Abuso di posizione dominante come clausola generale. – 6. Recente applicazione legislativa dell'abuso di posizione dominante nel terzo contratto. – 6.1. (Segue) Recente applicazione giurisprudenziale dell'abuso del diritto nell'ambito dei contratti di investimento.

1. Introduzione

Il presente contributo vuole offrire una visione d'insieme delle recenti applicazioni dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito della moderna contrattualistica alla luce dei più recenti interventi normativi e giudiziari che hanno inteso rafforzare *rectius* “esportare” il divieto di abuso di dipendenza economica oltre il suo “tipico” campo di applicazione.

2. Abuso di dipendenza economica

L'abuso di dipendenza economica si riscontra in presenza di due soggetti, formalmente due imprenditori, uno dei quali è più debole economicamente rispetto all'altro¹.

Il correlativo divieto si inserisce nel contesto del contratto di subfornitura² caratterizzato dalla presenza del fenomeno della cooperazione tra

¹ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 131 ss; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 126 ss.; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, pp. 345 ss.

² Ai sensi dell'art. 1, l. 192 del 1998 «1. Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un

imprese, ossia dell'affidamento ad imprese minori, da parte di imprese più grandi, della predisposizione di talune parti del prodotto finale o dello svolgimento di talune fasi del processo produttivo.

Esso mira a colpire tutte le condizioni ingiustificatamente gravose cui è sottoposta l'impresa, cliente o fornitrice. Dove quest'ultima si trova in uno stato di dipendenza economica e/o tecnologica³ rispetto ad una impresa committente. Esempi ne possono essere i meccanismi di uscita brevi per l'impresa forte ovvero, per l'impresa debole, un periodo di ammortamento per l'investimento molto lungo e specifico tale da non poter essere riconvertibile.

Il divieto trova il suo substrato normativo nell'art. 9 della Legge 192/1998 meglio conosciuta come Legge sulla subfornitura il cui comma primo sancisce che

«È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Ipotesi tipiche sono individuate poi al comma seguente in base al quale

«L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

Ebbene, la fattispecie della dipendenza economica è definita dalla

bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. 2. Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature»; M. PANDIMIGLIO, *Il contratto di subfornitura, Le parti del rapporto di subfornitura*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 59 ss.

³ Sulla subalternità "progettual-tecnologica" vedasi: R. LECCESE, *Subfornitura (contratto di)*, in *Dig. Disc., priv., Sez. comm.*, XV, Torino 1998, p. 241; R. CASO-R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 243; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Utet, Torino, 2000, pp. 26-27, il quale sostiene però che «il trasferimento di tecnologie dal committente al subfornitore è solo eventuale» e che non possa escludersi che il secondo «possa utilizzare tecnologie sue proprie».

legge in maniera poco lineare, facendo essa capo a due requisiti diversi. *In primis* la disparità di potere contrattuale, che può determinare un “eccessivo squilibrio” nelle rispettive prestazioni. *In secundis* la mancanza di reali possibilità di reperire nel mercato alternative soddisfacenti.

Ora, mentre la prima condizione può verificarsi anche in casi in cui non ci sia una assoluta mancanza di alternative, ma sussista comunque una notevole differenza di potere negoziale, la seconda condizione invece comporta sempre, almeno potenzialmente, la possibilità di determinare squilibri nelle prestazioni contrattuali. E ciò spiega perché la dottrina abbia considerato praticamente assorbente il secondo requisito⁴.

Ove, ancora, come si è rilevato⁵, la peculiarità del contratto di impresa si rinviene nella circostanza che

«la qualificazione del fatto nonché il significato oggettivo dello scambio derivano dal contesto dei rapporti in essere tra le parti e, dunque, da elementi posti al di fuori della fattispecie contrattuale, quali sono, prima di tutto, la situazione di mercato nel quale l'accordo e poi il rapporto contrattuale si colloca e si svolge nel tempo»

chiarendosi che

«nel fenomeno che qui interessa la qualificazione e gli effetti del fatto si determinano in relazione a dati estrinseci rispetto agli elementi strutturali della fattispecie contrattuale. Infatti, nel caso dei contratti di impresa il paradigma di razionalità è offerto dal contesto del mercato e dalla possibilità di trovare sostituti in esso. Così ad esempio le “alternative sufficienti e ragionevoli” di rivolgersi ad altre imprese, quale presupposto dell'abuso di dipendenza economica, richiesto dall'art. 9, legge n. 192/1998, sono valutate alla stregua della struttura del mercato di riferimento, al fine della integrazione dell'abuso di dipendenza economica»⁶.

Trattandosi poi di dipendenza economica e/o tecnologica il contratto diventa sindacabile non solo dal punto di vista normativo ma anche economico⁷ e pertanto l'accertamento circa la sussistenza dello stesso deve

⁴ M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 10.

⁵ A. ZOPPINI, *Analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, p. 243 ss.

⁶ M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, pp. 58 s.

⁷ E. NAVARRETTA *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI, G. VILLA

farsi – secondo i criteri proprio del diritto della concorrenza – con criteri economici e non con criteri giuridici⁸.

Sul piano dei rimedi civilistici il comma terzo della disposizione in esame dispone infine che

«Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

3. *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*

Poste tali premesse, la norma appena citata pone inevitabilmente a monte dei problemi di compatibilità con il più generale divieto di abuso del diritto⁹. Quest'ultimo stabilendo che non può esservi una utilizzazione alterata dello schema formale del diritto finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi rispetto ai quelli indicati dal legislatore¹⁰, e quindi un uso distorto del diritto, non è, al contrario, codificato¹¹.

(a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, p. 320, dove si spiega che «Nel caso dell'imprenditore non sofisticato, la cui debolezza è dovuta proprio alla mancanza di alternative sul mercato, il tipo di squilibrio giustifica l'esigenza di attivare un più esteso controllo relativo non solo all'aspetto normativo a anche a quello economico dell'intesa».

⁸ M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., p. 10.

⁹ Tra i molti nel tempo M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 ss; A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, voce dell'*Enc. giur.*, I, Roma, 1988; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 13; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretta da), *Trattato di diritto privato*, 1993, p. 76; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 2004, p. 28; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 77 ss.

¹⁰ Sul concetto fiscale di abuso del diritto vedasi Cass., sez. un. 30055/2008, 30056/2008, 30057/2008 e Cass. 20106/2009 sulla facoltà di recesso unilaterale esercitata in modo arbitrario.

¹¹ In sede di riforma del codice civile fu espunto dal testo finale l'art. 7 che prevedeva «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo è stato riconosciuto». Sul «carattere inespresso del principio» vedasi C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 2, per il quale «il problema positivo dell'abuso si colloca oltre la mera rilevazione del ruolo delle clausole generali contenute nel codice civile o dei principi costituzionali, nei rapporti inter privati; e consiste nell'individuazione di un autonomo principio giuridico che sia, in primo luogo, desumibile in via di generalizzazione dalle predette, o da altre fattispecie normative; e, in secondo

Ed è proprio la dialettica tra abuso di dipendenza economica e abuso del diritto la questione preliminare sulla quale si è interrogata dottrina e giurisprudenza e da cui è necessario prendere le mosse.

Vi è un assunto. Quello della non automatica declinabilità dell'abuso del diritto nell'abuso di dipendenza economica dal momento che non è ipotizzabile, a differenza del diritto, un "uso" – e quindi un "abuso" – della dipendenza/posizione economica della controparte secondo modalità corrette¹² atteso che non si è in presenza di un diritto ma di un *modus operandi*. Ragionando altrimenti, e quindi rendendo possibile tale possibilità, si finirebbe con il tradurre automaticamente l'abuso di dipendenza economica in abuso di libertà contrattuale, di autonomia privata, di potere negoziale¹³.

La non automatica possibilità di conversione e quindi la presenza di una mera assonanza lessicale tra le due formule trova ancora una ulteriore battuta d'arresto anche nel brocardo *ubi lex voluit dixit* perché il legislatore utilizzando due espressioni diverse ha intenzionalmente escluso che il potere negoziale e la dipendenza economica coincidessero, potendo il primo prescindere dal secondo e avendo quindi perimetri differenti¹⁴.

Scartata dunque la strada della "conversione" lessicale non resta che esaminare le due tesi che si sono almeno sino a un recente passato contese il campo.

Agli albori dell'introduzione della norma, la tesi positiva sosteneva un'affinità tra abuso del diritto e abuso di dipendenza economica vigente la tendenza iniziale di degradare quest'ultima a mera situazione di fatto di cui è vietato profittare. Considerando le particolari situazioni ivi descritte delle mere precondizioni di applicazione della norma, si rendeva questa una ipotesi applicativa dell'abuso del diritto quale abuso di autonomia privata. Tuttavia questo stesso orientamento arrivava poi a concludere per l'impraticabilità a valle dei rimedi previsti per far fronte al *deficit* causato dall'abuso di dipendenza economica e proposti dalla dottrina per saldare

luogo, tale da aggiungere un *quid pluris* di valenza percettiva, rispetto al contenuto normativo di ciascuna di esse».

¹² B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 38.

¹³ *Contra* F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 701, che, nel qualificare l'abuso di potere economico nel contratto, riconosce che detto potere «integra semplicemente il presupposto fattuale dell'abuso», in quanto «si pone come condizione reale della possibilità dell'abuso» e «l'esercizio abusivo attiene sempre alla libertà di contratto (abuso della libertà contrattuale per compressione irragionevole di quella stessa libertà in capo alla controparte); dovrebbe, infatti, ammettersi come possibile l'abuso della libertà contrattuale che prescinda dalla esistenza di un pre(potere) economico – dal lato del contraente forte – e dalla subalternità relativa – dal lato del contraente economicamente dipendente».

¹⁴ B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, cit., p. 52 ss.

l'abuso di dipendenza economica all'abuso del diritto. Si allude alla disciplina sulla rescissione, al motivo illecito unilaterale, al criterio teleologico, ai criteri dell'inutilità e dell'*animus docendi*¹⁵.

Ben presto così l'idea che l'abuso di dipendenza economica fosse espressione di abuso di autonomia privata è stata abbandonata per sostenere che la norma esula dall'area dell'abuso del diritto. Pur consapevole di ciò autorevole dottrina ha però sostenuto una possibile affinità tra le due espressioni attribuendo alla nozione di abuso del diritto un "uso funzionale" in relazione a questa particolare norma di settore¹⁶. Ha quindi recuperato l'abuso del diritto adottandolo in una prospettiva solidaristica che deve comunque essere necessariamente tradotta in «precise regole d'azione, come la buona fede e la correttezza»¹⁷.

Ciò, del resto, come precedentemente avvenuto nel noto caso "Renault"¹⁸ dove, la giurisprudenza della Cassazione ha applicato estensivamente il divieto di abuso del diritto a motivo del fatto che la cronologia degli eventi che hanno dato corso al giudizio in quanto antecedenti all'entrata in vigore della L. 192/98 ha impedito la riconduzione della norma nell'alveo dell'abuso di dipendenza economica. In particolare la Suprema Corte ha considerato ingiustificato, perché abusivo, il recesso esercitato dal produttore automobilistico proprio ricorrendo al principio più generale¹⁹.

Così ragionando l'abuso di dipendenza economica avrebbe un *quid pluris* rispetto all'abuso del diritto consistente nel fatto che pur sussistendo tra due

¹⁵ *Ibid.*, p. 43 ss.

¹⁶ D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Aggiorn.*, II, Milano, 1998, I, p. 13 «l'ingresso, quali canoni valutativi, di modelli di azione come la buona fede, se vedono utilizzati come limite oltre il quale l'azione diventa abusiva, serve a questa intenzionalità funzionale, che tende a consolidare le forze, le attitudini, di un mercato progettato e reso "normale"».

¹⁷ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, Padova, 1993, p. 495 mettendo in correlazione la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto con l'abuso del diritto afferma che ciò «accade quando un contraente esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati».

¹⁸ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 dove il caso deciso riguardava il recesso ingiustificato di un produttore automobilistico a danno di un concessionario di vendita (cioè un caso potenzialmente rientrante nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica). Vedasi M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 319 ss; ancora sempre Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota (critica) di R. PARDOLESI, *Della serie a volte ritornano: l'abuso del diritto alla riscossa*.

¹⁹ Nello stesso senso della sentenza n. 2016/09 (e sempre con riferimento alla stessa casa automobilistica), v. Cass. civ., 21 giugno 2011, n. 13583.

imprese una disparità fisiologica, la parte/impresa debole viene tutelata perché si incrementa il canone di buona fede oggettiva ove ricorrano determinate situazioni previste dalla norma. Si tratta dell'eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, della non possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti, del rifiuto di vendere e di comprare, della imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente inique, gravose e discriminatorie (da ricondurre nell'alveo dell'«eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi») e della interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Preme tuttavia rilevare che questa tesi, per cui l'abuso di dipendenza economica è una figura speciale di abuso del diritto, si può sostenere se e in quanto si superi l'idea più tradizionale, che configura l'abuso del diritto sulla base di un elemento soggettivo di dolo specifico (secondo il modello dell'atto emulativo), e si adotta, piuttosto, una nozione oggettiva di abuso, caratterizzata non tanto dalla violazione dolosa di un dovere comportamentale, bensì dalla deviazione, oggettivamente accertabile, di un atto di esercizio di un diritto rispetto alla tutela dell'interesse per la cui protezione il diritto soggettivo è stato attribuito al suo titolare.

Solo infatti nell'accezione appena illustrata – non potendosi per le ragioni innanzi dette fare ricorso a un'assonanza più lessicale che di contenuto²⁰ tra i due termini – l'abuso del diritto può essere declinato anche nell'abuso di dipendenza economica. In tal modo, l'abuso di circostanze di fatto di cui all'art. 9 recupera la sua natura di elemento essenziale della fattispecie essendo stato giustamente osservato che «tra i due divieti intercorre un rapporto di genere a specie, sicché, ove risultino integrati gli estremi della legge speciale, è a questa, e non al principio generale, che dovrebbe correttamente farsi riferimento»²¹.

4. Collocazione sistematica dell'abuso di dipendenza economica in relazione alla regolazione del mercato della concorrenza

Altresì discussa è la collocazione sistematica dell'abuso di dipendenza economica avendo come riferimento in particolare la regolazione del mercato della concorrenza di cui alla normativa antitrust²².

Il problema si è posto in relazione al disposto di cui al comma 3 *bis* dell'art. 9 della Legge sulla subfornitura, aggiunto dalla legge n. 57/2001, in base al quale si stabilisce che

²⁰ B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo*, cit., p. 38.

²¹ R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, p. 524 ss.

²² Legge 287/1990.

«qualora l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ravvisi un abuso di dipendenza economica che abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato può procedere, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso, alla applicazione delle misure sanzionatorie previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, consistenti in diffide e sanzioni amministrative pecuniarie».

Il divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 della Legge 287/1990²³ nasce nel diritto tedesco, per poi confluire nel diritto comunitario²⁴ e divenire infine divieto di applicazione generale nei paesi industrializzati. Esso, richiedendo che le imprese in posizione dominante applichino prezzi equi rispettando il principio di parità di trattamento, consta di tre elementi: la posizione dominante, l'abuso e l'assenza di giustificazioni obiettive. Dove poi, è bene precisarlo, la legge non vieta la posizione dominante *tout court* e in quanto tale, ma il suo abuso qualora si concretizzi in uno sfruttamento da parte dell'impresa del proprio potere a danno della concorrenza ossia quando, in genere, detiene quote elevate in un determinato mercato²⁵.

Poste, queste premesse, emerge altresì chiaramente come nelle due figure vi siano presupposti diversi²⁶ dal momento che nell'abuso di dipendenza economica l'illiceità della condotta attiene al rapporto tra le parti e riguarda un soggetto che, a prescindere dalla posizione occupata nel mercato, si trova in uno stato di predominanza economica rispetto alla sua controparte, dove,

²³ Ai sensi dell'art. 3 della Legge 287/1990 «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza; d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi».

²⁴ A.M. CALAMIA, *L'abuso del diritto*, Giappichelli, Torino, 2017.

²⁵ Il fatto che un'impresa raggiunga grandi dimensioni non distorce di per sé il mercato: talvolta, per operare in modo efficiente, è infatti necessario essere attivi su larga scala o in più mercati. Inoltre, un'impresa può crescere proprio grazie al suo comportamento "virtuoso", offrendo prodotti che meglio di altri, per il prezzo e/o per la qualità, soddisfano le esigenze dei consumatori.

²⁶ G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, in E. PICOZZA, R. LENER (a cura di), Giappichelli, Torino, 2004, p. 71.

invece, nell'abuso di posizione dominante l'illiceità di cui all'art. 3 è valutata con riferimento al potere detenuto dall'impresa nel mercato di riferimento²⁷.

Ebbene, una tesi minoritaria sostiene che i c.d. abusi di dipendenza economica sarebbero neutri per il funzionamento complessivo del mercato in quanto ciò che conta è che vi sia libertà di accesso e concorrenza effettiva nell'offerta finale. Essi porrebbero esclusivamente problemi di equità contrattuale che il legislatore potrebbe affrontare con norme di tutela che però non avrebbero a che fare con i divieti antitrust.

Così ragionando il divieto di abuso di posizione economica viene collocato al di fuori della legislazione antitrust e dalle logiche di mercato per essere inquadrato sistematicamente come esplicazione del principio di buona fede contrattuale o del divieto generale di abuso del diritto in tal modo ponendo solo problemi di equità e di giustizia contrattuale e quindi di abuso di autonomia contrattuale.

Per altra tesi, allo stato attuale maggioritaria²⁸, il divieto di abuso di dipendenza economica è invece uno sviluppo interno del divieto antitrust di abuso di posizione dominante ma solo dopo aver prima distinto quest'ultima figura in senso assoluto e in senso relativo.

In senso assoluto quando l'impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori ovvero impedisce ai concorrenti di operare sul mercato, causando, in via riflessa, un danno ai primi. Il divieto di abuso di posizione dominante concerne in tale ipotesi l'intero mercato e da qui la definizione dei contratti *business to consumer* (B2C).

Venendo ora all'abuso di posizione dominante in senso relativo esso si riferisce non più ad un intero mercato, ma ad una cerchia determinata di soggetti operanti all'interno di un mercato più vasto. La "posizione

²⁷ Vedasi V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, p. 426 dove si legge che l'esclusione della dipendenza economica dall'ambito antitrust lascerebbe irrisolta «la palese inadeguatezza dei tradizionali criteri strutturali alla base del concetto di posizione dominante assoluta, a consentire il controllo sull'esercizio del potere economico nei rapporti verticali tra imprese».

²⁸ M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., p. 2 dice che «In questo dibattito sarei personalmente incline a preferire il primo orientamento: infatti, a qualsiasi livello della catena produttiva e distributiva, se un soggetto economico rimane vincolato a scelte contrattuali che non avrebbe adottato se avesse avuto piena libertà di scelta, questo fatto è già – mi sembra – una distorsione di un processo concorrenziale efficiente e dinamico. Da qui la rilevanza degli abusi di dipendenza economica anche ai fini generali del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati. Si pone certamente, con riguardo a questo tipo di vicende, un problema di uso razionale dei mezzi giuridici (dove le diverse regole *de minimis* in materia di antitrust), ma questo non significa che gli abusi di d.e. siano indifferenti per il buon funzionamento dei mercati».

dominante relativa” viene anche correttamente denominata “dipendenza economica” e indica la dipendenza di una impresa debole rispetto a una impresa forte. Si è qui nell’area grigia del “terzo contratto”²⁹, rappresentata dai contratti tra le imprese ossia i c.d. contratti *business to business* (B2B), che illustra in quale accezione l’abuso di dipendenza economica può avere rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

Obiettivo perseguito con l’immagine del terzo contratto è infatti quello di rispettare la specificità del contratto asimmetrico tra imprenditori coerentemente con il fine di un adeguato coordinamento fra disciplina del contratto e governo del mercato.

Con l’avvertenza, e senza pretesa di esaustività, che vi è una ambiguità di fondo sottesa all’immagine del terzo contratto rappresentata dalla carenza rispetto all’obiettivo di un adeguato coordinamento sistematico fra il contratto asimmetrico tra imprenditori e altri contratti asimmetrici in termini di coordinamento esterno. Dove, invece, in punto di coordinamento interno, la finalità di un coordinamento tra i contratti squilibrati tra imprenditori può ritenersi raggiunta³⁰.

5. *Abuso di posizione dominante come clausola generale*

La tesi ad oggi maggioritaria³¹ vuole che l’art. 9 della Legge sulla subfornitura sia che lo si inquadri come applicazione del principio di buona fede contrattuale (o di divieto generale di abuso del diritto)³² come nel citato Caso Renault o nell’insieme di principi di tutela della concorrenza, non possa ritenersi una norma eccezionale trattandosi al contrario di una norma attuativa di principi generali e come tale suscettibile se del caso di applicazione generale e di interpretazione estensiva.

Ancora. Detta norma imponendo il divieto di abusare della posizione di forza economico-contrattuale rappresenta una eccezione al principio della libertà contrattuale e di quello di uguaglianza e di libertà di iniziativa economica.

Tale paradigma in chiave socio-economico si rinviene in particolare nel contratto di affiliazione commerciale, meglio conosciuto come contratto di

²⁹ R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. XII ss.

³⁰ E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell’immagine del terzo contratto*, cit., p. 320 ss.

³¹ M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., p. 2.

³² F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 325.

franchising, disciplinato dalla Legge 129/2004³³. In tale contratto la debolezza si manifesta per gli altissimi costi di commutazione, di fatto insostenibili per l'impresa 'dipendente' che si trova esposta ai cosiddetti "investimenti da affidamento" a fronte della condotta del *franchisor* (impresa forte) scorretta e di tipo estorsivo in quanto finalizzata ad ottenere determinati e ingiusti vantaggi in sede di esecuzione o rinegoziazione del contratto³⁴.

Inizialmente, forte del fatto della mancanza di una norma specifica sul divieto di abuso di dipendenza economica nel contratto di *franchising*, la giurisprudenza sosteneva che solo l'art. 9 fosse derogatorio rispetto al generale principio di autonomia contrattuale. Tuttavia con il passare del tempo si è iniziata ad affermare l'applicabilità della norma a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale con un orientamento che è maturato in materia di *franchising* con la precisazione tuttavia che la disciplina sull'abuso di dipendenza economica non può essere invocata quando, in relazione a una determinata fattispecie, siano applicabili norme di protezione del contraente debole dotate di un grado ancor maggiore di specialità, come quelle dettate appunto dalla l. 129/2004. Il che

³³ Ai sensi dell'art. 1 della Legge 129/2004 «1. L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi. 2. Il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica. 3. Nel contratto di affiliazione commerciale si intende: a) per know-how, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità; b) per diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale; c) per royalties, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche; d) per beni dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e consegnati dal nome dell'affiliante».

³⁴ F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 269.

non significa certo che l'art. 9 della l. 192/1998 non sia mai applicabile nei rapporti di *franchising*, ma che esso rimane superato in quei punti in cui la l. 129/2004 detta una sua disciplina specifica.

Del resto il tenore letterale della norma è tale da far ritenere che essa si possa applicare a qualsiasi relazione commerciale a prescindere, cioè, da un qualsiasi rapporto di subfornitura.

Divenuta così, in pochi anni, norma cardine e clausola generale dei rapporti contrattuali tra imprenditori operanti in condizioni di squilibrio in quanto norma attuativa di principi generali, allo stato attuale la si può ritenere come norma di chiusura³⁵ di una disciplina intesa a dare veste normativa a un tipo o, se si preferisce, a una tipologia di contratti, riconducibili al modello economico della subfornitura industriale. Pertanto, la portata del divieto andando oltre la specifica tipologia del contratto è suscettibile di applicazione analogica a tutti i rapporti *business to business* vale a dire a tutti i contratti tra imprese³⁶.

6. *Recente applicazione legislativa dell'abuso di posizione dominante nel terzo contratto*

Senza poter entrare nel dettaglio di un amplissimo dibattito dove si fronteggiano le due tesi del secondo e del terzo contratto come due categorie distinte e la tesi della categoria generale del contratto asimmetrico comprendente il secondo e il terzo contratto³⁷, la circostanza che l'art. 9 sia una

³⁵ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 269-270 per il quale «la portata generale della disposizione sembra, in ogni caso, trovare definitiva conferma nel comma 3 *bis* di recente aggiunto all'art. 9. Il formale inserimento dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito dell'illecito concorrenziale fa di esso, infatti, necessariamente una figura di portata generale analoga all'abuso di posizione dominante, nel senso che, come questa, deve essere ritenuta potenzialmente idonea a turbare il corretto funzionamento del mercato qualunque sia lo specifico ambito dei rapporti in cui l'abuso è attuato e allo stesso modo deve essere sanzionata quando ciò accada».

³⁶ F. MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, P. SIRENA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, p. 277 ss. Nella stessa direzione, anche se in termini più articolati, v. anche E. NAVARETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 507 ss.

³⁷ Vedi V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 53, secondo il quale il secondo e il terzo contratto possono essere rivisti come paradigma dell'asimmetria di potere contrattuale del cliente. Si legge infatti che «Se è così, il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione delle parti contraenti; bensì va cercato in un elemento più generale. È l'elemento che una volta si sarebbe definito come "debolezza" di una parte rispetto all'altra, e che in un linguaggio più moderno può oggi

norma attuativa di principi generali, e come tale suscettibile, se del caso, di applicazione analogica, è stata rafforzata, dai recenti interventi del legislatore che ha disposto l'applicazione diretta della disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica ai rapporti fra imprese, caratterizzati tipicamente da squilibrio di potere, senza necessità di prova dei più rigorosi requisiti della fattispecie, sanciti dall'art. 9, della l. 192/1998.

Ci si riferisce in ordine di importanza all'art. 17, comma 3°, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con l. 24 marzo 2012, n. 27, relativo ai rapporti fra gestori di impianti di distribuzione carburanti e grandi imprese titolari degli impianti, o fornitrici del prodotto dove si stabilisce che

«I comportamenti posti in essere dai titolari degli impianti ovvero dai fornitori allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore integrano abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192»;

nonché al caso della “*violazione diffusa e reiterata*” della norma sui ritardi nei pagamenti, che – con modifica introdotta dalla l. 180/2011 (cd. statuto delle imprese) – è stata inserita, come ipotesi tipica di abuso di dipendenza economica, nel comma 3° *bis* dell'art. 9, l. 192/1998 dove si legge che

«In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

Ci si riferisce, ancora, sempre nei contratti B2B, alla recente estensione³⁸ ai liberi professionisti di tutte le categorie, ordinistiche e non, del cosiddetto “equo compenso” ossia del diritto ad un riconoscimento economico “proporzionato” alle prestazioni e al lavoro svolto nei rapporti con clienti diversi dai consumatori ovvero con i clienti “forti”, come banche e assicurazioni.

Infine si ricorda l'abolizione in Italia, sulla scia di quanto avvenuto negli altri paesi, come la Francia con la legge Macron³⁹, della clausola della “parity rate”, clausola inserita nei contratti che le agenzie turistiche online e i portali di prenotazione alberghiera siglano con gli hotel. Essa vietando agli alberghi

denominarsi come asimmetria di potere contrattuale».

³⁸ Legge n. 205 del 27 dicembre 2017 (Legge di stabilità 2018).

³⁹ Nel 2015, le clausole di *parity* erano vietate solo in Germania. Poi si sono aggiunte la Francia, l'Austria e la Turchia.

di pubblicizzare prezzi inferiori a quelli esposti sui grandi portali prevedeva in capo agli albergatori che contrattavano con le agenzie di viaggio online l'obbligo di garantire il medesimo prezzo su tutti i canali distributivi. Tale clausola ritenuta dall'associazione di categoria degli albergatori vessatoria in quanto ostativa alla concorrenza impedendo ai consumatori di contrattare a prezzi più convenienti, è stata recentemente abolita dalla norma "Booking"⁴⁰. Quest'ultima, vietando la clausola in questione, consente ora agli albergatori di praticare prezzi e condizioni migliori rispetto a quelli offerti anche *on line*. Il nuovo sistema apre così nuovi spazi per le imprese che potranno sviluppare liberamente le proprie politiche commerciali oltre a generare vantaggi per i consumatori ai quali si offre la possibilità di accedere a tariffe più basse o ad altri trattamenti di favore.

In ambito sovranazionale si cita poi l'ultima proposta di regolamento del 12 aprile 2018 sulle pratiche commerciali scorrette nei *contratti business-to-business* del settore agro alimentare (*in the food supply chain*)⁴¹. La Commissione europea, pubblicando la sua proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali (*Unfair trading practices*) nelle relazioni tra imprese nella catena di approvvigionamento alimentare, ha proposto misure contro dette pratiche per proteggere le piccole e medie imprese nella filiera alimentare. L'obiettivo della proposta è ridurre l'insorgenza di pratiche commerciali sleali nella catena di approvvigionamento alimentare introducendo uno *standard* minimo comune di protezione in tutta l'Unione Europea⁴². La proposta impone in primo luogo a ciascuno Stato membro di designare un'autorità pubblica per far rispettare i divieti e in secondo luogo che gli Stati membri garantiscano che tali autorità preposte all'attuazione, siano adeguatamente dotate dei necessari poteri per avviare un'inchiesta – di propria iniziativa o sulla base di una denuncia –, per raccogliere informazioni,

⁴⁰ "DDL Concorrenza" (Legge 4 agosto 2017, n. 124: "Legge annuale per il mercato e la concorrenza"), è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 14 agosto (GU Serie Generale n.189 del 14/08/2017).

⁴¹ COM(2018)173, *Directorate-General for Agriculture and Rural Development*, "Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain" <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2018-173_sv> (ultimo accesso: 08/01/2019).

⁴² Le misure proposte sono complementari alle misure esistenti negli Stati membri. Gli Stati membri possono adottare ulteriori misure che vanno ben oltre lo standard minimo di protezione della proposta di direttiva, a condizione che tali norme rispettino le norme sul funzionamento del mercato interno. Tali pratiche includono un acquirente che restituisce prodotti alimentari invenduti a un fornitore, un acquirente che addebita un pagamento fornitore per garantire o mantenere un accordo di fornitura di prodotti alimentari e un fornitore che paga per la promozione o la commercializzazione di prodotti alimentari venduti dall'acquirente.

porre fine a un'infrazione, imporre sanzioni e pubblicare le decisioni prese per ottenere un effetto deterrente⁴³.

6.1 *Recente applicazione giurisprudenziale dell'abuso del diritto nell'ambito dei contratti di investimento*

Una interessante applicazione del divieto di abuso del diritto nell'ambito dei contratti B2C si è avuta con una recente sentenza della Suprema Corte pronunciata a sezioni unite⁴⁴ che ha toccato in modo trasversale il tema dell'abuso in relazione alla forma del contratto di investimento finanziario. In sostanza, dice la Suprema Corte, non occorre ai fini della validità del contratto quadro la sottoscrizione dello stesso da parte del delegato della banca pena un abuso del diritto da parte del consumatore che potrebbe fare un ricorso abnorme alla nullità.

Con questo intervento, affermandosi come il requisito della forma scritta possa ritenersi osservato con la sola sottoscrizione dell'investitore e con la consegna a quest'ultimo di una copia del contratto redatto per iscritto, desumendosi il consenso dell'intermediario dai comportamenti concludenti dallo stesso tenuti, la Corte è intervenuta a fronte di due indirizzi contrastanti emersi in giurisprudenza formati soprattutto nell'ambito dei servizi di investimento.

Il primo orientamento, partendo dalla considerazione che la nullità per la violazione del formalismo *de quo* è appannaggio del solo investitore/risparmiatore, ritiene nullo il contratto privo della sottoscrizione dell'intermediario⁴⁵ per via della necessità di evitare che le formalità poste dal

⁴³ La protezione che intende coprire i produttori agricoli di piccole e medie dimensioni (comprese le loro organizzazioni di produttori) e altre piccole e medie imprese (PMI) della catena, nella misura in cui vendono prodotti alimentari a acquirenti di piccole e medie dimensioni, consiste in un breve elenco di pratiche commerciali sleali vietate considerate per loro le più dannose. L'elenco comprende i ritardi di pagamento e/o le cancellazioni degli ordini all'ultimo minuto in relazione a prodotti alimentari deperibili, alcune modifiche unilaterali o retroattive dei contratti e costringendo il fornitore a pagare per i prodotti sprecati. Dove poi, altre pratiche sono proibite a meno che non vi sia un accordo diretto chiaro e inequivocabile tra le parti.

⁴⁴ Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898.

⁴⁵ E. SCODITTI, *Patologie, responsabilità e rimedi nella contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 21, Torino 2016, p. 643 ss.; A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1122; nella giurisprudenza di merito, App. Bologna, 14 maggio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 16; App. Milano, 12 giugno 2012, in *Le Società*, 2012, p. 970; Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 17; Trib. Prato, 26 agosto 2013, in *ilcaso.it*, secondo cui la sola sottoscrizione del risparmiatore sarebbe sufficiente se il contratto di intermediazione finanziaria fosse qualificabile come

TUB si trasformino in una difesa della posizione negoziale della banca, anziché del cliente.

Il secondo, sposato dalla Corte e che si può definire tradizionale, reputa invece valida la stipulazione dei contratti sottoscritti dal solo cliente. La principale argomentazione a sostegno di questa opinione risiede nel fatto che il soggetto debole, a protezione del quale è prevista la forma scritta, ha regolarmente firmato il modulo predisposto unilateralmente dalla controparte, la cui mancata sottoscrizione può essere sostituita dalla produzione in giudizio della scrittura privata, ovvero da altri elementi successivi idonei a dimostrare che l'intermediario ha eseguito il rapporto, fra i quali si annovera, in particolare, l'invio degli estratti conto, quale manifestazione dell'intento della banca di volersi avvalere, già in sede stragiudiziale, del contratto. Spesso poi si fa anche riferimento, in alternativa, alla dichiarazione sottoscritta dal cliente di aver ricevuto copia del contratto debitamente firmata⁴⁶.

Si è dunque posto un argine al neo-formalismo negoziale anche conosciuto semplicemente come formalismo negoziale nell'ambito del

negozio unilaterale; Trib. Parma, 4 maggio 2011, *ivi*; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, p. 139; Trib. Torino, 5 gennaio 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 926; Trib. Venezia, 8 novembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 2235; Trib. Ferrara 15 marzo 2006 e Trib. Mantova, 13 marzo 2006, in *Giur. mer.*, 2007, p. 2842. A fortiori, per la nullità del contratto privo della sottoscrizione di entrambe le parti: Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 1681.

⁴⁶ Testualmente, Trib. Monza, 13 maggio 2012, in *ilcaso.it*, che comunque richiama anche la classica argomentazione dell'invio degli estratti conto nel corso del rapporto; in seguito, Trib. Novara, 17 luglio 2012, in *dirittobancario.it*; Trib. Milano, 13 novembre 2013, *ivi*; Trib. Catania, 27 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 17; Trib. Messina, 8 maggio 2015, in *DeJure*; nel medesimo senso, in sostanza, già App. Torino, 3 aprile 2012, in *ilcaso.it*; Trib. Novara, 2 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 601. Non mancano, poi, posizioni più estreme di una parte della giurisprudenza di merito, in virtù delle quali si ritiene che la sottoscrizione del cliente, quale manifestazione dell'adesione al modulo preparato dall'intermediario, è di per se idonea a perfezionare il contratto nella forma richiesta dalla legge, non essendo necessaria l'ulteriore approvazione del predisponente, dal momento che la volontà negoziale è già espressa nel documento-tipo dallo stesso approntato. A tale conclusione pervengono anche alcuni studiosi secondo i quali si opera, in tal modo, un adattamento delle norme alla complessiva situazione di interessi ricorrente nel caso concreto riconoscendo in definitiva l'irrelevanza del difetto di sottoscrizione rispetto alla necessità della forma scritta e dell'imputazione del testo negoziale alla banca. A favore di tale tesi, L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 28 ss., spec. p. 29 ss.; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano 2012, p. 466 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi ed abusi*, in *Contratto e impr.*, 2013, p. 303 ss.

secondo contratto dove è noto come la forma ex art. 1325 n. 4 c.c. vada intesa in senso strutturale quale requisito imprescindibile per la validità del contratto parlandosi in tal senso di “forma-contenuto”. La forma, in sintesi, non perde tale valenza “strutturale” ma la si attenua solo in senso più funzionale.

Andando a calare tali considerazioni nell’ambito del *dictum* delle sezioni unite ne discende che ogniqualevolta in cui il contratto quadro non sia stato sottoscritto dall’intermediario, ciò non può comportare una legittimazione “automatica” del consumatore-investitore a invocare la nullità del contratto essendo sufficiente all’investitore la consegna di quest’ultimo.

Il giudice, in altre parole, deve essere attento a circoscrivere l’ambito della tutela privilegiata accordata al consumatore nei limiti in cui viene davvero coinvolto il suo interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorsive e anche opportunistiche qualificabili in termini di abuso del diritto in quanto, come detto, si avrebbe un risultato manifestamente sproporzionato rispetto al *dictum* e alla funzione della norma ossia dell’art. 23 del D. lgs 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF). Quest’ultima infatti prevedendo solo che

«i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti»

non legittima una sorta di giustificazione a posteriori della nullità derivante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’intermediario.

Alberto Cinque

Teoria dell'abuso del diritto e nullità "di protezione" nei contratti del consumatore

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La figura dell'abuso del diritto: ricostruzione teorico-generale – 3. Abuso del diritto e nullità "di protezione": la *ratio* della disciplina a tutela del consumatore – 4. L'abuso del diritto da parte del consumatore – 5. Osservazioni conclusive

1. *Premessa*

L'abuso del diritto rappresenta una figura controversa, le cui difficoltà ricostruttive e definitorie, nonché la sua stessa configurabilità dal punto di vista formale, costituiscono tuttora oggetto di un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza¹.

¹ La letteratura intorno alla figura dell'abuso del diritto è vastissima. Oltre alla fondamentale voce di D. MESSINETTI, *L'abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, da cui questo scritto prende spunto, si segnalano, senza pretesa di completezza, i contributi di M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 95 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25 ss.; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 297 ss. Per una ricostruzione della figura, anche in termini evolutivi, cfr. M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata nel traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 467 ss. Già sotto il vigore del Codice civile del 1865, la figura era oggetto di contrasti dottrinali. Si veda, in particolare, M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 116, il quale descrive l'abuso del diritto alla stregua di un fenomeno sociale e ne sottolinea, pertanto, l'estraneità al diritto positivo.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza riconosce l'esistenza di siffatta figura. Si segnala, in particolare, Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1845, in cui la Corte di Cassazione ha affermato che «nel nostro sistema legislativo è implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito». Si veda inoltre la discussa pronuncia della Suprema Corte relativa al c.d. "caso Renault" (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 2010, p. 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del*

Autorevolmente, si è sostenuto che il concetto di “abuso” affonda le sue radici nella storia dell’Occidente e «si basa su alcune premesse fondamentali della teoria dei rapporti tra potere e ambiente costruita intorno al XVIII-XIX secolo»². Nell’ambito di tale teoria e, in particolare, della concezione del “potere” quale fonte di legittimazione dell’azione di un soggetto, la sfera di rilevanza dell’attività abusiva è caratterizzata dalla mancanza di una possibilità di azione³. Ciò significa che l’estensione concettuale dell’abuso coincide con l’impossibilità giuridica di esercitare il potere astrattamente attribuito da una norma, trattandosi di attività esorbitante dai limiti posti dalla norma stessa. Il concetto di abusività si configura, quindi, in termini di stretta dipendenza dal nesso potere-legittimazione, come limite all’azione astrattamente consentita in base a una norma attributiva di una competenza.

Tuttavia – prosegue il nostro Autore – nell’ambito dei moderni rapporti economici, anche dietro la spinta delle nuove istanze solidaristiche, una siffatta impostazione entra in crisi e si rende pertanto necessario un capovolgimento di prospettiva, a favore di una concezione di abuso non più in funzione di “poteri”, ma di “regole” oggettive della prassi, che «segnano il limite oltre il quale la trasgressione fa diventare abusiva l’attività svolta»⁴.

Il limite all’azione di un soggetto, in questa nuova visione, è rinvenibile allora ogniquale volta questi entri in contatto con esigenze di tutela di altri soggetti, identificati per lo più in base all’appartenenza ad una determinata categoria. E il luogo in cui avvengono simili interazioni di soggetti, nel presente studio, è il mercato, in cui intervengono come attori non solo le imprese, ma anche i consumatori.

Le riflessioni che seguono, lungi dal costituire una rassegna dei principali

diritto; e in *Giur. it.*, 2010, p. 809 ss.), che inquadra l’abuso del diritto come espressione dei principi di correttezza e buona fede e, in tale ottica, afferma che si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Da tali presupposti, poi, la medesima pronunzia fa derivare il potere, in capo al giudice di merito, di sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale. Per una ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali più recenti, cfr. V. AMENDOLAGINE, *Percorsi di giurisprudenza. L’abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2760 ss.

² Così, D. MESSINETTI, *L’abuso del diritto*, cit., p. 1, al cui ricordo queste pagine intendono rendere omaggio.

³ *Ibid.*

⁴ *Ivi*, p. 12.

orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla teoria dell'abuso del diritto⁵, prendono spunto proprio da questo mutamento di prospettiva imposto dai moderni concetti di abuso e di attività abusiva nell'ambito delle odierne relazioni di mercato e, in particolare, nell'ambito dei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore.

2. *La figura dell'abuso del diritto: ricostruzione teorico-generale*

Per giungere ad una iniziale definizione di abuso del diritto, occorre anzitutto osservare che gli elementi costitutivi di tale figura, che ricorrono in maniera costante in ogni sua manifestazione, sono, oltre alla titolarità di un diritto soggettivo, una pluralità di modalità non rigidamente predefinite di esercizio del diritto medesimo, un concreto esercizio, anche se formalmente rispettoso della cornice legale, svolto secondo modalità censurabili e, infine, una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente sulla controparte⁶.

Ai fini della definizione di "abuso", deve anche premettersi la fondamentale distinzione tra titolarità del diritto e il suo esercizio: la titolarità di un diritto non esclude infatti che si possano compiere atti di esercizio dello stesso considerati riprovevoli dall'ordinamento⁷.

Sulla base di tali premesse, può quindi affermarsi, in linea generale, che si configura un abuso ogniquale volta il titolare eserciti il diritto per realizzare scopi diversi rispetto a quelli per i quali lo stesso è preordinato e attribuito⁸.

⁵ Per una ricostruzione delle diverse teorie alla base della dottrina sull'abuso del diritto, si vedano, per tutti, G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit.; e R. SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, p. 1 ss.

⁶ L'individuazione di tali elementi costitutivi dell'abuso è di G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit., p. 30. Si veda anche, ID., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006. Tale ricostruzione è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte. Si segnala, tra le diverse decisioni che la riproducono alla lettera, quella relativa al c.d. "caso Renault" (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.).

⁷ Questa distinzione è operata da M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2010, p. 148, il quale nega una posizione di autonomia all'abuso, che secondo l'A. o ricade nello spazio dell'irrelevanza giuridica, nell'ipotesi di difformità del concreto atto d'esercizio del diritto dal modello ad esso applicabile, o in quello dell'illecito, quale «diversa e ulteriore rilevanza» della condotta abusiva, qualificata come condotta illecita secondo altra fonte, cui consegue il risarcimento del danno.

⁸ R. TUCCILLO, *L'abuso della maggioranza e della minoranza*, in *Seminari itineranti* promossi dal prof. Natalino Irti, Atti del convegno (Parma, 7 marzo 2014).

Pertanto si è in presenza di un atto astrattamente legittimo, il quale può divenire concretamente, cioè in quelle determinate circostanze, illegittimo⁹.

Ciò che rileva, quindi, ai fini della qualificazione di un atto quale esercizio abusivo di un diritto, non è il profilo strutturale, cioè la conformità dello stesso a una fattispecie prevista da una norma c.d. “permissiva” (o di riconoscimento o di attribuzione), in quanto non sarebbe possibile riconoscere e attribuire un diritto e, allo stesso tempo, qualificare come abusivo il relativo esercizio. Il giudizio sull’abusività deve essere svolto, invece, sul piano funzionale, ossia sul piano relativo all’atto in rapporto con le circostanze.

In altri termini, se strutturalmente l’atto corrisponde – secondo la tecnica della sussunzione – alla fattispecie in astratto prevista dalla norma permissiva, alla luce di un criterio funzionale, invece, esso può esulare dalla *ratio* sottesa alla norma stessa¹⁰.

Si rende pertanto necessaria una valutazione della congruità dell’atto rispetto al suo scopo¹¹, ricostruendo, su tali basi, il limite alla discrezionalità del titolare del diritto – in termini positivi – come funzionalizzazione del potere alla realizzazione del fine o – in termini negativi – come libertà dell’esercizio del potere, fino al limite della lesione dell’interesse del titolare del diritto oggetto dell’atto di disposizione altrui o dell’obbligo¹².

⁹ Così A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, cit., p. 315. In senso conforme, per la necessità di condurre una valutazione “in concreto”, U. BRECCIA, *L’abuso del diritto*, in *Diritto privato* 1997, III, *L’abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 82, ove si pone in luce che la figura «non appartiene al genere dei limiti formali, già valutati in astratto, ma al genere dei limiti sostanziali o materiali, da valutarsi in concreto».

¹⁰ Cfr. A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, cit., pp. 316-317, il quale opera una distinzione tra “stretto diritto” e “vero diritto” e afferma che si ha abuso a fronte di un comportamento che, sulla base del testuale dettato legale (“stretto diritto”), è formalmente lecito, ma che, avuto riguardo alla *ratio legis* (“vero diritto”), è sostanzialmente anti-giuridico. Pertanto, «è abuso il comportamento che ha la struttura corrispondente ad una fattispecie prevista da una norma permissiva, ma la funzione corrispondente alla *ratio* di una norma repressiva, evincibile da una stessa o da più disposizioni».

¹¹ Per l’individuazione dei parametri in base ai quali valutare la conformità o meno allo scopo (o funzione o interesse), cfr. G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio*, cit., *passim*.

¹² In questi termini, R. TUCCILLO, *L’abuso della maggioranza e della minoranza*, cit. Nell’ambito dei limiti dettati dall’ordinamento all’esercizio di poteri individuali, si veda anche M. BARCELONA, *L’abuso del diritto*, cit., pp. 484-487, il quale distingue una concezione di abuso del diritto “introversa”, come giudizio sull’esercizio del potere parametrato sui principi positivamente sanciti dall’ordinamento, da una “estroversa”, intesa quale correzione delle soluzioni positive dei conflitti sulla base di sistemi di regole e valori extra-giuridici destinati a eterodeterminare il tessuto normativo. Optando per una concezione di tipo “introverso”, l’A. afferma che il conflitto tra due soggetti, titolari in base alla legge o a un negozio di contrapposti poteri appropriativi, «debba essere risolto

Se l'interprete, per affermare l'abuso, si limitasse a un'interpretazione teleologica della disposizione, superando la lettera della stessa alla luce dell'intenzione del legislatore, *nulla quaestio*. Una tale operazione è certamente consentita in base all'art. 12, comma 1, disp. prel. A ben vedere, però, quando invoca l'abuso, l'interprete compie un passo ulteriore. Egli, infatti, sottrae il caso alla disposizione che lo prevede e, in tal modo, disapplica la legge alla luce di un diverso principio¹³.

Ne consegue che con l'argomento dell'abuso la disposizione che regola il caso viene disapplicata grazie all'assunto che la funzione del caso medesimo, prevalente sulla struttura, è espressa da un'altra norma elusa, che impone di assoggettare l'atto ad un diverso effetto giuridico.

Trattasi di una ricostruzione che, a prima vista, sembra incompatibile con un'impostazione rigorosamente giuspositivistica.

Tuttavia, la dottrina più attenta ha analizzato la compatibilità logica tra abuso del diritto e giuspositivismo¹⁴, cioè la possibilità di affermare la prevalenza del dato normativo positivo, in cui si rinviene il principio in base al quale si deroga alla norma. Ciò avviene in tutte le ipotesi in cui «la stessa regola permissiva per ragioni intrinseche cede al principio, perché dove da un lato si candida a regolare il caso, dall'altro si smentisce da sé, proprio alla luce della sua *ratio*»¹⁵; *ratio* che postula un principio diverso, in forza del quale il caso deve essere regolato prescindendo dalla sua conformità alla fattispecie normativa cui esso strutturalmente si riconduce. In altri termini, la *ratio* della norma giustifica la sottrazione ad essa del caso senza violazione di legalità¹⁶.

proprio interrogando teleologicamente le fattispecie, legali o negoziali, cui risalgono questi principi regolativi rivali ed apprezzandone la portata sulla base del senso sistemico alla stregua del quale devono rendersi compatibili».

¹³ A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 322. In particolare, si afferma che in tali ipotesi, nella misura in cui si riconduce il caso nell'ambito di una disposizione che non lo concerne, si supera l'interpretazione teleologica e si rientra nel genere dei ragionamenti per analogia *lato sensu* intesi. Tuttavia – sottolinea l'A. – mentre con l'analogia, sulla base dell'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso diverso non disciplinato, invece invocando l'abuso, sulla base dell'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso diverso, che però è già regolato. *Contra*, si veda C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 117 ss., il quale osserva che «l'abuso è qualificazione di un elemento della fattispecie (l'esercizio del diritto), come tale presupposto di effetti (di responsabilità o di invalidità/inefficacia), non giustificazione di essi».

¹⁴ Si fa riferimento al saggio più volte citato di A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cui si rinvia per un'analisi più approfondita.

¹⁵ Ivi, p. 327.

¹⁶ Si ripristina, quindi, il presupposto dell'analogia, cioè l'esistenza di una lacuna, in questo caso – nel rapporto tra la fattispecie e la sua *ratio* – di tipo assiologico. Ciò in

3. *Abuso del diritto e nullità “di protezione”: la ratio della disciplina a tutela del consumatore*

Tanto premesso, sembra possibile ricorrere alla teoria dell'abuso per indagare il contenuto dei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore. Tali contratti sono infatti caratterizzati da quella che è stata definita una “diseguaglianza sistemica”¹⁷, la quale connota il rapporto tra i soggetti contraenti e comporta la predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale¹⁸. Il contratto, quindi, non risulta più fondato sulla negoziazione e sull'accordo, ma sulla adesione di una parte alle condizioni contrattuali imposte dall'altra¹⁹.

Nell'ambito della c.d. contrattazione diseguale assume particolare rilievo non tanto il contratto in sé, ma il contratto quale risultato dell'esercizio della libertà contrattuale, che si manifesta nella predisposizione unilaterale del regolamento negoziale²⁰. Facendo applicazione delle considerazioni sopra riportate in tema di abuso del diritto, l'indagine sul contenuto del contratto concluso tra un professionista e un consumatore dovrà essere svolta allora non già sotto il profilo strutturale di conformità dell'atto a una fattispecie normativa, ma adottando un diverso approccio funzionale,

quanto, pur essendo il caso testualmente regolato, alla luce della *ratio* sottesa alla stessa norma che lo disciplina, non trova applicazione un principio, interno al sistema, che, ove applicato, darebbe luogo ad una diversa regolamentazione del caso, in forza della quale non sarebbero consentite quelle particolari modalità di esercizio del diritto.

¹⁷ F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 838; e in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 698.

¹⁸ Cfr., per tutti, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

¹⁹ Nell'ambito della contrattazione diseguale, pertanto, non sembrano verificarsi quelle condizioni che avevano indotto la dottrina più autorevole ad escludere la configurabilità di un abuso del diritto in materia contrattuale e, quindi, di un abuso della libertà di contratto. In particolare, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 58, ha sostenuto che «Nel contratto, al quale è connaturale l'idea dell'accordo, e quindi dell'accettazione (che ciascun contraente compie) dell'altrui esercizio dell'autonomia, può aversi “abuso della situazione economica” nel senso che il contraente economicamente più forte può dettare all'altra parte condizioni inique; non ricorrerà “abuso del diritto” nel senso proprio dell'espressione». Sul tema dell'abuso della libertà contrattuale si segnalano, in particolare, i contributi di R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato 1997*, cit., pp. 217 ss.; e di F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, p. 663 ss. Più di recente, si veda anche l'opera *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010.

²⁰ Sul superamento di tale modello, di recente, si veda E. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, pp. 21 ss., 326 ss., 402 ss. e 531 ss.

che impone di considerare l'atto nel contesto in cui esso, quale fatto storico, accade²¹. Il contesto in cui il regolamento contrattuale è confezionato e nel cui ambito si verifica quell'esercizio di libertà contrattuale che si intende sindacare è il mercato²² e il contratto è, in tale ottica, relazione giuridico-economica di mercato²³.

Pertanto, analizzando i contratti dei consumatori da un punto di vista funzionale, l'esplicazione della autonomia negoziale da parte del professionista è permessa nei limiti e in funzione della razionalità dell'azione sul mercato. Ciò in quanto nell'ottica del mercato il potere negoziale

«non è soltanto il potere di sviluppare un progetto di scambio, ma è un qualcosa di più. La funzione regolamentare degli effetti che l'esercizio del potere negoziale induce nel corpo sociale non ha di mira la tutela di singoli contraenti, ma di strati e categorie di operatori economici»,

primi fra tutti i consumatori²⁴.

Pertanto, i moderni concetti di abusività e, in particolare, di "abusività" dell'iniziativa negoziale, rispondono sempre all'idea di "limite", da valutarsi però non già in base a un criterio strutturale, sotto il profilo della conformità ad una determinata fattispecie normativa, ma in funzione della razionalità dell'azione sul mercato da parte degli operatori economici, al fine di garantire, in ultima analisi, la produttività e l'allocatione efficiente delle risorse.

Lo strumento di controllo sociale dell'iniziativa negoziale, finalizzato alla realizzazione di tali obiettivi, è la comminatoria della nullità, quale conseguenza della illiceità della condotta abusiva²⁵. Diversamente dalla nullità codicistica, nella contrattazione asimmetrica essa assume la veste

²¹ La necessità di considerare il contesto in cui il contratto è concluso non è limitata alle ipotesi citate. Per la rilevanza del contesto ai fini dell'interpretazione del contratto, cfr., per tutti, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti. Vol. 2: Tecnica*, Torino, 2015; e N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996.

²² All'interno del contesto del mercato rilevano, poi, diversi fattori, quali le qualifiche soggettive dei contraenti, la serialità della contrattazione, nonché altre caratteristiche ed elementi contenutistici del contratto.

²³ Sui rapporti tra diritto e mercato, quale *locus artificialis* conformato dalle regole di diritto che lo disciplinano, si veda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

²⁴ D. MESSINETTI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 13.

²⁵ Per tutti si veda A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. del contratto*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006, II ed., p. 1405 ss. ed alla letteratura ivi citata; nonché con specifico riguardo al rapporto tra le nuove nullità e quelle codicistiche A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 31 ss., pp. 127-135.

di nullità “di protezione”, in quanto posta a tutela di una determinata categoria di soggetti, cioè i consumatori²⁶. E una siffatta nullità, prevista con riferimento ai contratti conclusi con abuso della libertà contrattuale in pregiudizio della parte debole e dell’interesse generale alla razionalità del mercato, è stata efficacemente definita come “nullità funzione”²⁷, conformata cioè dal tipo di operazione contrattuale posta in essere e valutata in ragione di un determinato assetto di interessi, della posizione delle parti e dei beni e servizi negoziati²⁸.

Secondo tale impostazione, si assiste quindi, nei contratti del consumatore, a un superamento della teoria della fattispecie. La nullità è prevista non solo per le clausole che si pongano in contrasto con norme imperative, ma anche per quelle che costituiscono espressione dell’autonomia negoziale dei privati e derogano al diritto dispositivo²⁹. La libertà di predisposizione del contratto da parte del professionista è valutata – secondo un approccio funzionale – nel contesto in cui il regolamento negoziale è confezionato, in funzione dello scopo che il predisponente intende perseguire. Pertanto, la validità del contratto dipende dal giudizio sull’esercizio in concreto della libertà contrattuale in contesti legalmente predefiniti come abusivi³⁰.

²⁶ In tema tra gli studi più recenti *ex multis*: S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019 ss.; Id., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009; Id., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 65 ss.; G. D’AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, in *Le forme della nullità*, cit., p. 1 ss.; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva europea e ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 235 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contr.*, dir. da V. Roppo, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 155 ss.

²⁷ L’espressione è propria di V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 490 ss. Sul tema si veda anche A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, ivi, 2005, p. 341 ss., il quale sottolinea il passaggio, nella nuova disciplina, da una “nullità-sanzione” a una “nullità-rimedio” diretta alla soddisfazione di particolari interessi.

²⁸ C. CICERO, *Regole di validità e regole di responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., Agg., Torino, 2014, p. 539 sottolinea che la disciplina dei rimedi si è disarticolata in una varietà di ipotesi, «si da non risultare dettata oramai in funzione della struttura dell’atto, ma è prevista in funzione sia della natura dell’operazione economica sia della qualità dei soggetti che stipulano il contratto». Sul tema si veda anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 182.

²⁹ Come testimonia l’elencazione contenuta nell’art. 33, comma 2, cod. cons., tali clausole, che si presumono vessatorie fino a prova contraria, esprimono non violazioni del diritto imperativo ma deroghe al diritto dispositivo. In questo senso, si veda, in dottrina, G. D’AMICO, *L’abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 651.

³⁰ Cfr. F. DI MARZIO, *Teoria dell’abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 708.

Ne consegue che l'abusività non rappresenta una caratteristica intrinseca alla clausola: questa può essere o meno abusiva a seconda del contesto contrattuale in cui è inserita. Dalla considerazione del contesto emerge infatti che, in ragione della qualità soggettiva dei contraenti, dell'assenza di trattativa e del contenuto del contratto, può verificarsi un abuso della libertà contrattuale. Ciò non si verifica necessariamente in ogni contratto e, pertanto, le relative clausole non possono essere giudicate nulle in astratto, come nelle ipotesi di nullità per contrasto con norme imperative. Il giudizio di validità/invalidità è invece condotto sul piano funzionale e ha ad oggetto l'esercizio della libertà contrattuale posto in essere in "quel" determinato contesto, che ha portato all'inserimento in "quel" contratto di clausole che – secondo la formulazione dell'art. 33 cod. cons. – determinano, a vantaggio del professionista e malgrado la buona fede, uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'assenza di trattativa individuale, quale elemento del contesto contrattuale che forma oggetto del giudizio di vessatorietà. Infatti, a parte le ipotesi elencate nell'art. 36, comma 2, cod. cons.³¹, in tutti gli altri casi la trattativa individuale tra professionista e consumatore esclude l'abusività della clausola³². In altri termini, una clausola oggettivamente abusiva cessa di esserlo a seguito della trattativa individuale³³, rappresentando l'assenza di questa un indizio in ordine all'abusività del contesto in cui si svolge la contrattazione³⁴.

La vessatorietà della clausola è quindi il risultato della verifica sulla abusività in concreto dell'esercizio – astrattamente permesso – della libertà di predisposizione unilaterale del contratto. Un tale esercizio, autorizzato nei limiti in cui sia diretto al raggiungimento delle esigenze organizzative

³¹ La stessa formulazione letterale dell'art. 36, comma 2, cod. cons., si esprime nel senso della nullità di tali clausole nonostante abbiano formato oggetto di trattativa individuale.

³² Sulla trattativa individuale quale causa di esclusione del carattere di vessatorietà della clausola, cfr. M. Nuzzo, *Art. 1469 ter, comma 4°*, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1999, p. 764 ss.

³³ Così l'art. 34, comma 4, cod. cons., che esclude la vessatorietà di clausole o di elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. Diversamente, la disciplina comunitaria sulle clausole abusive limita la tutela ai soli contratti per adesione. Infatti, l'art. 3, § 1 della direttiva 93/13/CEE prevede l'assenza di trattativa come condizione per l'accesso al regime protettivo. Pertanto, mentre il legislatore interno considera la trattativa individuale elemento del giudizio di abusività, il legislatore europeo prevede che la trattativa individuale escluda *tout court* l'applicazione della disciplina a tutela del consumatore.

³⁴ In questo senso, si veda F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 713.

e produttive dell'impresa³⁵, è abusivo se nel caso concreto sconfina dai propri fini e limiti, virando verso la vessazione dell'aderente.

Dalle considerazioni esposte emerge una delle principali caratteristiche della nullità "di protezione". Essa, a differenza della nullità codicistica, riferita a elementi o requisiti dell'atto, o alla contrarietà di essi o dell'atto nella sua interezza a norme imperative, discende invece dall'atto considerato nel contesto abusivo in cui è stato posto in essere, nonché dalla verifica sul contenuto del contratto svolta in quel determinato contesto³⁶.

Ne consegue che, mentre la nullità codicistica può essere individuata secondo un giudizio di tipo strutturale e astratto di contrarietà della clausola a norme imperative³⁷, con riferimento alla nullità consumeristica si impone un mutamento di prospettiva, volto a calare, secondo la teoria dell'abuso, la nullità nel contesto in cui il contratto – quale relazione giuridico-economica – accade, ossia il mercato.

Pertanto, se il controllo sul contenuto del contratto, quale risultato dell'esercizio in concreto della libertà contrattuale, si svolge secondo tale approccio funzionale, consistente nella valutazione della congruità dell'atto rispetto allo scopo, si rende necessario un giudizio di conformità del fine concretamente perseguito con la *ratio* sottesa alla disciplina a tutela del consumatore.

Si rinviene in dottrina l'orientamento che ritiene di identificare la *ratio* della normativa consumeristica nella sola protezione dell'interesse particolare del consumatore³⁸ o quantomeno nell'interazione tra interesse

³⁵ Giova osservare, infatti, che nella prassi il contratto tra professionista e consumatore è quasi sempre seriale, in quanto la predisposizione unilaterale del regolamento pattizio discende dalla necessità organizzativa dell'impresa. Cfr., in questo senso, l'analisi svolta da N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 3, il quale afferma che «L'uniformità è strumento indispensabile del capitalismo: cioè la forma ripetitiva e anonima, sciolta dall'identità di luoghi e soggetti, suscettibile di essere adoperata ovunque e da chiunque».

³⁶ Così, F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., p. 716.

³⁷ Si veda, tuttavia, la precisazione operata da A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e dir. priv.*, 1, 2011, p. 105, il quale afferma che, in ogni caso, neanche la nullità c.d. "strutturale" trova spiegazione nell'interna struttura dell'atto. La dottrina, infatti, secondo l'A., adottando il tradizionale approccio strutturale, non ha colto che nelle invalidità strutturali, salvo il caso in cui accordo e causa manchino nella dichiarazione, «la legge commina la nullità non per astratte ragioni di imperfezione, ma perché un contratto non voluto o non funzionale non può realmente esprimere la libera e razionale scelta di utilità del contraente, e quindi non merita che la legge lo renda vincolante e coercibile». Ciò impone quindi all'interprete di valorizzare, non tanto un approccio strutturale quanto uno funzionale e, nell'ambito di quest'ultimo, la funzione di protezione del privato, e di riflesso dell'interesse generale, assolta dalle nullità strutturali e da molte fattispecie tradizionali di nullità.

³⁸ L'idea che nel sistema del codice la nullità abbia a volte una specifica funzione protettiva

del singolo e interesse generale³⁹.

In base a quest'ultimo indirizzo le nullità di protezione sono poste in funzione di un'esigenza di ordine pubblico che, a sua volta, richiede la tutela dell'interesse privato. In tali ipotesi, infatti, la protezione è concessa in primo luogo perché il negozio affetto da asimmetrie informative non consente il perseguimento di un'utilità privata attraverso una scelta economicamente razionale⁴⁰. Pertanto, è anzitutto in ragione della tutela del singolo che la legge commina la nullità del contratto così concluso. Ma, a ben vedere, tali opzioni negoziali irrazionali dal punto di vista della scienza economica arrecano pregiudizio non solo all'interessato, ma anche al mercato, inteso quale luogo in cui si esplica l'azione degli operatori economici⁴¹. Perciò, in quest'ottica, la tutela del c.d. contraente debole è

di un contraente – tesi estranea alla maggior parte degli studiosi classici della materia – è stata affermata da R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. del dir.*, XII, Milano, 1964, p. 913 ss. La dottrina, e per il dibattito in tema per tutti cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 541 ss., attribuisce una funzione di protezione più propriamente all'annullabilità e controverte sul carattere di sanzione – almeno in alcuni casi – della nullità.

³⁹ Si veda, per tutti, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit. Tra i primi a rilevare questo "doppio binario" che ispira il diritto europeo dei contratti, S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, trad. di P. Sirena, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 ss. In senso conforme, con riferimento alla *ratio* della normativa sulle clausole abusive, cfr. E. MINERVINI, *I contratti del consumatore*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, Milano, 2006, p. 509 ss. Tale orientamento trova riscontro anche in diverse pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, tra le quali si segnalano: sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05 (c.d. caso "Mostaza Claro"), § 38; sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, § 31, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 507 ss., con commento di S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*; e in *Contr.*, 2009, p. 1119 ss., con commento di S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*.

⁴⁰ Si tratta della traduzione sul piano giuridico dei principi elaborati dalla dottrina economica liberista, secondo cui le scelte dei singoli, che realizzano i loro interessi, sono manifestazione di libertà e di utilità non solo per i singoli stessi ma, di riflesso, anche per l'intera comunità. Tali scelte, se assunte in modo razionale (cioè in modo libero, informato e consapevole) si traducono in una regola giuridica coercibile. Sono, in altri termini, il presupposto della forza vincolante del contratto. Sulla razionalità economica, si segnalano M. GODELIER, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970; G. B. RICHARDSON, *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, 1968; e, più di recente, A. SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005.

⁴¹ Lo rileva A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 108. In particolare, l'A. afferma che l'obiettivo perseguito nell'ambito della disciplina a tutela del consumatore è l'efficienza e la "giustizia" del contratto, non solo a livello individuale, ma anche a livello del mercato. Infatti, se una scelta individuale razionale dà al singolo l'utilità perseguita e ne realizza la libertà, un sistema di scelte individuali razionali consegue – a livello del mercato – l'obiettivo di interesse generale relativo all'efficiente allocazione delle risorse.

funzionale anche a un'esigenza – di interesse generale – di razionalità ed efficienza del mercato⁴².

Alla luce di tale orientamento, appare chiara la tecnica utilizzata dal legislatore nella comminatoria di tali nullità “di protezione”: invece di limitare l'autonomia privata del professionista attraverso l'imposizione di una serie di divieti, si prevede un sindacato sull'esercizio in concreto della libertà contrattuale, per verificare se esso sia in linea con le esigenze – di matrice europea – di razionalizzazione della attività di impresa o sia invece da considerarsi “abusivo”, perché finalizzato esclusivamente alla vessazione della controparte. Il pregiudizio all'interesse particolare di questa, infatti, comporta in ultima analisi anche un danno alla concorrenzialità e all'efficienza del mercato. E la clausola vessatoria, che costituisce il risultato di un siffatto esercizio abusivo della libertà di predisposizione unilaterale del contratto da parte del professionista, è nulla⁴³ in quanto esprime, sul piano

In questa prospettiva di stretto collegamento tra l'interesse del singolo e la razionalità del mercato, «*rei publicae interest* che il privato sia protetto».

⁴² A tale orientamento – che pone in stretta correlazione l'interesse particolare del singolo e l'interesse generale del mercato – è stata sollevata l'obiezione secondo cui la legittimazione relativa a far valere la nullità “di protezione” dimostrerebbe che essa sarebbe posta a tutela del solo interesse del consumatore. Ciò in quanto se avesse una rilevanza di ordine pubblico essa, al pari delle nullità codicistiche, sarebbe rilevabile da chiunque. A ben vedere, tuttavia, la controparte contrattuale (non protetta ma, anzi, repressa dalla comminatoria) non avrebbe ragione di far valere la nullità, in quanto difetterebbe il presupposto processuale dell'interesse all'azione. Deve inoltre considerarsi che, accanto alla legittimazione riservata al solo contraente nel cui interesse è posta la nullità, di questa la legge prevede anche la rilevanza d'ufficio. Come afferma la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (sul punto, v. nota 39), il giudice è sempre tenuto a rilevare la nullità delle clausole abusive, anche in ragione dell'interesse generale sotteso alla disciplina protettiva e sempre nella misura in cui la nullità operi a vantaggio del consumatore. Sul tema della legittimazione relativa e della rilevanza d'ufficio, si segnalano, in particolare, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 408 ss.; S. POLIDORI, *Disciplina delle nullità ed interessi protetti*, cit.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 688 ss.; G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, ivi, 2004, p. 861 s.; M. IACONO, *Rilevanza d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore del consumatore*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 27 ss.

⁴³ La nullità è quindi prevista come effetto che discende da una condotta consistente, nella specie, nell'esercizio abusivo della libertà contrattuale (e, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, nella violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede). Tuttavia, deve rilevarsi che al di fuori delle ipotesi espressamente disciplinate dalla legge, permangono difficoltà teoriche per attribuire a una regola di comportamento effetti invalidanti dell'atto, in considerazione del principio di non interferenza che sembra interessare il comportamento dovuto e la validità dell'atto. Le regole di comportamento attengono infatti al modello di condotta descritto dalla fonte e richiedono lo svolgimento

funzionale, quella tendenza a realizzare un assetto di interessi contrario alle finalità – proprie della normativa – di protezione dell'interesse particolare del consumatore e dell'interesse generale alla razionalità del mercato. Si realizza, in altri termini, un controllo di merito dell'autonomia privata volto «ad espungere i contratti impropri dal punto di vista del mercato»⁴⁴.

4. *L'abuso del diritto da parte del consumatore*

Una volta individuato l'abuso del diritto nei contratti del consumatore in termini di esercizio della libertà contrattuale finalizzato al conseguimento di risultati difformi rispetto alla *ratio* dell'intera disciplina protettiva – incentrata, come osservato, sulla stretta correlazione tra interesse particolare del consumatore e interesse generale all'efficienza del mercato – e dopo aver analizzato un siffatto esercizio abusivo da parte del professionista, che si traduce nell'inserimento, all'interno del contratto, di clausole vessatorie, resta da verificare se, nell'ambito della contrattazione c.d. "diseguale", tale eterogenesi dei fini possa aversi anche nella speculare ipotesi di abuso da parte del consumatore.

Ai fini dell'esame sulla configurabilità o meno di un siffatto abuso dal lato del contraente "debole", possono avanzarsi alcune ipotesi ricostruttive.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui si invochi l'applicazione della regola ermeneutica della *interpretatio contra stipulatorem* dettata dall'art. 35, comma 2, cod. cons., che impone, in caso di dubbio sul senso di una clausola, l'interpretazione più favorevole al consumatore⁴⁵.

di un giudizio di conformità tra la descrizione contenuta nella fattispecie e la condotta effettivamente posta in essere. La difformità di questa rispetto al modello di comportamento descritto nella fonte determina mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta e comporta la costituzione di un'obbligazione risarcitoria, senza incidere sulla validità dell'atto. Cfr., in tal senso, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1175 ss., con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*. Rileva un utilizzo della buona fede quale strumento giurisprudenziale di conversione di regole di condotta in regole di validità E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1268. Infatti, dichiarando la nullità della clausola che, in contrasto con la regola di buona fede, giunga al risultato di un contenuto contrattuale iniquo, si conferisce alla buona fede una funzione *destruens* che dovrebbe invece operare solo in presenza di particolari presupposti, «mentre nella disciplina generale del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede è contemplata unicamente come regola di condotta».

⁴⁴ Così M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 325.

⁴⁵ Sull'interpretazione dei contratti del consumatore, si vedano, in particolare: A. GENTILI,

Tale norma è sicuramente applicabile all'ipotesi in cui sussista un'anfibologia della clausola, nel senso che questa può oggettivamente intendersi in un duplice significato. Ci si è chiesti, però, se l'interpretazione più favorevole al consumatore possa operare solamente nei casi in cui sussista il dubbio anche dal punto di vista soggettivo; con la conseguenza di escludere *tout court* l'applicazione dell'art. 35, comma 2, cod. cons. quando il consumatore era consapevole del senso da attribuire a una determinata clausola, ancorché questa risultasse oggettivamente dubbia⁴⁶.

Le risposte a tale quesito possono divergere a seconda dell'orientamento che si adotta con riferimento alla *ratio* sottesa alla disciplina consumeristica. Se si opta per un'impostazione basata sulla sola protezione del contraente debole, allora la regola della *interpretatio contra stipulatorem* non trova applicazione in quanto, nei casi in cui il dubbio non sussista anche soggettivamente, la finalità protettiva della norma, operante nei casi di oggettiva ambiguità della clausola unilateralmente predisposta, non ricorre. In tali ipotesi, infatti, il consumatore dovrebbe aver compreso e consapevolmente accettato il senso che il professionista intendeva attribuire alla clausola medesima e non sarebbe quindi ammissibile che egli, in un secondo momento, pretenda di interpretarla in un senso a sé più favorevole. L'invocazione della regola ermeneutica dettata dall'art. 35, comma 2, cod. cons. sarebbe, in tal caso, contraria alle finalità protettive del consumatore, integrando un'ipotesi di abuso.

In base al diverso indirizzo interpretativo secondo cui la disciplina consumeristica sarebbe rivolta (anche) alla protezione dell'interesse generale all'efficienza del mercato, potrebbe argomentarsi che sia proprio la tutela del mercato ad imporre una politica ermeneutica rigida e, quindi, un'interpretazione in ogni caso più favorevole al consumatore, anche quando questi poteva e doveva capire il significato alternativo della clausola⁴⁷. Nei contratti

Senso e consenso, cit., pp. 605 ss., 634 ss.; M. D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano, 2012; B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 718 ss.; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, I, Napoli, 2004; S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000; G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1027 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 960 ss.

⁴⁶ A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 607.

⁴⁷ A ciò si aggiunga che, se l'art. 35, comma 2, cod. cons. amplia solo in senso quantitativo, anche ai contratti non standardizzati, la tecnica ermeneutica protettiva di cui all'art. 1370 c.c., allora la *ratio* sottesa ad entrambe le norme è solo apparentemente basata sul dovere reciproco dei contraenti, riconducibile alla accezione soggettiva della buona fede, di

seriali, difatti, il legislatore non opera distinzioni tra un singolo caso e un altro, in quanto l'applicazione indistinta della disciplina più favorevole al consumatore, comprese le regole ermeneutiche, è utile a correggere le asimmetrie informative, a migliorare la distribuzione di beni e servizi di consumo all'interno del mercato e a incentivare la concorrenza tra gli operatori economici⁴⁸. In ultima analisi, quindi, l'operatività della *interpretatio contra stipulatorem* – anche quando non sussistono, nel caso concreto, le esigenze di protezione del consumatore poste alla base della norma – si impone in funzione della razionalità del mercato.

Un'ipotesi di abuso da parte del consumatore potrebbe, invece, configurarsi con riferimento alla previsione di cui all'art. 6, § 1 della direttiva sulle clausole abusive 93/13/CEE, nella parte in cui dispone che il contratto, nonostante il caducarsi della clausola, «resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive»⁴⁹. Ci si è chiesti se in tal caso possa invocarsi la caducazione dell'intero contratto laddove questa sia meglio rispondente all'interesse del consumatore⁵⁰. Tuttavia, non sembra rinvenirsi nella citata direttiva un principio in forza del quale si possa far discendere l'invalidazione del contratto da un interesse più vantaggioso per il consumatore. Ove infatti l'operazione economica possa continuare a sussistere nonostante la caducazione di una o più clausole, il contratto mantiene pur sempre la sua originaria utilità e, quindi, anche la

clare loqui e honeste intelligere. Infatti, come affermato da autorevole dottrina, la norma svolge sicuramente la funzione di spingere il predisponente al *clare loqui*, come sembra confermare il disposto del primo comma dell'art. 35 cod. cons., che impone la redazione "in modo chiaro e comprensibile" del testo contrattuale. Tuttavia, essa non è incentrata sulla spinta dell'aderente all'*honeste intelligere*, in quanto, se nel dubbio tra due significati prevalesse quello che l'aderente poteva e doveva capire, in base alla buona fede intesa in senso soggettivo, la disposizione si limiterebbe a riprodurre quanto già previsto dall'art. 1366 c.c. e sarebbe, pertanto, priva di autonoma portata applicativa. Ne consegue che la norma deve essere interpretata nel senso di far prevalere il significato favorevole all'aderente «anche quando questi poteva e doveva capire il senso inteso dal professionista nel proprio interesse». Così A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 602.

⁴⁸ Cfr., in questo senso, ID., *La «nullità di protezione»*, cit., p. 114, il quale afferma che «raddrizzare senza esclusioni queste irrazionalità non nuoce ma giova al mercato, perché ne corregge tipici fallimenti».

⁴⁹ È chiara la differenza rispetto all'ipotesi analizzata in precedenza, relativa alla regola ermeneutica di cui all'art. 35, comma 2, cod. cons. Come è stato efficacemente affermato da V. CUFFARO, *L'interpretazione del contratto*, in *Tratt. di dir. priv. eur.*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 373, «l'interpretazione favorevole al consumatore conserva nel contratto la clausola che, invece, ne sarebbe completamente espunta ove si seguisse la diversa lettura più favorevole al predisponente».

⁵⁰ Così, S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, p. 318.

sua corrispondenza all'interesse originario delle parti. Interesse che, come ha affermato la Corte di Giustizia dell'Unione europea, è sempre un interesse "al" contratto⁵¹ e l'eventuale nullità che lo colpisce costituisce in ogni caso un rimedio funzionale al perseguimento dell'interesse al bene o al servizio che il contratto è volto a soddisfare⁵².

Non senza scrupolo, difatti, si condivide, anche in questa sede, la scelta di sostituire al tradizionale inquadramento dogmatico strutturale, proprio della teoria della fattispecie, uno funzionale, di problemi e rimedi⁵³.

In questo quadro non può quindi trovare spazio un sopravvenuto interesse abdicativo del consumatore, prevalente sul contrapposto interesse del professionista alla stabilità dell'operazione economica, in quanto la protezione del contraente "debole" è prevista dalla legge in funzione della garanzia di interessi sovraordinati⁵⁴.

La *ratio* delle norme della direttiva 93/13/CEE e, nell'ordinamento interno, dell'art. 36, cod. cons. non contempla affatto un *favor consumatoris* che autorizzi il giudice a pronunciarsi per il ripristino della situazione preesistente alla conclusione del contratto; pertanto, in tali ipotesi, non può aver luogo la declaratoria di nullità totale. Sarebbe infatti abusiva la pretesa del consumatore di ottenere la caducazione dell'intero contratto in ragione di sopravvenuti interessi abdicativi di un'operazione economica per lui non più conveniente⁵⁵.

⁵¹ Si veda, in particolare, C. Giust. UE, 15 marzo 2012, causa C-453/10, §§ 32-33.

⁵² Sul punto appare utile richiamare il concetto di "nullità funzione" elaborato da V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit.

⁵³ Sui "rimedi": A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 341 ss., il quale osserva che la cultura dei rimedi è penetrata anche nel diritto contrattuale di *Civil Law*, e ciò comporta che non si tratta più esclusivamente di garantire che le regole della formazione del contratto siano rispettate in ossequio del principio della parità formale tra le parti, ma anche che il contratto realizzi – con l'ausilio appunto dei rimedi – effetti distributivi adeguati sul piano delle relazioni sociali. Cfr. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 585 ss.; e successivamente dello stesso Autore, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 601 ss., ove l'analisi si sofferma sul ruolo dei rimedi predisposti dal diritto europeo in ordine alle "categorie" dei contratti dei consumatori e tra professionisti; si veda altresì il già citato studio di V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 199 ss.; nonché S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 739 ss.

⁵⁴ Cfr. in questi termini, S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, cit., p. 320.

⁵⁵ Ivi, p. 322.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce di queste riflessioni, deve quindi ritenersi che, nell'ambito della contrattazione asimmetrica, non sempre è applicabile il principio secondo cui *qui iure suo utitur neminem laedit*. Se infatti, in passato, la possibilità di un abuso nel contratto veniva esclusa sul rilievo che alla base dello stesso vi fosse l'accordo delle parti e che, quindi, il contratto costituisse il risultato di un esercizio simmetrico dell'autonomia negoziale da parte di entrambi i contraenti, collocati, nella prospettiva adottata dal codice civile, su una posizione di parità⁵⁶, oggi, nel mutamento di prospettiva imposto dalla contrattazione per adesione, la libertà contrattuale incontra un preciso limite giuridico, rappresentato dalla tutela dell'interesse generale alla razionalità ed efficienza del mercato⁵⁷.

Laddove si esuli da tale limite, sembra pertanto configurabile un'ipotesi di abuso che giustifica un controllo di meritevolezza del risultato concretamente perseguito.

⁵⁶ Si veda, per tutti, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 58, il quale si era espresso nel senso dell'impossibilità di configurare un abuso del diritto in materia contrattuale. Cfr., *amplius*, nota 19.

⁵⁷ Nel senso della necessità di capovolgimento di prospettiva, a favore di una concezione di abuso non più in funzione di poteri, ma di regole che disciplinano le odierne relazioni di mercato e che segnano il limite all'azione di un soggetto, allorché questi entri in contatto con esigenze di tutela di altri soggetti, si veda D. MESSINETTI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 12.

Mario Barcellona

Davide Messinetti e l'abuso del diritto

1. Innanzitutto, voglio ringraziare il prof. Grisi di questa iniziativa, che permette ai più giovani di accostarsi al pensiero di Davide Messinetti. Ed ai più vecchi – come me – di rinnovare un tributo di affetto e di riconoscenza. Che – nel mio caso – sono sconfinati, perché Davide non solo ha segnato, in modo risolutivo, la mia storia accademica, ma, soprattutto, perché ha determinato il mio stesso modo personale di essere.

Davide non è stato un mio grande amico, è stato l'amico più grande, quello con cui ho condiviso per oltre vent'anni, e a volte giornalmente in interminabili telefonate (che mettevano a dura prova la pazienza di Nicoletta), le gioie, le delusioni e le passioni della mia vita: dal rammarico per l'esito negativo di un concorso universitario alla gioia per le vittorie calcistiche di Crotone e Catania, dalle ansie per le persone più vicine al commento delle tornate elettorali, dall'amarezza per la decadenza della sinistra agli interrogativi sul senso dell'esistenza.

2. Per i più giovani accostarsi al pensiero di Davide Messinetti non è una cosa facile, perché la sua riflessione sul diritto si è proposta, fin dall'inizio, di coniugare cose che nel pensiero giuridico camminavano, e camminano di solito, separate.

L'originalità della sua riflessione nasce dal doppio registro, secondo cui si è sempre sviluppata: un interesse radicale verso la forma, che gli veniva dal suo rapporto con Nicolò e, per il tramite di questi, con la scuola messinese, e che lo portava a misurarsi sempre con le categorie costitutive del diritto moderno fino ad indagarne in radice le logiche, e il convincimento, assolutamente nuovo, che in queste logiche fosse racchiusa una razionalità, la quale si rivolge alla società e che rispetto ad essa si lascia comprendere, perciò, nei termini della funzione. Di questa assoluta originalità Davide Messinetti ha dato, fin dall'inizio, sempre rinnovate testimonianze: dalla monografia sull'*Oggettività giuridica delle cose incorporeali* fino alle voci dell'Enciclopedia del diritto sui *Diritti della personalità* e sull'*Oggetto dei diritti*.

Ma questa idea di un'incorporazione della funzione nella forma si alimentava, per Davide Messinetti, di una tensione vivissima tra il diritto e la politica, che era l'altra grande passione della sua vita e che aveva ereditato dal Padre (esponente storico del PCI calabro).

Questa tensione tra il regno dell'astrazione e la concreta corporeità della politica, nella riflessione di Davide Messinetti, si componeva, però, nel primato cognitivo, che Egli assegnava al suo studio delle fenomenologie giuridiche. Un primato, che si esprimeva in un'oggettività dell'analisi del diritto, che gli faceva rappresentare il *positum* nelle logiche profonde che in esso prendevano forma, e in un'attenzione al *novum*, che glielo faceva cogliere sempre nella sua temporalità, e cioè nell'ambiguità, con cui esso sempre si dà, tra adeguamento delle *rationes* dominanti e germinazione di nuovi modi di normare il mondo.

Questa sapiente tessitura di logica delle forme, razionalità normative e multidirezionalità del mutamento giuridico costituisce – io credo – il *proprium* dell'analisi giuridica di Davide Messinetti, che le nuove generazioni dovrebbero comprendere ed apprendere. La voce dell'Enciclopedia del diritto sull'*Abuso del diritto* è esemplare di questa specifica attitudine della riflessione di Davide Messinetti e della sua grande attualità.

3. L'abuso – spiega Messinetti – richiede di essere analizzato e compreso oltre la prospettiva di mero limite alla competenza dell'azione privata.

Il paradigma originario dell'abuso – spiega Messinetti – è costruito, infatti, sullo schema della proprietà, inteso come inclusivo del diritto di abusare della cosa propria, finché ciò sia tollerato dall'ordinamento. L'abuso perciò, in questa tradizionale accezione, designa il limite della competenza riconosciuta ai privati: dentro la sfera della loro competenza non si dà alcun sindacato del diritto, sicché l'abuso investe solo ciò che da tale competenza fuoriesce in forza di una precisa indicazione normativa.

Paradigmatico è l'art. 833 c.c.: l'idea, che vi è racchiusa, consiste nell'eccezionale divieto di atti predefiniti dalla norma attraverso la determinazione del “solo scopo di nuocere”.

4. L'idea dell'abuso – aggiunge Messinetti – deve, però, affrancarsi da questo paradigma originario in ragione di due rotture.

La prima rottura concerne il modo di pensare il *potere*.

Il potere, a intenderlo bene, trae giustificazione da un fine, che, però, oltrepassa gli scopi individuali, e incorpora, piuttosto, una *razionalità*

superindividuale, sociale – se si vuole –, la quale, però, è dall'ordinamento strutturata in *forme soggettive*, i diritti soggettivi, le quali operano, essenzialmente, come criteri di legittimazione delle azioni.

Dunque, i diritti soggettivi sono la forma di una *razionalità formale* del potere, la quale opera legittimando in forza di un criterio propriamente formale (= la competenza istituita dalla titolarità del diritto) gli atti che ne costituiscono esercizio ed alla quale, perciò, risulta estranea l'idea di un abuso che investe, invece, il merito.

La seconda rottura concerne, invece, i *valori giuridici*.

I valori giuridici – avverte Messinetti – fuoriescono dal modulo proprio del potere e si esprimono, piuttosto, in *standard valutativi*, tratti, essenzialmente, dalla prassi sociale, i quali si strutturano in doveri o obblighi comportamentali.

I valori, pertanto, non si danno in forme soggettive preformate. E tuttavia incorporano anch'essi una *razionalità oggettiva*, la quale traduce le condizioni del funzionamento ordinato della società, soprattutto di quel luogo di essa in cui si manifestano e si compongono i suoi conflitti, ossia, essenzialmente, del mercato.

5. Costruendo l'abuso a partire dal potere, allora, si rischia di restare legati alla valutazione delle modalità del suo esercizio secondo l'intenzionalità normativa della sua attribuzione, che ha carattere essenzialmente formale: *se un atto, che lo eserciti, stia dentro o fuoriesca dalla sfera di competenza che gli è assegnata*.

Comprendendo, invece, l'abuso a partire dagli *standard valutativi*, si accede al paradigma di una necessaria mediazione tra la tendenziale irrilevanza giuridica dei fini individuali, racchiusa nella forma soggettiva dei diritti attributivi del potere, e l'ordine oggettivo del mercato, recato da tali standard: *se un atto, che lo eserciti, oltrepassi il limite che dall'esterno gli è apprestato*.

La dipendenza dell'abuso dal nesso potere-legittimazione è così capovolta, da Messinetti, nella dipendenza del potere dalle regole oggettive che governano la prassi sociale, e soprattutto mercantile.

Ma le forme del potere e queste regole oggettive incorporano due distinte razionalità. E, perciò, l'abuso si prospetta come il paradigma della mediazione tra queste due razionalità antagonistiche: la razionalità soggettiva del potere (che istituisce insindacabili competenze individuali) e la razionalità oggettiva del mercato (che evoca, invece, la composizione delle competenze entro le condizioni di un loro funzionamento ordinato).

L'abuso designa, dunque, il limite che il potere, e la razionalità soggettiva delle indeterminate facoltà individuali che la forma del diritto

soggettivo gli fa attribuire, subiscono, quando incontrano la razionalità oggettiva del mercato, volta a garantire l'efficienza di un sistema, che sul potere soggettivo tuttavia sia incardinato.

6. Nel campo negoziale tale ricomprensione dell'abuso comporta che l'esercizio del potere di autonomia trascorra dalla "analisi del contenuto del programma e degli aspetti interni della contrattazione" (= il punto di vista dei contraenti) alla considerazione delle "relazioni oggettive che si formano come conseguenze degli sviluppi dell'iniziativa economica" (= il punto di vista del mercato).

Con molteplici conseguenze, le principali delle quali sono le seguenti:

- la prima è che il paradigma dell'abuso produce pretese, che non attengono alla legittimità, ma alla meritevolezza della condotta che al suo giudizio sia sottoposta;
- la seconda è che questa meritevolezza si riferisce non tanto all'interesse singolare dei contraenti, quanto all'interesse generale al buon funzionamento del mercato;
- la terza è che, proprio per questo, il giudizio di abusità non prelude tanto alla invalidità, quanto alla disapplicazione della regola privata.

7. L'innovatività e l'originalità della prospettiva così aperta da Messinetti si colgono, allora, in ciò:

- a) che questa prospettiva non segue l'idea degli standard valutativi come criteri di *socializzazione del potere* all'insegna di una solidarietà che lo conformerebbe dall'interno, come, invece, si era fino a quel momento, per lo più, sostenuto;
- b) che, proprio per questo, essa esclude che l'abuso possa essere utilizzato come veicolo di un sindacato nel merito del contratto, che consideri il contenuto del suo programma e gli aspetti interni della contrattazione dal punto di vista esclusivo dell'interesse singolare dei contraenti;
- c) che, diversamente, essa muove da una comprensione antagonistica, conflittuale, del problema che l'abuso è chiamato a risolvere, ossia dalla contrapposizione tra la razionalità individualistica propria dell'autonomia privata e la razionalità oggettiva del mercato, la quale comprensione impone di intendere l'abuso rivolto a produrne una mediazione "esterna" e "progressiva";
- d) che, in ragione di ciò, essa guarda, piuttosto, agli "sviluppi" che un

- atto di autonomia può presentare sul piano più generale dell'iniziativa economica e del suo ordinato ed efficiente sviluppo, ossia guarda all'efficacia distorsiva che l'esercizio illimitato del potere di autonomia può produrre sulla razionalità sociale del sistema economico;
- e) che, dunque, – come lucidamente spiega Messinetti – «l'ingresso, come canoni valutativi, di modelli di azione come la buona fede ... serve a questa *intenzionalità funzionale*, che tende a consolidare le forze, le attitudini di un mercato progettato e reso "normale"»;
 - f) e che, pertanto – come Messinetti conclude – quel che questa prospettiva «vuole è l'espansione indefinita della "razionalità" del mercato» contro i «poteri» che intendono oltrepassarla.

8. La differenza che fa questa prospettiva elaborata da Messinetti si può cogliere bene riflettendo, anche brevemente, sul caso deciso circa dieci anni fa da Cass. 20106/2009 (oggetto di innumerevoli interventi e commenti) e sulla motivazione che, proprio utilizzando abuso e buona fede, essa appresta alla sua soluzione.

8.1. Nella citata sentenza si legge:

«(Da una parte) l'obbligo di buona fede oggettiva ... costituisce ... un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica»; «(Sicché esso) costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo *statuto negoziale*, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi»; «(D'altra parte) il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione con riferimento al quale esaminare i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della *formazione* ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano»;

«(Da esso si trae che) l'ordinamento, pur accordando al privato l'autonomia e la tutela degli atti posti in essere per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela, disconosce validità all'esercizio di poteri, diritti e interessi in violazione del principio di buona fede oggettiva»; «I due principi (della buona fede e dell'abuso del diritto) *si integrano a vicenda*, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti ... e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti»; «(Con la conseguenza che) il controllo ... dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle

parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi».

8.2. Come sempre più spesso avviene, le declamazioni di questa sentenza vanno molto oltre il caso da essa deciso.

Per un verso, ciò di cui essa discute in questi termini è l'esercizio di un diritto di recesso espressamente convenuto all'interno di una c.d. concessione di vendita, la cui *virtuale* sindacabilità *ex art. 1375 c.c.* deve ritenersi *in astratto* assolutamente scontata. Certo, può ben discutersi se e in che termini questo sindacato possa investire anche un potere di recesso inequivocabilmente convenuto come *ad nutum*. Ma questo è un altro discorso, che non inficia il fatto decisivo che una tale disputa rimane limitata alla fase esecutiva del contratto e che, già per espressa previsione normativa, l'esercizio in tale fase di poteri contrattuali è sottoposto al controllo giudiziale.

Per un altro verso, quel che era realmente in ballo nella controversia così decisa (visto che non vi si faceva questione dell'ascrivibilità della clausola di recesso alla condizione di dipendenza economica di una delle parti, che avrebbe richiesto di interpellare l'art. 9 della L. 192/1998, peraltro non ancora entrato in vigore, e comunque di ragionare sul diverso terreno dell'invalidità), era piuttosto l'attribuzione alla parte che aveva subito il recesso di un indennizzo inteso a compensare la "clientela ceduta" e, soprattutto, gli "investimenti effettuati".

Sicché un tale problema avrebbe dovuto essere risolto, più appropriatamente, attraverso considerazioni più attente sull'affidamento che i comportamenti della concedente (che appena un anno prima della scadenza aveva sollecitato la centralizzazione degli elenchi della clientela e, soprattutto, radicali innovazioni dei punti-vendita economicamente recuperabili solo in un periodo medio-lungo) avevano ingenerato circa un non prossimo esercizio del diritto di recesso, gli investimenti cui tale affidamento aveva indotto i concessionari e il pregiudizio che la violazione di tale affidamento aveva loro procurato.

8.3. Resta, però, il fatto che le declamazioni generali della sentenza, prese di per loro, ben si prestano ad essere assunte a base di (ma, per il vero, esplicitamente si propongono come) una generale rideterminazione dello "statuto" del contratto, tale da sottoporre gli equilibri in esso originariamente convenuti al vaglio del dispositivo triangolare di abuso del diritto, buona fede e solidarietà costituzionale.

La mossa strategica di questa operazione interpretativa della Corte è, perciò, costituita dalla connessione del dovere di buona fede al principio

dell'abuso del diritto e, ancor di più, dalla loro “vicendevole integrazione”, nonché dal loro riferimento incrociato alla “formazione” del contratto.

Questo principio sembra, così, offrire un paradigma tanto generale quanto persuasivo: da un lato, esso sembra in grado di riferirsi all'esercizio di qualsiasi potere, e dunque anche all'esercizio del potere di autonomia che presiede alla formazione del contratto ed alla determinazione del suo originario equilibrio; dall'altro, esso sembra evocare un “senso comune” che fa ritenere che ciò che è dato per una ragione non può essere utilizzato per un'altra.

Quando il potere non nasce dal contratto ma concerne la sua stessa conclusione e la determinazione delle sue condizioni, allora il sindacato dell'esercizio di un tale potere non può avere, per definizione, il compito di preservare l'equilibrio raggiunto nel contratto contro gli eventuali “approfittamenti” di una parte, e cioè non può presentarsi, perciò, come una difesa “neutrale” del contratto contro chi vorrebbe stravolgerne le proporzioni, che, proprio per questo, non intacca il potere dei privati di convenire gli equilibri e le proporzioni che credono. Ma rappresenta, invece, l'introduzione di un limite generale all'autonomia dei privati, e segnatamente alla esclusività della loro competenza a determinare il contenuto del contratto (= equilibrio e proporzioni), che si affianca come “clausola di chiusura” ai dispositivi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. andando ben al di là dei limiti che le fattispecie descritte in tali norme invece vi apprestano.

8.4. Questo è l'esito inevitabile di una tal strategia interpretativa, che unifica buona fede e abuso del diritto, li riconduce al principio costituzionale di solidarietà sociale e li assume a parametro di controllo dello stesso esercizio dell'autonomia privata e degli equilibri contrattuali da tale esercizio di volta in volta prodotti.

Ed è contro questa strategia che si muove, per l'appunto, la mossa interpretativa di Messinetti.

8.5. Staccare il “nucleo di senso” del diritto dalla categoria dell'abuso e riconnettere questo ad una buona fede, che opera dall'esterno e che è latrice di un'altra logica ha due effetti ben precisi e magistralmente perseguiti.

Da un lato, esclude in radice che l'abuso possa essere utilizzato come diretto *sindacato interno* del potere generale di autonomia, almeno in assenza di precise *regole oggettive* che non solo governino la prassi sociale, ma che lo facciano in modo intenzionalmente orientato a modificare la competenza formale istituita dal diritto soggettivo.

Dall'altro, mette in chiaro l'antagonismo, che, accantonando la vecchia idea dell'integrazione, prende corpo tra la *pretesa di esclusività* del diritto soggettivo a definire l'ordine moderno e gli *standard valutativi* che, invece, gli contrappongono un'altra razionalità, una razionalità – se così si può dire – più generale, di sistema, una razionalità sociale (nel senso di riferita alla società), la quale si cura dell'*efficienza sistemica* dello stesso ordine introdotto dal paradigma del diritto soggettivo e che gli conferisce il suo senso universale, ossia la *razionalità del mercato* il quale soltanto, nel disegno della modernità, tramuta l'interesse individuale in interesse generale di un'intera formazione sociale.

8.6. Questo – giova sottolinearlo – non suppone affatto che Messinetti voglia, così, sposare questa razionalità mercantile, che se ne faccia incondizionato paladino e strenuo difensore. Anzi, sta a significare, piuttosto, tre cose che operano potentemente nell'orizzonte di Messinetti:

- a) la prima è che il modo di por mano all'emendamento di questa razionalità è un altro, e passa – deve passare – attraverso i dispositivi della democrazia: alla legge, al sistema della democrazia rappresentativa che la mette in opera e alla politica che vi dà vita, soltanto può spettare di determinare *quando e come* l'ordine sociale deve essere corretto;
- b) la seconda è che ai giudici, cui il corto-circuito di diritto soggettivo/abuso/buona fede/solidarietà finirebbe così per essere rimesso, non può, e non deve, essere affidato questo compito, poiché l'affidarglielo condurrebbe ad un'alternativa che non sembra abbia vie intermedie: quella tra decadenza del principio dell'auto-governo sociale in favore di una occulta primazia delle élite giuridiche (che tale rimane anche quando, forse un po' paternalisticamente, dispone in favore dei deboli) e camuffamento, spesso volenteroso (com'è nella decisione prima riportata) ma forse a volte un po' ingenuo, della razionalità mercantile con la solidarietà sociale (che nel testo costituzionale e nelle tradizioni da cui questo muove ha un altro senso, un senso assolutamente diverso);
- c) la terza è che, in ogni caso, la valorizzazione di questa razionalità mercantile, la sua affrancazione dalle consuete vesti equitative (con cui solitamente la si ricopre e che non le competono) e la sollecitazione della giurisprudenza ad avvalersene, nel modo dispiegato che l'ordinamento giuridico di sicuro permette, definiscono, qui e adesso, un fronte progressivo verso la sempre più manifesta

tendenza dell'economia globale a scavalcare i presidi giuridici del mercato (a cominciare dalla "causa", divenuta nella sua versione "concreta" – come amava dire causticamente Messinetti – il «ventre molle» del dispositivo negoziale) per sovrapporvi gli interessi particolari che in essa ormai prevalgono e che non tollerano più alcuna primazia dell'interesse economico generale (nel quale, seppur a partire da un orizzonte storicamente determinato, è comunque racchiusa l'idea di un ordine sociale, di un ordine per l'intera società). Che è quello che da tempo ormai avviene, ad es., nella materia cruciale dei derivati creditizi.

9. Questa riflessione, che con impareggiabile finezza e lucidità mette insieme l'analisi della forma dei diritti e la ricostruzione della loro razionalità soggettiva e vi contrappone un'altra razionalità latrice di una funzione superiore che la comprende e governa, non solo esemplifica al meglio la grande fecondità dell'approccio di Messinetti al diritto, ma ne mostra, perciò, l'attualità e l'urgenza: la preservazione della "razionalità" del mercato, che Messinetti assegna all'abuso nel campo dell'autonomia privata, è proprio il problema di questo tempo, di un tempo nel quale al suo posto si è insediato, nelle odierne economie, l'arbitrio delle potenze globali.

E mostra la cornice nella quale si è sviluppata la sua analisi critica, sottile e potente, del sistema giuridico moderno: la democrazia come auto-governo della società e il valore che in essa riveste il primato del diritto.

II. L'ABUSO DEL DIRITTO NELLE SOCIETÀ E NEL DIRITTO TRIBUTARIO

Martina Cavaliere

*L'abuso del diritto nelle deliberazioni assembleari di società.
L'abuso di maggioranza*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso concreto. – 3. L'esercizio abusivo del diritto di voto in sede assembleare. – 3.1. L'interesse sociale superiore e il voto come "potere funzionale" – 3.2. (segue) L'interesse sociale quale interesse comune dei soci e il voto come "diritto soggettivo" – 4. Osservazioni conclusive

1. *Premessa*

Data la vastità dell'argomento, prendendo spunto da una vicenda giurisprudenziale recente, il presente intervento si limita ad analizzare la figura dell'abuso del diritto applicata all'esercizio del diritto di voto nelle delibere assembleari di società sotto il profilo dell'abuso di maggioranza.

Le riflessioni che seguono traggono occasione da una sentenza del Tribunale di Roma¹ che ha esaminato l'ipotesi di delibera assembleare determinativa del compenso di due amministratori di una società a responsabilità limitata, impugnata dal socio di minoranza come viziata da abuso di maggioranza e da conflitto di interessi.

Tale pronuncia consente di soffermarsi, ovviamente, sulla nozione di interesse sociale e sul rapporto tra la clausola generale di buona fede e il diritto societario.

2. *Il caso concreto*

In via preliminare, è bene ricordare i fatti di causa che hanno condotto all'integrale rigetto delle domande formulate dal socio di minoranza.

Questi deduceva che la deliberazione con cui l'assemblea aveva maggiorato il compenso dovuto ai due soci di maggioranza, quali amministratori, integrava, rispettivamente, (i) un vizio di abuso del potere della

¹ Trib. Roma, III sez. civ. in funzione di sez. spec. impresa, 8 maggio 2017, causa n. 8960/2017, in <www.giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso: 09/01/2019).

maggioranza nonché (ii) un'ipotesi di conflitto di interessi *ex art. 2479-ter*, comma 2, c.c. Precisava, in particolare, che il considerevole aumento dei compensi *de quo* non aveva alcuna reale giustificazione e si poneva in contrasto con gli interessi della Alfa S.r.l., essendo stato deliberato proprio in una fase in cui detta società aveva subito una contrazione del volume di affari e dei ricavi realizzati.

La società Alfa S.r.l. contestava le avverse ragioni di impugnazione assumendo che il compenso accordato ai due soci amministratori appariva del tutto congruo e proporzionato all'impegno loro richiesto ed alle responsabilità assunte. Segnatamente, evidenziava che i due soci di maggioranza non solo si occupavano della gestione della società ma erano quotidianamente impegnati nell'esercizio dell'attività assicurativa, mantenendo i rapporti con la clientela e con le imprese preponenti e provvedendo alla emissione delle polizze. Ed ancora, in virtù della natura dell'attività sociale, i due soci di maggioranza erano gravati, oltre che dalle ordinarie responsabilità connesse alla titolarità di funzioni gestorie, anche dalla specifica responsabilità gravante sui delegati assicurativi, di cui all'art. 109 del D.Lgs. n. 209/2005.

Il giudice romano, prima di procedere all'esame del merito della vicenda, svolge alcune considerazioni di ordine generale in merito agli elementi integranti i vizi che, secondo le prospettazioni dell'attore, inficerebbero la deliberazione assembleare impugnata.

Con riguardo al primo profilo di censura, il Tribunale di Roma, in linea con l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale prevalente, individua quali presupposti normativi dell'abuso di maggioranza i canoni generali di correttezza (art. 1175) e buona fede (art. 1375 c.c.) che, alla luce del riconoscimento della società come contratto, devono informare gli atti dei soci nell'organizzazione della società.

Quanto al secondo profilo di censura, il giudice romano evidenzia che il vizio rilevante ai sensi dell'art. 2479-ter, comma 2, c.c. è quello che ricorre quando il voto determinante per il conseguimento della maggioranza, necessaria per l'adozione della delibera, sia stato espresso dal socio in capo al quale si configura, per conto proprio o di terzi, una situazione di contrasto con la società e che il danno per i soci di minoranza passi attraverso la lesione dell'interesse sociale. In altri termini, siffatta delibera avrebbe potuto ritenersi viziata solo nel caso in cui fosse dato apprezzare la manifesta sproporzione ed irragionevolezza della misura del compenso in concreto determinato in rapporto alla dimensione economica e finanziaria della società, al fatturato annuo e al volume d'affari della stessa nonché alla natura dell'impegno richiesto a soci investiti di funzioni gestorie, ritenendosi solo in tal

caso integrato il requisito del pregiudizio al patrimonio sociale di cui all'art. 2479-ter, comma 2, c.c.

Nel respingere l'impugnazione, il Tribunale di Roma osserva che gli elementi di giudizio offerti dal socio di minoranza non consentono di ravvisare, in relazione alla specifica delibera impugnata, i vizi oggetto di doglianza.

3. *L'esercizio abusivo del diritto di voto in sede assembleare*

La questione posta all'attenzione del Tribunale di Roma si colloca all'interno di un dibattito di più ampio respiro e cioè se sia configurabile, in ambito societario, un abuso del diritto sotto il profilo dell'esercizio scorretto del diritto di voto dei soci di maggioranza, in sede di procedimento deliberativo, in danno della minoranza².

L'incertezza sulla qualificazione del vizio del quale si discute deriva sia dall'assenza nell'ordinamento di una norma di portata generale che identifichi espressamente una fattispecie di abuso nelle delibere assembleari³ sia, al contempo, dal distinto modo in cui il giurista positivo ha inteso, e argomentato,

² Per un approfondimento del tema dell'"abuso di maggioranza" si vedano, per tutti, T. ASCARELLI, *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1160 ss.; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 171; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 191 ss.; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Giuffrè, Milano, 1987; M. CASSOTTANA, *L'abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, Giuffrè, Milano, 1991; D. PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992; ID., *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE (diretto da), *Tratt. delle soc. per az.*, Utet, Torino, vol. 3, 1993, p. 34 ss.

Accanto al problema dell'abuso del potere della maggioranza si è posto quello speculare dell'"abuso della minoranza", che si verifica nel caso in cui siano i soci di minoranza ad abusare del diritto di voto o degli altri diritti ad essi riconosciuti (si pensi, ad esempio, all'abuso del diritto di convocazione ovvero alla condotta ostruzionista in sede di dibattito assembleare). Per tutti: R. RORDORF, *L'abuso di potere della minoranza*, in *Soc.*, 1999, p. 809 ss.; ID., *Minoranza di blocco ed abuso di potere nelle deliberazioni assembleari di S.p.A.*, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1443 ss.; A. NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Giappichelli, Torino, 2003; S. RUSSO, *Mancata approvazione del bilancio e abuso del diritto di voto nelle società paritetiche*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 200 ss.

³ P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, cit., p. 171; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 191 ss.

l'interesse sociale⁴ e le situazioni giuridiche soggettive⁵. Occorre pertanto comprendere cosa si intenda per interesse sociale e se il socio che vota in assemblea sia titolare di un potere funzionale al perseguimento di un interesse superiore, predeterminato e tipico, o se, invece, egli possa esprimere il proprio voto in piena autonomia, anche per la realizzazione di interessi particolari.

3.1. *L'interesse sociale superiore e il voto come "potere funzionale"*

Posta la premessa di cui sopra, si ritiene opportuno segnalare che sul tema dell'abuso della regola di maggioranza si sono manifestati orientamenti ben diversi, i quali meritano di essere considerati distintamente.

Una prima linea di pensiero, rimarcando un parallelismo tra il diritto societario e il diritto amministrativo, amava esprimersi in termini di eccesso di potere della maggioranza⁶ cogliendo, così, un'analogia con il vizio dell'atto amministrativo⁷.

⁴ D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 5.

⁵ C. ANGELICI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 366; secondo l'Autore «non vi è dubbio che il tema dell'"abuso" strettamente si collega, quasi al punto di identificarsi, con il modo di intendere le situazioni giuridiche soggettive: di ciò è evidente dimostrazione la storia del problema (...)».

⁶ Per un approfondimento sulla definizione di "eccesso di potere", per tutti, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. di dir. pub.*, 1950, p. 100 ss.; O. ABBAMONTE, *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 68 ss.; A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1995, p. 329 ss. Sull'origine dell'istituto P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIV, Milano 1965, p. 124 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It., Appen.*, vol. III, Torino, 1982, p. 219 ss. Per un'elencazione delle figure sintomatiche dell'"eccesso di potere" F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere (eccesso di potere amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989, p. 3 ss.

⁷ Cass. civ., 20 maggio 1958, causa n. 2148/1958, in *Giur. it.*, 1958, p. 204. Nella stessa direzione: Cass. civ., 5 maggio 1995, causa n. 4923/1995, in *Giur. comm.*, 1996, p. 329; Trib. Milano, 9 giugno 1994, in *Giur. comm.*, 1996, p. 273.

In dottrina, si vedano, per tutti: F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni delle assemblee anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, p. 176; G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 723; R. TETI, *L'eccesso di potere quale causa di invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Riv. not.*, 1972, p. 270 ss. Più recentemente, la teoria istituzionalista è stata ripresa, sotto forma di "neoistituzionalismo debole", da M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 191 ss.; ID., *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 669-697, il quale considera l'interesse sociale come coincidente con l'interesse all'efficiente gestione imprenditoriale. Ne deriva, osserva l'Autore, che la disciplina delle

La figura dell'eccesso di potere ha fatto il suo ingresso in materia societaria quale manifestazione della originaria concezione istituzionalista delle società di capitali e, soprattutto, dell'interesse sociale. Secondo questa impostazione, e le letture ad essa riconducibili, l'impresa soprattutto di grandi dimensioni verrebbe ad assumere rilevanza come elemento dell'economia generale e, in particolare, come ente autonomo e diverso dai soci⁸, in quanto tale oggetto di autonoma tutela giuridica. Lo scopo della società sarebbe non tanto quello di realizzare il soddisfacimento degli interessi dei soci quanto, piuttosto, il soddisfacimento di un interesse sociale superiore⁹, consistente nella produzione di quella nuova ricchezza di cui, direttamente o indirettamente, beneficerebbe l'intera collettività¹⁰.

In questa prospettiva, il socio che vota in assemblea è titolare, più che di un diritto, di un "potere"¹¹ – o, secondo alcuni, di un "interesse legittimo"¹² – funzionale alla migliore realizzazione del "pubblico interesse", non disponibile dai soci neppure con decisione unanime.

S.p.a, con la riforma del diritto societario, è stata introdotta con il fine di fornire degli strumenti idonei ad assicurare la corretta gestione delle imprese medio-grandi.

⁸ La Suprema Corte, in una pronuncia degli anni cinquanta del secolo scorso (Cass. civ., 20 maggio 1958, causa n. 2148/1958, cit., p. 204), chiariva che «L'ente societario si pone non come centro esponenziale di una comunità di interessi di cui sono soggetti i soci e soltanto i soci, sebbene come la personificazione di un interesse superiore distinto da quello dei singoli, come tale oggetto di un'autonoma tutela giuridica».

Predilige, invece, il termine "organismo" F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 496.

⁹ A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1958. L'Autore parafrasava l'episodio che negli anni Venti aveva visto come protagonista il Ministro della Ricostruzione e poi Ministro degli Esteri della Repubblica di Weimer, Walther Rathenau, il quale, in tono polemico, rispondeva alle lamentele avanzate dagli azionisti della Norddeutscher Lloyd osservando che «la società non esisteva per distribuire dividendi a lorsegnori, ma per far andare i battelli sul Reno». Tale vicenda viene spesso richiamata per far riferimento alle teorie istituzionaliste della società.

¹⁰ D. GIORDANO, *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 17-18.

¹¹ G. FERRI, *Eccesso di potere e tutela delle minoranze*, cit., p. 737. C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 141, parla di "potestà discrezionale" del socio; M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello "istituzionalismo debole"*, cit., 2014, p. 693, di "potere funzionale", ossia come «di potere attribuito esclusivamente per la cura di interessi predeterminati e non disponibili da parte del titolare del potere».

¹² Un orientamento minoritario in dottrina ha impiegato la categoria dell'"interesse legittimo" nella ricostruzione sistematica della disciplina delle società: L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 310 ss.; A. ALOE, *Interesse sociale e interesse del socio: spunti per una ricostruzione in termini di interesse legittimo dell'interesse individuale del socio uti socius*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 341 ss.

La trasposizione della figura, di matrice amministrativa, dell'eccesso di potere alle delibere assembleari troverebbe conforto nell'art. 2479-ter, comma 2, c.c. dettato a tutela dell'interesse sociale¹³. Se colui che di quel "potere funzionale" è investito finisce per esercitarlo per la tutela di interessi diversi dall'interesse tipico e precostituito – e, in specie, in danno dei soci di minoranza¹⁴ – ciò che risulterebbe è l'illegittimità dell'atto di esercizio e l'annullabilità della delibera stessa.

Alla visione istituzionalista, può ricondursi anche l'orientamento minoritario che valorizza lo schema privatistico dell'illiceità dell'oggetto per fondare l'invalidità della delibera assembleare viziata da abuso di maggioranza, ai sensi dell'art. 2379 c.c.¹⁵ La nullità della delibera (e non la mera annullabilità) deriverebbe, non dalla "materia" su cui astrattamente è chiamata a deliberare l'assemblea quanto, piuttosto, dall'"oggetto" illecito della stessa per essere il "contenuto sostanziale" della delibera assembleare contrario alle norme imperative poste a presidio dell'interesse generale, tale da trascendere quello del singolo socio¹⁶.

3.2. (segue) *L'interesse sociale quale interesse comune dei soci e il voto come "diritto soggettivo"*

Di contro, la teoria contrattualista, e le posizioni ad essa assimilabili, il

¹³ M. CASSOTTANA, *L'Abuso di potere a danno della minoranza assembleare*, cit., p. 55. Più recentemente, M. CIAN, *Diritto commerciale-Vol. 3. Diritto delle società*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 446. L'Autore osserva che «nella disciplina della s.p.a., d'altra parte, un divieto espresso di esercizio del diritto di voto in danno dell'interesse sociale è individuabile proprio nell'art. 2373 c.c., che può considerarsi espressione di una regola più generale di vincolo funzionale dell'atto deliberativo, che è proprio quella che tradizionalmente sta alla base della teoria dell'eccesso di potere».

¹⁴ C. PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, cit., p. 12, osserva che «l'origine della figura dello sviamento di potere è ambigua e polivalente: la fattispecie è tipica del diritto pubblico e da questo è stata estrapolata per essere, poi, traspunta e radicata nell'ambito privatistico. Così è annullabile tanto l'atto amministrativo che non risulti finalizzato agli scopi per i quali il potere discrezionale, di cui è espressione, è stato conferito, quanto la delibera assembleare che miri a realizzare interessi diversi da quelli per cui il diritto di voto è stato riconosciuto dall'ordinamento».

¹⁵ Cass. civ., 6 maggio 1963, causa n. 511/1963, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 93; App. Milano, 21 novembre 1961, in *Giur. it.*, 1963, p. 222; Trib. Milano, 25 novembre 1968, in *Giur. it.*, 1969, p. 193.

¹⁶ In questo senso, Cass. civ., 27 luglio 2005, n. 27051/2005, richiamata da P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 2363-2396. Società per azioni: assemblea-amministratori*, Giuffrè, Milano, 2010.

cui fondamento è individuato nell'art. 2247 c.c.¹⁷, si fa portavoce di una differente visione della società quale contratto con comunione di scopo¹⁸. Diversamente dai contratti con causa di scambio¹⁹, che si connotano per la presenza di un regolamento compiuto di un determinato assetto di interessi mediante una disciplina che è già stata fissata in modo definitivo, il contratto di società, come gli altri contratti plurilaterali con comunione di scopo²⁰, assolverebbero ad una funzione ulteriore.

Il contratto sociale, difatti, stipulato in previsione di un'attività futura da svolgere, postula, al fine della sua attuazione, una serie indefinita di nuovi atti giuridici. Da ciò consegue che gli interessi delle parti non possono essere regolati in modo esaustivo, avendo essi bisogno di costituire piuttosto un'organizzazione con il compito di disciplinare lo svolgimento dell'attività programmata che, nelle società di capitali, si caratterizza per l'attribuzione alla maggioranza dei soci di un potere dispositivo²¹.

Secondo quest'impostazione, l'interesse sociale verrebbe inteso non più quale interesse superiore ma come interesse comune a tutti i soci²²,

¹⁷ A tal riguardo D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 5, il quale evidenzia che «In origine la distinzione atteneva alla qualificazione giuridica delle 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 un'istituzione».

¹⁸ Cass. civ., 26 ottobre 1995, causa n. 11151/1995, con commento di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 329 ss.

¹⁹ Sulla definizione di “contratti con causa di scambio” e “contratti associativi”, si veda V. ROPPO, *Diritto privato*, ed. V, Giappichelli, Torino, 2016, p. 403 ss.

²⁰ Per un approfondimento in tema di “contratto con comunione di scopo”, per tutti: T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, p. 439 ss.; ID., *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 259 ss.; ora anche in ID., *Studi in tema di contratti*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 97 ss.; ID., *Notarelle critiche in tema di contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 265 ss.; ora anche in ID., *Studi in tema di contratti*, cit., p. 157 ss.; G. FERRI, *Contratto plurilaterale*, in *Nov. Dig. it.*, IV, Torino 1959, p. 678 ss.; F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Giuffrè, Milano, 1927; ID., *voce Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 140 ss.; F. GALGANO, *Trattato diritto civile*, vol. II, ed. III, Cedam, Padova, 2014, p. 345 ss.

²¹ Cass. civ., 26 ottobre 1995, causa n. 11151/1995, cit., p. 329 ss.

²² T. ASCARELLI, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni e su alcuni loro limiti*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 169 ss.; ID., *Interesse sociale e interesse comune nel voto*, cit., p. 1160 ss.; ID., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 669; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. dir. soc.*, 1958, p. 749; L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1956, p. 434; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 22 e 181 ss. Più di recente, E. TIMPANO, *L'interesse sociale fra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto di interessi assembleari ed all'abuso della regola della maggioranza*, nota a Cass. civ., 17

ossia come “interesse di tutti i membri del gruppo sociale”²³ in quanto parti del contratto di società.

Con riguardo al diritto di voto in assemblea, tale diritto si atteggierebbe non come espressione dell’interesse della società ma come vero e proprio “diritto soggettivo” del socio, strumentale al perseguimento dei propri interessi particolari con il solo limite della compatibilità con l’interesse sociale, come precedentemente definito, e del danno, anche potenziale, alla società²⁴.

Così, l’abuso della regola di maggioranza è stato configurato come una *species* del più ampio *genus* della categoria privatistica dell’abuso del diritto²⁵ al quale potrebbero ricondursi tutte quelle ipotesi in cui “un comportamento, che formalmente integri gli estremi dell’esercizio del diritto soggettivo, debba

luglio 2007, n. 15942/2007, e Cass. civ., 17 luglio 2007, n. 15950/2007, in *Riv. not.*, 2009, p. 659 in cui richiama in nota n. 10 la Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27387/2015 che definisce l’interesse sociale “come l’insieme di quegli interessi che sono comuni ai soci, in quanto parti del contratto di società, e che concernono la produzione del lucro, la massimizzazione del profitto sociale (ovverosia del valore globale delle azioni o delle quote), il controllo della gestione dell’attività sociale, la distribuzione dell’utile, l’alienabilità della propria partecipazione sociale e la determinazione della durata del proprio investimento».

Contra: C. ANGELICI, *Note minime sull’“interesse sociale”*, in *Banca borsa e titoli cred.*, 2014, p. 257 ss. L’Autore evidenzia che «Essenziale per la sua funzione di collettore di capitali è che possano affluire in essa investimenti anche diversamente motivati, per esempio con diversi orizzonti temporali; potrebbe essere allora evidente che, se fosse predefinito l’interesse cui deve orientarsi l’azione della società, ne risulterebbe almeno un disincentivo per gli investimenti azionari con esso non compatibili o non pienamente compatibili. In altri termini: è fisiologica, anzi tipica, un’ampia eterogeneità delle motivazioni alla base dell’investimento azionario; e con essa, riterrei, sarebbe contraddittoria la ricerca di un interesse unitario cui dovrebbe tendere l’azione della società. (...)».

²³ P.G. JAEGER, *L’interesse sociale*, cit., p. 212.

²⁴ Si rinvia a G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. vol. II: Diritto delle società*, Utet, Milano, 2015, p. 335, nota n. 76. P.G. JAEGER, *L’interesse sociale*, cit., p. 188 ss. superando la dicotomia voto-potere funzionale e voto-diritto soggettivo, configura il voto del socio in assemblea come una “prestazione contrattuale”, ossia come comportamento dovuto scaturente dal contratto sociale e, in quanto tale, sottoposto al canone generale della buona fede.

²⁵ G. FALCO, *La buona fede e l’abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica.*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 418. Per un esame approfondito del concetto di “abuso del diritto”, senza pretesa di completezza, M. ROTONDI, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 269 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, I, *Diritto Civile*, in *Enc. Giur.*, vol. I, Roma, 1988; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir., Aggiorn.*, vol. II, Milano, 1998; M. BARCELLONA, *L’abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 467 ss.; N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2016.

ritenersi però (...) privo di tutela giuridica, o illecito”²⁶.

La categoria dell'abuso del diritto coprirebbe, dunque, tutti i casi in cui la delibera assembleare, pur adottata dai soci nelle forme legali e con le maggioranze all'uopo prescritte, 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*²⁷, a proprio esclusivo vantaggio.

Come già evidenziato in precedenza (*supra* par. 3), in assenza di una norma di portata generale che reprima l'abuso di maggioranza, variegate sono state le posizioni assunte dai contrattualisti sul piano della individuazione del parametro normativo su cui fondare l'impugnabilità della delibera assembleare per abuso della regola di maggioranza a danno della minoranza.

Alcune volte si è parlato di invalidità della delibera assembleare viziata da abuso di maggioranza per illiceità del motivo della delibera²⁸, sulla base dell'assunto che “il motivo illecito sia stato il solo a determinare la volontà e, nel caso di più azionisti, sia stato comune a tutti, nel senso che tutti si sono determinati allo scopo di perseguire la stessa finalità illecita”²⁹. Altre volte, si è ravvisata una invalidità per illiceità della causa della delibera³⁰, sul presupposto che la delibera assembleare ha la stessa causa del contratto di società e che la sua violazione, da parte della delibera, renderebbe illecita la causa della delibera stessa³¹. Altre volte, ancora, s'è fatto ricorso alla

²⁶ C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, I, *Diritto Civile*, cit., 1988, p. 1.

²⁷ Cass. civ., 17 febbraio 2012, causa n. 2334/2012, in *Riv. not.*, 2012, p. 448. Nella stessa direzione Cass. civ., 19 aprile 2003, causa n. 6361/2003, in *Foro it.*, 2004, p. 1219; Trib. Milano, 22 giugno 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 33; Trib. Roma, 22 ottobre 2002, in *Giust. civ.*, 2003, p. 5155; Trib. Roma, III sez. civ. in funzione di sez. spec. impresa, 8 maggio 2017, causa n. 8960/2017, cit., pp. 7-8.

²⁸ L. MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, cit., p. 460; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 249.

²⁹ Cass. civ., 12 novembre 1987, causa n. 8337/1897, in *Foro it.*, 1988, p. 3378.

³⁰ G. VISENTINI, *Disciplina delle società e legislazione bancaria*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 49.

³¹ Cass. civ., 7 febbraio 1963, causa n. 193/1963, in *Foro it.*, 1963, p. 685. Per un approfondimento sul tema si veda G. GUERRIERI, *La nullità delle delibere assembleari di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 42-45. In particolare, l'Autore osserva che, in ambedue le ipotesi di motivo e causa illecito, la delibera assembleare sarebbe annullabile per non conformità alla legge ai sensi dell'art. 2377 c.c., ritenendosi confermata l'inapplicabilità, nell'ambito della disciplina delle delibere assembleari di società, delle cause di invalidità dei contratti.

violazione del principio di correttezza³² e/o buona fede³³ nella esecuzione del contratto, quale limite alla libertà contrattuale.

Nonostante le diverse posizioni assunte, gli studiosi mostrano di condividere l'esito che, ad ogni modo, ne consegue: la delibera assembleare è annullabile per non conformità alla legge ai sensi dell'art. 2377 c.c.³⁴.

Se, dunque, la società è un contratto e i soci, votando in assemblea, danno esecuzione al contratto di società, ciò che ne deriva è allora un impegno del singolo socio di realizzare quello "scopo comune" contrattualmente convenuto e, in particolare, di esprimere il proprio voto in modo coerente con il predetto impegno³⁵.

³² A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, cit., p. 299 ss.; ID., *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., p. 331 ss. L'Autore osserva che «4. Perché ritengo terminologicamente preferibile la correttezza rispetto alla buona fede nelle organizzazioni delle società di capitali? Perché nel linguaggio giuridico italiano, a differenza che in quello tedesco per l'espressione *Treu and Glauben*, la buona fede è cooperazione ed afferma quindi un principio di collaborazione per il raggiungimento di un risultato comune. In altri termini, il criterio di buona fede finalizza il voto all'interesse sociale, laddove è generalmente acquisito che non esiste un obbligo del socio, giuridicamente sanzionabile, di esercitare il voto nell'interesse comune. Corretto è invece il comportamento leale, che non fa prevalere interessi personali estranei al rapporto al fine di danneggiare gli altri partecipi al rapporto stesso. Il criterio della correttezza agisce sugli interessi perseguibili, ma senza imporre un vincolo giuridico di cooperazione al raggiungimento di un concreto risultato. Il canone non potrebbe quindi consentire la valutazione della congruità teleologica dell'esercizio del potere rispetto all'interesse sociale».

³³ In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. civ., 26 ottobre 1995, causa n. 11151/1995, con commento di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., p. 329 ss.; Trib. Como, 1° giugno 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 779; Trib. Milano, 2 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, p. 3638; Cass. civ., 11 giugno 2003, causa n. 9353/2003, cit., p. 188, nella quale si evidenzia «Deve ritenersi applicabile in materia l'art. 1375 c.c., il base al quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante il rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale».

In dottrina, per tutti: P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., p. 193; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, cit., p. 74 ss.; F. GALGANO, *Trattato diritto civile*, vol. IV, ed. III, Cedam, Padova, 2014, p. 401 ss.

³⁴ Così, *ex plurimis*, Cass. civ., 7 marzo 1992, causa n. 2764/1992, in *Giur. comm.*, 1994, p. 558; Cass. civ., 5 maggio 1995, causa n. 4923/1995, in *Giur. comm.*, 1996, p. 329; Cass. civ., 26 ottobre 1995, causa n. 11151/1995, cit., che nel cassare la sentenza impugnata ha dettato il seguente principio di diritto «7-La delibera assembleare, adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno di quelli di minoranza, è illegittima ed è impugnabile a norma dell'art. 2377 c.c.».

³⁵ In questo senso P.G. JAEGER, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, cit., p. 331 ss.

Sicché, a ben vedere, sono queste, in fondo e in estrema sintesi, le considerazioni che inducono chi scrive a ritenere che il vizio dell'abuso di maggioranza riguardi la violazione della clausola generale di buona fede³⁶, quale fonte integrativa del contratto e quale precetto tanto generale da prestarsi a regolare ogni rapporto intersoggettivo, qualunque ne sia la fonte, vincolando le parti ad un dovere di lealtà e di rispetto della sfera altrui nell'ambito dei loro reciproci rapporti.

Ed è proprio a quest'ultimo orientamento, ormai dominante nella dottrina e nella giurisprudenza prevalente, che sembrerebbe conformarsi il Tribunale di Roma nella fattispecie in esame.

Da ultimo, si evidenzia come siffatta pronuncia si pone in linea con la generale tendenza, sempre più comune nell'ambito della casistica giurisprudenziale in materia³⁷, di non addivenire all'annullamento di deliberazioni

³⁶ Ogni clausola generale, quale norma dal contenuto "indeterminato", offre agli studiosi del diritto dei campi di indagine su cui soffermarsi. In particolare, si pone il problema della individuazione del fondamento normativo della clausola generale di cui si tratta; problema che pone, inevitabilmente, un distinto livello di difficoltà in relazione al criterio adottato. Alcuni Autori propendono verso «una logica di giuspositivismo moderato» che «tenga fermo il principio della tassatività delle fonti di diritto» (M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, Atti del convegno Orizzonti del Diritto Commerciale (II Convegno Nazionale, Roma, 11-12 febbraio 2011), pp. 30-32); in questo senso, dunque, si tratterebbe d'applicare dei parametri tecnici, delle regole di condotta accettate in maniera diffusa in certi contesti sociali e professionali (ricavabili dall'*id quod plerumque accidit*) e che, in quanto tali, non lascerebbero alcuno spazio alle scelte discrezionali dell'interprete. Altri Autori, invece, sostengono che i rinvii alla diligenza, alla correttezza, alla buona fede e così via, siano collegabili a quell'idea della giurisprudenza come fonte di diritto positivo (G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005). Altri ancora, invece, che «la verità stia nel mezzo: per un verso, infatti, è difficile contestare che concetti come diligenza, buona fede, correttezza, ragionevolezza e simili affondino le proprie radici in valutazioni ed in saperi rinvenibili allo stato diffuso in vari ambiti della società, con la conseguenza che l'interprete trova il conforto di specifici riscontri tecnici; per altro verso, però, si deve considerare che le predette valutazioni ed i predetti saperi non si trovano belli e pronti per l'uso, nella forma di regole già definite, ma li si scopre nella forma di mere regolarità di condotte (Rodolfo Sacco parlerebbe di un diritto muto), da filtrare attraverso il setaccio dei valori che l'ordinamento intende tutelare in un determinato settore dell'esperienza giuridica» (G. TERRANOVA, *Clausole generali e principi di diritto nelle procedure concorsuali*, in *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, Atti del convegno Orizzonti del Diritto Commerciale (II Convegno Nazionale, Roma, 11-12 febbraio 2011), p. 8). Sempre in tema di funzioni delle clausole generali, si vedano anche F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 25 ss.; S. FORTUNATO, *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Cont. e Imp.*, 2010, p. 477 ss.

³⁷ Cass. civ., 17 luglio 2007, n. 15942/2007, e Cass. civ., 17 luglio 2007, n. 15950/2007,

assemblarsi per abuso del diritto di voto.

Il giudice osserva che, al fine di ravvisare il lamentato vizio di abuso della regola di maggioranza, occorre dimostrare che la deliberazione con cui l'assemblea aveva maggiorato il compenso dovuto ai due soci di maggioranza, quali amministratori, fosse il portato di un esercizio fraudolento del diritto di voto ad esclusivo danno dei soci di minoranza. La circostanza della contrazione del volume d'affari e dei ricavi realizzati dalla società, dedotta dal socio di minoranza, non è un elemento di per sé sufficiente a inferire che il compenso in favore dei due soci amministratori sia da ritenersi sproporzionato ed irragionevole in rapporto alla qualità, alla quantità e all'importanza dell'impegno loro richiesto e alle attività in concreto svolte³⁸.

4. Osservazioni conclusive

A volere trarre le fila di queste brevi osservazioni, si può osservare che il canone generale della buona fede in senso oggettivo impone ai soci non un comportamento a contenuto prestabilito ma rileva solo come limite alla libertà di esercizio del diritto di voto ad opera del socio. Essa infatti sanziona il comportamento del socio che, pur non pregiudicando l'interesse sociale, persegue strumentalmente con il voto il fine fraudolento di arrecare danno agli altri soci.

Permane in capo a chi scrive un interrogativo: cosa significa, però, che la buona fede deve essere considerata come limite alla libertà del socio di esprimere il proprio voto in assemblea? Ed in particolare, detta clausola generale funge da limite interno o da limite esterno?

Il tema è alquanto delicato. Parrebbe necessaria, così come osservato da autorevole dottrina, una verifica del contesto da cui provengono i limiti e, in particolare, comprendere se si è dinnanzi a "limiti imposti dall'esterno (come nell'esercizio di poteri pubblici) o se si tratta invece di limiti dedotti dagli obiettivi che il soggetto ha condiviso con altri e per i quali ha assunto impegni, anche nel proprio interesse"³⁹.

Alla luce di quanto sin qui si è detto, ritenendo di accedere alla tesi

in *Riv. not.*, 2009, p. 640 ss., con nota di E. TIMPANO, *L'interesse sociale fra contrattualismo ed istituzionalismo in relazione al conflitto di interessi assembleari ed all'abuso della regola della maggioranza*.

³⁸ Trib. Roma, III sez. civ. in funzione di sez. spec. impresa, 8 maggio 2017, causa n. 8960/2017, cit., pp. 12-13.

³⁹ F. DENOZZA, *Quattro variazioni sul tema: "contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, cit., p. 487.

del limite interno, in questa prospettiva, assume rilievo l'illuminante insegnamento di Davide Messinetti, il quale – analizzando la clausola generale della buona fede – evidenzia come la stessa si manifesti come “strumento performativo del comportamento corretto”, ossia “come fatto costitutivo e come fatto manifestativo dell'abusività”⁴⁰.

La buona fede, intesa in senso oggettivo, opererebbe, dunque, quale limite interno della condotta, come fonte di doveri comportamentali e come veicolo di individuazione dei parametri di responsabilità del socio in sede di esercizio della propria libertà contrattuale. L'agire del socio potrà configurarsi allora come illecito soltanto laddove non risponda a quei caratteri necessari perché possa dirsi rispettata la conformazione richiesta dalla buona fede.

⁴⁰ D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 15.

Paolo Margottini

Abuso del diritto e pratica tributaria

1. Il tema dell'abuso del diritto nella pratica del diritto tributario è complesso e affascinante allo stesso tempo. È in questa branca dell'ordinamento giuridico che il problema dell'abuso del diritto come categoria generale è stato recentemente sollevato in maniera decisa e diffusa.

Naturalmente è necessario comprendere le ragioni di questa trasposizione dell'istituto dal diritto civile a quello tributario. Secondo l'impostazione della stessa Cassazione in sede tributaria si è sottolineato che il principio dell'abuso è immanente al sistema giuridico benché non abbia trovato un'espressa codificazione sino all'epoca attuale. I suoi confini, tuttavia, rimangono incerti ed è difficile delinearne il perimetro di operatività¹. L'abuso del diritto rappresenta l'istituto giuridico forse più controverso nell'esperienza giuridica nazionale ed europea, e si caratterizza nel suo sviluppo più recente per l'erosione del concetto di autonomia privata e nel contempo per una sorta di iniziale legittimazione del controllo statale, comunque dei pubblici poteri, sulle modalità di esercizio dei diritti soggettivi pur riconosciuti al cittadino. Ciò ha ovvie conseguenze sul processo interpretativo delle regole giuridiche, impedendo che quel processo possa definirsi in termini di mera sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta delineata dalla norma, così escludendo *ab origine* ulteriori giudizi di legittimità.

2. L'espressione "abuso del diritto" è apparsa per la prima volta nella giurisprudenza francese del diciannovesimo secolo, quando si consentì un controllo sul diritto di proprietà di tipo contenutistico, prevedendo la responsabilità del titolare del diritto anche qualora il danno fosse stato provocato nell'esercizio del diritto stesso². L'istituto è altresì presente nell'ordinamento tedesco (nel

¹ G. PINO, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 24, 2005, p. 161-180, in particolare p. 162: «[...] La linea di confine tra le due ipotesi (ossia, tra l'iscrizione di un diritto soggettivo il cui contenuto è moralmente inammissibile, da una parte, e l'esercizio "abnorme" di un diritto soggettivo dall'altra) può essere, in alcuni casi di confine, alquanto sottile».

² S. PATTI, *voce Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1993, p. 2 e ss.

§42 del B.G.B.), ma non trova larga applicazione nella giurisprudenza, in quanto è considerato dai contorni troppo generici e privo di criteri certi per determinare quando un comportamento debba ritenersi abusivo. Un ulteriore esempio di codificazione dell'istituto è rappresentato dall'art. 7 comma 2° delle disposizioni preliminari al codice civile spagnolo, ma anche in questo caso il suo perimetro di individuazione rimane troppo ampio e generico, e quindi di difficile applicazione³.

Le esemplificazioni che precedono mostrano la difficoltà di circoscrivere la nozione di “abuso del diritto” e come di fatto si tratti di un concetto meta-giuridico, esterno all'ordinamento positivo e che necessita di una mediazione dottrinale per esservi accolto, ciò anche quando dovesse trovare una espressione codificata ma “scientificamente” non esaustiva⁴. Di fatto con l'espressione “abuso del diritto” si configura un limite esterno all'esercizio del diritto soggettivo, che la dottrina tende a individuare negli scopi etico-sociali che legittimerebbero l'utilizzo del diritto e lo renderebbero meritevole di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico⁵.

La matrice a fondamento di questa concezione può essere rintracciata nella cultura filosofico-giuridica degli anni Trenta del secolo scorso, la quale riteneva che parlare di abuso richiamasse un concetto etico e quindi esterno al diritto, che allora non si dovesse procedere ad una sua codificazione, in quanto essa avrebbe minato la certezza del diritto e l'affidamento dei cittadini⁶. Questo atteggiamento culturale spiega perché nei lavori preparatori si giunga ad espungere dal codice civile del 1942 l'art. 7 del progetto, che compiva un tentativo di codificazione espressa del principio in oggetto, né poteva consentirsi la sua elevazione a clausola generale, che ne avrebbe inevitabilmente allargato fortemente il perimetro di operatività⁷. Per trovare un giusto equilibrio fra queste contrastanti impostazioni, il legislatore ritenne di escludere la presenza di una norma di applicazione generale, e di preferire l'introduzione di singole specifiche norme in grado di prevenire l'abuso in relazione a particolari diritti (art. 833 cc. divieto di atti emulativi; art. 330 cc. abuso della potestà genitoriale).

³ A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p.1.

⁴ Sulla distinzione tra concetti legislativi e concetti scientifici si veda: G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, GIUFFRÈ, Milano, 1941, pagg. 58 e segg. e 92.

⁵ D. MESSINETTI, *voce Abuso del diritto*, Enc. dir., Agg., II, Milano, 1998, p.1 ss. e Sacco, *voce Abuso del diritto*, in Dig. Disc. priv., sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012, p.1 ss.

⁶ C. SALVI, *voce Abuso del diritto (diritto civile)*, in Enc.giur.Treccani, I, Roma, 1988, p.1 e ss. inoltre P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in Riv. dir. Civ., 1965, I, p.281.

⁷ M. GIORGIANNI, V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p.5 ss. e M. D'AMELIO, *voce Abuso del diritto*, in Nuovo Dig. it., Torino, 1937 pp. 49-50.

3. Con specifico riferimento al nostro sistema tributario l'abuso del diritto sorge in forma peculiare, in quanto in questa branca del diritto non mi sembra possibile parlare di diritti soggettivi esercitati in maniera abnorme, oltre il loro limite, ma di diritti soggettivi nell'utilizzo di istituti giuridici (negozi) a fini elusivi delle regole di imposizione tributaria. Analoga situazione potrebbe verificarsi nel diritto commerciale, in particolare nel diritto societario, ove si parla di "abuso" con riferimento ad un peculiare vizio delle deliberazioni delle assemblee delle società per azioni, adottate in contrasto con quello che si suole identificare come interesse "sociale"⁸, e tale prospettiva coinvolge l'ulteriore questione del controllo di merito del giudice sulla gestione della società. Anche in questo caso siamo in presenza dell'utilizzo improprio del diritto di voto che fa sorgere diritti soggettivi "impropri"⁹. In altri termini i soci di maggioranza utilizzano diritti soggettivi in funzione deterrente o comunque in funzione prevaricatrice nei confronti dei soci di minoranza.

In entrambe le ipotesi assistiamo ad un uso distorto o improprio di istituti giuridici previsti dal sistema giuridico, i quali fanno sorgere diritti soggettivi che vengono poi esercitati in modo anomalo ed esorbitante dal suo alveo naturale, insomma siamo in presenza di un "abuso del diritto" indiretto.

Come emerge da queste considerazioni, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sempre dubitato dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale ad esso immanente riconducibile alla nozione di "abuso del diritto", ma di diverso avviso è stata la giurisprudenza delle commissioni tributarie. Infatti nell'ambito del processo tributario è emersa in maniera sempre più intensa l'esigenza di contrasto alle condotte "elusive" o "erosive" dell'adempimento tributario. I giudici tributari, in una prima fase, per venire incontro a questa esigenza hanno fatto ricorso ai concetti di matrice civilistica come quelli di "correttezza" e "buona fede", o hanno applicato istituti sempre di matrice civilistica come quello della "simulazione", del "negozio indiretto", dell' "inesistenza della causa" e del

⁸ A. Asquini, *I Battelli del Reno*, in *Scritti Giuridici*, Vol. III, Cedam, Padova, 1961, p.221, S. FORTUNATO, *Battelli del reno e scorribande vichinghe: un difficile compito del giurista*, in <www.ibattellidelreno.it> (ultimo accesso: 09/01/2019), Saggio introduttivo e di presentazione di questa rivista, proprio con riferimento al concetto di abuso del diritto è necessario verificare che modello di impresa e quindi di interesse sociale si adotta per poter poi procedere a definire un determinato comportamento abusivo, infatti sarà solo nell'ambito di un determinato paradigma societario che si potrà interpretare un determinato comportamento dei soci e poi procedere a definirlo abusivo. In definitiva il paradigma d'impresa costituisce la lente attraverso la quale interpretare i comportamenti societari, e quindi il perno su cui si potrà considerare tali comportamenti riconducibili al concetto di abuso del diritto.

⁹ L.M. QUATTROCCHIO, *L'abuso del diritto nel diritto societario*, in *Il nuovo diritto delle società*, anno 12, n.20, 29 Ottobre 2014, pp. 79-115.

“negozio in frode alla legge” con la conseguente dichiarazione di nullità *incidenter tantum* delle operazioni ritenute elusive.

In tale quadro normativo e giurisprudenziale l'introduzione dell'art. 10 dello Statuto del Contribuente (legge 27 Luglio 2002 n. 212), ha indotto le commissioni tributarie a fondare la lotta all'evasione e all'elusione sul diritto dell'Unione Europea, principalmente utilizzando l'art. 4 del Regolamento CE n. 2988/95¹⁰, consentendo di inaugurare un approccio innovativo alla materia che poi ha avuto un'ulteriore evoluzione nella giurisprudenza di legittimità. Quest'ultima, sulla base del diritto comunitario, ha costruito il principio dell'inopponibilità dell'atto elusivo, abbandonando la categoria civilistica della nullità dell'atto per frode alla legge, in relazione alle cosiddette imposte armonizzate (iva, dazi ed accise). Da tali premesse sono partiti ulteriori interventi del legislatore in materia di abuso del diritto (soltanto a titolo di esempio si può ricordare l'art. 3 della legge n. 662 del 23 Dicembre 1996), che sono culminati nell'art. 37-bis, comma 1°, del D.P.R. n. 600 del 1973¹¹.

Nella norma in oggetto viene elaborata una nozione di abuso del diritto completamente indipendente dalle ipotesi di frode. Il legislatore si limita a richiedere che le operazioni, sia pur correttamente implementate e valide, abbiano come scopo essenziale quello di ottenere un vantaggio fiscale¹². Questo concetto ha trovato un ulteriore riconoscimento nella sentenza Halifax della Corte di giustizia Europea (sentenza C-255/02)¹³, secondo la quale per potersi configurare un abuso del diritto è sufficiente che lo scopo di conseguire vantaggi fiscali sia essenziale e non esclusivo,

¹⁰ Tale articolo al paragrafo 3 specifica che: «[...] gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario, creando artificialmente le condizioni per ottenere il vantaggio, comportano, a seconda del caso, il mancato conseguimento o la revoca del vantaggio stesso», come si evince da questo passo del paragrafo, anche in questo caso siamo in presenza di un “abuso del diritto” di tipo indiretto.

¹¹ L'articolo specifica che: «sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti ed i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposta o rimborsi, altrimenti indebiti», il passo come si evince dal testo cerca di delimitare e circoscrivere il perimetro di utilizzabilità del concetto di “abuso del diritto”.

¹² L'ambito applicativo dell'art. 37 bis del DPR n.600/1973 è stato chiarito dalla sentenza: cass. pen. Sez.II, 28 febbraio 2012, n.7739, in <www.penalecontemporaneo.it> (ultimo accesso: 09/01/2019), chiarendo il punto controverso della rilevanza penale o solo fiscale delle condotte elusive, inoltre sul punto F. DONZELLI, *Irrilevanza penale dell'abuso del diritto tributario: entra in vigore l'art.10-bis dello Statuto del contribuente*, in <www.penalecontemporaneo.it> (ultimo accesso: 09/01/2019).

¹³ A ben vedere la Corte di Giustizia europea ha mutuato il concetto espresso in questa sentenza dalla giurisprudenza tributaria francese, così G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario parte generale*, CEDAM, Padova, 2017, X edizione, p.209.

potendo quindi coesistere con altri motivi o ragioni economiche. In questa direzione è andata anche la suprema Corte di Cassazione che a sezioni unite con tre sentenze (n.30055/08, 30056/08 e 30057/08), aderendo ad un orientamento già consolidato della giurisprudenza della sezione tributaria della medesima Corte¹⁴, è andata oltre lo stretto dettato legislativo, ed ha riconosciuto nel nostro ordinamento un generale principio anti-elusivo che, troverebbe il suo fondamento negli stessi principi costituzionali ancor prima che in quelli comunitari (che peraltro a ben vedere si applicherebbero solo alle imposte armonizzate e non alle imposte dirette).

In particolare l'art. 53, comma 1°, della nostra Costituzione mirerebbe a riconoscere pari tutela di rango costituzionale sia all'interesse della collettività al concorso di tutti alla spesa pubblica (funzione di solidarietà sociale) sia all'interesse del singolo ad essere tassato nei limiti della propria capacità contributiva (funzione di garanzia).

In questa prospettiva l'imposta non è vista come un mero costo economico, ma come lo strumento concreto del dovere di contribuire alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva, e da ciò si farebbe derivare la presenza nel nostro ordinamento di un principio generale anti-elusivo basato sul concetto di abuso del diritto. E un tale principio generale non sarebbe considerato in contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., in quanto il riconoscimento di un divieto generale rappresentato dal principio in parola nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi di natura patrimoniale non derivanti dalla legge, bensì semplicemente nel riconoscimento di effetti abusivi nei negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali.

Questo orientamento giurisprudenziale, il quale permette un'applicazione generalizzata del principio in commento, senza creare contestualmente un sistema di tutela del contribuente, ha creato una forte incertezza per imprese e cittadini¹⁵. Tutto ciò specialmente in relazione all'impiego di forme negoziali che permettono di realizzare un minor carico fiscale, in quanto anche l'utilizzo di tali negozi rientra e costituisce un modo di esercizio della libertà d'impresa e di iniziativa economica nella cornice dei diritti di libertà riconosciuti dalla Costituzione e dall'ordinamento comunitario, e quindi non può essere soppresso senza sopprimere la libertà negoziale dei privati¹⁶.

¹⁴ Cass. civ. sez. trib. n.10257/08 e n.25374/08, in *Banca dati, Fisconline*.

¹⁵ L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea, contributo allo studio della prospettiva italiana*, GIUFFRÉ, 2012, inoltre M. VILLANI, *Abuso del diritto tributario*, G. GIAPPICHELLI, Torino, 2017, tutti questi autori sottolineano come sia difficile mantenere un equilibrio tra tutela del contribuente e applicazione del principio dell'abuso del diritto.

¹⁶ R. PERRONE CAPANO, *L'antielusione senza abusi non è un'utopia: ma la delega fiscale non*

4. Per porre rimedio al contrasto in parola, il legislatore ha sviluppato un sistema di tutela del contribuente basato sull'introduzione all'interno dello Statuto del Contribuente dell'art.10 bis. La rubrica della norma unifica in un'unica fattispecie il concetto di "abuso del diritto" e quello di elusione, eliminando la distinzione tra le due figure, in maniera da connotare il principio dell'abuso del diritto con il carattere della residualità, aspetto ben evidenziato nel comma 12 dell'art.10 bis¹⁷.

Sempre con l'intento di fugare le incertezze scaturenti dal principio in analisi, la legge di bilancio 2018 ha apportato modifiche all'art. 20 del T.U.R, variando le possibilità interpretative dell'Agenzia delle Entrate, ai fini della liquidazione dell'imposta di registro, e con tale variazione ha anche modificato i criteri di liquidazione dell'imposta di trascrizione e di quella catastale, a questa collegate.

La funzione ermeneutica svolta dai funzionari dell'agenzia delle entrate dovrà essere incentrata solo sul singolo atto presentato per la registrazione, basandosi sugli elementi che compongono l'atto, precludendosi quindi l'estensione dell'attività interpretativa ad elementi che esulano dall'atto stesso o che si possono rinvenire in atti che presentano un collegamento negoziale con l'atto che si intende registrare. Questa innovazione introdotta dalla legge di stabilità impedirà che più atti caratterizzati da un collegamento negoziale siano riqualeficati dal punto di vista economico.

L'approccio seguito dal legislatore si pone come argine ad un certo orientamento giurisprudenziale, il quale con particolare riferimento ad operazioni di conferimento di azienda in società, e conseguente e successiva cessione di tutte le partecipazioni rappresentanti l'intero capitale della conferitaria, tendeva a riqualeficare l'atto come cessione d'azienda¹⁸. Come si evince dalle norme introdotte dalla legge di bilancio, l'ordinamento tributario viene allineato per questo tipo di operazioni al trattamento previsto per le stesse, nel caso di imposte sui redditi¹⁹. Infatti in quest'ultimo

risolve le antinomie e alimenta ulteriori incertezze, in *Innovazione e diritto*, 2013,6, pp.7-20.

¹⁷ Il quale specifica che: «[...] in sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie».

¹⁸ Così GIOVANNI RIZZI, *Interpretazione degli atti ai fini dell'applicazione dell'imposta di Registro*, in <www.federnotizie.it> (ultimo accesso: 09/01/2019) il quale specifica: «[...] La giurisprudenza (con orientamento che si era consolidato negli ultimi anni) aveva ritenuto che le due operazioni (conferimento di azienda e cessione delle partecipazioni), se collegate tra di loro, non dovevano essere assoggettate ad imposta fissa di registro, ma dovevano essere sottoposte all'imposta proporzionale prevista per la cessione d'azienda(9% per gli immobili aziendali e 3% per tutti gli altri cespiti aziendali)».

¹⁹ L'art. 176, 3°comma, del D.P.R. 22 Dicembre 1986 n.917 (T.U.I.R) chiarisce che:

ambito non erano mai sorte controversie riguardo alla natura degli atti e all'abuso del diritto che questi potevano rappresentare. Inoltre sempre per ridurre al massimo l'incertezza degli operatori economici è stato modificato l'art. 53-bis del T.U.R., consentendo anche in questo caso di applicare l'art.10-bis della legge n. 212/2002 (Statuto del Contribuente)²⁰.

In questo medesimo senso si pone anche un recente arresto della Suprema Corte²¹, la quale non ha riconosciuto l'abuso del diritto nello specifico caso di una s.r.l., la quale aveva posto in essere una complessa operazione consistente nella deliberazione della riduzione del capitale sociale (con distribuzione del capitale ridotto ai soci) e la successiva trasformazione in s.p.a. con un contestuale aumento di capitale a servizio di un prestito obbligazionario riservato ai propri soci. Infatti in questo caso il Supremo Collegio non ha ritenuto l'operazione elusiva ed integrante l'abuso del diritto, in quanto affinché sussista tale figura deve esserci l'intento principale di ottenere un risparmio fiscale, e devono esistere più vie per ottenere il medesimo risultato. Ma nel caso in oggetto sussisteva un'unica via, quella di finanziarsi con obbligazioni riservate ai soci, poiché il ricorso al credito erogato da terzi (il sistema creditizio) sarebbe stato più costoso.

Il quadro complessivo, comunque, resta piuttosto incerto, poiché tra le diverse figure dell'evasione fiscale, dell'elusione²² e del legittimo risparmio d'imposta resta sempre sullo sfondo il concetto di abuso del diritto, circoscritto ma pur sempre presente. Il principio dell'abuso del diritto si pone come un ponte tra il mondo dei valori meta-giuridici ed i principi fondanti il nostro ordinamento giuridico (sia nazionale che sovranazionale). Se l'ordinamento nazionale lo utilizza in funzione anti-elusiva, quello comunitario lo utilizza nella funzione di garante del gettito delle imposte armonizzate, ma entrambi gli ordinamenti mostrano come funga da strumento del "potere" per modellare il diritto secondo i desideri dello stesso, in molti casi supplendo alla mancanza di scelte precise da parte del legislatore, il quale, anche in conseguenza della globalizzazione economica e finanziaria, appare

«non rileva ai fini dell'articolo 37-bis [...] il conferimento dell'azienda secondo i regimi di continuità dei valori fiscali riconosciuti o di imposizione sostitutiva di cui al presente articolo e la successiva cessione della partecipazione ricevuta per usufruire dell'esenzione di cui all'articolo 87, o di quella di cui agli articoli 58 e 68, comma 3°».

²⁰ Cass. civ., sez. trib., sentenza del 26 Gennaio 2018, n.2007, in <Gazzettanotabile.com> (ultimo accesso: 09/01/2019).

²¹ Cass. civ., sez. trib., sentenza del 15 Luglio 2015, n. 14761, in <www.cassazione.net> (ultimo accesso: 09/01/2019).

²² Per un quadro sistematico dell'argomento con particolare riferimento all'imposta di registro, *studio C.N.N. n.95/T*, 2003, estensore G. PETRELLI, in *Studi e Materiali* n.2/2004, pp. 875 e ss.

spesso incerto e timido e di conseguenza contraddittorio nella produzione normativa e non chiaro negli obiettivi di fondo delle norme²³.

Si potrebbe obiettare che anche nel diritto penale abbiamo principi meta-giuridici che sono utilizzati, per esempio, per accertare il principio di causalità²⁴. Con una fondamentale differenza, tuttavia, che in questa ipotesi siamo in presenza di nessi logici desunti da scienze che utilizzano il metodo scientifico per comprovare o falsificare i risultati sperimentali; invece il principio dell'abuso del diritto viene utilizzato per veicolare valori extra-giuridici²⁵ legittimi ma non certo condivisi dall'insieme dei consociati.

5. Qualche riflessione conclusiva. Indubbiamente il principio dell'abuso consente di combattere l'elusione fiscale in modo più incisivo, ma il raggiungimento di un simile obiettivo (pur lodevole) con tale mezzo si attua nella incertezza e nella compressione dei diritti soggettivi dei cittadini e della libertà di iniziativa economica del mondo imprenditoriale. Peraltro quel principio si inserisce in un contesto di ipertrofia normativa piuttosto accentuata, con il rischio di una pervasiva burocratizzazione dell'intero sistema, in uno scenario in cui diventa sempre più difficoltoso distinguere il lecito risparmio d'imposta dal vero e proprio abuso, con il corollario della ulteriore difficoltà di sindacare le modalità di esercizio del relativo diritto soggettivo.

E ciò pregiudica l'effettivo diritto di difesa del contribuente, con il connesso rischio di violazione dell'art. 24 Cost. e di svuotamento del principio di legalità²⁶ (vero collante della convivenza sociale e garante della divisione dei poteri), con la conseguenza che il conferimento a funzionari amministrativi del potere ermeneutico sulle norme tributarie attenua la divisione dei poteri tra legislativo, esecutivo e giudiziario, base di ogni ordinamento giuridico

²³ Pensiero espresso dal Prof. C. Salvi nel suo intervento conclusivo in occasione del convegno in onore di Davide Messinetti, tenuto in data 24 Aprile 2018, presso l'università Roma Tre.

²⁴ M. SANTISE, F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, terza edizione, GIAPPICHELLI, 2017, pag. 206, nella quale viene specificato che: «[...] l'accertamento della causalità materiale, che è categoria metagiuridica, è retto da regole desunte dalle scienze naturali».

²⁵ L'analisi kantiana della "metafisica" svolta nella Critica della Ragion Pura ha dimostrato ampiamente, come sia impossibile per la ragione fondare gli assiomi della stessa su basi scientifiche.

²⁶ Pensiero espresso dal Prof. S. Fortunato durante il suo intervento in occasione del convegno in onore di Davide Messinetti tenuto in data 24 Aprile 2018 presso il dipartimento di giurisprudenza dell'università Roma Tre, durante il quale osservava che: «il principio dell'abuso del diritto rischia di svuotare il diritto soggettivo, il quale se viene visto come un fascio di diritti (espressione già utilizzata dal Prof. Giuseppe Terranova), rischia di venire amputato delle sue caratteristiche più significative».

democratico, e svuota nel contempo la certezza dei rapporti giuridici, svilendo il principio dell'affidamento che in definitiva non è altro che l'altra faccia del principio di buona fede²⁷. Unica soluzione a tale complesso quadro normativo rimane l'estensione anche all'ordinamento tributario (in omaggio al principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico e stante la comune matrice pubblicistica che il diritto in oggetto vanta con il diritto amministrativo e con quello penale) del principio di tipicità (ed il connesso divieto di analogia), in maniera da garantire meglio i diritti soggettivi dei cittadini ed accogliendo quindi anche un orientamento già maturato in sede sovranazionale (C.E.D.U.)²⁸.

²⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione, Jovane, Napoli, 2012, pp.76-77.

²⁸ F. BUFFA, *Relazione del 18 Maggio 2017 tenuta alla Corte Costituzionale in Roma, all'incontro di studio per magistrati tributari, organizzato dal Consiglio di Presidenza della giustizia tributaria*, N. DURANTE, *compatibilità dell'assetto ordinamentale della giustizia tributaria con l'art.6 della C.e.d.u.*, Relazione resa all'incontro di studio su "Rapporti contribuente-fisco, tra giurisprudenza tributaria e corte di Strasburgo – novità fiscali – Rientro dei capitali-autoriciclaggio", Catanzaro 3 Dicembre 2014, incontro organizzato dalla sezione Calabria dell'A.N.T.I., Associazione nazionale tributaristi italiani, P. LAROMA JEZZI, *Il riconoscimento in materia fiscale dei diritti fondamentali tutelati dalla C.E.D.U e dalla Carta dei diritti dell'U.E.*, in *Corriere Tributario* 9/2015, pp.679-684, G. CHIARIZIA, F. GIULIANI, *Diritto tributario, C.E.D.U e diritti fondamentali dell'U.E.*, *incidenza e applicazioni pratiche*, Giuffrè, 2017.

Sabino Fortunato

Sull'abuso del diritto e sull'“abuso dell'abuso”

SOMMARIO: 1. L'abuso del diritto e i problemi di vertice nella costruzione dell'ordinamento giuridico. – 2. In particolare la storicità del rapporto fra legislazione e giurisdizione. – 3. Il monopolio statale nella produzione del diritto, le codificazioni liberali e il problema dell'abuso. – 4. La mancanza di un generale divieto dell'abuso del diritto nel Codice civile del 1942 e le tesi antipositiviste. – 5. L'abuso come principio generale non scritto? Critica. – 6. La configurazione dell'abuso come clausola generale. Esigenza di tipizzazione con-testuale. – 7. Clausola generale e processi di standardizzazione mediante strumenti di *soft law* o di norme specifiche (come in materia tributaria). – 8. Capitalismo e diritto calcolabile. Il senso del principio di legalità. – 9. Diritto e legittimazione democratica nella produzione normativa.

1. *L'abuso del diritto e i problemi di vertice nella costruzione dell'ordinamento giuridico*

L'attenzione sul tema dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento è stato di recente risvegliato dalle pronunce della Corte di Cassazione in materia tributaria e in funzione antielusiva, ma si è ben presto indirizzata verso l'affermazione di un *principio generale* esteso a tutti i settori dell'ordinamento giuridico, inserendosi così a pieno titolo nel dibattito in materia di “diritto giurisprudenziale”, che sembra sovrastare in maniera sempre più intensa il “diritto legislativamente codificato”¹.

¹ Nell'ambito del diritto tributario la Cassazione già dal 2006 aveva invocato un generale principio di abuso del diritto, sia pure di derivazione comunitaria, per contrastare comportamenti del contribuente volti a conseguire benefici fiscali “senza una reale e autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni economiche, che risultano eseguite in forma solo apparentemente corretta ma, in realtà, sostanzialmente elusiva”. (Cosi' Cass. 5 maggio 2006, n. 10353 e poi Cass. 17 ottobre 2008, n. 25374, sulla scia del noto caso Halifax deciso da Corte di Giustizia Europea 21 febbraio 2006, causa C-255/02). Ma v. anche Cass. 29 settembre 2006, n. 21221 che estende il principio comunitario antiabuso ad operazioni assoggettabili ad “imposte non armonizzate”. Successivamente, con tre coeve decisioni delle Sezioni Unite (Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30055, n. 30057 e n. 30058), la Suprema Corte sgancia la giustificazione del generale principio antiabuso dalla fonte comunitaria e lo ricollega direttamente al principio interno costituzionale sancito dall'art. 53 Cost., secondo cui “tutti sono

E non pur dubbio che l'abuso del diritto o, più in generale, l'*abuso* delle sfere di competenza attribuite ad un soggetto (siano esse qualificabili come diritti soggettivi o facoltà, o ancora come potestà o veri e propri poteri, pur nelle doverose differenziazioni delle situazioni che ne discendono) è istituto che finisce per evocare problemi di vertice e fondanti la costruzione dell'ordinamento giuridico. La sua configurazione investe perlomeno: (i) i problemi di assetto dei poteri e dei compiti "normativi" delle istituzioni legislative, giurisdizionali e giurisperite; (ii) le tecniche stesse di costruzione delle sfere di competenza di potere di cui l'abuso segna il *limite*, inteso ora come limite *esterno* rappresentato dalle altrui sfere di competenza, con le quali può trovarsi a confliggere, ovvero come limite *interno* e allora nella bivalenza dell'eccedenza rispetto allo scopo-intenzionalità soggettiva perseguita o allo scopo-funzione oggettiva segnata dalla norma attributiva del potere se non anche dall'intero sistema; (iii) la valenza della limitazione alla sfera di potere come *regola generale* ricavabile dallo stesso sistema o come *regola eccezionale* volta a volta espressamente specificata; (iv) la dialettica e il temperamento fra i valori della *certezza del diritto*, quale garanzia delle situazioni di libertà come anche delle situazioni di soggezione al potere, e la *discrezionalità creativa ed evolutiva* della *regula iuris*, quale adeguamento dell'interpretazione applicativa rispetto alle nuove esigenze sollevate dal dinamismo socio-economico della comunità.

tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva". Su questa evoluzione v. la nitida ricostruzione di F. GALLO, *Abuso del diritto (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Annali, X, Milano, 2017, 1 e ss., ove anche ampi richiami di dottrina e giurisprudenza. Il dibattito civilistico sull'argomento è stato poi riaccessso dalla ulteriormente successiva decisione sul cd. "caso Renault", in materia di esercizio del recesso da contratto fra imprese, con la sentenza di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106. E v. anche, per ulteriori riferimenti, il bel saggio di N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 33 ss., che parla di «progressiva giurisdizionalizzazione» della nostra esperienza giuridica in cui alla legalità del testo normativo si sostituisce la "legalità del caso". L'intero numero monografico di *Questione Giustizia* appena citato è peraltro dedicato al più ampio tema del rapporto fra legge e giudice, con contributi di vario orientamento davvero interessanti. Dalla decisione della citata Cassazione traggono spunto anche i contributi raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, e in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012. Ovviamente non può trascurarsi il volume di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim* che raccoglie peraltro tre saggi antesignani degli anni Sessanta del secolo scorso con un quarto conclusivo redatto per l'occasione. Per uno sguardo comparatistico, v. G.B. PORTALE, *L'exceptio doli generalis*, in *Lezioni di diritto privato comparato*, 2ª ed., Torino, 2007, p. 156 ss.

2. In particolare la storicità del rapporto fra legislazione e giurisdizione

A me pare che in questo quadro articolato e complesso il problema di fondo permanga pur sempre il ruolo che in un sistema di democrazia avanzata debba attribuirsi al rapporto fra *legislazione* e *giurisdizione* nella determinazione della regola di diritto, laddove ambedue le nozioni possono e debbono intendersi in senso lato².

La *legislazione* rinvia al testo normativo elaborato da fonti cui gli assetti costituzionali assegnano – direttamente o indirettamente – il compito di definire regole di comportamento e di convivenza di individui e organizzazioni che agiscono nella realtà socio-economica; la *giurisdizione* richiama il molteplice e diffuso mondo degli operatori del diritto che assolvono ad un compito “interpretativo” ed “applicativo” di quei testi normativi, dalla dottrina ai giudici alla classe forense e notarile e alla stessa burocrazia amministrativa. La ricerca di un soddisfacente equilibrio fra questi due ambiti istituzionali è essenziale ad un efficiente ed efficace funzionamento del sistema giuridico; tale equilibrio è ovviamente collegato all'evoluzione storica degli ordinamenti e alle rispettive caratterizzazioni³.

Accade allora, volendo esemplificare, che nel *diritto romano*, il problema dell'abuso del diritto non aveva modo di porsi in termini di “principio generale”, e ciò in considerazione del carattere pragmatico di quell'ordinamento, che tendeva a dare soluzione concreta al problema nel caso specifico, e della molteplicità dei mezzi che quell'esperienza consentiva, al fine di adeguare le norme alle esigenze innovatrici dettate dall'etica o dalla coscienza sociale (dalle elaborazioni dei *prudentes* alla *bona fides* operante nello *ius gentium*, dagli editti dello *ius praetorium* alle costituzioni imperiali e agli interventi *extra ordinem*)⁴.

È solo nel *diritto intermedio*, e dunque in epoca medievale, che – anche ad opera della glossa accursiana – viene sollevata la questione dell'abuso in termini più generali, soprattutto con riguardo agli atti emulativi, distinguendosi allora

² In termini analoghi, benché con differenti esiti, osserva G. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 559 ss.: «L'abuso del diritto come problema emerge soltanto quando tutto il diritto è racchiuso nella legge; nel momento in cui, nel dramma della modernità giuridica, la distinzione fra diritto e legge si presenta come un'eresia. L'idea stessa del divieto di abuso del diritto nasce in connessione con l'ideologia dei Codici liberali, si afferma come “questione di giustizia”, come richiesta di una rideterminazione del rapporto fra legge e diritto, fra legislatore e giurisprudenza» (563-564) (sottolineatura mia).

³ Per l'accentuazione della dimensione storica della categoria dell'abuso del diritto, oltre al saggio di Cazzetta citato nella nota che precede, v. C. SALVI, *Abuso del diritto, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1998, 1 ss.

⁴ Cfr. G. GROSSO, *Abuso del diritto: a) diritto romano*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 161 ss.

fra *abuso subiettivo*, colorato dalla finalità dell'*animus nocendi* senza vantaggio per sé («*item quod alii nocet et sibi non prosit non licet*»), ed *abuso obiettivo*, in quanto uso abnorme del diritto, deviazione dall'uso normale a prescindere dalla finalità soggettiva. Sotto questo secondo profilo – sottolinea Gualazzini⁵ – il criterio di liceità è ricavato o dalla *ratio* dello stesso sistema, con la tecnica degli *absurda*, o da principi generali estranei al sistema, ma orientati ad una superiore *iustitia* rispetto alla *lex saeculi*. È evidente l'influenza del Cristianesimo e delle elaborazioni giusnaturalistiche che invocano l'*aequitas* come strumento di correzione del comando legislativo in nome di una liceità – più che giuridica – morale e religiosa dei comportamenti. Ed è parimenti evidente quella commistione tra sfera giuridica e sfera morale-religiosa verso cui si appuntarono a fine Ottocento le critiche giuspositivistiche e legalistiche di Scialoja⁶. Del resto la costruzione di una teoria dell'abuso affidata soprattutto alla giurisdizione si rilevava – nella “congerie delle fonti normative” che caratterizzava il diritto intermedio – un esercizio rischioso che poteva condurre all'*abuso dei giudici* (così Muratori) od anche all'*instabilità delle regole statutarie* nell'alternare prevalere di fazioni e partiti contrapposti. L'*incertezza* finiva così per contrassegnare gli ordinamenti medievali con grave nocimento dei traffici giuridici⁷.

3. *Il monopolio statale nella produzione del diritto, le codificazioni liberali e il problema dell'abuso*

È ormai dato abbastanza condiviso che il problema dell'abuso del diritto sorge in via definitiva nel momento stesso in cui la *legge dello Stato* tende a monopolizzare la produzione del diritto. Dapprima l'opera codificatrice dell'assolutismo regio determina l'avvio di una omogeneizzazione e tendenziale uniformità delle situazioni giuridiche attribuite e/o riconosciute ai sudditi dall'atto legislativo del sovrano; di poi le grandi e rivoluzionarie codificazioni dell'Ottocento, con il progressivo affermarsi dell'ideologia liberale, definiscono e conformano – come ci ricorda Messinetti⁸ – *diritti soggettivi* alla stregua di sfere di competenza legittimanti la libera azione individuale e nel contempo *divieti* quali limiti espressi a quella attribuzione di potere individuale. Tutto vive, però, nello spazio normativo segnato dalla legislazione dello Stato moderno e liberale, uno spazio puntellato e frammentato da poteri individuali conformati sul diritto di proprietà e sulla assolutezza che ne contrassegna il riconoscimento e che

⁵ U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto: b) diritto intermedio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 163 ss.

⁶ Lo ricorda G. GAZZETTA, *Abuso del diritto*, cit., 564 ss.

⁷ Sono i rilievi di U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto*, cit., 165.

⁸ D. MESSINETI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, II, Milano, 1998, 1 ss.

tende a riflettersi nella ricostruzione di ogni altro diritto soggettivo, compresi i diritti di credito e i diritti di esercizio dell'autonomia negoziale.

Questa ricostruzione, comunque, lungi dall'essere presentata e vissuta dal ceto giuridico ottocentesco, ma anche del primo Novecento, come espressione di una opzione politica ben definita storicamente, è spesso giustificata dalla sua aderenza ad un ideale sovrastante, alla “natura delle cose”, al costume e al sentimento nazionale (lo spirito del popolo) trasfuso così nell'ordinamento positivo. Di qui l'ambiguità di coloro che – pur nella difesa positivista dell'ordine costituito – aprono a temperamenti dettati da equità e principi, riflessi in fondo – si afferma – in quello stesso ordinamento positivo quale trascrizione della coscienza giuridica nazionale⁹.

Altri si fanno più decisamente portavoce di un superamento del «diritto comune civilistico» posto in crisi «dalla difficoltà di conciliare l'elemento sociale e individuale nei diversi istituti»¹⁰, così da pervenire – anche sulla base delle suggestioni provenienti da ordinamenti in cui l'abuso del diritto era stato codificato (così il § 226 *BGB*) e della dottrina francese – ad una vera e propria «socializzazione del diritto»¹¹.

Ma il dibattito della civilistica italiana dei primi decenni del Novecento si blocca di fronte al timore dell'affermarsi di un “diritto libero”, cui Mario Rotondi reagisce sostenendo che «l'opera del giurista deve essere seriamente, gelosamente, decisamente conservatrice»¹². Il diritto guarda al presente – echeggiano oltralpe –, all'ordine costituito e non è anticipazione del futuro¹³.

4. *La mancanza di un generale divieto dell'abuso del diritto nel Codice civile del 1942 e le tesi antipositiviste*

Ovviamente nel richiamare tale dibattito non si intende certo aderire ad impostazioni conservatrici del diritto, men che mai a fronte di una società postmoderna in rapida e profonda trasformazione ed ai nuovi

⁹ Per tale segnalazione cfr. G. CAZZETTA, *Abuso del diritto*, cit., 566 ss.

¹⁰ G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Milano, 1980, 124.

¹¹ L. JOSSEMAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905, *passim*.

¹² M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*. Aemulatio (1923), Padova, 1979, 220.

¹³ E v. G. RIPERT, *Les forces creatrices du droit*, Paris, 1955, 378 ss., ove una strenua difesa del positivismo giuridico e l'indagine sul ruolo del potere giudiziario. L'A. conclude icasticamente: «Quand l'appel contre les règles dégagées par la jurisprudence est porté devant le législateur, une loi nouvelle brise la règle donnée par le pouvoir judiciaire, car il ne saurait y avoir d'égalité entre les sources du droit; le pouvoir judiciaire ne détient pas la souveraineté» (395) (sottolineatura mia).

assetti recepiti dalla Costituzione repubblicana del 1948, aperti per un verso a valori solidaristici fondamentali e per altro verso a programmi proiettati in prospettiva di sviluppo futuro dell'intera società.

Ciò che si intende sottolineare è che quel dibattito ebbe il suo peso nella codificazione del 1942 e nello stesso ritardo con cui la dottrina e la giurisprudenza nostrane sono pervenute ad una più meditata riflessione e valorizzazione delle novità costituzionali.

Il codice civile, infatti, nonostante la proposta di trasformare in diritto positivo il divieto generale dell'abuso del diritto¹⁴ e nonostante si fossero incrementate le suggestioni di altre codificazioni straniere, non accoglie l'abuso come principio generale e semmai configura nei singoli istituti (dalla proprietà ai diritti di credito agli atti di autonomia negoziale e alle potestà familiari) *condizioni* e *limiti* di utilizzo degli stessi che mal si prestano alla ricostruzione di un principio o di una clausola generale dell'abuso estesa all'esercizio di un qualsiasi diritto¹⁵.

In senso opposto, si afferma che «il principio dell'abuso del diritto si proietta necessariamente nella complessità delle vicende applicative e quindi si sottrae ad ogni ipotesi di formalizzazione»¹⁶, chè anzi se è vero

¹⁴ Il progetto ministeriale del libro primo collocava, tra i principi generali, un art. 7 del seguente tenore: «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto».

¹⁵ È la constatazione diffusa non solo all'indomani della codificazione (v. per tutti Salv. ROMANO, *Abuso del diritto: c) diritto attuale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.) ma anche in tempi recenti (cfr. C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit., 2 ss.). In particolare Salv. Romano rilevava che la mancanza di una norma di carattere generale sull'abuso nel codice civile gli sembrava «giustificata», poiché «si tratta di un problema di teoria generale la cui soluzione di principio si lascia difficilmente tradurre in termini precettivi; la stessa formula che era stata progettata era di dubbio tecnicismo e avrebbe potuto rivelarsi infondata per l'assunzione dello scopo come elemento cui riferire l'abuso». A sua volta Salvi precisa che «non pare in effetti proficua un'opzione pregiudiziale a favore della configurabilità del divieto di abuso come tecnica che consenta di adeguare la rigidità della legge scritta alle esigenze fatte proprie dalla "coscienza sociale", oppure ai valori desumibili dalla Costituzione. Non è infatti dimostrabile la idoneità in astratto di un principio generale siffatto alla realizzazione delle predette finalità».

¹⁶ Così N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit., 37 s., il quale afferma in modo categorico che «essendo il ruolo dell'interprete necessariamente legato ad una pluralità di fattori, diventa assolutamente irrilevante il fatto che il sistema delle norme contenga o meno una esplicita sanzione dell'abuso». V'è da chiedersi, però, quale portata debba allora riconoscersi alle disposizioni che in altri ordinamenti hanno inteso positivizzare l'istituto dell'abuso del diritto, peraltro con formule non sempre coincidenti. Il carattere puramente «simbolico» attribuito a quelle formule dall'illustre Autore non soddisfa specie a fronte di una pluralità di formulazioni che pongono differenti condizioni per l'applicazione dell'istituto. Oltre al citato § 226 BGB (divieto di emulazione) e al § 826 (obbligo di risarcire il danno recato in maniera contraria ai buoni costumi) (ma Salvi ricorda che il divieto generale è desunto dal principio di buona fede

che «dietro tutte le regole c'è sempre un principio», sia esso tratto dai testi enunciati nel sistema o dai testi costituzionali, il principio – specie se di fonte costituzionale – non può che prevalere sulla regola¹⁷.

Ora, nessuno nega che ogni regola ha la sua *ratio* e che proprio in virtù di ciò è consentito procedere, in via di interpretazione, ad una applicazione analogica di quella regola a fattispecie non espressamente disciplinate, sia nella forma dell'*analogia legis* che in quella *dell'analogia iuris*. Né si intende contrastare la evidente necessità che il processo interpretativo in sede applicativa della regola consegnata al testo normativo debba per un verso ricostruire il "senso" ermeneutico di quel testo e per altro verso ricostruire il "fatto" da disciplinare, così pervenendo all'esito finale del "diritto vivente"¹⁸.

di cui al § 242 piuttosto che dalle precedenti norme), si vedano l'art. 334 cod. civ. portoghese, l'art. 2 cod. civ. svizzero, l'art. 281 cod. civ. greco e l'art. 25, § 3 della relativa costituzione del 1975, l'art. 13 cod. civ. spagnolo. Si è soliti richiamare anche l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (il cui testo – osserva Lipari – è praticamente simmetrico a quello dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed è oggi richiamato dall'art. 1 del Trattato Ue, come modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con legge 2 agosto 2008, n. 138) secondo cui: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Ma v. su tale testo i rilievi fortemente critici di L. PANNARALE, *Giustiziabilità dei diritti: per un catalogo dei diritti umani*, Milano, 2002, 80 s. per il quale «la norma... non significa praticamente nulla. A volerle dare un senso, essa impone semplicemente di preferire, fra le varie interpretazioni delle sue norme, quella che renda compatibili i diritti in essa contenuti a quella che, invece, li renda incompatibili: ma è evidente che una simile impostazione ha il sapore dell'ovvietà anche per l'interprete men che diligente e non aveva alcun bisogno di essere esplicitata». A sua volta C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 102 e 217 parla di «formulazione priva di ogni gerarchia di valori che possa indirizzare l'esercizio del potere del giudice».

¹⁷ Evidenziando l'essenzialità della duplice dimensione prescrittiva e argomentativa nell'applicazione del diritto, Lipari sottolinea che «il discorso sull'abuso si salda, a ben vedere, con il discorso sui principi e sui valori che essi sottendono» e che «la nostra cultura giuridica, condizionata dai modelli del positivismo, non ha ancora seriamente metabolizzato il processo di costituzionalizzazione del diritto, che sposta il profilo dell'antigiuridicità sul piano della contraddittorietà non a regole ma a principi» (*Ancora sull'abuso del diritto*, cit., 42-43). Lo stesso A. ricorda che «l'affermazione secondo la quale ogni "norma postula il suo principio"» risale a V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, 240. L'affermazione è ripresa in senso critico da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2013, 464.

¹⁸ Mi piace rinviare al riguardo, fra i tanti contributi in materia, alla raccolta di saggi dei due Autori presenti nel volume di P. RESCIGNO-S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, preceduti da una corposa *Presentazione* di Francesco Prospero (7-28).

Ma il problema sollevato dalla figura generale dell'abuso del diritto mi sembra alquanto diverso da quello pur contenuto nel ricco e inevitabile processo interpretativo. A fronte della attribuzione di una sfera di competenza ad un soggetto definita in una regola di diritto positivo si tratta di ricostruire un limite non espresso da alcuna altra regola di diritto positivo che si ponga in qualche modo come eccezione alla prima. Se poi la stessa regola attributiva (o altra disposizione nel sistema) evidenzia condizioni e limiti di esercizio di quella sfera di competenza, ebbene siamo di fronte ad un processo di conformazione intrinseco all'attribuzione medesima.

5. *L'abuso come principio generale non scritto? Critica*

La difficoltà di pervenire ad una generalizzazione della figura dell'abuso si riflette nella molteplicità delle sue possibili configurazioni sia quale "principio generale" sia quale "clausola generale" o *standard* valutativo.

Si pensi, quanto alla individuazione del *principio generale*¹⁹, non solo alla diversa formulazione che esso ha ricevuto negli ordinamenti in cui vive in un testo di diritto positivo, ma anche al contrasto fra le tesi finalistiche o soggettive e le tesi antifinalistiche od oggettive: le prime dirette a valorizzare lo *scopo* esclusivamente lesivo dell'altrui sfera giuridica nell'esercizio del proprio diritto, come negli atti emulativi, e per le quali dunque gli elementi che configurano il principio si individuano (i) nell'esercizio di un diritto/potere positivamente attribuito, (ii) nell'*animus nocendi* e (iii) nell'assenza di alcun vantaggio proprio; le seconde volte a ricostruire la *funzione* oggettivamente rinvenibile nella norma attributiva del diritto/potere²⁰ (a prescindere dallo scopo soggettivo) ora come «alterazione del fattore causale che si ripercuote in un'alterazione nella struttura dell'atto stesso» ora come «condotta di rapporti giuridici contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui»²¹.

¹⁹ Sul tema mi par d'obbligo il rinvio quantomeno alle opere di G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, *passim* (cfr. quanto all'abuso del diritto 410 ss.); e di N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*, ma più specificamente 222 ss.

²⁰ Da non confondere, come avverte Salv. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., 169 con la «esorbitanza da precisi limiti di esercizio che escludono *in casu* la esistenza di quel potere, di quel diritto o dell'interesse».

²¹ Così sempre Salv. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., 168 s. nel tentativo di ricavare da specifici istituti (sotto il primo profilo: la simulazione, la rescissione, la minaccia di far valere un diritto, la rottura della promessa di matrimonio; sotto il secondo profilo: il mancato avveramento della condizione imputabile alla parte interessata, la revoca della proposta quando l'altra parte ha iniziato l'esecuzione, le condizioni generali di contratto,

Ma non è chi non veda che il presunto principio del divieto di abuso del diritto per un verso risulterebbe tratto da regole specifiche di diritto positivo (nelle quali al limite vive come loro *ratio*) e per altro verso non è mai disgiunto in fase applicativa dagli ulteriori e *differenziati* condizionamenti cui lo scopo emulativo o la funzione attributiva sono assoggettati affinché quel presunto principio possa tradursi nell'applicazione al caso concreto e perciò in diritto vivente. Per non parlare del ricorso ad altri principi, come quello della “buona fede”, a sua volta attuazione del generale principio solidaristico (art. 2 Cost.), che finiscono – a me pare – per sovrastare il presunto generale principio antiabuso e che finiscono per renderlo una inutile superfetazione del processo interpretativo²². Anche chi riconosce che in alcune disposizioni (come il divieto di immissioni *ex* art. 844 c.c.) si introduce un tipo di valutazione dell'abusività che apre a criteri di “socializzazione” del diritto di proprietà, ha modo di concludere, tuttavia, che «nemmeno la prospettiva funzionalistica sia adatta a selezionare ambiti applicativi della teoria dell'abuso rilevanti e certi, se vengono dedotti da un principio generale»²³.

6. *La configurazione dell'abuso come clausola generale. Esigenza di tipizzazione con-testuale*

Di qui il tentativo di avviarsi verso una ricostruzione che, piuttosto che appellarsi ad un principio generale, preferisce ragionare in termini di *clausola generale* ovvero di «*standards* valutativi tratti dall'etica sociale (lealtà, probità, solidarietà, buona fede, correttezza nei rapporti privati) o dalla prassi sociale»²⁴. L'iter argomentativo di Messinetti parte dalla constatazione di un mutamento della *concezione della costruzione del potere* nella modernità, sulla spinta delle suggestioni provenienti dalle analisi di Foucault; e dunque

trattative e così via) il «criterio della funzione».

²² Per una recente ricostruzione dell'affermazione giuridica di buona fede cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, cui anche si rinvia per l'ulteriore estesa bibliografia in materia. Si veda, peraltro, G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, che raccoglie numerosi contributi tesi ad attribuire autonomia all'istituto dell'abuso rispetto alle clausole generali di correttezza e buona fede oggettiva.

²³ Così D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 4 s.

²⁴ È appunto la via indicata da D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 8 ss. che si richiama agli studi pionieristici di A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss., il quale pone in evidenza ciò che differenzia i principi generali dagli standard valutativi, assumendo che «la loro base [cioè quella degli standard] è costituita dalla prassi sociale piuttosto che dalle leggi» (le quali ultime evidentemente costituirebbero la base dei principi).

da un potere la cui razionalità va ricercata nel sistema piuttosto che nelle «forme soggettive individuali (i diritti soggettivi)», le quali «fanno parte della razionalità generale che muove il complesso dei dispositivi di insieme, da cui promanano le regole giustificatrici dell'azione». E perciò di un complesso di poteri che, accanto ai *divieti* espressivi della vecchia logica, ha bisogno semmai di «regole d'azione» che disciplinino il comportamento nel suo farsi. Nel contempo la seconda «rottura» è individuata nella *concezione dei valori giuridici* intesi non come valori di un mondo puro e chiuso del diritto, ma come «valori sociali», i quali «esprimono una valutazione della condotta secondo modelli generali, che possono esprimersi in *standards* valutativi tratti dall'etica sociale ... o dalla prassi sociale». Si afferma allora che

«dai diritti che hanno il compito di assolutizzare (rendere in forma assoluta) processi di codificazione, costituiti in privilegi individuali, si passa alla qualificazione dell'agire orientato verso l'intesa sociale e formalizzato attraverso clausole generali di comportamento»;

clausole «che racchiudono istanze di regolazione e delimitazione, in quanto rappresentano la condizione del funzionamento ordinato del luogo in cui si esprimono e si compongono i conflitti economici, ossia il mercato»²⁵. E qui diventa inevitabile la «mediazione dell'interprete», ancor più il «potere determinativo del giudice, nel momento della concreta attuazione». Si riconosce che «la funzione della giurisprudenza è quella dell'applicazione della legge»; e che «tuttavia la norma non si identifica con il testo legale», donde la funzione creativa della stessa esperienza giurisprudenziale²⁶.

Senonché il passaggio all'abuso quale clausola generale trova le sue esemplificazioni, in tema di concorrenza e mercato, nell'abuso della posizione dominante o nel pericolo di abuso rappresentato dai processi di concentrazione con il riconoscimento che «i contesti» in cui il principio solidaristico deve operare esigono il rispetto di regole d'azione che possono certo trarsi dall'etica o dalla coscienza sociale²⁷, ma che devono appunto adeguarsi ai

²⁵ Mi parrebbe di dover comunque precisare che il ragionamento andrebbe esteso non solo al mercato ma alle molteplici comunità e luoghi della società pluralistica in cui situazioni conflittuali possono ben presentarsi con l'esigenza di una congrua regolazione.

²⁶ D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 9 nt. 5, ove precisa ulteriormente: «Lo spazio interpretativo per il giudice si apre soprattutto nelle norme generali, come i principi generali, le clausole generali e gli *standards* valutativi, relativamente alle quali il giudizio investe lo stesso principio interpretativo. Si forma così quell'esperienza giurisprudenziale, senza dubbio creativa, che si suole chiamare «diritto vivente», in contrapposizione con il «diritto vigente» (che è quello formale)».

²⁷ Vedi sempre D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., 10-13.

relativi contesti, la cui tipizzazione, per quanto imperfetta, è pur sempre rinvenibile – certo attraverso attenta opera interpretativa – nel sistema legislativo. Restando al tema dell'abuso della posizione dominante, è pur vero che le ipotesi esemplificate nell'art. 102 TFUE o nell'art. 3 della legge n. 287/1990 non esauriscono il divieto, ma quelle tipizzazioni appaiono essenziale guida nella stessa applicazione del divieto generale che dispone la incompatibilità con il mercato interno, «nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo *sfruttamento abusivo* da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». E la stessa formulazione del divieto generale, benché evochi “nozioni aperte” (mercato interno, sfruttamento abusivo, posizione dominante, pregiudizio al commercio interstatuale, parte sostanziale), offre all'interprete limitazioni testuali che devono guidare la sua ricerca del comportamento da ricondurre al divieto. Senza contare che l'assenza di una specifica disposizione legale sull'abuso di posizione dominante prima della legge n. 287/1990, al di là degli argini comunitari, non rendeva certo perseguibile nel mercato nazionale quell'abuso in forza di un ipotetico e non scritto principio antiabuso.

La prospettiva della clausola generale con la sua apertura a modelli di comportamento che vivono nella prassi sociale, se certo apre il sistema al dinamismo accelerato della postmodernità, non è mai ricezione asettica di quelle prassi. Insomma non tutte le prassi sono degne di assurgere a criterio di valutazione dei comportamenti in concreto tenuti dagli operatori, ma solo quelle che si pongono come modello ideale di comportamento, come “*best practice*”, nel che è insito un criterio di selezione e valutativo della prassi sociale che le solleva sul piano deontico piuttosto che sul piano meramente fattuale.

La tecnica delle clausole generali fa comunque riferimento ad un testo normativo che pur non traducendosi in una fattispecie completa, la cui applicazione al fatto da regolare comporti una operazione di sussunzione (anch'essa peraltro non priva di opzioni e mediazioni interpretative), comunque delimita le prassi sociali da elevare a criterio valutativo dei comportamenti reali, e li delimita soprattutto in virtù del “contesto” di riferimento della clausola medesima²⁸, contesto che è al contempo fattuale e testuale.

²⁸ Lo riconosce anche Messinetti laddove osserva che lo *standard* applicativo è sempre più di frequente attestato sugli indici normativi, che, ponendosi nelle interpretazioni correnti come clausole generali, dettano il criterio qualitativo concreto di valutazione delle condotte, nei contesti che i momenti evolutivi della prassi fanno emergere (ad esempio, la buona fede nella regolazione dei rapporti bancari, la buona fede nella regolazione del mercato concorrenziale efficiente, la buona fede nella predisposizione ed applicazione delle condizioni generali uniformemente dettate, la buona fede nei rapporti

In altro mio scritto, dedicato alle clausole generali presenti nell'informazione societaria e in particolare alla clausola della "verità, chiarezza e correttezza" (*true and fair view*) nella redazione del bilancio, osservavo che "la clausola generale, secondo le ricostruzioni più convincenti, è connotata da quattro elementi: a) la mancanza, nella formula normativa, di una "fattispecie analitica" che consenta la classica operazione interpretativa (di tipo sillogistico) della sussunzione del "fatto concreto" nella "fattispecie astratta". Sotto questo profilo si parla anche di "concetti" o "precetti giuridici" a contenuto indeterminato; b) il riferimento del precetto a "valori" o finalità da realizzare, insomma un precetto costruito direttamente in senso teleologico; c) *l'inserimento della clausola in un ambito delineato da altre disposizioni legali*; d) l'attribuzione, spesso implicita, all'Autorità Giudiziaria di un "compito determinativo" delle regole specifiche da applicare al caso concreto. Ma nel contempo evidenziavo che

«da sempre, tuttavia, si è posto il problema di come delimitare il potere determinativo del Giudice, affinché esso non si trasformi in un potere arbitrario e incontrollato di creazione della regola giuridica, in un esercizio di "diritto libero" che finirebbe per negare il fondamentale principio dello Stato di diritto, secondo cui tutti i soggetti dell'ordinamento, tutte le istituzioni – ivi compresa la magistratura (art. 101 Cost.) – sono sottoposti alla legge»²⁹.

E mi sembrava di poter ravvisare per un verso *limitazioni procedurali*, nel senso che il potere determinativo del giudice – come accade per ogni altra istituzione – è vincolato all'osservanza di *prefissate* regole di procedimento che ne rendono valido l'esercizio (principio del contraddittorio, motivazione, etc.); ma soprattutto *limitazioni sostanziali*, come

«vincoli interni alla clausola, che discendono in particolare dal suo finalismo, dal "valore" enunciato e tutelato, e vincoli esterni, volta a volta variamente ricostruiti (cumulativamente o singolarmente) ora come il contesto delle disposizioni legali (compresi i principi generali e fondamentali dell'ordinamento) nel cui ambito sono destinati ad operare la clausola e il potere determinativo del Giudice ora come il contesto extralegale fatto di modelli etico-sociali cui la clausola finirebbe implicitamente per rinviare e ora come il contesto negoziale nel

con i consumatori, e così via) (*Abuso del diritto*, cit., 9).

²⁹ Mi permetto rinviare a S. FORTUNATO, *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contratto e impresa*, 2010, 477 ss. Sul tema da ultimo v. M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *ODC*, Riv. tel., 2, 2018, p. 1 ss.

cui ambito il potere determinativo del Giudice dovrebbe muoversi secondo la procedura finzionistica della ricostruzione della volontà implicita dei contraenti»³⁰.

Insomma, il potere determinativo del giudice non può e non deve muoversi nel “vuoto” normativo, esigenza invero sottolineata anche da coloro che pure sembrano accentuare il “momento creativo” della giurisprudenza, allorché riconoscono che

«naturalmente anche il termine “creazione” sconta una evidente ambiguità. La creatività della giurisprudenza non nasce certo dal nulla così come non nasce dal nulla la creatività del legislatore. *La prima tuttavia suppone l'avvenuto esercizio della seconda.* L'unico presupposto scontato all'interno di un ordinamento come il nostro riguarda infatti l'impossibilità di proporre un risultato interpretativo senza assumere comunque ad elemento essenziale (ancorché non esclusivo) del procedimento valutativo idoneo a condurre al precetto un enunciato normativo o comunque un criterio motivazionale che giustifichi il riferimento alla fonte della regola»³¹.

Insomma il testo legislativo resta il necessario punto di partenza del processo interpretativo, pur quando si evidenzino gli accresciuti spazi di discrezionalità dell'interprete. «È innegabile» – afferma Renato Rordorf nel suo “editoriale” all'interessante numero monografico di “Questione Giustizia” dedicato a “Il giudice e la legge” –

«che ciò ha finito per esaltare la dimensione integrativo-creatrice della giurisprudenza [il riferimento è per un verso al dinamismo dei mutamenti sociali e per altro verso alla asistematicità degli interventi legislativi e alla molteplicità plurilivello delle fonti legali stesse]. La quale però, pur costretta a ricercare la propria rotta in una difficile navigazione tra regole e principi, *non può mai affrancarsi dalla necessità di fondare le proprie decisioni su una base legale*, per mal certa che sia. Se così non facesse, non riuscirebbe ad evitare il pericolo di divenire (e di essere avvertita dai cittadini come) un fattore d'irrazionalità e di disordine nel tessuto sociale. Per quanto si voglia esaltare la creatività del momento interpretativo ed applicativo del diritto ad opera del giudice, occorre ammettere che egli non compie un esercizio senza rete, né potrebbe mai prescindere completamente dal dato testuale senza provocare una rottura insanabile del quadro istituzionale in cui si iscrive lo Stato di diritto»³².

³⁰ S. FORTUNATO, *Clausole generali e informazione contabile*, cit., 480 s.

³¹ Così N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit., 40 (sottolineatura mia).

³² Cfr. R. RORDORF, *Editoriale*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 5.

L'abuso del diritto, insomma, anche alla stregua di una clausola generale non scritta si presterebbe a fughe inaccettabili ove non delimitata da contesti specifici che solo al legislatore – fosse pure con la tecnica del rinvio – devono potersi attribuire per ragioni di carattere logico e costituzionale che mi sembra importante ribadire.

7. Clausola generale e processi di standardizzazione mediante strumenti di soft law o di norme specifiche (come in materia tributaria)

Là dove operano clausole generali, infatti, è sempre fortemente avvertita l'esigenza di una "standardizzazione" dei comportamenti virtuosi evocati da quelle clausole, come ulteriore delimitazione all'arbitrio dell'interprete, e non solo del giudice ma dello stesso operatore economico (o sociale) in fase di adempimento dei propri obblighi e dunque di prima applicazione. È ciò che accade con i vari strumenti di *soft law*, dai codici di condotta elaborati da associazioni più o meno rappresentative di ambiti professionali e/o imprenditoriali alle "*guidelines*" dettate da autorità regolamentari cui lo stesso ordinamento (nazionale, comunitario o internazionale) finisce per demandare il compito di tradurre in regole specifiche i principi direttivi e le clausole generali contenuti in fonti primarie.

È quanto è accaduto, in maniera emblematica, nell'ambito della informazione contabile ove al processo di standardizzazione dei "principi contabili" (quelle «norme di ordinata contabilità» cui già rinvia l'art. 2219 c.c.) hanno posto mano dapprima in maniera diffusa dottrina e scienza ragionieristica e aziendalistica (i francesi parlano di "*règles de l'art*"), di poi in termini più puntuali associazioni varie e soprattutto commissioni dell'Ordine dei dottori commercialisti, quindi un apposito e privato Organismo Italiano di contabilità (OIC), investito legislativamente da ultimo del compito di dettare principi contabili nazionali a cavallo fra regole legali e prassi virtuose, per arrivare – a livello comunitario – ad un meccanismo di recepimento regolamentare dei cd. principi contabili internazionali (*IAS-IFRS*), affidati peraltro alla elaborazione continua e flessibile di un organismo privato che ha sede a Londra (lo IASB)³³.

³³ Sui processi di standardizzazione dei principi contabili mi sia consentito rinviare a S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e "governance" nel modello europeo)*, in V. DI CATALDO-P.M. SANFILIPPO, *Le fonti private del diritto commerciale*, Milano, 2008, 149 ss.; nonché a Id., *Dal costo storico al "fair value": al di là della rivoluzione contabile*, in AA.VV., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano, 2007, 345 ss. e in *Riv. soc.*, 2007,

E se uno riflette sulla mole e la complessità assunta da questi principi contabili, ci si accorge che la pretesa di una loro semplice “deduzione” logica da un mero principio o da una clausola generale è assolutamente irrealistica. Il che, ovviamente, non esclude un possibile vaglio di quelle articolate e minuziose regole di dettaglio alla luce dello scopo ricavabile dalla clausola generale e soprattutto del contesto in cui questa si inserisce. A voler esemplificare – sempre rimanendo al tema della informazione contabile – si pensi al criterio valutativo del “costo storico” che ha dominato le rappresentazioni contabili sorrette dalle direttive comunitarie, prima della recente riforma, a fronte del criterio valutativo del *fair value* che oggi pervade la rappresentazione contabile fatta propria dai principi contabili internazionali³⁴. Eppure ad ambedue gli ordini di rappresentazione trova applicazione la clausola generale della *true and fair view*, ma il contesto ne modifica notevolmente la portata applicativa.

Parimenti emblematica mi sembra la vicenda della clausola antiabuso o – come più correttamente e autorevolmente viene definita – “antielusiva” in materia tributaria, da cui ha preso le mosse il recente *revival* del generale principio dell'abuso del diritto, sfociata alla fine in una *tipizzazione legale* – sia pure a maglie larghe – della clausola antielusiva. Quella vicenda è stata egregiamente ricostruita da Franco Gallo, nel travagliato passaggio delle formulazioni testuali del preteso principio: dall'art. 10 della legge n. 408/1990, trasfuso con modifiche nell'art. 37-*bis* d.P.R. n. 600/1973 (ad opera del d. lg. n. 358/1997); all'art. 10-*bis* (con ulteriori modifiche) del cd. statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212/2000) ad opera del d. lg. n. 128/2015 intitolato icasticamente alle «Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti fra fisco e contribuente»³⁵. Nella fase antecedente la legge n. 408/1990 la giurisprudenza negava l'esistenza di un generale principio antiabuso, in mancanza di una disposizione legale che lo prevedesse e nella impossibilità di far ricorso all'istituto del negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.) per ragioni che non è qui il caso di ripercorrere. La positivizzazione di alcune fattispecie con il citato art. 10 del 1990 e lo sviluppo dei principi comunitari riaprono il dibattito con gli esiti che si sono segnalati nella nota 1 che precede. E di certo non è parso sufficiente richiamarsi al principio costituzionale del dovere del cittadino di contribuire in base alla propria capacità contributiva (art. 53 Cost.) per

941 ss. Sul ruolo di recente assunto dall'OIC v. poi ID., *Gli obiettivi informativi del “nuovo” bilancio d'esercizio*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 498 ss.

³⁴ E v. ancora S. FORTUNATO, *Gli obiettivi informativi*, cit., 513 ss.; ID., *Dal costo storico al “fair value”*, cit., in *Riv. soc.*, 2007, 941 ss.

³⁵ E v. F. GALLO, *Abuso del diritto*, cit., 1 ss.

farne discendere una applicazione di regole antielusive che non potevano affidarsi di per sé alla creazione giurisprudenziale, tanto più in presenza di altro principio costituzionale che introduce in materia una chiara “riserva di legge” (art. 23 Cost.: «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»³⁶). Osserva Franco Gallo:

«desumere dall’art. 53 cost. un principio generale antiabuso operativo e autosufficiente significa dare un’efficacia diretta a una norma – appunto, l’art. 53 cost. – che tale efficacia non può avere perché si limita a vietare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad un adeguato *tertium comparationis* (e, quindi, un’alterazione dell’equo riparto), ma non ha alcun contenuto regolativo preciso e nemmeno pone generali direttive. Si tratta, in particolare, di una norma che, pur dando una copertura costituzionale al principio antiabuso, richiede tuttavia necessariamente di una fase di attuazione costituzionale mediante normazione ordinaria»³⁷.

E al medesimo risultato perviene chi pure – come Nicolò Lipari – si fa per altro verso strenuo difensore di un generale principio dell’abuso del diritto soprattutto nel campo contrattuale. L’illustre A. osserva che

«fondare, come tende a fare la giurisprudenza tributaria, un principio generale antielusione sull’art. 53 Cost. significa offrire al procedimento interpretativo un più solido supporto giustificativo, ma non implica il richiamo a criteri valutativi diversi rispetto a quelli discendenti dalle norme di riferimento»;

anzi, in tema di antielusione fiscale (come anche di frode alla legge) la tecnica – sostiene l’A. – è pur sempre quella della previsione normativa e dunque della fattispecie, diversamente da quanto si verificherebbe per l’abuso del diritto in campo contrattuale³⁸. Senza contare, ancora una volta, che la nuova clausola antielusiva delinea condizioni applicative (atto privo di sostanza economica, ricerca di vantaggio fiscale indebito, presenza – in contrario – di valide e non marginali ragioni extrafiscali) che rinviino a criteri valutativi, sì dalle maglie larghe, ma pur sempre essenziali tipizzazioni legali

³⁶ È la sostanziale traduzione del brocardo invocato durante la rivoluzione americana fra il 1750 e il 1760 da parte delle colonie nei confronti della madre patria inglese: «No taxation without representation», che riassume l’esigenza che l’adozione delle imposizioni fiscali (e non solo) sia approvata da organi rappresentativi della volontà dei cittadini, e dunque nelle moderne democrazie dai parlamenti.

³⁷ F. GALLO, *Abuso del diritto*, cit., 8.

³⁸ N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto*, cit., 46 ss. (citazione a p. 50).

non ricavabili di per sé da un generale principio antiabuso o dal precetto costituzionale di contribuzione secondo la propria capacità.

8. *Capitalismo e diritto calcolabile. Il senso del principio di legalità*

L'esigenza che sta a monte del processo di tipizzazione o – se si vuole – di standardizzazione delle prassi virtuose in regole scritte viene rappresentata come esigenza di “certezza del diritto” ovvero di “calcolabilità” o “prevedibilità” della reazione dell'ordinamento giuridico. Il positivismo ha teso a perseguire tale finalità con la tecnica della “fattispecie”, un modello o una figura del fatto (*species facti*) non totalizzante ma necessariamente selettivo di elementi tipici (astratti e generali), descritto in una “norma” non con intenti storici ma con intenti prescrittivi se non costitutivi (qualificatori) della realtà giuridica, onde consentire attraverso la mediazione del “giudizio” la sussunzione degli elementi del fatto concreto controverso (di per sé irripetibile) in quel modello e quindi pervenire alla “decisione” giudiziale. Questa preventiva descrizione rende calcolabile il futuro giudizio sul comportamento del soggetto operante nel mondo giuridico, gli consente di prevedere gli “effetti giuridici” di quel suo comportamento e perciò di fargli da guida nell'azione. E così la norma – benchè tipizzazione di fatti del passato – si proietta verso il futuro, può trovare applicazione ad una classe indefinita di “casi” secondo un giudizio probabilistico del loro possibile verificarsi³⁹.

Max Weber ha ricostruito il processo evolutivo della società occidentale come un «processo di razionalizzazione» che ha consentito di rendere autonome «le diverse sfere della vita rispetto alla sfera religiosa» e così comportando «il distacco dall'etica della fratellanza, propria delle religioni della redenzione». Nella modernità anche la sfera giuridica si fa «diritto razionale, cioè un diritto calcolabile», collegandosi alle esigenze del capitalismo che «deve poter fare assegnamento, per agire economicamente in modo razionale, su una giustizia

³⁹ Sull'argomento v. le belle pagine di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*, ma in particolare: sulla fattispecie il saggio del 2013 *La crisi della fattispecie*, 19 ss., ove pure si riprendono le posizioni di Emilio Betti, Giacomo Delitala e Francesco Carnelutti; sul circolo logico decisione-giudizio-applicazione della legge il saggio del 2016 *Un diritto incalcolabile*, 3 ss., con la contrapposizione fra il «diritto razionale formale» di Max Weber e il «decisionismo intuizionistico e vitalistico» di Carl Schmitt; sul carattere prescrittivo-costitutivo della realtà giuridica della “norma” il saggio del 1999 *Per una teoria della norma giuridica*, 171 ss., con il richiamo, da un lato, al normativismo e formalismo di Hans Kelsen e, dall'altro lato, all'istituzionalismo di Santi Romano e ancora una volta al decisionismo di Schmitt. Cfr. inoltre A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, *passim*, con numerosi saggi di grande interesse, fra cui ancora N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, 17 ss.

e su un'amministrazione sulla quale si possa far conto»⁴⁰.

La razionalità occidentale è soprattutto una «razionalità formale», che coincide con il «grado di calcolabilità» dell'agire economico con particolare riferimento ad una economia monetaria. Esiste anche una «razionalità materiale», intesa come «grado di approvvigionamento di determinati gruppi umani ... con determinati beni» in base ad «esigenze etiche, politiche, utilitarie, edonistiche, di ceto, di eguaglianza o di qualsiasi altra specie», insomma una razionalità sostanziale in termini di equa distribuzione delle risorse che fa molto più fatica ad affermarsi. Il *diritto razionale formale*, in cui coesistono calcolabilità-economia orientata al profitto-monopolio legale dello Stato, ha una *dimensione micro*, che riguarda la calcolabilità dei costi della singola impresa e del valore dei beni nel singolo scambio, e una *dimensione macro*, che riguarda il sistema giuridico come complesso di norme, il mercato come luogo degli operatori economici soggetti a quelle norme e l'apparato coercitivo dello Stato per la loro applicazione. La *fattispecie normativa* è l'espressione strumentale di questa razionalità formale dell'ordinamento⁴¹.

⁴⁰ Per questa sintesi del pensiero weberiano v. P. ROSSI, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 29 ss. Di M. WEBER si vedano soprattutto *Economia e società*, I, *Teoria delle categorie sociologiche* (1922), Torino, 1995 e *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società* (1923), Roma, 1993.

⁴¹ La giustificazione weberiana del diritto razionale formale si lega strettamente allo sviluppo del capitalismo. Tuttavia, quella razionalità formale ha una strumentalità ben più ampia ove lo si colleghi all'affermarsi storico del «principio di legalità», secondo quanto si osserverà più oltre nel testo e in nota. Può inoltre discutersi se i sistemi a *precedente vincolante* (come quelli di *common law*) costituiscano una forma di razionalità formale sia pure minore rispetto ai sistemi a *legalità codificata* (come quelli di *civil law*) oppure realizzino uno *Stato dei giudici* e non uno *Stato delle leggi*. Nel primo senso sembra orientato P. ROSSI, *Razionalismo occidentale*, cit., 32 s.; nel secondo senso – pur con qualche ambiguità – N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., 24 s. Non trascurerei, comunque, la circostanza che anche nei Paesi di *common law* gli *statutes law* sono in crescita esponenziale, per cui il giudizio delle Corti anglosassoni non può non tener conto del testo legislativo che regola la materia in cui si inquadra il caso sottoposto. Su un diverso piano mi pare si ponga la tesi sostenuta da M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in A. CARLEO, *Calcolabilità giuridica*, cit., 137 ss. L'A. parte dalla constatazione di una «tendenziale sostituzione della tradizionale struttura [formale dell'ordinamento] basata sulla sequenza fattispecie, regola e tutela, con una normativa in chiave funzionale, che individua l'interesse protetto e il fine di tutela ..., lasciando spesso indeterminati gli elementi costitutivi del fatto cui la disciplina è applicabile e il rimedio che deve o può essere utilizzato a quel fine». Ciò comporterebbe una diversa ripartizione di competenze tra legislazione e giurisdizione, alla prima spettando il compito di individuare solo gli «interessi giuridicamente rilevanti» e alla seconda quello di «operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi al fine di stabilire se uno di essi è stato «ingiustamente» sacrificato» e individuare il rimedio appropriato (si fanno gli esempi

Nessuno nega, tuttavia, che questo modello di diritto calcolabile sta attraversando nell'epoca postmoderna una crisi sempre più accentuata, favorendo per altro verso una espansione degli spazi di discrezionalità della giurisdizione e del potere dei giudici. Luigi Ferrajoli ha tentato di elencarne le ragioni, individuando quattro fondamentali fattori di crisi: (i) innanzitutto le “*disfunzioni patologiche dello stesso diritto legislativo*”: una semantica della lingua legale caratterizzata spesso da “indeterminatezza”; “il dissesto della produzione legislativa” sia sul piano quantitativo (sovra-produzione di leggi) sia sul piano qualitativo (linguaggio oscuro, tortuoso, vago e talora contraddittorio); l'aumento delle leggi-provvedimento a scapito di norme generali e astratte; la crescente asistematicità delle regole grazie al proliferare di leggi speciali; (ii) la *struttura multilivello delle fonti legislative*, sia all'interno con la gerarchia fra legge costituzionale e legge ordinaria, sia a livello comunitario e internazionale con l'ulteriore gerarchia tra norme comunitarie, trattati internazionali e norme nazionali che spesso rinviando a Corti sovrastatali e che pongono all'interprete il problema di ricercare innanzitutto la norma da applicare; (iii) l'affermarsi dapprima dello stato sociale e l'incremento della sfera pubblica, cui ha fatto seguito la loro crisi e il parallelo *aumento di istanze di giustizia dal basso*; (iv) la tendenza del potere giudiziario a «dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un *diritto di creazione giurisprudenziale*»⁴².

delle decisioni della Cassazione che hanno condotto alla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e alla distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità nel caso di violazione delle regole di correttezza e buona fede nei contratti di intermediazione finanziaria). Di qui la necessità di rafforzare la funzione nomofilattica della Suprema Corte come avvenuto con le riforme del codice di procedura civile dopo il 2006 (art. 374, co. 3, che introduce il vincolo procedurale delle sezioni semplici rispetto al precedente delle sezioni unite; art. 360 *bis*, che rende inammissibile il ricorso alla Cassazione quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in conformità ai precedenti della Corte; art. 348 *bis*, che rende inammissibile l'appello quando la sentenza impugnata richiama principi consolidati della Cassazione). Tale vincolo del precedente – disciplinato dalla legge – non sarebbe incompatibile con il principio costituzionale secondo cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101 Cost.). Ma per una sostanziale confutazione delle tesi del ns. A. cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 13 ss., in particolare quando distingue fra «argomentazione interpretativa» e «argomentazione equitativa» (27 ss.). Sulla valenza della nomofilachia v. G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 169 ss. che richiama la «certezza procedurale» promossa dall'etica del discorso ovvero dall'agire comunicativo di Habermas.

⁴² Cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 13 ss. Ma si tratta di constatazione diffusa: cfr. fra gli altri G. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 169 s. Secondo Ferrajoli il fondamento teorico delle concezioni creazionistiche del diritto giurisprudenziale sono

Ma questa crisi del modello tradizionale deve giungere sino al punto di ribaltare il *principio di legalità* e le garanzie che con la sua affermazione si sono storicamente affermate con la separazione dei poteri e il loro bilanciamento costituzionale?

Come ha giustamente sottolineato Ferrajoli, non bisogna dimenticare il senso della conquista del “primato della legge” sul potere esecutivo e sul potere giurisdizionale, sulla decisione del caso concreto, che si è affermato con l’illuminismo e il positivismo giuridico. Primato della legge, che non va confuso con il monopolio della legge dello Stato, ma che si traduce nella esigenza di una *predeterminazione, sia pure generale e astratta, dei comportamenti dovuti* da chiunque e ad opera degli organi a ciò costituzionalmente preposti secondo un principio di gerarchia accolto dall’ordinamento, tanto che quella norma generale e astratta provenga dallo Stato o dalla Regione o dall’Unione Europea o dalla Convenzione internazionale o che discenda da

rinvenibili in vari orientamenti anti o post-positivisti. Innanzitutto, e paradossalmente, nell’*orientamento kelseniano*, secondo cui fra legislazione e giurisdizione vi è solo una differenza quantitativa, ma che in ciascuna prevale un atto volitivo (piuttosto che cognitivo). Segue l’*orientamento ermeneutico* di Gadamer (ma vedi anche Zaccaria e Vogliotti), in continuità con la concezione aristotelica della equità, quale giustizia del caso concreto; in questo senso l’equità è concretizzazione ma anche correzione della legge, e perciò creazione di diritto. Vi è poi l’orientamento del *neocostituzionalismo principialista* (Dworkin, Alexy, Atienza e Manero, Zagrebelsky), secondo cui i principi costituzionali non sono concepiti come fattispecie sillogistica, ma come “imperativi categorici” e dunque come giuridicizzazione di principi morali. I giudizi di valore che ne conseguono sono fondati sull’oggettivismo etico e il giudice svolge un compito di ponderazione dei principi in sede applicativa. Vi è infine l’*orientamento neo-pandettista* di Paolo Grossi, che sviluppa una critica radicale verso le «mitologie giuridiche della modernità», con un richiamo ai costumi del popolo, all’esperienza del diritto e al lento evolvere delle istituzioni (e v. un cenno a tale impostazione, definita come «scuola storicistica», in F. PATRONI GRIFFI, *Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 175 ss.). Relativamente al neocostituzionalismo principialista sottolinea G. PRETEROSSÌ, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 77 ss. che «dal punto di vista teorico, le posizioni neocostituzionaliste, che ritengono non problematico il ruolo creativo della giurisprudenza e individuano nei “principi etici” una sorta di livello metapositivo nel quale risiederebbe l’autentico *ius* e del quale sarebbe possibile una conoscenza “oggettiva” (come in Dworkin), non sono a mio avviso funzionali a una corretta visione garantistica del ruolo della giurisdizione nell’opera di realizzazione della Costituzione, perché non solo alimentano arbitrio, incertezza e spoliticizzazione, ma sono viziati ideologicamente da meccanismi insidiosi di risostanzializzazione e rinaturalizzazione dell’artificio giuridico» (81).

una regola scritta o consuetudinaria. Il primato della legge, così inteso, ha significato nell'epoca delle codificazioni la presenza di garanzie per i cittadini di limiti e vincoli ai poteri esecutivi e giurisdizionali entro lo schema dello Stato nazionale; garanzie che il costituzionalismo rigido del Novecento ha esteso nei confronti dell'esercizio dello stesso "potere legislativo" con l'affermazione di sovraordinati diritti fondamentali; e che il paradigma, avviato ma incompleto, di un costituzionalismo unionistico o in prospettiva globale deve sviluppare contro i poteri economici e finanziari sovra ed extra statali, insomma contro i poteri arbitrari e predatori dei mercati globali⁴³.

Il principio di legalità non nega l'indispensabile ruolo del giudice nella soluzione del caso concreto, non elimina la singolarità del fatto da qualificare sulla base della previsione normativa astratta e generale, donde l'opera di mediazione dell'interprete non solo nella fase di "comprensione" dottrinarica del testo (scritto o meno) della regola ma anche nella fase di "applicazione" giurisdizionale al caso concreto irripetibile. La mediazione si svolge attraverso la "motivazione", insomma tramite quella che è definita *argomentazione giuridica*. Ma le argomentazioni "legislative", che sono scelte politiche, non vanno confuse sul piano epistemologico con le argomentazioni "interpretative"⁴⁴, che mediano fra comprensione del testo normativo e applicazione al caso concreto, pur nella presenza degli spazi di discrezionalità che quella

⁴³ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 21 ss. Per un «ritorno al testo normativo» si esprime A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisprudizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 119 ss. valorizzando un ampio complesso di decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in cui: (i) si statuisce che «la normativa degli Stati membri abbia una formulazione non equivoca, sì da consentire agli interessati di conoscere i propri diritti e obblighi in modo chiaro e preciso, ed ai giudici di garantirne l'osservanza»; (ii) si stabilisce l'obbligo dei giudici nazionali di interpretare il diritto interno in conformità al diritto dell'Unione, ma senza con ciò «fondare un'interpretazione *contra legem*», spettando solo al legislatore intervenire per ristabilire quella conformità; (iii) l'interpretazione letterale può convivere con altri criteri, da quello sistematico a quello teleologico, quando il testo normativo non sia chiaro ed univoco, ma non può essere da essi "sovertita"; (iv) il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di ultima istanza è obbligatorio quando la formulazione del testo normativo non sia chiara ed univoca o ci si discosti dal tenore letterale.

⁴⁴ Ferrajoli distingue l'*argomentazione legislativa*, che sorregge una decisione politica e che si fonda sulla scelta di valori quali l'interesse generale, l'utilità, l'opportunità o la giustizia etc., dalla *argomentazione giudiziaria*, che sorregge la decisione del caso concreto e che si fonda sulla ricerca della verità (si tratta di *decisioni di verità*), sia pure non assoluta ma relativa e opinabile. La verità giudiziaria discende da argomentazioni interpretative della norma prefissata e da argomentazioni equitative e probatorie che ricostruiscono il fatto concreto e le sue singolarità pur sempre in funzione della qualificazione normativa: L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 24 ss.

mediazione comporta. Il testo legislativo, con a monte le scelte politiche che lo contraddistinguono, resta il necessario presupposto dell'interpretazione giudiziale e della relativa argomentazione. «Il testo di una disposizione» – ci ricorda l'avvocato generale Melchior Wathelet nelle conclusioni della causa C-46/15 presso la CGCE Ambisig c. Aicp – «costituisce sempre il punto di partenza e al contempo il limite di ogni interpretazione».

9. *Diritto e legittimazione democratica nella produzione normativa*

Il richiamo al principio di legalità e alla soggezione dei giudici alla legge (come recita la nostra Costituzione) assume un valore di garanzia ancor più pregnante nelle democrazie rappresentative e parzialmente partecipative della stessa postmodernità. Il potere giurisdizionale diffuso è pur sempre esercizio di potere affidato ad un singolo magistrato o anche ad un collegio; il potere legislativo nelle democrazie rappresentative è affidato ad organi democraticamente eletti nel tentativo di aggregare il consenso maggioritario del corpo elettorale. Beninteso: non si intende qui negare legittimazione al potere giurisdizionale, che ha un suo preciso riconoscimento costituzionale quale autorità terza, indipendente e professionalizzata nella soluzione dei conflitti⁴⁵; ma si vuole ribadire il significato che assume nella nostra democrazia la sua soggezione alla legge, soggezione che appunto deve rendere quell'autorità indipendente dalle pressioni politiche contingenti, ma non certo dalle scelte legislative già operate. La giurisdizione va ben oltre l'immagine del giudice "bocca della legge"; ma – come osserva Preterossi –

«quell'immagine di Montesquieu, del resto, viene spesso fraintesa. In essa non si celava tanto la pretesa che il giudice fosse l'esecutore semi-automatico del diritto, quanto piuttosto l'esigenza imprescindibile della neutralizzazione dell'arbitrio giurisdizionale»⁴⁶.

⁴⁵ Si tratta della legittimazione *istituzionale*, così qualificata da P.L. ZANCHETTA, *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in *Questione Giustizia*, 4, 2016, 82 ss., ma ad essa deve affiancarsi una legittimazione *democratica*, intesa come «perenne ricerca di consonanza del giudice con la Repubblica, ossia la consonanza non con il *popolo attuale e contingente*, bensì la *consonanza con il popolo eterno considerato dalla Costituzione*». Deve aggiungersi che questa consonanza democratica è nella stessa Costituzione modulata come «soggezione alla legge».

⁴⁶ G. PRETEROSSÌ, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, cit., 77 ss. Ricordo, per esempio, che nell'*Ancien Régime* non sempre era d'obbligo la motivazione della decisione giurisdizionale: nel Regno di Napoli tale obbligo fu introdotto nel 1774 con una Prammatica elaborata dal ministro Berardo Tanucci; nel Codice di procedura

Indubbiamente il compito della giurisdizione è ben più complesso e articolato in una società aperta, pluralistica e multilivello, ove la ricostruzione stessa della “legge”, insomma della norma applicabile al caso concreto come vincolo e limite al “giudizio”, è tutt'altro che semplice e ove la rappresentatività democratica delle istituzioni regolatorie è pur essa messa spesso in discussione.

È tutt'ora aperto il dibattito sulla legittimazione democratica della produzione di regole secondarie affidata ad Autorità indipendenti o ad autorità amministrative o a meccanismi spesso settoriali di *soft law*; o anche alle stesse norme comunitarie sovraordinate, in generale o quando si rendono veicolo di regolazione – come nella vicenda dei principi contabili internazionali – ad opera di autorità private⁴⁷. Tenzialmente, al di

civile napoleonico esso è previsto dall'art. 141. Cfr. M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, II, 265 ss.; V. EVANGELISTA, voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 154; G. MONTELEONE, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto processo civile*, 3, 2007, 663 ss. Il tenore della Prammatica regia di Ferdinando IV di Borbone del 27 settembre 1774 era il seguente: «Continue essendo contro i tribunali le querele dei litiganti, o prevenuti dal proprio diritto o impegnati a prolungare i giudizi, ha finalmente risoluto il re di darvi il più efficace riparo, ed il più proprio per togliere alla malignità ed alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nell'opinione del pubblico la esattezza e la religiosità de' magistrati. Vuole dunque il re, anche sull'esempio e sull'uso dei tribunali più rinomati, che in qualunque decisione che riguardi o la causa principale, o gli incidenti, fatta da qualunque tribunale di Napoli o collegio o Giunta, o altro giudice della stessa capitale, che abbia facoltà di decidere, si spieghi la ragione di decidere, o siano i motivi su' quali la decisione è appoggiata. Incaricando S. M. per rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, ed allontanare da' giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni si fondino non già sulle nude autorità de' dottori, che hanno, pur troppo, colle loro opinioni, o alterato o reso incerto ed arbitrario il dritto, ma sulle leggi espresse del regno, o comuni: e quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate nelle leggi espresse e letterali; o quando il caso sia del tutto nuovo, o totalmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge, né coll'argomento della legge, allora vuole il Re, che si riferisca alla M. S., per attendere il sovrano oracolo...».

⁴⁷ Con riguardo al potere normativo delle Autorità indipendenti v. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, intervento al Convegno “Le Autorità amministrative indipendenti”, tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in <www.giustizia-amministrativa.it> (ultimo accesso: 09/01/2019); e soprattutto R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1 ss., ove ampia bibliografia cui si rinvia. Più in generale sulla potestà regolamentare delle Autorità amministrative v. C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *GiustAmm*, 2016, 4, il quale sottolinea che «Enzo Cheli identificava

là dei riconoscimenti costituzionali o comunitari del fondamento di quel potere, spesso la legittimazione è ricercata attraverso il *due process*, l'emanazione della regola dopo aver compiuto un'ampia consultazione pubblica su progetti e bozze preliminari, secondo un principio partecipativo che intende mimare le decisioni pubbliche degli organi rappresentativi⁴⁸. Lo stesso principio democratico si è prestato e probabilmente si presta a molteplici declinazioni che ne rendono problematica una implementazione efficace ed equa⁴⁹.

E tuttavia, come è stato osservato,

«la celebrazione acritica di un diritto giurisprudenziale che si forma e si espande nelle nostre società, al di là e al di fuori di ogni legittimazione democratica, costituirebbe lo specchio di una rinuncia programmatica alla riflessione costituzionale e ai conseguenti impegni propositivi. Fra gli atti normativi, la legge, con tutti i suoi difetti, continua a possedere una qualità irrinunciabile nelle democrazie contemporanee: quella di scaturire da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, che si svolge in Parlamento, e potenzialmente al cospetto dell'opinione pubblica, e che coinvolge l'intera rappresentanza politica, composta da maggioranza e minoranze.

la legittimazione del potere regolamentare del Governo nella natura costituzionale di quest'ultimo (oltre che nel vincolo che lo lega alla maggioranza parlamentare) e, in particolare, nella funzione di indirizzo politico assegnata dall'art. 95 Cost. al Presidente del Consiglio dei Ministri, e, allo stesso tempo, individuava nella tipicità del regime giuridico degli atti normativi secondari la garanzia delle libertà dei cittadini»; donde i dubbi sollevati sui poteri regolatori dell'ANAC. Sui problemi di legittimazione dei poteri regolamentari affidati ad autorità private, e sia pure per il tramite di norme comunitarie, mi permetto rinviare a S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e "governance" nel modello europeo)*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 5 ss. Sul problema della legittimazione democratica dell'Unione europea cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale: tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, *passim*; e ID., *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in A. ARGENTO (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Napoli, 2012.

⁴⁸ E v. R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in CHIEPPA-CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 63 ss., il quale espone – fra le altre – la tesi secondo cui «il fondamento delle autorità andrebbe rinvenuto nel procedimento partecipativo, inteso non come semplice forma di razionalizzazione delle decisioni, ma come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative». Più in generale sulle criticità del processo di integrazione europea v. P. SCARLATI, *Democrazia e teoria della legittimazione nell'esperienza dell'integrazione europea. Contributo a una critica del costituzionalismo multilivello*, Roma, 2010, *passim*.

⁴⁹ Cfr. A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in *Consultaonline*, 2015, I, 194 ss.

Questa qualità procedimentale della legge può essere svilita finché si vuole, ma resta ad avviso di chi scrive d'importanza centrale»⁵⁰.

Ovviamente «sullo sfondo, e più in generale, rimane... centrale la necessità di una rivitalizzazione dei canali di partecipazione e di rappresentanza politica, gli unici in grado di incarnare la più forte e continua forma di controllo dell'azione dei pubblici poteri e delle istituzioni in genere in ogni ordinamento democratico, i quali, se male o poco funzionanti, rischiano di essere la prima causa di un “trasferimento” in capo agli organi giurisdizionali della gestione e soluzione delle tensioni e dei conflitti tipici di una società complessa e multiculturale come quella contemporanea, lasciando i (pur perfettibili ma solidi) lidi del principio di maggioranza per inoltrarsi verso l'incerta costruzione di una legittimazione di tipo “sapienziale” dal sapore elitario e non democratico»⁵¹.

⁵⁰ Così N. ZANON, *Cosa si può e si deve fare per superare il conflitto tra giustizia e politica*, Intervento al Convegno *Il diritto costituzionale, la magistratura e la giustizia, oggi: una riflessione*, in <www.loccidentale.it> (ultimo accesso: 09/01/2019).

⁵¹ T.F. GIUPPONI, *Il conflitto tra giustizia e politica. Verso una “democrazia giudiziaria”?*, in A. ZANOTTI, *Quale futuro dopo la democrazia?*, Bologna, 2017, 109 ss.

III. ABUSO DEL DIRITTO E RAPPORTO DI LAVORO

Maria Serpa

Abuso del diritto da parte del lavoratore

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il congedo parentale di cui all'art. 32 del D. Lgs. 151/2001. – 3. L'abuso del congedo parentale nella giurisprudenza della Suprema Corte. – 4. L'approdo della sentenza n. 509/2018 della Suprema Corte: il rilievo della deviazione finalistica – 5. Le critiche della dottrina alla teoria funzionalistica dell'abuso. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

La dottrina giuslavoristica si confronta ormai da tempo con la categoria dell'abuso del diritto, poiché tutto ciò che esiste nella realtà non può essere ignorato sotto il profilo giuridico¹. Parlare di abuso potrebbe apparire utile e ciò a prescindere dalle relative considerazioni dottrinarie, in quanto fenomeni di abuso sul luogo di lavoro esistono.

Sebbene parlando di abuso del diritto nell'ambito del diritto del lavoro venga naturale pensare a ipotesi di abuso da parte del datore di lavoro, soggetto forte del rapporto, nondimeno soprattutto il settore delle sospensioni del lavoro, ed in particolar modo di quelle retribuite, si rivela un contesto di indagine particolarmente idoneo alla teorizzazione di ipotesi di abuso del diritto da parte del lavoratore.

Preliminarmente è necessario chiarire la nozione di abuso del diritto, circostanza che si verifica ogni qualvolta che un lavoratore esercita una propria prerogativa in maniera formalmente rispettosa della disposizione normativa attributiva della stessa, ma per perseguire un interesse diverso rispetto a quello per cui il diritto gli è stato concesso.

2. Il congedo parentale di cui all'art. 32 del D. Lgs. 151/2001

La sopra esposta definizione trova l'avallo della Suprema Corte di Cassazione che si è pronunciata in questi termini con la sentenza n. 509

¹ R. DIAMANTI, *L'abuso nel rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, IV, n. 1, 2017, pagg. 598-501.

del 2018 in relazione all'abuso del congedo parentale di cui all'art. 32 del Testo Unico sulla maternità e paternità.

Tale forma di congedo, come suggerisce lo stesso termine, spetta a entrambi i genitori nei primi dodici anni di vita del bambino e per un periodo complessivo di dieci mesi (fruibile anche su base oraria).

L'intento del legislatore, a dire della dottrina, è stato quello di introdurre una «misura promozionale»² tale cioè da incentivare la ripartizione tra i due genitori dell'esercizio di tale diritto e, in particolar modo del lavoratore padre, culturalmente e storicamente meno disposto ad assentarsi dal lavoro per occuparsi della prole.

A tal proposito il legislatore ha previsto che, fermo restando il limite di dieci mesi, ciascun genitore non possa usufruire di un periodo di congedo superiore a sei mesi, eccetto il caso in cui vi sia un solo genitore; solo in tale limitata ipotesi il periodo complessivo di dieci mesi è interamente di sua spettanza.

Il legislatore, inoltre, precisa che qualora il padre eserciti il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo non inferiore a tre mesi, il suo limite individuale viene elevato a sette mesi, mentre quello complessivo ad undici mesi³.

Infine, sono previste disposizioni di miglior favore a sostegno dei genitori di minore con handicap grave, in tal caso infatti il periodo di astensione facoltativa è esteso sino a tre anni.

In alternativa a tale prolungamento, il genitore, anche se l'altro genitore versa in uno stato di disoccupazione, oppure entrambi i genitori alternativamente, possono usufruire di due ore di permesso giornaliero retribuito, mentre al compimento del terzo anno del figlio spettano solo tre giorni al mese di permesso non retribuito coperto da contribuzione figurativa e da indennità previdenziale, oppure un congedo continuativo o frazionato di due anni complessivi⁴.

3. L'abuso del congedo parentale nella giurisprudenza della Suprema Corte

Delineato brevemente nei termini normativi di cui sopra l'istituto del congedo parentale si passano ad analizzare alcune recenti sentenze in cui la giurisprudenza ha ravvisato nell'esercizio del diritto in parola un'ipotesi di abuso.

Al riguardo viene in rilievo la già citata pronuncia n. 509 del 2018 resa

² D. GOTTARDI, *I congedi parentali nel nostro ordinamento*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 1990, pag. 514.

³ G. PROIA, *Manuale di Diritto del Lavoro*, CEDAM, Padova, 2018, pag. 250.

⁴ A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, CEDAM, Padova, 2017, pag. 401-402.

dai giudici di legittimità e relativa al caso di un dipendente licenziato per giusta causa per essersi dedicato, durante il periodo di congedo parentale di cui all'art. 32. D. lgs. n. 151/2001, alla gestione della pizzeria della moglie anziché alla cura del proprio figlio.

In primo luogo, i giudici di legittimità hanno sottolineato la natura di diritto potestativo del congedo parentale, affermando chiaramente che esso è «caratterizzato da un comportamento con il quale il titolare realizza da solo l'interesse tutelato e a cui fa riscontro una mera soggezione del datore di lavoro alle conseguenze della dichiarazione di volontà»⁵.

La fruizione del congedo parentale, infatti, comporta una sospensione *ex lege* della prestazione di lavoro e determina l'obbligo da parte dell'ente previdenziale di corrispondere l'indennità durante il periodo di fruizione del congedo, sebbene in misura ridotta sia per quanto riguarda l'importo, sia per quanto riguarda il periodo di erogazione rispetto ai trattamenti riconosciuti durante il periodo di astensione obbligatoria.

Tale riconoscimento, tuttavia, non può giustificare un esercizio assolutamente arbitrario da parte del lavoratore o della lavoratrice che ne siano beneficiari.

La Suprema Corte di Cassazione precisa infatti che la posizione di vantaggio attribuita dal diritto potestativo, deve essere interpretata in chiave funzionalistica in modo da individuare l'interesse al cui soddisfacimento tale diritto viene attribuito.

A tal fine i giudici di legittimità non escludono una verifica circa le concrete modalità di esercizio del congedo parentale attraverso quegli accertamenti probatori consentiti dal nostro ordinamento.

Proprio l'accoglimento di tale concezione in chiave funzionalistica ha quale conseguenza il riconoscimento del principio del divieto di abuso di diritto che si rinviene in quelle ipotesi di contrasto tra esercizio del diritto e interesse tipico ricavato dalla norma.

A parere dei giudici di legittimità l'abuso e/o il corretto uso del diritto ad usufruire del congedo parentale devono essere valutati in ragione dell'interesse tutelato dall'art. 32 del Testo Unico sulla Maternità e Paternità, ovvero la cura del bambino.

La condotta del genitore che, in costanza di congedo parentale, trascuri la cura del figlio si rivela dunque abusiva e contraria alla buona fede, o quanto meno lesiva della buona fede del datore di lavoro che si vede ingiustamente privato della prestazione lavorativa.

Tale comportamento, infatti, potrebbe compromettere la fiducia che

⁵ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 gennaio 2018, n. 509.

il datore di lavoro nutre verso il proprio lavoratore e, ragionevolmente, integrare una giusta causa di licenziamento.

La sentenza in commento, in realtà, conferma i principi già espressi dai giudici di legittimità in precedenti più risalenti, tra cui si annovera la sentenza n. 16207 del 2008, che aveva ad oggetto un caso identico a quello analizzato.

Inoltre, la pronuncia richiama l'orientamento già espresso dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 104 del 2003, n. 371 del 2003 e n. 385 del 2005) secondo cui le misure introdotte sia dalla legge delega del 2000 che dal testo unico del 2001, sono rivolte a garantire il rapporto del padre con la prole in modo da soddisfare i bisogni affettivi e relazionali del bambino al fine dell'armonico e sereno sviluppo della sua personalità e del suo inserimento nella famiglia⁶.

Le esigenze a cui l'art. 32 del T. U. del 2001 fa riferimento sono per l'appunto di cura del bambino.

Si tratta di esigenze che richiedono la presenza del genitore accanto al figlio e che sarebbero frustrate dallo svolgimento di altra attività lavorativa⁷.

In quest'ottica, quindi, la sospensione dell'attività lavorativa si rende necessaria perché il genitore dedichi alla cura del figlio il tempo che altrimenti dedicherebbe al lavoro⁸.

I giudici di legittimità, richiamando il principio di diritto affermato con la sentenza n. 16207 del 2008, evidenziano che la conversione delle ore di lavoro in ore da dedicare alla cura del figlio, sebbene non debba essere intesa alla stregua di una rigida sovrapponibilità temporale, non può tuttavia tradursi in un'accudienza soltanto indiretta per interposta persona⁹.

Il congedo parentale non è uno strumento offerto dal legislatore affinché il genitore-lavoratore contribuisca ad una migliore organizzazione della vita familiare, poiché per far fronte a quest'ultima esigenza ben possono essere impiegati diversi e ulteriori istituti che solo indirettamente influiscono sulla vita del bambino e che sono volti a soddisfare necessità diverse da quelle tutelate dal congedo parentale.

L'art. 32 del T.U. sulla Maternità e Paternità, infatti, non è uno mezzo per permette al lavoratore di occuparsi delle esigenze meramente fisiologiche del minore, ma mira a soddisfarne i bisogni affettivi e relazionali e ciò

⁶ V. MESSANA, *Legittimo il licenziamento del lavoratore in congedo parentale che trascuri la cura del figlio*, in *Pluris-Quotidiano giuridico* del 29.01.2018.

⁷ B. CAPONETI, *Abuso del diritto al congedo parentale e licenziamento per giusta causa*, in *Rivista giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n. 4, 2008, pag. 448.

⁸ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 gennaio 2018, n. 509.

⁹ *Ibidem*.

al fine di realizzare il pieno sviluppo della sua personalità sin dal momento dell'ingresso in famiglia.

4. *L'approdo della sentenza n. 509/2018 della Suprema Corte: il rilievo della deviazione finalistica*

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 509/2018 nel respingere il ricorso presentato dal lavoratore fa suo il principio di diritto già affermato con la sentenza n. 16207/2008 a mente del quale

«il d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, att. 32, comma 1, lett. b), nel prevedere – in attuazione della legge-delega 8 marzo 2000, n. 53 – che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene invece utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione propria del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia»¹⁰.

I giudici di legittimità precisano che, contrariamente a quanto affermato dal lavoratore ricorrente, analoghi percorsi argomentativi sono stati utilizzati dalla stessa Corte di Cassazione per rinvenire ipotesi di una giusta causa di licenziamento nel comportamento del lavoratore che utilizzi i permessi della legge n. 104 del 1992 per dedicarsi ad attività diversa da quella dell'assistenza al familiare disabile.

Ciò che rileva in entrambi i casi è lo sviamento rispetto alla finalità per le quali il beneficio viene concesso.

Mentre il congedo parentale deve essere utilizzato per prendersi cura del minore e cioè per appagarne i relativi bisogni affettivi e relazionali, presupponendo, quindi, una presenza più intensa del genitore, i c.d. permessi *ex lege* n. 104 del 1992 sono funzionali all'assistenza del disabile e un utilizzo

¹⁰ Cass. Civ., Sez. Lav., 11 gennaio 2018, n. 509.

per finalità estranee integra un c.d. sviamento dalle funzioni di assistenza familiare; tuttavia occorre precisare che a differenza del congedo parentale tale forma di assistenza non attiene ai bisogni affettivi e relazionali del disabile, tant'è che al datore di lavoro non è dato sindacare circa le concrete modalità con cui la famiglia realizzi le finalità di assistenza¹¹.

Ad ogni modo in caso di sviamento rispetto alle finalità per le quali il beneficio viene concesso ne deriva una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei riguardi del datore di lavoro sia nei riguardi dell'Ente che eroga il trattamento assistenziale (cfr. Cass. 17968/2016 e 9217/2016).

5. *Le critiche della dottrina alla teoria funzionalistica dell'abuso*

La sentenza n. 509/2018 ha accolto il medesimo principio di diritto affermato dalla sentenza n. 16207/2008 la quale è stata oggetto di osservazioni e critiche da parte della dottrina che possono considerarsi valide anche per la pronuncia in commento.

Secondo alcuni autori, infatti, in ipotesi nelle quali il lavoratore utilizzi il congedo parentale in modo improprio, «non sarebbe neppure appropriato parlare di abuso del diritto»¹², ma sarebbe più corretto parlare di una vera e propria inesistenza dello stesso¹³.

Per tale orientamento, dunque, il genitore lavoratore ha diritto al congedo parentale in presenza di un preciso presupposto, quale la cura della prole, mancando il quale non sarebbe possibile configurare un diritto e di conseguenza un abuso.

Pertanto, il comportamento assunto dal lavoratore, il quale durante la fruizione del congedo parentale si era dedicato alla gestione della pizzeria di proprietà della moglie anziché alla cura del figlio è sintomatico dell'insussistenza del presupposto (la cura della prole) per poter usufruire del congedo parentale.

L'insussistenza di tale presupposto determinerebbe quindi l'insussistenza del diritto.

Tale orientamento sottolinea come la figura dell'abuso del diritto sia residuale, potendo essere impiegata solo nel caso in cui la fattispecie presa in esame non possa essere ricondotta ad altre previsioni; alcuni comportamenti del lavoratore, infatti, potrebbero rientrare all'interno di altre fattispecie quale

¹¹ Trib. Roma, Sez. Lav., ordinanza del 13 luglio 2016.

¹² M.C. CATAUDELLA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Colloqui giuridici sul lavoro, a cura di A. VALLEBONA, Suppl. «Mass. Giur. lav. Il Sole 24 Ore», n. 1, 2010, pag. 11.

¹³ *Ibidem*.

l'art. 1375 Cod. Civ., al quale può farsi riferimento tutte le volte in cui la condotta abusiva, da parte del lavoratore, sia stata attuata in esecuzione di un contratto di lavoro.

Sempre secondo tale orientamento dottrinario, sebbene utile, il richiamo alla categoria dell'abuso del diritto suscita comunque perplessità, in quanto preliminarmente è necessario chiedersi se tale categoria abbia piena cittadinanza nel nostro ordinamento poiché, nonostante sia utilizzata dalla giurisprudenza, vi è una massiccia parte della dottrina che non ne riconosce l'esistenza o pur riconoscendola ne nega l'utilità¹⁴.

Ulteriori perplessità derivano dal fatto che, pur a voler riconoscere l'esistenza dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento, non risulta semplice individuare la sanzione applicabile per la condotta abusiva, tant'è che in alcuni casi, per quanto riguarda le conseguenze, viene parificato all'inesistenza del diritto.

Infine, ulteriori perplessità attengono all'opportunità di avvalersi di principi così generali come quello dell'abuso, in quanto la loro applicazione determina un certo grado di incertezza essendo rimesso alla mera discrezionalità dell'organo giudicante la decisione del se e come applicare il criterio¹⁵.

Secondo altri, invece, in caso di utilizzazione impropria, elusiva o fraudolenta del congedo parentale, il riferimento all'abuso del diritto non sembra adeguato, così come inefficace risulta essere il richiamo alla figura dell'«abuso del diritto per sviamento della funzione sua propria», ad opera dalla Suprema Corte di Cassazione con la sent. 16207 del 2008 ed espressamente richiamata dalla sent. n. 509 del 2018.

In tali ipotesi, il comportamento assunto dal lavoratore non sarebbe abusivo, ma propriamente illegittimo in quanto contrario alla *ratio legis* della disposizione normativa, essendo il congedo parentale preordinato alla cura della prole¹⁶.

Tale tesi muove dal presupposto secondo cui non sia rinvenibile in dottrina una definizione univoca dell'abuso del diritto, ma ciononostante la caratteristica dell'abuso è quella di «manifestarsi nell'esercizio del diritto e, quindi, nell'osservanza della norma, altrimenti si ricadrebbe nelle diverse condotte contra legem oppure in fraud legis, dalle quali il comportamento abusivo si distingue appunto perché non è di per sé illegittimo, né fraudolento»¹⁷.

¹⁴ C. SALVI, voce Abuso del diritto, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. I, 1988, pag. 5.

¹⁵ M.C. CATAUDELLA.

¹⁶ S. CIUCCIOVINO, L. CARROZZA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Colloqui giuridici sul lavoro, a cura di A. VALLEBONA, Suppl. «Mass. Giur. lav. Il Sole 24 Ore», n. 1, 2010, pag. 11.

¹⁷ *Ibidem*.

L'abuso del diritto, dunque, deve essere valutato in relazione ai limiti, diretti o indiretti, che l'ordinamento pone, di conseguenza, il comportamento del titolare del diritto che supera i predetti limiti o che ne frustra la *ratio* è semplicemente illegittimo.

Essendo una figura che si colloca sul labile confine della legittimità e illegittimità del comportamento tenuto dal titolare del diritto, viene rimesso all'apprezzamento soggettivo del giudice la valutazione circa l'abusività o meno dell'esercizio del diritto da parte del suo titolare, con il risultato che, per non essere considerato abusivo, deve essere esercitato all'interno di quei limiti e finalità individuate dalla legge¹⁸.

Infine, parte della dottrina pur riconoscendo che il campo delle sospensioni di lavoro e in particolar modo di quelle retribuite rappresenta spesso un'occasione di abuso, che si verificherebbe tutte le volte in cui si ha uno sviamento dei permessi o dei congedi attribuiti dalla legge rispetto all'uso per il quale sono stati conferiti¹⁹ si interroga su un'ulteriore questione e, cioè, se l'abuso del diritto sia in realtà una categoria realmente indispensabile che permette di colpire quelle zone che potremmo definire grigie e, quindi, quelle situazioni di illecito non altrimenti sanzionate o se sia piuttosto una variante terminologica dell'inesistenza del diritto²⁰.

Questi autori, infatti, pur propendendo per quest'ultimo senso prendono atto che l'uso della categoria dell'abuso risulta essere utile ai fini meramente descrittivi essendo difficile distinguere, nell'esercizio concreto di un diritto, come per l'appunto nel caso del congedo parentale, dove finisce un diritto e dove comincia, invece, il non diritto.

Inoltre evidenziano come la stessa struttura della norma, almeno in alcuni casi, si presti a far ricorso al principio del divieto di abuso del diritto, mancando all'interno della disposizione normativa una specifica puntualizzazione delle finalità esclusive per le quali il congedo parentale possa essere goduto²¹.

Ciò, dunque, consente all'interprete di individuare una gamma di comportamenti che potremmo definire al limite, ed infatti, in casi come quello oggetto della pronuncia in esame, in cui il congedo è stato utilizzato per contribuire ad una migliore organizzazione della famiglia, non sembra del tutto corretto parlare di un non diritto del lavoratore, ma piuttosto di un parziale sviamento dello stesso.

¹⁸ S. CIUCCIOVINO, L. CARROZZA

¹⁹ R. DEL PUNTA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore*, Colloqui giuridici sul lavoro, a cura di A. VALLEBONA, Suppl. «Mass. Giur. lav. Il Sole 24 Ore», n. 1, 2010, pag. 20.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

A tale conclusione si perviene analizzando la stessa norma sul congedo parentale.

L'art. 32 del D. Lgs n. 151/2001 non richiede, infatti, che il genitore che ne usufruisca stia materialmente accanto al proprio figlio per tutto il tempo del teorico orario di lavoro, dunque il comportamento del titolare del diritto non assume necessariamente il carattere dell'illiceità, ma è rimesso al giudice il compito di valutare se nel caso concreto via stato o meno uno sviamento del diritto.

6. Conclusioni

Fatti tali premesse, a parere di chi scrive, nel caso del genitore che utilizza il congedo parentale per esigenze diverse da quelle di cura della prole, il riferimento al principio del divieto di abuso del diritto sembra essere pertinente.

In tali ipotesi, infatti, non sembra opportuno parlare di inesistenza del diritto posto che nel caso qui esaminato il ricorrente era nelle condizioni di usufruire del congedo parentale avendo un bambino di età tale da consentirgli di avvalersi della prerogativa di cui all'art. 32 del D. Lgs n. 151/2001. Onde, non sembra potersi ravvisare un'ipotesi di inesistenza del diritto laddove nella fattispecie concreta se ne possono ravvisare i presupposti, di fatto e di diritto, per un suo esercizio.

Ciò di cui si discute, infatti, non è tanto la spettanza o meno del diritto in capo al genitore lavoratore, bensì l'uso dello stesso.

La norma attributiva del diritto potestativo spettante al lavoratore richiede unicamente che, ai fini dell'esercizio del diritto di cui si discute, il genitore debba, salvo casi di oggettiva impossibilità, darne preavviso al datore di lavoro entro un termine non inferiore a cinque giorni indicando l'inizio e la fine del periodo di congedo.

Un termine di preavviso ridotto, pari a due giorni, si ha nel caso di congedo parentale su base oraria, mentre non è richiesto alcun onere motivazionale, né è consentito un sindacato *ex ante* da parte del datore di lavoro circa la scelta compiuta dal proprio lavoratore.

Se si parte da tale premessa si deve necessariamente concludere che non sussiste una diretta violazione della norma applicabile al caso concreto quando il lavoratore ne frusti lo scopo, ma si tratta piuttosto di una difformità immediata ricavabile solo in via interpretativa, essendo tra l'altro chiare le finalità per le quali il congedo viene attribuito e, cioè, la cura della prole.

Pertanto nel caso in cui il lavoratore utilizzi il congedo parentale per finalità diverse dalla cura del proprio figlio incorrerà in un'ipotesi di abuso del diritto.

Maria Grazia Papandrea

L'esercizio abusivo dei poteri del datore di lavoro

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'abuso del diritto come «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede»: l'insegnamento della Suprema Corte. – 3. L'abuso del diritto nell'ambito gius-lavoristico. – 4. L'astratta configurabilità dell'abuso del potere direttivo: note preliminari. – 5. Il trasferimento: una ipotesi di abuso del potere datoriale.

1. *Introduzione*

L'operatività del divieto di abuso del diritto, nell'ambito contrattuale, è stato un tema oggetto di discussione già in tempi non attuali¹.

Gli interventi negli ultimi anni della Corte di Cassazione – in cui, come si vedrà, il divieto di abuso si intreccia con il dovere di buona fede –, sembrano aver operato da catalizzatore per una nuova stagione di dibattito. A chi sostiene la piena operatività del divieto di abuso, si affiancano gli studiosi che sollevano dubbi e perplessità sulla stessa possibilità di riconoscere uno spazio nell'ordinamento per una figura di cui non v'è menzione nel codice civile².

Nell'analizzare la questione del limite oltre il quale l'azione diventa abusiva, Davide Messinetti affermava che l'introduzione nell'ordinamento dei valori sociali espressi in *standard* valutativi tratti dall'etica sociale o dalla prassi sociale (che divengono, per tal via, valori giuridici) comporta la trasformazione dei processi di interazione sociale e della risposta che l'ordinamento offre al fine di regolamentare i rapporti tra privati, perché

¹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 e ss., ora in *L'abuso del diritto*, Il mulino, Bologna, 1998.

² Per una ricostruzione storica della vicenda che ha portato alla mancata menzione nel codice civile del divieto di abuso del diritto, si veda V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 5 ss. Per una lettura in chiave critica della figura, si veda C. SALVI, voce *Abuso del diritto* (dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss., il quale ritiene che «la formula [dell'abuso] appare (...) una sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva, [risultando] per lo più improduttiva, e talvolta anzi fonte di equivoci rispetto a fattispecie estremamente generali».

«dai diritti che hanno il compito di assolutizzare (rendere in forma assoluta) processi di codificazione, costituiti in privilegi individuali, si passa alla qualificazione dell'agire orientato verso l'intesa sociale e formalizzato attraverso clausole generali di comportamento».

In questo quadro, l'abuso del diritto «dal contesto soggettivo del potere trapassa nella razionalità oggettiva, nella quale si attua, di volta in volta, l'agire dei soggetti colto nella concretezza delle circostanze»³.

Oggi più di prima, anche alla luce della cd. costituzionalizzazione del diritto⁴, la concretezza delle circostanze costituisce l'occasione, nell'ambito del giudizio, per rendere il diritto materia realmente vivente.

Non dovrebbe stupire, allora, l'attenzione che la giurisprudenza riserva al divieto dell'abuso del diritto. La sua fortuna (così come la sua s-fortuna) sta nell'essere il

«paradigma emblematico del processo di giurisdizionalizzazione del diritto, [processo, questo] inteso come spostamento del punto focale dell'analisi dall'origine all'uso delle norme in funzione di quella che è stata definita la legalità del caso»⁵.

Il presente contributo è volto a verificare se i principi espressi dalla giurisprudenza civile in materia di abuso nell'ambito della esecuzione del contratto possano trovare applicazione con riguardo all'esercizio dei poteri del datore di lavoro.

L'analisi è circoscritta al potere direttivo, con particolare riguardo alla giurisprudenza in tema di trasferimento.

³ D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1 e ss.

⁴ N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione", Università di Messina, 27-28 maggio 2016.

⁵ N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, n. 1, p. 1 ss.. L'Autore sottolinea che «nell'ottica dell'abuso si supera la forza privilegiata della teoria della validità e il diritto riscopre la sua ineludibile connessione ad un tessuto di premesse morali e di valori condivisi, senza del quale l'idea stessa di giuridicità sarebbe priva di senso. In un contesto sempre più multiforme e magmatico è proprio ed esclusivamente nel momento applicativo che si saldano e si fondono, in termini non sempre facilmente distinguibili, la determinazione del fatto, la sua qualificazione secondo paradigmi di tipo giuridico, l'individuazione dell'enunciato o del principio al quale riagganciare, in termini motivatamente plausibili, la soluzione del caso. Nel crogiolo del giudizio non è più possibile secernere gli elementi della fusione. La loro distinzione vale solo in sede argomentativa e ben può accadere che la medesima soluzione venga in un caso prospettata accentuando i profili qualificativi del fatto, in un altro ponderando il riferimento a principi».

2. *L'abuso del diritto come «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede»: l'insegnamento della Suprema Corte*

L'abuso del diritto⁶ nella materia delle obbligazioni e dei contratti e, più precisamente, nella esecuzione del contratto, è stato oggetto di una particolare attenzione da parte degli studiosi negli ultimi anni. Il dibattito sull'abusività dei comportamenti delle parti nella esecuzione del contratto è stato sollecitato, soprattutto, dalla sentenza del 18 settembre 2009 n. 20106 della Corte di Cassazione, sezione civile, che si è pronunciata nel cd. caso Renault.

Il caso deciso dalla Suprema Corte è ormai ampiamente noto⁷.

Limitandoci ai soli profili rilevanti ai nostri fini, è sufficiente ricordare che la Corte di Cassazione, nel pronunciarsi sull'esercizio abusivo del diritto di recesso *ad nutum*, ha affermato principi che vanno ben oltre l'ipotesi di modalità abusiva del recesso. Segnatamente, è stato affermato che il divieto di abuso è pienamente operante nella materia dei contratti, quale principio che integra l'obbligo di buona fede nella esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c.. E così,

«la buona fede [costituisce] un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e l'abuso [prospetta] la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti».

Più precisamente, l'intima connessione tra il canone di buona fede e l'abuso del diritto viene individuato sotto il profilo funzionale dei due istituti: «la buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Criterio rivelatore della violazione

⁶ Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono stati individuati dalla dottrina come segue: a) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto sia effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; c) la circostanza che in un caso concreto l'esercizio del diritto, anche se formalmente rispettoso della cornice legale attributiva di quel diritto, si sia svolto secondo modalità che risultano censurabili («aberranti», «deprecabili», «abnormi», ecc.) rispetto ad un certo criterio di valutazione (qui già individuato, come si vedrà, nella buona fede); d) la circostanza che, a causa del fatto che il diritto è stato esercitato secondo modalità censurabili, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio ricadente sulla «controparte». Sul punto, si veda, G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)* in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 115-175.

⁷ Per la ricostruzione della vicenda, si rinvia al fondamentale contributo di F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.

dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto».

L'iter argomentativo espresso nella sentenza emessa nel caso Renault si pone in linea di continuità con i principi di diritto già affermati dalla precedente giurisprudenza di legittimità: è consolidato, infatti, il principio secondo cui la buona fede nell'esecuzione del contratto si atteggia quale obbligo di solidarietà che impone a ciascuno dei contraenti di salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio⁸.

Pur non potendo ripercorrere l'ampio dibattito apertosi sui principi espressi dalla Suprema Corte⁹, si rileva che, una volta sposata la tesi della intima connessione tra abuso del diritto e buona fede, si pone il problema di individuare la tutela rimediale nell'ipotesi di esercizio abusivo del diritto.

L'assimilazione del divieto di abuso alla regola della buona fede dovrebbe condurre in maniera netta e spedita all'idea per cui, nell'ambito contrattuale, il danneggiato viene tutelato con il solo risarcimento del danno.

Tuttavia, una parte della dottrina ha evidenziato che è proprio sotto il profilo rimediale che il divieto di abuso manterrebbe una propria autonomia concettuale dalla buona fede, poiché la violazione del divieto di abuso del diritto – se la materia è quella del contratto (o, più in generale, dell'autonomia negoziale) – comporterebbe l'attivazione di forme di tutela ulteriori al risarcimento del danno, direttamente incidenti sulla condotta qualificata come abusiva (in termini di nullità, annullabilità ovvero inefficacia)¹⁰.

L'idea, pur suggestiva, sembra non tenere conto dell'opinione dottrinale

⁸ Cass. 18 febbraio 1986 n. 960, *id.* 13 gennaio 1993 n. 343; *id.* 5 novembre 1999 n. 12310.

⁹ Le annotazioni della dottrina sono numerosissime. Tra le tante: F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 319 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 172 ss.; *Id.*, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18-11-2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.; U. MORELLO, *Abuso del diritto*, in A. GAMBARO, U. MORELLO, *Lezioni di Diritto Civile*, Milano, 2012 p. 567 e ss.

¹⁰ F. GALGANO, *Qui suo iure...*, cit., in cui l'Autore afferma che «l'atto abusivo non è trattato come fatto illecito, fonte di danno risarcibile ex art. 2043 c.c.; in materia contrattuale è, invece, atto invalido, destinato ad essere privato di effetti». Si veda anche F. MACARIO, *Commento all'art. 1372 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, Vol. II, a cura di E. Navarretta, A. Orestano.

prevalente, accolta, peraltro, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹¹, secondo cui esiste una distinzione tra regole di validità – la cui violazione determina una delle forme di invalidità del contratto – e regole di comportamento (o regole di correttezza) – la cui violazione è fonte di responsabilità (per quanto interessa, contrattuale), con conseguente obbligo di risarcimento del danno¹².

Proprio l'appartenenza del dovere di buona fede (e, per quanto fin qui detto, del divieto di abuso) al “gruppo” delle regole di comportamento comporta che la sua violazione, nell'ambito della esecuzione del contratto, determina responsabilità contrattuale o, eventualmente, la risoluzione del contratto. È da accogliersi l'idea secondo cui il dovere di buona fede è legato alle circostanze del caso concreto e non può costituire un requisito di validità che la certezza dei rapporti richiede di accertare in base a regole predefinite. Tali considerazioni non sono peraltro smentite dall'evoluzione legislativa che ha previsto, in determinate e circoscritte sedi, la violazione della buona fede come regola di validità, stante il fatto che dalle norme speciali non è possibile trarre un principio generale¹³.

3. *L'abuso del diritto nell'ambito gius-lavoristico*

Il diritto del lavoro, anche e soprattutto nella fase della sua maturazione, ben avrebbe potuto costituire «un terreno ideale di sperimentazione

¹¹ La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26724, pronunciandosi sul tema della violazione di obblighi di informazione dell'intermediario finanziario, ha ritenuto che «la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.»

¹² V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 495. Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, si veda A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000.

¹³ G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 104.

per la teoria dell'abuso del diritto»¹⁴.

E ciò, proprio in considerazione delle peculiarità proprie del rapporto di lavoro.

Per un verso, infatti, al datore di lavoro è riconosciuta una serie di poteri di cui l'altra parte (il prestatore di lavoro) è priva, con ciò determinandosi una situazione di supremazia (non solo di fatto ma anche) giuridica; per altro verso, il lavoratore, obbligandosi a «collaborare nell'impresa» (art. 2094 c.c.), è inevitabilmente implicato con tutta la sua persona nel rapporto di lavoro¹⁵. In un contesto contrattuale così dato, la teoria dell'abuso del diritto, nata per «temperare il principio individualistico dell'assoluta sovranità del privato»¹⁶, avrebbe potuto costituire il canale privilegiato per l'ingresso di un controllo sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro, parte «forte» del rapporto.

La teoria dell'abuso non ha, tuttavia, trovato un proprio spazio di affermazione compiuta nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro e, in particolare, nell'ambito che più sarebbe stato congeniale, quello dell'esercizio dei poteri datoriali.

La ragione della mancata fortuna dell'abuso del diritto nell'ambito della legislazione gius-lavoristica sembra essere direttamente connessa a precise scelte di politica legislativa del legislatore che, a partire dagli anni Settanta, ha «tessuto» una fitta «rete» di vincoli e limiti dei poteri datoriali¹⁷.

È, infatti, condivisa l'idea secondo cui quanto più il potere è limitato *ab externo*, mediante la predisposizione normativa di precisi limiti e vincoli, tanto meno v'è spazio per un suo esercizio abusivo.

Sembra del tutto opportuno riflettere oggi, proprio alla luce dei principi della giurisprudenza civile e, segnatamente, della decisione della Corte di Cassazione emessa nel caso «Renault», sulla possibilità di applicare la teoria dell'abuso del diritto alle ipotesi in cui il datore di lavoro eserciti i propri poteri in maniera solo formalmente rispettosa della cornice normativa attributiva del potere stesso, causando una sproporzione ingiustificata – derivante da tale modalità di esercizio – tra il beneficio da lui ottenuto ed il sacrificio subito dal prestatore di lavoro.

¹⁴ R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in *Diritto Privato*, III volume, CEDAM, Padova, 1997, p. 403.

¹⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 298.

¹⁶ R. DEL PUNTA, *ult. op. cit.*

¹⁷ Espressione della tecnica legislativa di limitazione dei poteri datoriali sono le norme che impongono la necessità di una giustificazione per il trasferimento e per il licenziamento.

4. *L'astratta configurabilità dell'abuso del potere direttivo: note preliminari*

L'esame del tema dell'abuso dei poteri del datore di lavoro richiede cautela, in considerazione della circostanza per cui quel tema è inscindibilmente legato alla questione della perimetrazione del controllo giudiziale: discettare di abuso significa discettare di controllo giudiziale. Una cautela ancor più necessaria se si accoglie l'idea secondo cui l'abuso è "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva".

La giurisprudenza lavoristica in diverse occasioni ha avuto modo di utilizzare la regola della buona fede e il divieto di abuso del diritto sì da esercitare un controllo sugli atti del datore di lavoro, richiamando i due istituti in maniera indiretta ovvero espressa.

Per citare solo le ipotesi più note, basti ricordare l'indirizzo giurisprudenziale che si è pronunciato, negli anni '80, sulla questione della scelta, effettuata dal datore di lavoro, dei lavoratori da porre in Cassa integrazione guadagni¹⁸.

Ancora, la giurisprudenza ha affermato, a più riprese, che il datore di lavoro nella valutazione delle cd. note di qualifica è soggetto, in uno ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo, agli obblighi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁹

Infine, i giudici hanno avuto modo di sindacare, con la "lente" dell'obbligo di buona fede e di divieto di abuso, la legittimità dell'atto di trasferimento.

¹⁸ Nella giurisprudenza di legittimità, si veda la sentenza della Corte di Cassazione sez. lav., 18 marzo 1986, n. 1876, in cui è stato affermato che «[in assenza di] una normativa che imponga criteri di assoluto automatismo (rotazione o altri sistemi) e risultando inapplicabili i criteri stabiliti dagli accordi interconfederali in materia di licenziamenti collettivi, la scelta dei lavoratori da sospendere, siccome esplicazione del potere unilaterale del datore di lavoro, deve avvenire con l'osservanza dei limiti interni correlati a criteri obiettivi, coerenti con la specifica finalità cui è preordinata la concessione della integrazione salariale aderenti agli accordi aziendali che specificano e condizionano l'effettivo esercizio del detto potere, oltre che col rispetto dei limiti esterni posti dalla normativa legale di tutela, implicanti il divieto di atti discriminatori, e dei principi di correttezza e buona fede». Nella giurisprudenza di merito, si veda si veda Pret. Milano, 29 luglio 1982; 14 agosto 1982; 1 settembre 1982, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, pp. 789 ss. con nota di L. GALANTINO, *Il profilo dell'abuso di diritto nella disciplina della Cassa integrazione guadagni*; Pret. Milano, 23 novembre 1982, in *Foro it.*, 1983, I, c. 478; Trib. Milano, 27 gennaio 1984, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2319; Trib. Bergamo, 23 luglio 1984, in *Giust. civ.*, I, 1984, p. 3418, con nota di R. DEL PUNTA, *Problemi vecchi e nuovi sui criteri di scelta dei "cassaintegrati". Il criterio della rotazione*.

¹⁹ Cass., Sez. lav., 9 gennaio 2001, n. 206 ha precisato che il datore è tenuto a un onere motivazionale delle note di qualifica «al fine di consentire al dipendente l'eventuale contestazione ed al giudice il sindacato in ordine all'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione ovvero di motivi illeciti o non ispirati alla necessaria trasparenza».

Quest'ultima ipotesi, oggetto di una recente pronuncia, merita una particolare attenzione. Prima di analizzare la giurisprudenza in tema di trasferimento, è del tutto necessario verificare l'astratta configurabilità d'un esercizio abusivo dei poteri datoriali.

Il problema si pone, in particolare, per il potere direttivo.

Il potere direttivo²⁰, come noto, si estrinseca principalmente, ma non esclusivamente, nella specificazione e determinazione delle concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. Trattasi, in altre parole, del potere di gestione aziendale applicato al fattore lavoro e, cioè, dello «strumento principe di “flessibilità funzionale” che consente di adattare la prestazione alle mutevoli esigenze organizzative dell'impresa»²¹. Al potere direttivo inteso in senso ampio sono riconducibili il potere di trasferire il lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra e di mutamento delle mansioni (art. 2103 c.c.). Ciascun atto consistente nell'impartire le «disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro» ovvero di trasferimento ovvero di mutamento di mansioni (nei limiti di cui all'art. 2103 c.c.) è, al contempo, sia esercizio del potere del datore di lavoro di dare ordini al prestatore di lavoro sia atto di gestione e/o di organizzazione dell'impresa. È, in altre parole, anche espressione della libertà economica privata, in cui è generalmente ricompresa l'attività d'impresa.

Ci si deve chiedere se l'atto datoriale che è, allo stesso tempo, esercizio del potere direttivo e atto organizzativo dell'impresa, sia valutabile sotto il profilo di una sua eventuale “abusività”.

Il problema non è puramente teorico: com'è chiaro, riconoscere che un atto di esercizio del potere direttivo possa essere valutato alla stregua dell'abuso del diritto significa riconoscere che quell'atto è pure sindacabile, nella sua duplice veste di atto incidente nel rapporto di lavoro e di atto di esercizio dell'attività di impresa.

Sembra, tuttavia, potersi dare una risposta affermativa.

²⁰ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 6 marzo 2009 n. 5454 hanno chiarito quanto segue: «l'esercizio del potere direttivo si colloca sul piano dei poteri privati ascrivibili alla categoria dei diritti potestativi. L'art. 2103 c.c., prevede che il datore di lavoro, nell'esercizio del suo potere direttivo, possa conformare il contenuto dell'obbligazione del lavoratore avente ad oggetto la prestazione lavorativa. [...] L'effettivo esercizio del potere direttivo si colloca su un piano [...] che è quello dei poteri privati ascrivibili alla categoria dei diritti potestativi. Con l'assegnazione delle mansioni è il contenuto dell'obbligazione di svolgere la prestazione lavorativa che viene determinato sicché con un atto unilaterale del datore di lavoro si hanno effetti giuridici nella sfera del lavoratore il quale, in tal caso, versa in una situazione di soggezione».

²¹ A. PERULLI, *Il potere direttivo del datore di lavoro*, in *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del Convegno di Studi di Venezia, 12 aprile 2002, Cedam, Padova, 2002, p. 8 e ss.

Nella decisione emessa nel caso Renault, già richiamata, la Suprema Corte ha precisato che sebbene le scelte decisionali (di carattere economico ovvero organizzativo) non siano oggetto di sindacato giurisdizionale,

«l'esercizio del potere contrattuale [dell'imprenditore] deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali – quali quello appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezza – alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale»²².

Il dovere di buona fede – espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.²³ –, impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto previsto in norme specifiche. L'abuso del diritto, quale criterio idoneo a «valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione dei contratti, le parti contrattuali adottano», consente una valutazione delle modalità (o delle finalità, che a dirsi voglia²⁴) degli atti di esercizio del potere che causano uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale.

In quest'ottica, si prenderà in esame l'ipotesi di abuso del potere di trasferimento, ricompreso nel più ampio potere direttivo del datore di lavoro.

5. *Il trasferimento: una ipotesi di abuso del potere datoriale*

Quando la modifica del luogo di lavoro è esterna all'unità produttiva di provenienza e non è richiesta dal lavoratore o concordata con quest'ultimo, l'articolo 2103, comma 7, c.c. subordina l'esercizio del potere unilaterale del datore di lavoro alla sussistenza di determinati presupposti giustificativi, individuati in «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive»²⁵.

²² Cass. n. 20106/2009, cit.

²³ Cass. S.U. 15 novembre 2007 n. 23726; Cass. 22 gennaio 2009 n. 1618.

²⁴ F. GALGANO, *Qui suo iure...*, cit.

²⁵ La formula utilizzata dal legislatore al fine di ancorare il trasferimento disposto dal datore di lavoro alla sussistenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» richiede una breve notazione. Si tratta di formula che, lungi dall'essere ascrivibile alla categoria dei concetti elastici, non abbisogna di essere riempite di contenuto dall'interprete, rinviando di per sé alla scelta di carattere organizzativo ovvero produttivo effettuata dal datore di lavoro quale capo dell'impresa. Le scelte produttive o organizzative effettuate dal datore di lavoro legittimano, in quanto tali e cioè nella loro oggettiva sussistenza, l'esercizio dei relativi poteri del datore di lavoro. Questa considerazione, già formulata da A. Maresca in tema di licenziamento per g.m.o., è estesa

È interessante notare che già prima della sentenza emessa nel caso Renault, la Sezione Lavoro di alcuni Tribunali aveva sottolineato lo stretto collegamento tra la violazione della buona fede e l'abuso del diritto e, in questa prospettiva, aveva ritenuto che il potere di trasferimento dovesse essere esercitato secondo le regole di buona fede e correttezza e di divieto di abuso del diritto (oltre che nel rispetto del secondo comma dell'art. 41 Costituzione²⁶).

qui ad ogni norma che impone la sussistenza di una scelta organizzativa e/o produttiva al fine del legittimo esercizio dei poteri datoriali. (Sul disconoscimento del giustificato motivo oggettivo come concetto elastico si veda A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017).

La valutazione, in sede giudiziale, di tali scelte è stata oggetto di attenzione da parte del Legislatore che, nel 2010, è intervenuto con una specifica disposizione normativa, stabilendo che il sindacato giudiziale sulle «valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro» non può estendersi al merito delle stesse, ovvero non può spingersi sino a «controllare l'opportunità sociale e la razionalità tecnica delle scelte imprenditoriali, oltre che le finalità perseguite dal datore di lavoro, a meno che non ne emerga la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta» (art. 30 l. 4 novembre 2010 n. 183).

Sembra, tuttavia, necessario operare una scomposizione strutturale e temporale tra la scelta imprenditoriale e il successivo atto posto in essere nell'ambito del rapporto lavorativo.

La scelta imprenditoriale è soggetta alla verifica giudiziale in ordine alla sua effettiva sussistenza e la sua oggettiva attuazione, nonché al nesso di causalità che lega essa scelta imprenditoriale all'atto che, di volta in volta, incide sul lavoratore (trasferimento, mutamento di mansioni, controllo, licenziamento etc.), senza che sia possibile, per il giudice, effettuare alcun bilanciamento tra la scelta imprenditoriale e la tutela della posizione del lavoratore.

Questo, tuttavia, non impedisce un controllo sull'atto datoriale a valle della scelta produttiva o organizzativa, trattandosi dell'esercizio di un potere che trae la propria fonte nel contratto individuale di lavoro. In altre parole, se è vero che la norma mira a ribadire che il giudice non può individuare limiti interni all'esercizio dei poteri del datore di lavoro oltre ai limiti esterni previsti dalla legge (M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, I, 1 ss.; G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 226), non può escludersi che il potere (contrattuale) di trasferimento possa essere esercitato con modalità o per finalità che integrano, in concreto, una violazione del dovere di buona fede (e del correlato divieto di abuso del diritto).

La distinzione di piani è netta: la scelta imprenditoriale in sé e per sé considerata, espressione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. è soggetta alla valutazione giudiziale nei limiti di cui all'art. 30 cit.; l'atto datoriale (trasferimento, controllo, etc) soggiace, oltre che alla normativa "di settore", alle regole dettate per i contratti in generale e, dunque, anche alla buona fede nell'esecuzione del contratto e al divieto di abuso del diritto.

²⁶ La Corte di Cassazione, nella sentenza del 16 gennaio 1979, n. 331, così statuiva: «poiché l'art. 41 comma 2 cost., con norma immediatamente precettiva, dispone che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in "modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", altro limite invalicabile al potere dell'imprenditore di trasferire il dipendente da un'attività produttiva all'altra è costituito dal fatto che, ancorché siano mantenute l'eguaglianza o

Nel 2008, il Tribunale di Bari ha ritenuto pienamente applicabili i principi generali della buona fede e della correttezza in materia di trasferimento dei lavoratori, giungendo ad affermare che «la buona fede, nella fase di esecuzione del rapporto di lavoro fonda uno specifico obbligo di solidarietà che si pone quale argine all'abuso del diritto»²⁷.

In coerenza con l'impostazione adottata, il Tribunale ha concluso nel senso che vi debba essere un «controllo giudiziale sulla coerenza delle scelte datoriali (...) avuto riguardo ai criteri di coerenza logica, non contraddittorietà, trasparenza e, soprattutto, assenza di arbitrarietà nelle scelte».

Le «scelte datoriali» cui fa riferimento il Tribunale di Bari sembrano, per vero, doversi identificare non nella scelta imprenditoriale a monte del trasferimento, quanto proprio nell'atto datoriale del trasferimento.

Una impostazione del tutto diversa da quella del Tribunale di Bari è quella fatta propria nella sentenza della Corte di Cassazione n. 15885 del 15 giugno 2018.

La vicenda da cui trae origine la decisione della Suprema Corte concerneva un caso di declaratoria di illegittimità dei licenziamenti disciplinari a seguito del rifiuto di alcuni lavoratori di ottemperare all'ordine di trasferimento in altre sedi. A fronte del rifiuto, la società aveva proposto ai lavoratori, in alternativa al trasferimento, un incentivo all'esodo da formalizzare in sede sindacale mediante la firma di un verbale di conciliazione.

La Corte di Cassazione ha confermato la sentenza della corte territoriale di rigetto delle domande proposte dai lavoratori, ritenendo, sostanzialmente, che gli stessi non avessero fornito elementi sufficienti a provare l'asserito abuso da parte del datore di lavoro.

C'è, tuttavia, un capo di sentenza che risulta particolarmente interessante

l'equivalenza delle mansioni, ciò non sia lesivo per la sua sicurezza, libertà e dignità. Pertanto, il giudice ha il potere di accertare, da un lato, se i provvedimenti di trasferimento adottati dall'imprenditore siano comunque lesivi della sicurezza e dignità dei prestatori di lavoro e, dall'altro, se tali provvedimenti siano tecnicamente ingiustificati se non addirittura determinati da motivi di discriminazione o rappresaglia, in entrambi i casi dichiarandone l'illegittimità. Rimane, però, insindacabile la scelta operata dall'imprenditore fra più soluzioni che siano tutte egualmente ragionevoli sul piano tecnico-organizzativo – produttivo – sempre che una pattuizione individuale o collettiva non vieti espressamente di mutare il luogo di prestazione del lavoro – con il ricordato limite costituito dal rispetto del comma 2 dell'art. 41 cost., nonché con l'ulteriore limite della non contrarietà e quei fini sociali che il legislatore ordinario, valendosi della disposizione di cui al comma 3 dello stesso articolo della costituzione, abbia individuato ed espresso, tra l'altro, nell'approvazione di piani economici».

²⁷ Trib. Bari, sez. lav., 23 ottobre 2008, che in motivazione sembra riconoscere un duplice controllo da parte del giudice: il primo volto a verificare «l'assolvimento da parte datoriale dell'onere probatorio che ha ad oggetto la prova dell'effettività delle ragioni organizzative»; il secondo inerente al rispetto degli obblighi di buona fede e di divieto dell'abuso del diritto.

ai nostri fini. Nella sentenza *de qua*, è stato affermato che

«l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti».

In altre parole, la Corte ha scisso il dovere di buona fede («una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra») dal divieto di abuso del diritto, che verrebbe integrato da tre elementi.

Il primo elemento concerne le modalità di esercizio del diritto (ovvero del potere), caratterizzate dalla non necessità («non necessarie») nonché dalla violazione del dovere di correttezza e buona fede («irrispettose del dovere di correttezza e buona fede»).

Il secondo elemento concerne l'«effetto» prodotto dall'esercizio del diritto, individuato in uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale.

Il terzo elemento viene individuato nella finalità, perseguita dal titolare del diritto, di conseguire «risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti».

Nella massima giurisprudenziale *de qua*, invero, sembra essere invertito il rapporto tra abuso del diritto e dovere di buona fede, la cui violazione viene collocata su un piano strutturale e, segnatamente, tra gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto.

Nella sentenza emessa nel caso Renault, invece, la Suprema Corte, lo si ripete, ha individuato nella buona fede una regola di comportamento (che governa i comportamenti delle parti anche nel corso della esecuzione del contratto) e nell'abuso del diritto il criterio *rivelatore* della sua violazione: uno dei criteri, cioè, attraverso cui l'interprete può verificare se e come ciascuna parte ha tutelato l'interesse della propria controparte contrattuale²⁸.

²⁸ L'obbligo di buona fede si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall'art. 2 cost.) ed impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Tale impegno solidaristico trova il suo limite precipuo unicamente nell'interesse

I due istituti, pur nella loro diversità strutturale, sono funzionalmente collegati, consentendo all'interprete di verificare la violazione della buona fede anche attraverso l'analisi delle modalità (ovvero delle finalità, che a dir si voglia) attraverso cui il diritto (ovvero il potere) viene, concretamente, esercitato.

L'abuso del diritto è, così, uno dei modi attraverso cui una parte del contratto tiene una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, imponendo alla controparte un sacrificio ingiustificato e sproporzionato in relazione alla utilità ovvero al vantaggio che egli ricava dall'esercitare il proprio diritto con una certa modalità, e non con altra.

Di là da queste notazioni, la sentenza della Suprema Corte offre un importante spunto di riflessione. In linea generale, è ben possibile che l'atto di trasferimento possa essere qualificato, in concreto, come abusivo, in tutti i casi in cui il datore di lavoro, mascherandosi dietro la «ragione tecnica, organizzativa o produttiva», eserciti il proprio potere con modalità che non tengono conto degli interessi della propria controparte contrattuale (*rectius*, del prestatore di lavoro).

E così, prendendo spunto dalla vicenda prima ricordata, potrebbe accadere che un'impresa, per una certa ragione produttiva (non sindacabile), disponga il trasferimento di uno o più lavoratori in una sede diversa da quella originaria, ponendo quale alternativa al trasferimento il licenziamento con un incentivo economico.

Se, come detto, la scelta produttiva a monte dell'atto di trasferimento non è sindacabile, lo stesso non può dirsi per la scelta della sede di destinazione: occorre, in questo caso, che il giudice verifichi che la scelta della sede di destinazione sia effettuata in ossequio alle regole della buona fede e di divieto di abuso del diritto.

Ed infatti, è ben possibile che il datore di lavoro, tra diverse possibili sedi di destinazione, scelga quella che importa un sacrificio per il lavoratore, al solo fine di indurre costui ad accettare l'alternativa del licenziamento. Poiché gli unici controlli giudiziali sono quelli relativi alla non pretestuosità della scelta imprenditoriale (*rectius*, della scelta tecnica, organizzativa o produttiva) a monte ed al nesso di causalità con il trasferimento, è del tutto necessaria una verifica giudiziale sul comportamento complessivamente tenuto dalla parte datoriale, al fine di verificare se esso sia posto in ossequio ai principi generali in materia contrattuale.

proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico. In questi termini, Cass., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14605; *id.*, sez. I, 27 settembre 2001, n. 12093.

Giampiero Proia

A margine delle relazioni

I lavori delle precedenti sessioni di questa giornata di studi, dedicate all'ambito dei contratti, delle società e del diritto tributario, hanno già evidenziato i molteplici e complessi profili di problematicità legati alla tematica dell'abuso del diritto. Ed infatti, sia pure da diversi angoli di osservazione, sono già emersi i tanti nodi irrisolti che la tematica pone, a cominciare dai corposi dubbi sollevati in ordine alla configurabilità, sul piano del diritto positivo, della categoria dell'abuso del diritto, per non parlare poi, anche nella prospettiva dei sostenitori della categoria, delle incertezze legate alla sua esatta ricostruzione in termini giuridici, e, di conseguenza, anche delle difficoltà relative alla sua concreta applicazione.

Ora, anche nell'ambito del diritto del lavoro, gli interventi della dott.ssa Serpa e della dott.ssa Papandrea confermano le criticità del ricorso alla categoria dell'abuso del diritto. In particolare, Maria Serpa ha dato conto di come pure tra i giuslavoristi vi sia un acceso contrasto di opinioni sulla possibilità e sulla utilità di riconoscere alla categoria in esame uno spazio di operatività autonomo e distinto rispetto ad altri istituti e tecniche utilizzati, sulla base di specifici disposti normativi, al fine di consentire alla giurisprudenza di esercitare un controllo sulla condotta delle parti del rapporto di lavoro.

Pur muovendo dalla consapevolezza di tali criticità, entrambi gli interventi hanno indirizzato la loro indagine nella ricerca e nello studio dei casi concreti nei quali l'abuso del diritto ha fatto ingresso negli orientamenti della giurisprudenza relativi al rapporto di lavoro. E lo hanno fatto esaminando non solo la posizione soggettiva del datore di lavoro, e in particolare il potere direttivo di cui dispone, ma anche le situazioni soggettive attive di cui è titolare il lavoratore.

A questo riguardo, è da sottolineare, anzitutto, come, nel presentare i risultati della loro ricerca, entrambe le dottorande abbiano potuto richiamare alcune recentissime sentenze della Cassazione (come la n. 509 del 2018) che

sono sicura dimostrazione dell'attualità del tema. Attualità e, direi, anche una indubbia capacità di "fascino", visto che entrambi gli interventi esprimono una sostanziale adesione all'applicazione, in modo controllato, del principio del divieto di abuso del diritto, offrendo, peraltro, una articolata base argomentativa alla posizione espressa.

È, però, utile segnalare alle nostre dottorande qualche spunto di riflessione per il prosieguo della ricerca oggi avviata. Un primo aspetto da considerare riguarda il peso e la funzione che il richiamo all'abuso del diritto riveste nelle sentenze esaminate. Sembra, infatti, che quel richiamo non costituisca, almeno il più delle volte, la motivazione esclusiva e autosufficiente della sentenza, bensì o rappresenta un *obiter dictum*, ovvero è accompagnato dal richiamo ad altri fondamenti di diritto positivo, e in particolare dal riferimento ai doveri di correttezza e di buona fede. Il che induce la sensazione che gli stessi estensori di quelle sentenze avvertano, implicitamente, i dubbi e la perplessità che la teoria dell'abuso del diritto sollevano, sotto il profilo della sua autonomia concettuale e della sua base normativa. Cosicché da quei precedenti non sembra possano ricavarsi indicazioni univoche e decisive ai fini della soluzione del più generale problema di fondo, che, ripeto, è quello di sapere se, in mancanza di una specifica disposizione di legge, vi sia uno spazio per l'autonoma configurazione e operatività di un divieto generale di abuso del diritto.

Credo, poi, sarebbe anche utile riflettere sul rapporto che, nel diritto del lavoro, può ravvisarsi tra l'evoluzione del quadro normativo e il grado di penetrazione che il tema dell'abuso del diritto registra nel formante giurisprudenziale.

Giustamente, Maria Grazia Papandrea osserva che il rapporto di lavoro, essendo caratterizzato dall'attribuzione al datore di lavoro di incisivi poteri unilaterali che incidono sulla posizione del lavoratore, avrebbe potuto essere un campo di applicazione privilegiato per il controllo giurisdizionale basato sulla verifica della corrispondenza dell'esercizio dei poteri stessi rispetto alla funzione per la quale essi sono stati attribuiti.

Ma così non è stato, e ciò non solo perché la dottrina di gran lunga prevalente nega in radice che i poteri del datore di lavoro siano "funZIONALIZZATI", ma anche perché la disciplina del rapporto di lavoro, proprio al fine di limitare la soggezione a quei poteri da parte del lavoratore contraente

debole, ha costruito, nel tempo, una fitta rete di regole e garanzie che già provvedono a limitare e circoscrivere l'esercizio dei poteri stessi, al fine di assicurare direttamente i diritti costituzionali di libertà, dignità e sicurezza dei prestatori di lavoro.

Cosicché proprio l'esistenza di quell'incisivo apparato di tutele legali ha tolto quantomeno una parte della forza persuasiva delle tesi che, al fine di correggere gli squilibri di potere contrattuale in executivis, propongono di dare spazio alla teoria dell'abuso del diritto. V'è da chiedersi, peraltro, se le trasformazioni che oggi il diritto del lavoro sta vivendo, in termini di profonda revisione del sistema di tutele tradizionali, non possa, con un procedimento storico inverso, ridare linfa e nuove motivazioni socio-culturali a quelle tesi.

Sul fronte opposto, ossia sul fronte delle posizioni soggettive del lavoratore, segnalo come si possa forse intravedere un nesso tra la tendenza ad un controllo più rigoroso nell'esercizio dei diritti riconosciuti dallo Stato sociale e il processo di crisi che quest'ultimo sta attraversando a partire dall'ultima parte del secolo scorso.

È stato, al riguardo, prospettato che il processo di espansione dei diritti sociali, compresa la dilatazione del diritto del lavoro, abbia deviato dalla originaria destinazione di tali diritti. È stato, altresì, osservato che, ove ecceda una certa misura (da individuare pragmaticamente), lo Stato sociale determina conseguenze negative sia sul piano economico, poiché, a causa di sprechi e inefficienze, può comportare un peso insostenibile in un'economia di libero mercato, sia sul piano esistenziale, generando la perdita del senso di responsabilità individuale e della legalità, la richiesta di sempre maggiori prestazioni o il tentativo di conseguire illecitamente prestazioni non spettanti.

La reazione a questi processi degenerativi è, probabilmente, una delle possibili chiavi di lettura che ha condotto la giurisprudenza ad applicare la teoria dell'abuso del diritto in materia di congedi parentali e di permessi per l'assistenza al familiare disabile quando quei congedi e quei permessi vengono fruiti per finalità diverse da quelle per le quali sono stati attribuiti dalla legge.

IV. L'ABUSO DEL PROCESSO

Laura Costantino

L'evoluzione giurisprudenziale in tema di frazionamento del credito in giudizio

SOMMARIO: 1. Impostazione del problema. Il frazionamento del credito unitario. – 2. Il frazionamento di crediti distinti e autonomi, riferibili ad un medesimo rapporto complesso. – 3. Conclusioni.

1. Impostazione del problema. Il frazionamento del credito unitario

Tra le questioni che hanno costituito l'*humus* nel quale si è sviluppato il dibattito intorno al concetto di abuso del processo, quella del divieto di frazionamento della pretesa creditoria unitaria è una delle maggiormente dibattute¹.

L'intreccio tra la *fairness* processuale e l'azionamento di crediti in forme frazionate si è posto all'attenzione in modo preponderante a partire da Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108², che, a composizione di un

¹ Si limita il riferimento ai contributi più recenti sul tema del frazionamento del credito, cfr. *amplius* C. ASPRELLA, *Il frazionamento del credito nel processo*, Cacucci, Bari 2015; E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 316 ss.; M. F. GHIRGA, *La frazionabilità del credito*, in *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 181-216; Ead, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 445 ss.; A. DI BIASE, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, in *Contratto e impr.*, 2016, pp. 401 ss.; sul frazionamento del credito previdenziale, cfr. A.D. DE SANTIS, *Le misure di deterrenza della proliferazione del contenzioso previdenziale*, in *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, Napoli 2018, pp. 190-197.

² Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Obbligazioni in genere*, n. 16, in *Giur. it.*, 2001, p. 1143 ss., con nota di A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, in *Dir. e Giur.*, 2002, p. 443 ss. con nota di E. SENA, *Richiesta di adempimento parziale e riserva di azione per il residuo: l'orientamento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2268 ss., con nota di R. MARENGO, *Parcellizzazione della domanda e nullità dell'atto*; in *Corriere giur.*, 2000, p. 1618 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*; in *Guida dir.*, 2000, 17, p. 46 ss., con nota di E. SACCHETTINI, *La possibilità di frazionare le richieste giudiziarie non sacrifica il diritto di difesa del debitore*; in *Nuova giur. civ.*, 2001,

annoso conflitto manifestatosi in seno alla Corte di legittimità³, ritenne ammissibile la richiesta di adempimento parziale del credito unitario, con riserva di azione per il residuo⁴.

La Suprema Corte, in assenza di espresse disposizioni o di principi generali desumibili da una interpretazione sistematica, negò la possibilità di enucleare dal sistema indici ostativi all'ammissibilità della domanda parcellizzata⁵; anzi, nel senso della sua ammissibilità, individuò una serie di riferimenti normativi, fra i quali l'art. 1181 c.c., che attribuisce al creditore la facoltà di accettare l'adempimento parziale dell'obbligazione, facendovi discendere il correlato diritto di chiederne l'adempimento frazionato in giudizio⁶.

I, p. 506 ss., con nota di V. ANSANELLI, *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*.

³ Per una ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali si rinvia a T. DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, cit. pp. 1621-1622, l'Autore delinea i contorni del panorama giurisprudenziale precedente all'intervento di Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108, cit., operando una suddivisione in due orientamenti contrapposti, l'uno favorevole alla frazionabilità della domanda, identificato in un unico filone giurisprudenziale che riteneva che il frazionamento della domanda in più giudizi non integrasse alcuna lesione del principio di preclusione del c.d. deducibile, l'altro avverso al frazionamento del domanda, supportato, attraverso argomenti differenti, da due filoni: a) il primo che rinveniva, invece, nella parcellizzazione della pretesa creditoria un'indubbia violazione del principio di preclusione del c.d. deducibile; b) il secondo filone di pronunce, costituito da più isolate decisioni, che a tale conclusione negativa perveniva in considerazione dei principi di buona fede e correttezza contrattuale, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

⁴ Veniva in tal modo assegnata prevalenza all'indirizzo seguito da Cass., 9 novembre 1998, n. 11265 e Cass., 5 novembre 1998, n. 11114, in *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Obbligazioni* in genere, nn. 27 e 26; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10326, id., Rep. 1999, voce cit., n. 29; Cass., 15 aprile 1998, n. 3814, id., Rep. 1998, voce cit., n. 29. In senso contrario si erano espresse, Cass. 14 novembre 1997, n. 11271, id., Rep. 1998, voce cit., n. 30 e in *Corriere giur.*, 1998, p. 540, con nota di O. FITTIPALDI, *Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita*; Cass. 8 agosto 1997, n. 7400, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce cit., n. 21 e Cass. 23 luglio 1997, n. 6900 in *Giur. it.*, 1998, 890 con nota di A. Ronco, *Azione e frazione: scindibilità in più processi del «petitum» di condanna fondato su un'unica «causa petendi» o su «causae petendi» dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata*, secondo quest'ultima pronuncia deve ritenersi illegittimo il comportamento del creditore che, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazioni, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti.

⁵ In tal senso si era espressa autorevole dottrina, cfr. E. ALLORIO, *Giudicato su domande parziali*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 399, pp. 404-405, secondo il quale alcuna norma vieta all'interessato di far valere a più riprese il proprio diritto, pertanto, in un processo ispirato al principio dispositivo non può negarsi all'interessato di far valere il proprio diritto con più azioni successive, frazionando il *petitum*.

⁶ Fra gli altri argomenti, Cass. Sez. un., 10 aprile 2000, 108 richiama gli art. 277, comma 2, e 278, comma 2, c.p.c., che, per la tutela degli interessi del creditore consentono, in vario

La parcellizzazione della domanda, inoltre, venne ritenuta compatibile con il sistema, in quanto conforme ad un interesse del creditore meritevole di tutela⁷, senza correlativo pregiudizio del diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni⁸.

A distanza di sette anni, le sezioni unite, sollecitate ad intervenire dalla terza sezione⁹, tornarono nuovamente sulla questione con la sentenza 15 novembre 2007, n. 23726, rimeditando il precedente orientamento¹⁰.

modo, in presenza di domande più ampie proposte, di limitare la pronuncia a parte delle stesse o di condannare il debitore al pagamento di una provvisionale e che non trovano applicazione quando la domanda sia stata inizialmente proposta con un contenuto più ridotto; l'istituto della condanna generica; la richiesta di risarcimento del maggior danno *ex art. 1224, comma 2, c.c.*, proponibile anche in separato giudizio, successivo a quello in cui si sia formato il giudicato sugli interessi legali per il medesimo ritardo, purché il creditore, nel primo giudizio abbia fatto espressa riserva di agire in separata sede per il maggior danno.

⁷ Il riferimento è all'ipotesi in cui il creditore operi un frazionamento dell'obbligazione per rivolgersi ad un giudice inferiore chiedendo l'adempimento di una porzione della pretesa creditoria, con una più celere definizione del contenzioso.

⁸ Si riteneva che il frazionamento del credito non comportasse alcun aggravamento della posizione del debitore, in quanto questi, al di evitare il rischio di un aggravio delle spese connesse alla duplicazione dei giudizi, avrebbe potuto mettere in mora il creditore offrendo l'intera prestazione, ovvero chiedere l'accertamento negativo del credito. Cfr. in tal senso, Cass. 19 ottobre 1998 n. 10326, in *Giur. it.*, 1999, p. 1372; Trib. Roma 11 maggio 2002, in *Giur. Merito*, 2002, p. 1252; In dottrina, v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 244.

⁹ Cass. ord. 21 maggio 2007, n. 11794, non annotata, a quanto consta, la quale invita le sezioni unite ad un ripensamento della precedente posizione, anche alla luce della costituzionalizzazione del principio del «giusto processo», evidenziando come il frazionamento della domanda giudiziale possa comportare, da un lato, il rischio di giudicati sostanziali praticamente contraddittori, collegati alla stessa vicenda storica, dall'altro, la disarticolazione, tramite il processo, di una realtà sostanziale indissolubilmente unitaria.

¹⁰ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 20335 con nota di M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali*; id, 20345, con nota di T. DELLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2008, I, col. 1515 ss. con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*; in *Guida dir.*, 2007, 47, p. 28 ss., con nota di M. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss., con nota di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*; in *Corriere giur.*, 2008, 6, 745 con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*; in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, pp. 346-364, con nota di A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*; in *Obbl. e Contr.*, 2008, 10, 800 con nota di B. VERONESE, *Domanda*

La Corte affermò, in quella occasione, che al creditore di una determinata somma di denaro – dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio – non fosse consentito frazionare la pretesa in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, pena l'improponibilità della domanda.

La decisione poggiò su due capisaldi: il canone della buona fede che presiede all'esecuzione del contratto¹¹, interpretato alla luce dei principi costituzionali come inderogabile dovere di solidarietà¹², e quello della sua ragionevole durata, anch'esso, come noto, elevato a rango costituzionale dall'art. 111 Cost.¹³.

frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza; in *Giur. it.*, 2008, 4, p. 930 ss., con nota di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 10455, con nota di A. FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) di un credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*; id, 10458 con nota di F. COSSIGNANI, *Credito unitario: unica azione*, critico sul richiamo all'art. 1181 c.c., operato da Cass., Sez. un., 10 aprile 2000, 108, cit., secondo l'Autore non può farsi discendere dalla facoltà del creditore di accettare il pagamento parziale il correlato diritto di richiederne l'adempimento parziale in giudizio, in quanto, mentre la prima ipotesi ha come presupposto la convergenza di interessi di entrambe le parti, la seconda si fonda su un vantaggio (peraltro non sempre presente) del solo creditore.

¹¹ La Corte, nell'invocare la buona fede nell'esecuzione del contratto *ex art.* 1375 c.c., implicitamente la riferisce non solo all'adempimento in senso stretto ma altresì all'attività giudiziale governata dal diritto processuale. In questo senso, si era espressa Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Foro it.*, 1998, I, col.1582, per cui non può «revocarsi in dubbio che la coazione all'adempimento, attraverso la tutela processuale, rientri nella fase *latu sensu* esecutiva del contratto, pur presentando evidenti punti di contatto con i principi e con le regole che governano lo svolgimento del processo» in quanto la fattispecie «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».

¹² Cfr. A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726)*, cit., p. 349, secondo il quale, pur non essendo la Corte esplicita sul punto, «analizzando la sentenza, si ha l'impressione che la buona fede non sia quella prevista dal Codice civile, ma costituisca, piuttosto, una specificazione della solidarietà costituzionale. In questo senso, la Suprema Corte sembra presupporre l'accoglimento della teoria che sostiene l'esistenza di un diritto privato costituzionale distinto da quello codicistico, il primo, informato al primato della solidarietà, il secondo, alla preminenza del diritto soggettivo, il primo, capace, in ragione della sua posizione sovraordinata, di conformare di conseguenza il secondo».

¹³ Secondo autorevole dottrina, A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, cit. 930, il cuore argomentativo della sentenza deve essere rinvenuto, in via esclusiva, nella necessità di preservare la risorsa giustizia, scoraggiando iniziative che rischiano di essere pregiudizievoli per l'intera classe dei fruitori, attuali o potenziali, del servizio giustizia. Osserva l'Autore «se in una regione ci sono cinque camion che possono caricare legna, se ciascuno di essi ha una portata di cento chili e se

Ne conseguì una decisa restrizione dell'operatività del principio dispositivo, derivante dalla preclusione per l'attore di determinare liberamente l'oggetto del processo attraverso una scissione della situazione giuridica soggettiva autonomamente rilevante sul piano sostanziale¹⁴.

Si ritenne, pertanto, che la disarticolazione dell'unità sostanziale dell'obbligazione – quale condotta contraria al canone di buona fede ed al principio del giusto processo – integrasse un'ipotesi di abuso dello strumento processuale, ostativo all'esame della domanda¹⁵.

Tizio, dovendo far arrivare cento chili di legna da un paese ad un altro, anziché chiedere l'intervento di un solo camion, ne prenota cinque, così da caricare venti chili su ciascuno, non complica solamente il suo fare (e questo, in fondo, se lo vuole lui), non danneggia il singolo camionista (al quale pagherà probabilmente una somma che è complessivamente superiore a quella che avrebbe pagato per un unico trasporto), ma quasi certamente rende il servizio di trasporto della legna, considerato nel suo complesso, meno disponibile o meno immediatamente disponibile per gli altri interessati al trasporto».

¹⁴ L'argomento, che investe l'efficacia preclusiva del giudicato, non risulta compiutamente sviluppato dalle sezioni unite, che, nel ritenere inammissibile il frazionamento del credito in giudizio, si soffermano maggiormente sulla lesione del canone di buona fede e sulla violazione del principio del giusto processo e della sua ragionevole durata. Sui limiti oggettivi del giudicato in relazione al frazionamento del credito cfr. S. MENCHINI e A. PROTO PISANI, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I, col. 2946 ss., secondo i quali il principio dispositivo accorda all'avente diritto soltanto la scelta se adire oppure no l'autorità giudiziaria per la tutela di una propria situazione soggettiva, e non attribuisce invece all'attore il potere di scindere all'interno del processo l'unità del rapporto giuridico sostanziale. Inoltre, poiché il processo verte sul diritto soggettivo dedotto nella sua consistenza globale, la decisione, per il tramite del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, investe l'entità sostanziale controversa nella sua integralità, precludendo il riesame non soltanto di ciò che è stato realmente dedotto, ma anche di ciò che, riguardando la struttura e la fattispecie del rapporto controverso, benché non dedotto, risultava comunque deducibile sicché appare difficile accettare soluzioni che permettano all'attore di sottoporre nuovamente all'esame del giudice elementi o aspetti della situazione soggettiva accertata; cfr. anche S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, Milano 1987, pp. 59 ss., l'Autore nega efficacia anche all'eventuale riserva di separata azione, elevata dall'attore, la quale non è ritenuta idonea ad estrapolare frazioni dall'entità sostanziale cui ineriscono, per farne oggetto di autonomi giudizi.

¹⁵ Sulla natura della pronuncia di «improponibilità» si è interrogata alcuna dottrina, aderendo in parte alla tesi del rigetto in rito, in parte a quella del rigetto nel merito: nel primo senso, cfr. B. VERONESE, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*, cit., 806 e A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, cit., 935, secondo l'Autore, se si ben intende, il processo intentato dal frazionante per recuperare solo una parte del credito dovrebbe concludersi con una pronuncia di mero rito, ma solo nell'ipotesi in cui l'attore, reso edotto dal giudice dell'anomalia nella quale è incorso proponendo una domanda frazionata, non fornisca una sufficiente ragione della limitazione; nel senso del rigetto nel merito, M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, cit., 344.

Tale principio trovò una sostanziale conferma in Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 26961, da cui fu ribadita la portata generale della regola secondo la quale la singola obbligazione va adempiuta nella sua interezza ed in un'unica soluzione, escludendo che la stessa, anche nell'eventuale fase giudiziaria, possa essere frazionata dal creditore o dal debitore¹⁶.

Nonostante gli interventi chiarificatori della giurisprudenza, tuttavia, molti interrogativi rimasero irrisolti¹⁷.

Prova ne furono le successive sollecitazioni della Cassazione, frutto della incertezza degli interpreti.

Uno dei dubbi riguardava la sanzionabilità della condotta consistente nel frazionamento: dopo un iniziale contrasto giurisprudenziale, prevalse l'orientamento più moderato, nel senso della limitazione degli effetti della pronuncia di «improponibilità» dell'azione alle domande proposte successivamente alla prima¹⁸.

¹⁶ Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 26961 in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1654. Le sezioni unite nel ribadire il principio già espresso nel 2007 chiarirono che anche ove la prestazione abbia ad oggetto la restituzione di somme indebitamente ricevute, nella specie relative all'erogazione degli accessori dell'indennità di buonuscita, sussiste l'obbligo di restituire l'indebito attraverso il pagamento in un'unica soluzione.

¹⁷ In dottrina, critici sul carattere monotono del precetto enunciato da Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, cit., col. 1516, secondo i quali «si ha l'impressione di trovarsi al cospetto di una soluzione a tutto tondo, che rinuncia pregiudizialmente a verificare se il comportamento incriminato sia sorretto da un interesse apprezzabile; o addirittura costituisca (come pure si può immaginare) il portato di una configurazione delle modalità di pagamento cui il creditore ha assentito per venire incontro alle esigenze della controparte»; di diverso avviso, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, cit., p. 747, secondo l'Autore, se si è ben inteso, le sezioni Unite, avrebbero, invece, operato una valutazione comparativa degli interessi, in concreto, facendo prevalere l'interesse del debitore ad essere convenuto per il debito intero rispetto all'interesse del creditore a frazionare la pretesa nella ricerca di un diverso giudice competente.

¹⁸ L'orientamento minoritario riteneva che la sanzione dell'improponibilità investisse «ciascuna delle singole domande (in ciascuna delle relative diverse cause) in cui è stata frazionata la domanda concernente l'intera somma in questione» e non soltanto l'azione introdotta successivamente, in tal senso, Cass., 11 giugno 2008, n. 15476, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 813, con nota di B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*, e in *Corr. Giur.*, 2011, p. 556 ss., con nota di M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*. Mentre, secondo l'orientamento impostosi come prevalente gli effetti della pronuncia di improponibilità dell'azione devono essere limitati soltanto alle domande proposte successivamente alla prima, in tal senso *ex multis* Cass. 4 novembre 2016, n. 22503, in *Danno e Resp.*, 2017, 5, p. 560 e Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, in *Giur. it.*, 2012, p. 2263. In dottrina, cfr. B. VERONESE, *Domanda frazionata: rigetto per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*, cit., p. 802, secondo la quale la contrarietà ai principi di buona fede e correttezza emerge solo

Sotto altro profilo, in tempi più recenti, si è negato che il principio di (in)frazionabilità del credito possa essere inteso in senso assoluto. Si è ritenuta, infatti, ammissibile la tutela processuale frazionata della pretesa creditoria nel caso in cui il creditore abbia un interesse al frazionamento. In particolare, la sussistenza di un tale interesse è stata rinvenuta nell'ipotesi in cui il frazionamento del credito sia giustificato dall'utilizzo da parte del creditore di una tutela più accelerata per una porzione della pretesa¹⁹.

2. *Il frazionamento di crediti distinti e autonomi, riferibili ad un medesimo rapporto complesso*

A distanza di più di dieci anni dalla statuizione del principio del divieto di frazionamento del credito unitario, le sezioni unite sono tornate sulla questione, sotto nuovo e diverso profilo, affrontando il tema dell'ammissibilità della tutela frazionata di crediti distinti e autonomi, riferibili ad un medesimo rapporto complesso.

L'intervento della Corte, nella sua composizione più autorevole, si è reso necessario a seguito del consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale che aveva esteso la portata applicativa del principio di (in)frazionabilità della pretesa creditoria – statuito dalle sezioni unite n. 23726 del

al momento della proposizione della seconda domanda, pertanto, ad essa è limitata la pronuncia di improponibilità. In tal senso, anche T. DELLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle sezioni unite*, cit., p. 20346, secondo il quale soltanto con la proposizione della seconda domanda può dirsi realizzata la parcellizzazione del credito di cui la Corte ha affermato l'illegittimità, anche se, in presenza di un frazionamento contestuale, non rimarrebbe altra strada che quella di un rigetto *en bloc* (pervenendo dunque a un diverso esito, a ben vedere non facilmente giustificabile, rispetto all'ipotesi della parcellizzazione sequenziale). In senso critico sulla soluzione di «improponibilità» della domanda; cfr. anche F. COSSIGNANI, *Improponibilità della domanda frazionata e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1495 ss.

¹⁹ In tal senso, Cass., 7 novembre 2016, n. 22574, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017, che si inserisce nel solco del precedente di Cass., 18 maggio 2015, n. 10177, in *Foro it. Mass.*, 2015, col. 319, ritenendo che non incorra in abuso del processo l'attore che, a tutela di un credito nascente da un unico rapporto obbligatorio agisca dapprima in sede monitoria per la somma documentalmente provata e successivamente in via ordinaria per il residuo. Pur condividendo il principio enunciato da Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., la Corte ritiene che il divieto di frazionamento non vada inteso in senso assoluto, poiché non può configurarsi un abuso del processo – inteso come compimento di un atto processuale sviandolo dalla sua causa tipica – né una violazione dei doveri di correttezza e buona fede nell'utilizzo, da parte dell'attore, di una tutela accelerata ove sussistano le condizioni previste dal legislatore.

2007 – alla diversa ipotesi di pluralità di obbligazioni, anche di natura diversa, nascenti dal medesimo rapporto di lavoro²⁰.

Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090 ha escluso che i principi espressi in tema di (in)frazionabilità del credito unitario possano trovare applicazione anche nell'ipotesi di pluralità di crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso²¹.

La Corte ha affermato, infatti, che la tesi secondo la quale più crediti distinti, ma relativi ad un medesimo rapporto di durata, debbono essere necessariamente azionati tutti nello stesso processo, non trova conferma nella disciplina processuale. Al contrario, è espressamente consentito proporre, in tempi e processi diversi, domande tese al recupero di singoli crediti, facenti capo ad un unico rapporto complesso²².

²⁰ In tal senso, si erano espresse Cass., 17 aprile 2013, n. 9317 e Cass., 10 maggio 2013, n. 11256, in *Dejure*, richiamate dall'ordinanza di rimessione, 25 gennaio 2016, n. 1251, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 877 ss., con nota di C. M. NANNA, *Per una ricostruzione in chiave evolutiva del problema della frazionabilità processuale del credito* e in *Ilprocessocivile.it*, dicembre 2016, con nota di C. ASPRELLA, *Alle Sezioni Unite la questione del frazionamento e dell'abuso del processo*. Secondo Cass., ord. 25 gennaio 2016, n. 1251, il principio di (in)frazionabilità del credito, statuito da Cass. sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., opera esclusivamente all'interno di un rapporto obbligatorio ritenuto unico in senso proprio, mentre dal rapporto di lavoro discendono una pluralità di obbligazioni, ognuna con una specifica fonte, di natura legale o contrattuale, concernenti istituti giuridici diversi. Di conseguenza, la pronuncia esclude di poter dichiarare improponibili le domande successivamente proposte. Al fine di prevenire un possibile contrasto di giurisprudenziale, rimette, quindi, alle sezioni unite la questione di massima di particolare importanza: «se, una volta cessato il rapporto di lavoro, il lavoratore debba avanzare in un unico contesto giudiziale tutte le pretese creditorie che sono maturate nel corso del suddetto rapporto o che trovano titolo nella cessazione del medesimo e se il frazionamento di esse in giudizi diversi costituisca abuso sanzionabile con l'improponibilità della domanda».

²¹ Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Giur. It.*, 2017, 5, 1089 ss., con nota di M. BARAFANI, *I fondamenti giudiziali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 4, 1302 ss., con nota di M. F. GHIRGA, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in *Corriere Giur.*, 2017, 7, 975 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*; in *Dir. & Gius.*, 2017, 31, 7, con nota di M. CORRADO, *Diritti di credito diversi? Se relativi allo stesso rapporto possono essere fatti valere separatamente*; in *Argomenti Dir. Lav.*, 2017, 4-5, p. 1252, con nota di M. GALLETTI, *Frazionamento abusivo del credito: i chiarimenti delle Sezioni Unite*.

²² La Corte fa riferimento ai plurimi strumenti processuali, volti a realizzare il *simultaneus processus* di cui agli artt. 31, 34, 40 e 104 c.p.c., in tema di domande accessorie, connessione e proponibilità nel medesimo processo di più domande nei confronti della stessa parte. Le sezioni unite, inoltre, affermano che una generale previsione di improponibilità della domanda risulterebbe ingiustamente gravatoria della posizione del creditore, il quale sarebbe costretto ad avanzare tutte le pretese creditorie derivanti da un medesimo

La Cassazione, tuttavia, pur avendo negato che il frazionamento della vicenda contrattuale in plurime domande giudiziali, aventi ad oggetti diritti distinti, integri una forma di abuso dello strumento processuale, ne ha escluso l'ammissibilità *tout court*, introducendo una serie di limitazioni.

Le sezioni unite, valorizzando il *favor* dell'ordinamento per il processo simultaneo²³ e richiamandosi ai principi affermati già in altre occasioni²⁴, hanno sottolineato la necessità di favorire, ove possibile, una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, evitando una frammentazione della tutela processuale della medesima vicenda «esistenziale»²⁵.

In linea con tale esigenza, hanno introdotto un limite alla astratta proponibilità in separati giudizi di domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, riconducibili ad un medesimo rapporto complesso, quando esse siano «inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo».

In tal caso, la Corte ha rinvenuto una «preclusione dopo il passaggio in cosa giudicata della sentenza che chiude uno dei giudizi» che determina l'improponibilità della domanda successiva²⁶.

rapporto in uno stesso processo, perdendo ad esempio la possibilità di fruire di riti più snelli per quei crediti dotati di tale possibilità.

²³ Cass., Sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit. propone una lettura speculare della disciplina dettata in tema di connessione, evidenziando come se è vero, che tale disciplina ipotizza la proponibilità delle pretese creditorie, in tempi e processi diversi, è altrettanto vero che essa è tesa a garantire, ove possibile, la unitarietà della trattazione.

²⁴ Il riferimento è alle note pronunce delle sezioni unite in tema di rilevanza delle patologie negoziali e di modificazione della domanda e, Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, 931 ss., con nota di S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; Cass., Sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, 3190, con nota di A. MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*.

²⁵ La pronuncia afferma che trattazione della «medesima vicenda esistenziale», innanzi a giudici diversi è destinata a produrre una serie di effetti distorsivi, incidendo negativamente sulla giustizia sostanziale della decisione, sulla durata ragionevole dei processi, nonché sulla stabilità dei rapporti, soprattutto nei casi in cui vi sia una forma di connessione qualificata tra le situazioni giuridiche controverse.

²⁶ L'argomento meriterebbe un'ampia trattazione che, tuttavia, non è possibile svolgere in questa sede. Si rinvia per una puntuale critica della soluzione adottata dalla sentenza, a C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, cit., pp. 982-983, ed ai rimandi in essa contenuti, che definisce «abnorme» la conseguenza cui perviene la pronuncia. Secondo l'Autrice la pronuncia delle sezioni unite nella seconda parte non può essere condivisa, in quanto viene frainteso il problema della portata del giudicato nei successivi giudizi aventi ad oggetto diritti connessi, là dove si

Le sezioni unite, tuttavia, in linea con l'elaborazione giurisprudenziale in tema di frazionamento del credito unitario, hanno introdotto una deroga al principio espresso e hanno ritenuto ammissibile l'accesso alla tutela frazionata nel caso in cui il creditore dimostri di avere un interesse oggettivamente valutabile al frazionamento²⁷.

L'ago della bilancia è costituito dall'interesse ad agire, inteso non solo come rapporto di utilità tra lesione lamentata e specifica tutela richiesta, ma costruito anche in relazione alle caratteristiche della tutela invocata e, dunque, alle «modalità» di proposizione della domanda.

Ferma restando la rilevabilità officiosa del difetto di interesse al frazionamento, la Corte, al fine di favorire la trattazione unitaria della controversia, ha introdotto un vero e proprio onere di cumulo delle domande connesse per titolo, consentendo la proposizione in separati processi di domande tese al recupero di singoli crediti, facenti capo ad un unico rapporto complesso, unicamente nel caso in cui il creditore abbia un oggettivo interesse alla tutela frazionata, che giustifichi tale «modalità» di esercizio del diritto di azione²⁸.

afferma che qualora nel processo successivo sia dedotta una diversa situazione sostanziale – come nel caso dei diritti connessi che abbiano in comune un elemento della fattispecie costitutiva, ovvero l'intera fattispecie costitutiva – il vincolo derivante dal giudicato formatosi in precedenza costringa il giudice ad emettere una pronuncia di *absolutio ab instantia*. Al contrario, secondo l'Autrice sul diritto connesso eventualmente azionato dopo la formazione del precedente giudicato, si esplicherà l'efficacia positivo-conformativa – non preclusiva, in alcun senso – dello stesso e solo se la connessione non sia solo per il titolo ma assurga a vera pregiudizialità.

²⁷ Cass., Sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit., richiama i precedenti in materia di principio di non contestazione, secondo i quali la ragionevole durata del processo coinvolge tutti i protagonisti della scena giudiziale, ivi comprese le parti, chiamate ad un esercizio responsabile del diritto di azione, attraverso una delimitazione della materia realmente controversa sin dalla proposizione della prima domanda, cfr. Cass., 24 gennaio 2007, n. 1540 in *Foro it.*, 2008, I, col. 1625, espressamente richiamata dalle sezioni unite.

²⁸ La Corte non ha applicato il principio espresso al caso sottoposto al suo esame in quanto ha ritenuto che i diritti di credito fatti valere fossero azionabili separatamente, a prescindere da una valutazione circa la sussistenza di un interesse oggettivo al frazionamento, trattandosi di domande non iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato, né fondate sul medesimo fatto costitutivo, sulla base dei seguenti presupposti: a) gli istituti del TFR e del premio fedeltà hanno diversa fonte (legale l'uno e pattizia l'altro), nonché differenti presupposti e finalità; b) il credito azionato in relazione al premio fedeltà non è iscrivibile nel medesimo ambito oggettivo del giudicato ipotizzabile sulla precedente domanda riguardante la rideterminazione del TFR; c) i due crediti non sono fondati sul medesimo fatto costitutivo. In senso critico, cfr. M.F. GHIRGA, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, cit. 1322, secondo la quale la Corte, in coerenza col principio enunciato avrebbe dovuto individuare nella specie

3. Conclusioni

Il principio enunciato dalle sezioni unite in relazione a diritti di credito diversi e distinti, originati da un medesimo rapporto complesso, nonostante i dovuti distinguo operati dalla stessa Corte, presenta notevoli punti di contatto con quello reso in tema di frazionamento del credito unitario. Ciò in quanto la Cassazione, anche in relazione a diversi e distinti diritti di credito, riconducibili ad un medesimo rapporto di durata tra le parti – inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondati sullo stesso fatto costitutivo – giunge alla conclusione che l'accesso alla tutela processuale frazionata sia consentito solo se risulti in capo al creditore agente un interesse oggettivo al frazionamento.

La pronuncia sul punto ha destato notevoli perplessità, là dove opera un'ingiustificata sovrapposizione fra il tema dell'interesse ad agire rispetto a diritti distinti, originati da un medesimo rapporto complesso, e la diversa questione dell'interesse dell'agente alla deduzione frazionata di un credito unitario. Se in questa seconda ipotesi l'indagine circa la sussistenza di un interesse al frazionamento è giustificata onde consentire una deroga al generale divieto di scissione del contenuto minimo dell'obbligazione, lo stesso non può dirsi per l'ipotesi di crediti distinti, connessi per titolo, che, come ritenuto dalla stessa pronuncia, sono astrattamente proponibili in separati giudizi²⁹.

Peraltro, se da un lato la conclusione cui pervengono le sezioni unite nel 2017 sembra richiamare l'elaborazione giurisprudenziale in tema di frazionamento del credito unitario, dall'altro, le argomentazioni addotte a sostegno della decisione appaiono in gran parte diverse. La pronuncia, infatti, abbandona alcune delle categorie principali attorno alle quali era stato enucleato il divieto di parcellizzazione della pretesa creditoria unitaria³⁰ e si inserisce piuttosto nel solco tracciato dall'attuale tendenza

un oggettivo interesse al frazionamento oppure, in sua carenza, affermare che la vicenda esistenziale relativa alla chiusura del rapporto di lavoro doveva considerarsi esaurita al momento della prima azione giudiziale intrapresa, nell'ambito della quale avrebbero dovuto essere fatte valere tutte le pretese creditorie già azionabili.

²⁹ Critica sulla necessità di un oggettivo interesse del creditore al frazionamento nell'ipotesi affrontata dalle sezioni unite n. 4090 del 2017, C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, cit., 983, secondo la quale tale elemento non ha «alcuna rigorosa attinenza con la deduzione frazionata dei diritti connessi, di per sé legittima alla luce della diversità dei diritti vantati, pur se afferenti ad un'unitaria matrice».

³⁰ Le sezioni unite n. 4090 del 2017 sganciano il tema del frazionamento di crediti distinti originati da un medesimo rapporto complesso dalla violazione del canone di buona fede e correttezza e del dovere di solidarietà – elementi che avevano costituito, invece il

giurisprudenziale ad ampliare la «minima unità strutturale del processo»³¹.

La finalità della Corte sembra, infatti, quella di individuare dei percorsi argomentativi che consentano di ritenere possibile lo svolgimento di un solo processo quale occasione per far valere tutte le pretese creditorie deducibili e riconducibili all'unica «vicenda esistenziale», rappresentata nella specie dalla conclusione del rapporto di lavoro subordinato³².

Sullo sfondo pare esservi il ben noto *refrain* dell'economia processuale, declinata *sub specie* di risparmio di risorse del sistema giustizia: l'attore che voglia avvalersi di una tutela processuale frazionata – e quindi di una tutela che comporta l'instaurazione di più processi e l'aggravio dei ruoli civili – è onerato della dimostrazione della sussistenza di un oggettivo interesse che la giustifichi.

All'interesse ad agire è attribuita una funzione di «filtro processuale»³³ che pare discostarsi da quella tradizionale³⁴. L'interesse ad agire, infatti, è utilizzato infatti come criterio selettivo di accesso alla tutela giurisdizionale non solo in riferimento all'*an*, ma anche con riferimento al *quomodo* della richiesta di tutela giurisdizionale, in relazione alle modalità processuali del suo esercizio³⁵.

cuore portante delle argomentazioni delle sezioni unite n. 23726 del 2007 – prescindendo totalmente dagli effetti negativi che potrebbero ripercuotersi sul debitore in caso di tutela frazionata della pretesa creditoria.

³¹ Formula utilizzata da G. VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573, pp. 579-581.

³² M.F. GHIRGA, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, cit., p. 1316.

³³ Sulla nozione di interesse ad agire come «filtro processuale», cfr. F. P. LUISO, *L'interesse ad agire*, in *Diritto Processuale*, I, Giuffrè, Milano 2015, pp. 223-229, secondo il quale «l'interesse ad agire ha la funzione di filtro processuale nelle ipotesi in cui lo strumento di attacco o di difesa utilizzato dalle parti può essere fondato, ma è comunque inutile».

³⁴ Cfr. E.T. LIEBMAN, in *Principi, Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano 2012, a cura di V. Colesanti e E. Merlin, p. 148, secondo cui «l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto»; B. SASSANI, *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, che ripercorre i problemi interpretativi ed applicativi sorti intorno al concetto di interesse ad agire. Secondo l'Autore «l'art. 100 c.p.c. è norma specificamente precettiva e, in tale funzione, insurrogabile; essa impone il rispetto, nel caso concreto, dell'effettività della relazione da mezzo a fine stabilita dall'ordinamento tra la tutela esperita e l'interesse tutelato».

³⁵ La funzione dell'interesse ad agire come misura di un corretto esercizio del diritto di azione richiama i precedenti giurisprudenziali in tema esecuzione forzata, ove la Corte ha rilevato una carenza di interesse a proporre l'azione esecutiva quando questa abbia ad oggetto un credito di entità economica oggettivamente minima. Cfr. Cass. 3 marzo

La Cassazione avverte, però, la necessità di precisare che l'interesse del creditore debba essere «oggettivamente apprezzabile», in modo da evitare che l'indagine circa la sussistenza di tale elemento comporti un bilanciamento di interessi delle parti da valutare «caso per caso»³⁶.

In tal senso, le sezioni unite paiono alludere alla sussistenza di un «interesse oggettivamente valutabile» al frazionamento solo nel caso in cui si possa configurare, nelle scelte operate in sede di predisposizione della disciplina processuale, una tale pre-valutazione ad opera del legislatore. A conforto, si fa riferimento alla ipotesi – già richiamata dalla giurisprudenza in tema di frazionamento del credito unitario – in cui una parte decida di fruire per una porzione di credito di una tutela accelerata, mentre per la restante parte decida di avvalersi della cognizione ordinaria.

Tuttavia, se è vero che tale interesse può configurarsi e coincidere con i vantaggi offerti dalle scelte legislative di adottare un processo più snello per i giudizi di minor valore, il carattere oggettivo di tale interesse non convince fino in fondo, là dove, in concreto, non sembra che si possa sfuggire da una valutazione fortemente discrezionale, che attribuisca al giudice il compito di bilanciare di volta in volta gli interessi in gioco³⁷.

Nella prassi applicativa, poi, appare particolarmente complesso ancorare la decisione sulla sussistenza di un oggettivo interesse del creditore alla tutela frazionata in ragione delle «modalità» di esercizio dell'azione. Non può escludersi, infatti, che, in concreto, il creditore possa vedersi preclusa una eventuale azione successiva sulla domanda connessa per il sol fatto di

2015, n. 4228, in *Corriere giur.*, 2016, 251 p. ss., con nota di A. PANZAROLA, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*; G. COSTANTINO, *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo (note a margine di cass. 3 marzo 2015, n. 4228)*, in *Giusto processo civ.*, 2015, p. 929 ss., l'Autore critica fortemente la pronuncia sottolineando come la garanzia costituzionale del diritto d'azione non può essere negata dal giudice in base al valore economico del diritto del quale si invoca tutela.

³⁶ «Non si tratta quindi di valutare «caso per caso» (in relazione al bilanciamento degli interessi di ricorrente e resistente) l'azionabilità separata dei diversi crediti, né tanto meno si tratta di accertare eventuali intenti emulativi o di indagare i comportamenti processuali del creditore agente sul versante psico-soggettivistico. Quel che rileva è che il creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto di durata ed inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo».

³⁷ Cfr. M. F. GHIRGA, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, cit., p. 1321, secondo la quale l'interesse del creditore come formulato dalle sezioni unite n. 4090 del 2017 richiama il concetto di «meritevolezza» della tutela; su quest'ultimo tema cfr. *amplius* *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, op. cit.

non aver utilizzato una tutela più celere per la proposizione della prima domanda, ovvero per ragioni riconducibili a legittime scelte difensive³⁸.

³⁸ A titolo esemplificativo, la scelta di non ricorrere al procedimento monitorio, anche in presenza di prova scritta, potrebbe rientrare nell'alveo delle scelte difensive del procuratore, il quale potrebbe ritenere più efficace instaurare, nel caso di specie, un procedimento a cognizione ordinaria. Tale scelta potrebbe essere giustificata dalla finalità di pervenire più celermente ad una trattativa, attraverso l'immediata notificazione dell'atto di citazione, oppure per evitare una potenziale dilatazione dei tempi del giudizio in caso di opposizione, che potrebbero rivelarsi paradossalmente più lunghi di quelli conseguenti l'instaurazione di un procedimento a cognizione ordinaria, ovvero ancora, potrebbe giustificarsi qualora la prova scritta non sia costituita da un documento a fede privilegiata, sulla base del quale richiedere la provvisoria esecutorietà. Peraltro, tali perplessità sembrano trovare riscontro nelle prime applicazioni del principio espresso dalle sezioni unite n. 4090 del 2017; cfr. Cass., 28 dicembre 2017, n. 31017, con nota di G. RICCI, in *Giur. It.*, in corso di pubblicazione, secondo cui non sussiste un interesse oggettivo del creditore alla tutela frazionata, nel caso in cui l'attore allegghi un generico rischio di prescrizione per il primo dei crediti azionati, in quanto in tale ipotesi è sufficiente l'invio di un mero atto di costituzione in mora per interrompere il decorso del termine.

Piervito Bonifacio

*L'applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. come sanzione
dell'abuso del processo*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La portata applicativa dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. nelle ricostruzioni offerte dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale – 3. Profili critici

1. Premessa

Alla base della lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia di abuso del processo¹ si pone un problema preliminare: individuare i limiti superati i quali l'esercizio del diritto di azione, costituzionalmente garantito, assume caratteri distorti, deviati o comunque tali da giustificare una reazione dell'ordinamento. Come hanno chiarito le Sezioni Unite, non è sufficiente che l'esercizio di tale diritto si espliciti nel

¹ In generale, sull'abuso del processo, si vedano F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè Milano 2004; EAD., *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè Milano, 2012; EAD, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 445 ss.; EAD., *A proposito del recente libro di Tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 362 ss.; S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, pp. 1281 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I-II, CEDAM, Padova 2000; ID., *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 874 ss.; G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Giappichelli, Torino 2013; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Labuso del diritto*, CEDAM, Padova 1998, pp. 435 ss.; ID., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 2012, pp. 117 ss.; ID., *Abuso del processo*, in *Contratto e impresa*, 2015, pp. 834 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 319 ss.; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.1, 2016, pp. 23 ss.; A. DONDI, *Abuso del Processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano 2010, pp. 1 ss.; A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.1, 2007, pp. 193 ss.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, Milano 2004; G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Aracne, Roma 2005; V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, I, Utet, Torino 2007.

formale rispetto delle prescrizioni legali, ma è altresì necessario che esso si svolga in maniera «consapevole» e «responsabile»².

L'individuazione delle fattispecie abusive (o meglio, dei limiti al di là dei quali sono configurabili fattispecie abusive), tuttavia, non esaurisce l'indagine: occorre ulteriormente individuare le misure sanzionatorie con cui colpire e reprimere tali fattispecie.

Sebbene soltanto negli ultimi anni il tema dell'abuso del processo abbia acquisito centralità nel dibattito giuridico, il nostro ordinamento processuale da tempo risulta disseminato di disposizioni che sanzionano condotte pre-processuali e processuali. Già il legislatore codicistico, infatti, pienamente consapevole della possibilità di sviare il processo da quella che dovrebbe essere la sua istituzionale neutralità, aveva introdotto sanzioni volte a colpire i casi in cui il processo venisse impiegato per perseguire risultati distorti³.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è avuto, a livello legislativo, un mutamento di prospettiva in virtù del quale sono stati introdotti nuovi strumenti sanzionatori preordinati non già a tutelare la posizione dei contendenti o ad evitare che con il processo siano conseguiti risultati distorti, bensì a preservare la "risorsa giustizia", la cui esiguità viene avvertita come uno dei problemi di maggiore urgenza⁴.

In tale contesto, il legislatore ha, a più riprese, cercato di "responsabilizzare", se non proprio di scoraggiare, l'impiego di tale risorsa, intervenendo per lo più sul profilo economico ed aggravando il costo della resistenza processuale⁵, mediante l'introduzione di norme come, ad esempio, l'art. 13, comma

² Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Procedimento civile*, n. 90; *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1302, con nota di F. GHIRGA; *Giur. it.*, 2017, p. 1089, con nota di M. BARAFANI; *Corriere giur.*, 2017, p. 975, con nota di C. ASPRELLA; *Lavoro giur.*, 2017, p. 466, con nota di G. GUARNIERI.

³ Per un'ampia e articolata disamina del sistema delle sanzioni processuali si rinvia a A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, Napoli 2018. Per una ricostruzione della nozione di illecito processuale e della sua evoluzione si veda anche M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 142 ss.

⁴ Al riguardo B. CAPPONI, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 1277 ss., parla di «respingimento del contenzioso».

⁵ Si veda DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., pp. 89-90, secondo cui «Dal 2014, quando il legislatore ha – per così dire – scoperto le carte proclamando l'intento di «degiurisdizionalizzare» la giustizia civile, pur senza far espresso riferimento al mercato, all'economia o allo sviluppo, come invece ha apertamente fatto a partire dalla l. 80/05 e sino alla l. 98/13, la tendenza appare guidata dalla introduzione di misure volte a scoraggiare il ricorso alla giurisdizione, al quale fanno da contrappeso lo strisciante disinteresse per l'esatta attuazione della legge sostanziale e la visione della giustizia civile come costo sociale [...]». Si veda altresì G. VERDE, *Il processo*

1-*quater*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115⁶, il quale prevede la condanna della parte, la cui impugnazione, anche incidentale, sia stata respinta integralmente ovvero dichiarata inammissibile o improcedibile, al pagamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, ovvero di norme come il terzo comma dell'art. 96 c.p.c.⁷

In particolare, quest'ultimo prevede che «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata»⁸.

Sin dalla sua introduzione, la norma ha suscitato critiche e difficoltà interpretative⁹, legate alla sua formulazione sfuggente. Essa è stata altresì oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale, che, con la sentenza

sotto l'incubo della ragionevole durata, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 509-510.

⁶ Comma inserito dall'art. 1, comma 17, L. 24 dicembre 2012, n. 228. Per approfondimenti sul tema si veda Z. GOLA, A. BERALDO, *Il raddoppio del contributo unificato: disciplina e criticità*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, pp. 1733 ss.

⁷ Inserito dall'art. 45, comma 12, della L. 18 giugno 2009, n. 69 all'interno dell'articolo dedicato alla responsabilità aggravata

⁸ In merito all'art. 96, 3° comma, c.p.c. si vedano F.D. BUSNELLI, E. D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 585 ss.; R. BRENDA, *L'art. 96, 3° comma, c.p.c. ed i punitive damages – Considerazioni in margine ad un caso giudiziario*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1885 ss.; O. DESIATO, *Responsabilità aggravata ex art. 96, 3° comma, c.p.c.: una possibile interpretazione*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 865 ss.; M. FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Resp. civ.*, 2015, pp. 1063 ss.; M. LUPANO, *Il 3° comma dell'art. 96 c.p.c. a tre anni dall'introduzione: orientamenti giurisprudenziali ed incertezze sistematiche*, in *Corriere giur.*, 2013, pp. 994 ss.; G.C. SALVATORI, *Tra abuso del diritto e funzione punitiva: una lettura ricognitiva dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. e prospettive de iure condendo*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, pp. 630 ss.; G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, coll. 263 ss.; ID., *Il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.*, 2010, I, coll. 2237 ss.; T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 55 ss.; G. FIENGO, *La responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 115 ss.; A. CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2011, pp. 818 ss.; G.L. BARRECA, *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto della condanna*, in *Giur. mer.*, 2011, pp. 2704 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, pp. 749 ss.; C. GRAZIOSI, M. ACIERNO, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo sisma?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 155 ss.; P. PORRECA, *L'art. 96, 3° comma, c.p.c. tra ristoro e sanzione*, in *Foro it.*, 2010, I, coll. 2244 ss.; ID., *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella L. 69 del 2009*, in *Giur. mer.*, fasc. 7-8, 2010, pp. 1836 ss.

⁹ Per le quali si rinvia ai contributi di cui alla nota precedente.

23 giugno 2016, n. 152¹⁰, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'attribuzione della somma alla controparte anziché all'Erario.

La giurisprudenza ha comunque fatto largo uso dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., applicandolo in numerosi e distinti ambiti (in particolare, in sede di impugnazione) e cercando di valorizzarne soprattutto il nesso con la tematica dell'abuso del processo, al punto che, di recente, la Suprema Corte ha definito la norma come un «presidio del corretto funzionamento del sistema processuale» contro l'abuso dei diritti processuali¹¹.

2. *La portata applicativa dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. nelle ricostruzioni offerte dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale*

Per meglio comprendere il modo in cui la giurisprudenza ha inteso la portata applicativa dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. ed il relativo legame con la tematica dell'abuso del processo, appare utile richiamare, nel vasto panorama giurisprudenziale di legittimità sul tema, Cass. 29 settembre 2016, n. 19285¹². Tale pronuncia¹³, che, nello specifico, identifica nell'art. 96, 3° comma, c.p.c. la sanzione contro quello che viene definito «abuso del diritto di impugnazione», si segnala per la ricostruzione sistematica che offre, soffermandosi tanto sulla portata della norma quanto sul concetto stesso di abuso.

La sentenza risulta, inoltre, di particolare interesse in quanto richiama ed utilizza quale termine di paragone la già citata sentenza 23 giugno 2016, n. 152 della Corte costituzionale, che pure aveva analizzato la portata dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.

La premessa da cui muove la Cassazione è che, come già chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, l'art. 96, 3° comma, c.p.c. sarebbe preordinato a sanzionare l'abuso dello strumento processuale¹⁴. Diventa, pertanto, rilevante

¹⁰ In *Foro it.*, 2016, I, coll. 2639 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO; *Dir. e pratica lav.*, 2016, pp. 1547 ss.; *Corriere giur.*, 2016, pp. 1586 ss., con nota di C. ASPRELLA; *Nuova giur. civ.*, 2016, pp. 1642 ss., con nota di V. VISCONTI; *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 498 ss., con nota di F. GHIRGA; *Danno e resp.*, 2017, pp. 409 ss., n. R. BREDÀ; *Giur. cost.*, 2016, pp. 1548 ss., n. F. AULETTA.

¹¹ Cass., Sez. VI - 3, Ord., 21 febbraio 2018, n. 4136, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Spese giudiziali civili*, n. 10.

¹² Cass., Sez. III, 29 settembre 2016, n. 19285, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Spese giudiziali civili*, n. 77.

¹³ Che ha trovato recente conferma in Cass., Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 2957.

¹⁴ In particolare, la Suprema Corte richiama «Cass. Sez. Lav. 19 aprile 2016 n. 7726 – che rimarca “le esigenze di deflazione del contenzioso pretestuoso” – e l'ancor più significativa

distinguere tra esercizio del diritto processuale e abuso dello stesso: a tal fine l'elemento discrezionale viene individuato nella sussistenza della mala fede o della colpa grave. Secondo quanto già affermato in altre pronunce¹⁵, infatti, l'abuso non può identificarsi nella mera infondatezza della pretesa, dato che, altrimenti, l'applicazione della sanzione discenderebbe dalla semplice soccombenza e ciò sarebbe contrario alla tutela costituzionale e sovranazionale dell'accesso alla giurisdizione. È stata proprio l'esigenza di evitare un contrasto con le norme costituzionali e sovranazionali che garantiscono il diritto di agire in giudizio ad indurre, fin da subito, la giurisprudenza di legittimità a ritenere necessario l'elemento soggettivo della mala fede o della colpa grave anche per l'applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. nonostante la dubbia formulazione testuale dello stesso avrebbe potuto condurre a diverse soluzioni¹⁶.

Tale ricostruzione, peraltro, secondo la Suprema Corte, nemmeno sarebbe in contrasto con quanto statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza 23 giugno 2016, n. 152, sebbene quest'ultima abbia, in realtà, optato per una soluzione intermedia: la norma, secondo la Consulta, avrebbe natura non solo risarcitoria, ma anche e più propriamente sanzionatoria e, al contempo, sarebbe finalizzata alla tutela di interessi non esclusivamente privatistici, ma anche pubblicistici¹⁷. In sostanza, l'art. 96,

Cass. Sez. VI-3, ord. 22 febbraio 2016 n. 3376 – la quale evidenzia come l'istituto in questione si correla “con il progressivo rafforzamento del ruolo di nomofilachia della Suprema Corte, nonché con il mutato quadro ordinamentale, quale desumibile dai principi di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), di illiceità dell'abuso del processo e di necessità di una interpretazione delle norme processuali che non comporti spreco di energie giurisdizionali”.

¹⁵ Cass., Sez. VI - 2, 30 novembre 2012, n. 21570, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 299 ss. con nota di G. VANACORE, secondo cui «agire in giudizio per far valere una pretesa che alla fine si rileva infondata non costituisce condotta di per sé rimproverabile». Nello stesso senso si è pronunciata anche Cass., Sez. VI - 2, 11 febbraio 2014, n. 3003, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Spese giudiziali civili*, n. 65

¹⁶ In particolare, nonostante l'incipit «in ogni caso» che, secondo la Corte, avrebbe potuto svincolare la norma «dal presupposto della mala fede o della colpa grave di cui all'art. 96, comma 1, o quanto meno dalla colpa semplice del comma 2».

¹⁷ E, secondo la Corte costituzionale, nel senso della «natura non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative, della disposizione» deporrebbero sia i lavori preparatori della novella che «significativi elementi lessicali». In particolare la norma fa riferimento «alla condanna al “pagamento di una somma”, segnando così una netta differenza terminologica rispetto al “risarcimento dei danni”, oggetto della condanna di cui ai primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ. Ancorché inserita all'interno del predetto art. 96, la condanna di cui all'aggiunto suo terzo comma è testualmente (e sistematicamente), inoltre, collegata al contenuto della “pronuncia sulle spese di cui all'articolo 91”; e la sua adottabilità “anche d'ufficio” la sottrae all'impulso di parte e ne conferma, ulteriormente, la finalizzazione

3° comma, c.p.c. configurerebbe una condanna di natura sanzionatoria e officiosa «per l'offesa arrecata alla giurisdizione», ma, allo stesso tempo, sarebbe idonea a rispondere «anche ad una concorrente finalità indennitaria nei confronti della parte vittoriosa (pregiudicata anch'essa da una temeraria, o comunque ingiustificata, chiamata in giudizio) nelle, non infrequenti, ipotesi in cui sia per essa difficile provare l'*an* o il *quantum* del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ.»¹⁸.

La Cassazione, pur richiamando la pronuncia della Corte costituzionale, non segue appieno tale soluzione intermedia, ma afferma, in modo più netto, che la norma avrebbe una *ratio* «assolutamente pubblicistica» e una «natura sanzionatoria e non risarcitoria» e costituirebbe «un presidio del processo dal suo abuso»¹⁹, e cioè dalla lesione dell'interesse pubblico ad un adeguato funzionamento del sistema giurisdizionale. L'art. 96, 3° comma, c.p.c. sarebbe, dunque, coerente con la mutata concezione del processo civile, conseguente alla riforma dell'art. 111 Cost., in virtù della quale «il diritto al processo e i diritti nel processo trovano sempre confine

alla tutela di un interesse che trascende (o non è, comunque, esclusivamente) quello della parte stessa, e si colora di connotati innegabilmente pubblicistici».

¹⁸ Peraltro, precisa la Corte costituzionale, «analoga funzione sanzionatoria (e, concorrentemente, indennitaria) era, del resto, attribuibile alla condanna del ricorrente (o resistente) in cassazione, con colpa grave, prevista dall'abrogato art. 385 cod. proc. civ. (sullo schema del quale risulta modellato il comma terzo dell'art. 96 cod. proc. civ.)».

¹⁹ Nello stesso senso si era pronunciata Cass., Sez. III, 30 marzo 2015, n. 6402, secondo cui «elemento dirimente dovrebbe potersi ritenere la previsione della possibilità di una pronuncia di ufficio: essa estrapola l'istituto dal tradizionale contesto della responsabilità aggravata e dell'istanza di parte, per configurare evidentemente una vera e propria sanzione processuale dell'abuso del processo – inteso come utilizzazione di esso per finalità non solo diverse, ma in alcun casi perfino pregiudizievoli all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto (così, di recente, Cass. Sez. Un., Ord. 22 luglio 2014, n. 16628) – perpetrato da una delle due parti, sia pure optando per una sorta di privatizzazione del risultato, rendendo del relativo esborso beneficiaria, quale danneggiato immediato, la controparte. Altro senso non potrebbe avere un'iniziativa officiosa volta a fare conseguire un beneficio (un vero e proprio incremento patrimoniale) ad una parte che non lo abbia chiesto, se non appunto quello di sanzionare una condotta di quella parte cui viene inflitta una condanna non richiesta da alcuno». Alla luce di ciò, la Corte concludeva nel senso che, per la condanna ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., si deve escludere «la necessità dell'adduzione e della prova del danno, elementi invece indispensabili per la condanna ai sensi dei primi due commi dell'art. 96 cod. proc. civ.: l'abuso del processo ha cagionato in sé e per sé solo comunque un pregiudizio – il coinvolgimento di controparte nel processo – ed è questo in quanto tale, siccome ricollegato normalmente all'abuso stesso, a dar luogo ad una condanna in favore della controparte». Tale pronuncia ha poi trovato conferma in Cass., Sez. III, 21 luglio 2016, n. 15017, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Spese giudiziali civili*, n. 93.

non solo nei diritti della controparte, ma altresì nel diritto della collettività a un sistema giurisdizionale efficiente e celere».

Applicando tali principi al diritto di impugnazione, la Suprema Corte ritiene che, per ravvisare la sussistenza dell'elemento soggettivo, necessario per configurare un abuso sanzionabile ex art. 96, 3° comma, c.p.c. occorre parametrare il contenuto dell'impugnazione con il contenuto del provvedimento impugnato. Si avrà pertanto un «abuso del diritto di impugnazione» perpetrato con mala fede a fronte della pedissequa riproposizione di quanto era stato già sottoposto al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, senza che ci si rapporti minimamente alle risposte che tale giudice aveva già fornito. Si avrà abuso quantomeno con colpa grave a fronte di una impugnazione che travisi un contenuto chiaro e lineare del provvedimento impugnato, attribuendo ad esso un contenuto diverso al fine di sostenere la tesi dell'impugnante. Si avrà abuso con mala fede o colpa grave quando l'impugnazione viene usata per una funzione diversa da quella che il legislatore le affida, come nel caso di un'impugnazione esclusivamente di merito dinnanzi alla Cassazione²⁰. Infine si avrà abuso a fronte della conclamata infondatezza della prospettazione giuridica e, dunque, a fronte di una inconsistenza giuridica talmente manifesta da essere immediatamente percepibile e tale da dover indurre a non proporre impugnazione²¹.

In questi casi, peraltro, secondo la Suprema Corte, ove si accertasse che le scelte abusive fossero in concreto riconducibili all'avvocato, si potrebbe addirittura far valere la responsabilità professionale dello stesso, che configurerebbe «una fattispecie di sanzione per via indiretta a carico della parte tecnica in forza di iniziativa della parte sostanziale» e garantirebbe «un pieno effetto deflattivo/preventivo di tutela dell'adeguato funzionamento del sistema giurisdizionale».

²⁰ In tal senso la Corte richiama Cass., Sez. VI - 3, 22 febbraio 2016 n. 3376, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Cassazione civile*, n. 235

²¹ Sul punto vengono richiamate Cass. Sez. VI - 3, 18 novembre 2014 n. 24546, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Spese giudiziali civili*, n. 66, secondo cui la colpa grave, nel giudizio di appello, si concreta «nella colpevole insistenza in tesi giuridiche già reputate manifestamente infondate dal primo giudice ovvero in ragioni di censura della prima sentenza, la cui inconsistenza giuridica ben avrebbe potuto essere apprezzata da parte dell'appellante, tanto da evitare appunto il gravame»; Cass., Sez. III, 30 dicembre 2014 n. 27534, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, pp. 1166 ss. con nota di E. MORANO CINQUE, che applica gli stessi principi in materia di opposizione agli atti esecutivi; Cass., Sez. VI - 3, 21 gennaio 2016 n. 1115, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Spese giudiziali civili*, n. 95.

3. *Profili critici*

Ricapitolando, dunque, secondo la ricostruzione operata dalla Suprema Corte: l'art. 96, 3° comma, c.p.c. ha una *ratio* pubblicistica e una funzione sanzionatoria; affinché sia configurabile un abuso è necessario l'elemento soggettivo della mala fede o della colpa grave; in particolare, in sede di impugnazione, si ha abuso in tutti i casi in cui l'impugnazione sia connotata da un'inconsistenza giuridica talmente manifesta da risultare immediatamente percepibile.

Tale ricostruzione, tuttavia, suscita alcune perplessità sotto diversi profili.

Innanzitutto, se davvero la norma ha funzione sanzionatoria, allora non dovrebbe essere necessario l'elemento soggettivo, in quanto la sua applicazione dovrebbe prescindere dai presupposti della tutela risarcitoria, quali il danno risarcibile, il nesso di causalità e, per l'appunto, l'elemento soggettivo. In sostanza, se davvero si tratta di una sanzione di ordine pubblico, da irrogare a tutela di un interesse generale, al fine di preservare l'adeguato funzionamento del sistema giurisdizionale, mala fede e colpa grave non dovrebbero in alcun modo incidere sull'*an* della sanzione – coerentemente con quello che è il modello tradizionale delle sanzioni processuali, che prescindono dall'accertamento dell'elemento soggettivo²² – ma potrebbero, semmai, incidere sul *quantum*, nel senso che potrebbero essere impiegate come parametro per determinare l'entità della somma dovuta.

²² In merito alla configurazione delle sanzioni processuali DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., pp. 132-133, precisa che «sotto il profilo intrinseco ciascuna delle sanzioni processuali prescinde, quanto all'*an* della sua irrogabilità, dall'esistenza di un danno, nonché, consequenzialmente, dall'accertamento del nesso di causalità; inoltre per la loro irrogazione è irrilevante l'accertamento dell'elemento soggettivo di una condotta; in nessun caso la legge conferisce rilievo al dolo o alla colpa, in alcuna delle loro varianti; talora la legge consente alla parte che ha posto in essere la condotta sanzionabile di sottrarsi alla irrogazione della sanzione allegando (e dimostrando) la sussistenza di un «giustificato motivo», in mancanza del quale, la sanzione opera *tout court*; inoltre, deve essere sempre possibile determinarne la misura. Sotto il profilo estrinseco ciascuna delle misure che saranno prese in esame nel prosieguo della trattazione, al pari di quelle trattate nei capitoli precedenti, è contraddistinta dal fatto che la sua irrogazione proviene sempre dal giudice civile, ovvero, quando proviene dal giudice penale, consegue ad una condotta accertata in sede civile o è strumentale in ogni caso alla tutela civile dei diritti; inoltre, viene in rilievo la portata esemplare, il cui nucleo consiste in una conseguenza sfavorevole ulteriore (*quid alius*) rispetto alla mera perdita (*rectius*, consumazione) del potere di compiere una determinata attività, ovvero di tipo eccedente la misura del *quantum* (ad es, relativo alle spese di lite) dovuto conseguentemente all'accertamento della responsabilità e all'applicazione del criterio ordinario (*quid pluris*). Dunque, solo in presenza di questi elementi intrinseci ed estrinseci ci si trova al cospetto di una sanzione processuale».

Ai fini dell'applicazione della sanzione, dunque, dovrebbe rilevare solo la condotta processuale nella sua oggettività.

Tali perplessità, peraltro, sono state condivise dalla stessa Suprema Corte che, con una sentenza ad oggi rimasta isolata²³, ha smentito la ricostruzione sopra richiamata, ritenendo che, per l'applicazione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. occorre soltanto che oggettivamente risulti che la parte soccombente ha agito o resistito in modo pretestuoso, senza che sia in alcun modo necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo. Ciò in quanto la norma costituirebbe una sanzione pubblicistica, applicabile d'ufficio in tutti i casi di soccombenza, volta, con finalità deflative del contenzioso, a reprimere l'abuso dello strumento processuale, priva di natura risarcitoria e del tutto autonoma ed indipendente rispetto alle fattispecie di responsabilità aggravata di cui ai primi due commi, con le quali risulta cumulabile²⁴.

²³ Cass. Sez. II, 21 novembre 2017, n. 27623, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Spese giudiziali civili*, n. 83.

²⁴ In particolare, la Suprema Corte ha sottolineato che la fattispecie di cui all'art. 96, 3° comma, c.p.c., sebbene inserita nella disposizione dedicata alla responsabilità aggravata, si differenzia del tutto dalle fattispecie originarie di cui ai primi due commi «per presupposti e funzione». Le ipotesi di cui ai primi due commi, infatti, «assolvono indubbiamente funzione risarcitoria» e «si inquadrano nella responsabilità extracontrattuale per violazione del precetto generale *neminem laedere*», essendo, pertanto, ancorate alla domanda di parte, la quale «ha l'onere di allegare e provare la sussistenza dei presupposti normativi della responsabilità della controparte». Al contrario la fattispecie di cui al terzo comma è «una *figura iuris* evidentemente estranea alla responsabilità aquiliana» e costituisce, piuttosto, «una “sanzione di ordine pubblico”, dettata, con finalità di deflazione del contenzioso, nell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso del processo e di quelle condotte processuali che determinano una violazione delle regole del giusto processo e della sua ragionevole durata». Proprio per rafforzare la repressione dell'abuso del processo il legislatore ha soppresso l'elemento soggettivo della fattispecie, con la conseguenza che «il giudice, nell'applicare l'art. 96 c.p.c., comma 3, non è più tenuto a svolgere complessi – quanto delicati – apprezzamenti sulla colposità e negligenza della condotta della parte e del suo difensore. Egli – invece – deve limitarsi a valutare “oggettivamente” la sussistenza di un “abuso del processo”, quale emerge dagli atti processuali e dal loro contenuto». In particolare, secondo la Corte, «la condanna può essere pronunciata ogni volta che “oggettivamente” risulti che si è agito o resistito in giudizio in modo pretestuoso, con abuso dello strumento processuale. Incurrono, perciò, in responsabilità per abuso del processo coloro che abbiano proposto domande od eccezioni o formulato difese macroscopicamente inammissibili o manifestamente infondate vuoi sotto il profilo giuridico (in quanto proposte in totale ed evidente carenza dei presupposti previsti dalla legge) vuoi sotto il profilo fattuale (allegando, ad es., fatti di cui si accerti la manifesta falsità)». Pertanto, dalla diversa natura delle fattispecie di cui ai primi due commi rispetto a quella prevista al terzo comma discende la cumulabilità delle condanne. Tale sentenza, tuttavia, come anticipato, è rimasta isolata e le sue argomentazioni sono state recentemente confutate da Cass. Sez. III, 30 marzo 2018, n. 7901, che ha ritenuto

In secondo luogo, nemmeno è chiara la ragione per cui, secondo la sentenza esaminata, la rilevanza dell'elemento soggettivo debba essere circoscritta alle ipotesi di mala fede o colpa grave, con esclusione della colpa lieve. Se, infatti, l'elemento soggettivo viene considerato come quel *quid pluris* rispetto alla mera soccombenza, che giustifica l'applicazione della sanzione (dato che una sanzione conseguente alla sola soccombenza rischierebbe di violare l'art. 24 Cost.), non si capisce per quale motivo lo stesso non possa essere integrato anche dalla colpa lieve, cui pure fa riferimento l'art. 96 al secondo comma²⁵.

«ancora meritevole d'adesione l'anteriormente sviluppato orientamento». Secondo tale ultima pronuncia, «l'istituto posto nel nuovo terzo comma non si contrappone, bensì si aggiunge a quello tradizionale dei primi due commi», in quanto se davvero vi fosse una contrapposizione, non si comprenderebbe «perché l'istituto sia stato inserito nell'art. 96, che, vertendo su una fattispecie aquiliana originata da determinati tipi di condotte processuali, l'elemento soggettivo lo esige». D'altronde proprio la circostanza che la norma sarebbe preordinata a sanzionare l'abuso del processo conferma la necessità dell'elemento soggettivo «poiché l'abuso è comunque un fatto illecito, e affinché un fatto sia illecito occorre che l'elemento oggettivo sia posto in essere sulla base di un correlato elemento soggettivo». In definitiva, viene dunque confermata la tesi secondo la quale «non può essere sanzionata una condotta processuale sol perché l'esito è poi sfavorevole a chi l'ha compiuta», dato che, altrimenti, vi sarebbe «un clamoroso contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., art. 6 p. 1 CEDU e art. 47 Carta dei diritti UE». L'oggettività della condotta, pertanto, non è sufficiente, essendo comunque necessario l'elemento soggettivo. L'accertamento di quest'ultimo, d'altronde, è condizionato dall'accertamento dell'elemento oggettivo, «perché è proprio tramite le modalità di difesa *lato sensu* che si appalesa l'abuso», nel senso che «la conformazione degli atti processuali deve essere tale da dimostrare quantomeno un atteggiamento negligente nella fruizione del processo: non può bastare aver torto, bensì occorre un torto inquinato dalla propria colpa, se non addirittura impregnato di un proprio dolo. Diversamente ritenendo, si giungerebbe ad una rischiosa ambiguità interscambiante soccombenza assoluta e abuso, con i riflessi costituzionali e sovranazionali già indicati come configurabili».

²⁵ Al riguardo si veda LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, cit., pp. 194-195, secondo cui la responsabilità *ex* art. 96, 3° comma, c.p.c. è «aggravata», ossia aggiuntiva rispetto all'ordinaria responsabilità per le spese processuali derivante dalla soccombenza e, dunque, presuppone anche un *quid pluris* rispetto all'oggettiva soccombenza. Non si può dunque condividere la posizione di chi ha ritenuto la condanna in esame potenziale corollario di qualsiasi pronuncia di condanna alle spese. Ritenere consentita l'irrogazione di una sanzione in forza unicamente della contestuale condanna alle spese a norma dell'art. 91 c.p.c., porrebbe effettivamente il comma 3° dell'art. 96 c.p.c. in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. L'esercizio del diritto di difesa non è infatti esente da pesi, poiché il nostro ordinamento – come si è visto nel primo capitolo di quest'opera – è ispirato al principio restitutorio, tuttavia affinché sia imposta alla parte, oltre all'onere di rimborsare le spese altrui, una sanzione qual è quella in esame, è necessario ravvisare uno specifico disvalore nella sua condotta processuale, un elemento di illiceità. Una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 96, comma 3°,

Questi dubbi non vengono fugati dal raffronto tra la ricostruzione offerta dalla Suprema Corte, con la sentenza esaminata, e quella effettuata dalla Corte costituzionale con la sentenza 23 giugno 2016, n. 152, che, a sua volta, lascia aperte numerose questioni. In particolare, la tesi della commistione di interessi (privatistici e pubblicistici) e di funzioni (sanzionatoria e risarcitoria), propugnata dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 96, 3° comma, c.p.c., pone rilevanti problemi sistematici, in quanto sembrerebbe evocare due modelli di riferimento tra loro non perfettamente sovrapponibili²⁶.

Se la funzione è sanzionatoria, come sopra visto, l'applicazione della norma prescinde dalla sussistenza dei presupposti della responsabilità e, quindi, dall'accertamento dell'elemento soggettivo, e può avvenire in via officiosa.

Al contrario, se, invece, la finalità della norma è anche indennitaria e, dunque, se essa ha anche una funzione risarcitoria di carattere compensativo con cui si mira a ripristinare lo *status quo ante* del danneggiato, mediante l'attribuzione di una somma di denaro che lo ricollochi nella stessa situazione in cui si trovava anteriormente al verificarsi del danno, allora non si può prescindere dall'accertamento dei presupposti della responsabilità e,

c.p.c. impone dunque di annoverare, tra gli elementi della fattispecie, il dolo o la colpa del soccombente, anche lieve, come accade per il comma 2° della norma».

²⁶ È opportuno segnalare che la sentenza 23 giugno 2016, n. 152 della Corte costituzionale viene considerata dalle Sezioni Unite, nella sentenza 5 luglio 2017, n. 16601, come uno degli «agganci» presenti nella giurisprudenza costituzionale da cui emerge che, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria della responsabilità civile, è ormai emersa «una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva». Le Sezioni Unite, dunque, richiamano la sentenza 23 giugno 2016, n. 152 della Corte costituzionale per concludere che «vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale». Per approfondimenti si rinvia a Cass., Sez. Unite, 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, coll. 2613 ss., con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI; *Corriere giur.*, 2017, pp. 1042 ss., con nota di C. CONSOLO; *Danno e resp.*, 2017, pp. 419 ss., con note di M. LA TORRE, G. CORSI, G. PONZANELLI, P.G. MONATERI; *Guida al dir.*, 2017, fasc. 33, pp. 40 ss., con nota di E. SACCHETTINI; *Giur. it.*, 2017, pp. 1787 ss., a nota di A. DI MAJO; *Arch. circolaz.*, 2017, pp. 687 ss.; *Riv. dir. internaz.*, 2017, pp. 1305 ss.; *Resp. civ. e prev.*, 2017, pp. 1596 ss. con nota di A. BRIGUGLIO; *Nuova giur. civ.*, 2017, pp. 1399 ss., con nota di M. GRONDONA; *Banca, borsa ecc.*, 2017, II, pp. 568 ss., con nota di F. BENATTI; *Dir. mercato assic. e fin.*, 2017, pp. 404 ss., con nota di A. VENCHIARUTI; *Rass. avv. Stato*, 2017, fasc. 2, pp. 44 ss., a nota di I.M. TRIOLO; *Resp. civ. e prev.*, 2017, pp. 1198 ss.; *Riv. dir. privato*, 2018, pp. 121 ss., con nota di P. PARDOLESI.

dunque, dall'accertamento non solo dell'elemento soggettivo, ma anche del danno e del nesso di causalità²⁷.

Allo stesso tempo, ai fini della determinazione del *quantum*, diventa del tutto irrilevante lo stato soggettivo del danneggiante, dovendosi tener conto, in virtù del principio dell'equivalenza tra danno e risarcimento²⁸, solamente del danno subito.

Sul piano processuale, poi, la funzione risarcitoria della condanna ex art. 96, 3° comma, c.p.c. si dovrebbe tradurre inevitabilmente nella necessità di un'istanza della parte che si assume danneggiata, la quale dovrebbe altresì allegare e provare i fatti costitutivi della fattispecie risarcitoria (elemento soggettivo, danno, nesso di causalità).

In mancanza, là dove si ammettesse la possibilità di una condanna officiosa con funzione risarcitoria, allora si porrebbero seri problemi di violazione del principio dispositivo²⁹, soprattutto alla luce dell'arricchimento che

²⁷ ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, cit., p. 1592, aveva criticato la ricostruzione offerta dalla Consulta, rilevando che «se la norma configura una condanna “afflittiva” o punitiva che dir si voglia (ma vedremo che ciò non è nemmeno astrattamente possibile), allora essa deve essere svincolata dal profilo soggettivo della malafede o della colpa grave poiché indipendente dal danno subito e non avente finalità risarcitoria. Se, invece, la norma configura una ulteriore fattispecie di responsabilità per lite temeraria allora essa non ha finalità sanzionatoria, non rientra nell'ambito nemmeno ipotetico delle condanne “afflittive” ed è necessariamente legata all'esistenza dei presupposti soggettivi della lite temeraria».

²⁸ Sul principio di equivalenza tra danno e risarcimento si rinvia a F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino 2013.

²⁹ Al riguardo si vedano A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, coll. 221 ss., secondo cui l'art. 96, 3° comma, c.p.c. «prevede che il giudice possa provvedere d'ufficio in violazione del fondamentale principio della domanda posto a baluardo del valore della sua terzietà e imparzialità»; Menchini, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. Balena, UTET, Torino 2009, p. 27, secondo cui l'art. 96, III comma, c.p.c. «sembra essere in contrasto con principi fondamentali della giurisdizione civile – poiché la condanna può essere resa anche d'ufficio, il principio della domanda e l'art. 112 c.p.c. paiono essere violati»; BUSNELLI, D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o «condanna punitiva»?», cit., p. 593, che si esprimono nel senso della necessità di una domanda di parte, rilevando che: «la “crescente tendenza dei giudici di merito a fornire una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 96”, idonea a far meglio risaltare “una funzione sanzionatoria” del risarcimento, può piuttosto giustificare l'innesto del comma aggiunto piegandone tuttavia la potenziale operatività “anche d'ufficio” alla necessaria subordinazione a una previa istanza di parte ai sensi del primo comma, pur se non ulteriormente specificata. Parrebbe questo un modo decoroso di superare l'ostacolo mediante un'interpretazione complessiva della norma finalizzata a realizzare, con una tollerabile forzatura della lettera di “una disposizione mal scritta”, un opportuno contemperamento tra la salvaguardia del “fondamentale principio della domanda” e l'esigenza di agevolare “in ogni caso” la sanzione di “una condotta riprovevole e dannosa per l'interesse della collettività”».*

tale condanna può generare a favore di uno dei contendenti³⁰.

Inoltre, riconoscendo anche al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. una funzione risarcitoria, si porrebbe altresì un problema di coordinamento con le fattispecie di cui ai primi due commi, nel senso che occorrerebbe chiedersi quali siano i danni risarcibili esclusivamente in virtù della disciplina dei primi due commi e quali, invece, quelli risarcibili anche in virtù del terzo comma.

I profili critici appena esposti sono una diretta conseguenza della vaga formulazione testuale dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. Il richiamo, che la Suprema Corte fa, al concetto – altrettanto vago e privo di un chiaro fondamento normativo – di abuso dello strumento processuale non aiuta certo a risolvere le incertezze generate dal testo della norma, ma rischia piuttosto di sollevare ulteriori dubbi ermeneutici in ordine alla sua portata applicativa, rendendo ancora più difficoltosa tanto l'individuazione delle fattispecie in cui la norma può operare quanto la determinazione dei parametri a cui agganciare la misura della sanzione.

La difficoltà di delineare con esattezza i casi in cui la condotta processuale della parte diventa abusiva e, pertanto, tale da giustificare l'irrogazione della sanzione di cui all'art. 96, 3° comma, c.p.c., rischia, in definitiva, di rendere imprevedibile l'applicazione di tale strumento e incalcolabile la reazione dell'ordinamento, ostacolando così l'esercizio stesso del diritto di azione nelle sue diverse declinazioni.

³⁰ LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, cit., p. 199, ritiene che l'eventualità di un vero e proprio arricchimento di uno dei contendenti sia resa possibile proprio dalla commistione di interessi privatistici e pubblicistici.

Angelo Danilo De Santis

Spunti di riflessione in tema di abuso del processo e sanzioni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'humus dell'abuso del processo. – 3. Abuso del processo e governo dell'economia sul diritto. – 3.1. L'abuso e una proposta per la definizione delle sanzioni processuali.

1. Premessa

Le disposizioni processuali dettano regole di efficienza e di garanzia e «rispettarle come tali è dunque un imperativo categorico»¹.

Le finalità che le parti perseguono con il processo e con cui compiono gli atti di impulso devono essere conformi a regole, la cui violazione può condurre a degenerazioni, costituite dal formalismo esasperato² – da un estremo – e dall'abuso dello strumento (del processo)³ – dall'altro.

¹ Cfr. S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1218.

² Cfr. G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Laterza, Bari, 1971, p. 193 «il processo, in sé mezzo, viene a contrapporsi come qualcosa di esteriore al suo fine [...]», cosicché «il formalismo può essere reso parimenti un male e persino strumento del torto».

³ Cfr., sin d'ora, l'ampilissimo studio di F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, vol. I, *Presupposti storici*, e vol. II, *Diritto positivo*, Cedam, Padova, 2000, secondo il quale l'abuso del processo risiede nella distorsione dell'impiego dello strumento processuale o addirittura del singolo atto processuale. Indipendentemente dall'esistenza della componente soggettiva, ma, soprattutto, a prescindere dall'esito dell'apprezzamento nel merito, non si deve trattare di agire o resistere in giudizio in maniera pretestuosa e comunque infondata, quanto di compiere un'attività, formalmente che però si mostri ultronea rispetto allo scopo (in questo risiederebbe la distinzione, raramente tenuta presente dalla giurisprudenza, tra abuso del processo e temerarietà della lite). È comunque noto che la nozione di «abuso del processo» si presta a molteplici significati ed è stata variamente intesa.

Secondo alcuni, la *ratio* dell'abuso del processo risiederebbe nella distorsione e scorrettezza dell'utilizzo dello strumento processuale, in modo anche da interferire con il funzionamento dell'apparato giudiziario, così da realizzare una condotta lesiva del canone generale di buona fede oggettiva e di correttezza, in quanto contrastante con il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e contraria ai principi del giusto processo (L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, pp. 319 seg.); secondo altri, l'abuso si configurerebbe solo nell'attività processuale svolta da una parte per recare pregiudizio all'efficace esercizio dell'attività di difesa dell'avversario (M. MONTANARI, *Note minime*

È opinione diffusa che la nuova «ondata moralizzatrice»⁴, che si coglie nello studio dei poteri delle parti, nel contesto di un processo mosso dal principio dispositivo e dall'onere della prova soggettivo⁵, sia alla base del rinnovato interesse per il tema dell'abuso del processo⁶ e per lo studio sulla configurabilità del dovere di verità e correttezza delle parti, che, secondo l'opinione prevalente, è cristallizzato nell'art. 88 c.p.c.⁷

Sembra che il ricorso al formalismo eccessivo, per l'esercizio dell'azione e della difesa e dei poteri connessi, insieme all'allargamento della nozione di abuso del processo, costituiscano una sorta di reazione del sistema a comportamenti contrari a interessi volta per volta ritenuti prevalenti, ma tale reazione in molti casi appare incontrollata e imprevedibile⁸.

sull'abuso del processo civile, in *Corriere giur.*, 2011, p. 556).

Secondo CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale*, cit., p. 1281, «L'abuso del processo si attua per lo più attraverso un utilizzo «formalistico», nel senso di contrastante con i relativi scopi, di questo o quello strumento processuale. Non apparirà così stretto, invece, malgrado quanto comunemente si ritiene, il rapporto tra abuso del processo e violazione di doveri etici delle parti e, soprattutto, deontologici degli operatori. Vedremo che abuso del processo (con le relative sanzioni eventualmente previste a carico delle parti) e doveri deontologici viaggiano spesso per loro conto, cosicché, ad esempio, la condanna della parte per lite temeraria non comporta automaticamente, almeno nel nostro ordinamento giuridico, la soggezione del suo difensore né a responsabilità disciplinare, né a responsabilità civile». Per ulteriori e più ampi riferimenti, sia consentito rinviare a A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Jovene, Napoli, *passim*.

⁴ Cfr. B. CAPPONI, *Salviamo la giustizia civile. Cosa dobbiamo dare, cosa possiamo chiedere ai nostri giudici*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 127.

⁵ In questo senso, v. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in AA.VV., *Etica del processo e doveri delle parti*, Bononia University Press, Bologna, 2015, p. 146 s.

⁶ Non sembra peregrino considerare la nozione – ammesso che se ne possa enucleare una – di abuso del processo appaia erede di quella di abuso del diritto, alla quale il Maestro, la cui memoria questo contributo aspira ad onorare, ha dedicato pagine fondamentali (cfr. D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, aggiornamento-II, Giuffrè, Milano, 1998, 1 ss.). Tuttavia, sembra opportuno considerare che, per un verso, l'abuso del diritto appaia come una clausola generale creata per dare corpo alla violazione di un'altra clausola generale, quella di buona fede e correttezza; per altro verso, che nel contesto delle norme civilistiche, esiste uno sparuto gruppo di disposizioni che espressamente menzionano il concetto di abuso, collegato, in vario modo: a quello dell'immagine altrui (art. 10 c.c.), ai poteri del tutore (art. 384 c.c.), ai poteri dell'usufruttuario (art. 1015 c.c.) e a quelli del creditore garantito da pegno (art. 1793 c.c.), nonché alla posizione dominante nel mercato (art. 3 l. 287/1990); nelle disposizioni processuali manca del tutto qualsivoglia riferimento al concetto di abuso, che appare del tutto artificiale.

⁷ Su cui v. l'ampissimo studio di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti. I Struttura e funzione*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.

⁸ Cfr. CHIARLONI, *Etica, formalismo*, cit., pp. 1283 seg., pone in evidenza il fatto che l'istituzione giudiziaria esiste al solo scopo di soddisfare il bisogno di tutela giurisdizionale

In altra sede, si è già avuto modo di suggerire una chiave di lettura dell'indagine (sull'obbligo, sul dovere, sull'onere di) buona fede, costituita dalla sanzione per la sua inosservanza⁹, al fine di evitare degenerazioni pan-sanzionatorie basate sull'effimero concetto di abuso del processo, così ampio da poter essere utilizzato per innalzare qualunque valore o principio ritenuto, nella contingenza, meritevole di protezione, a scapito di altri.

2. *L'humus dell'abuso del processo*

La locuzione «abuso del processo» si compone della parola «abuso», il cui significato coincide con il «cattivo uso, uso eccessivo, smodato, illegittimo di una cosa, di un'autorità»¹⁰ e dalla parola «processo»¹¹.

Questo «cattivo, eccessivo, smodato o illegittimo uso» non si riferisce ad una *res* – il processo – che è immateriale e insuscettibile di appropriazione, ma, più opportunamente, alle situazioni subietive che ne costituiscono il motore, vale a dire al diritto di azione e a quello di difesa.

Si tratta di diritti astratti, nel senso che il loro esercizio compete a chiunque e non necessitano di una fattispecie acquisitiva, il che, già di per sé, sembra scavare un solco tra il concetto di abuso del diritto, che si configura sempre come abuso del diritto soggettivo, e quello di abuso del processo.

È noto che, quanto meno a partire da Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726¹², secondo la quale «al creditore non è consentito agire in giudizio

dei cittadini, sicché, di fronte a due interpretazioni possibili di una norma processuale, l'una che consente di giungere ad una decisione di merito e l'altra che, invece, determina un'*absolutio ab instantia* attraverso una declaratoria, secondo i casi, di nullità, di inesistenza, di inammissibilità, di improcedibilità, il giudice ha il dovere di scegliere la prima, risolvendo la controversia nel merito. «Il diniego di giustizia in cui si concreta l'*absolutio ab instantia* deve sempre essere il frutto di una soluzione obbligata, vuoi nel senso che la soluzione opposta neanche si profila tra le possibili, vuoi nel senso che la pronuncia sul processo è comunque resa necessaria da esigenze di garanzia. Altrimenti il giudice viola l'etica del servizio cui si debbono conformare i suoi comportamenti».

⁹ Sia consentito rinviare a A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., *passim*.

¹⁰ Cfr. vocabolario Treccani.

¹¹ Sulla cui definizione si veda, *inter alios*, M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, pp. 787 seg.

¹² In *Foro it.*, 2008, I, col.1514; le sezioni unite (sollecitate ad intervenire dalla terza sezione, con ord. 21 maggio 2007, n. 11794) si discostarono da quanto dalle medesime statuito con sent. 10 aprile 2000, n. 108/SU, in *Giur. it.*, 2001, p. 1143, con commento di A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale «frazionata» in più processi?*, secondo cui doveva riconoscersi al creditore di una determinata somma, dovuta in

per chiedere l'adempimento frazionato, contestuale o sequenziale, di un credito unitario», giacché «è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario», le categorie dell'abuso del diritto hanno permeato (e si sono confuse con) quelle relative all'esercizio del diritto di azione (e di difesa).

La scelta compiuta dalla Cassazione dieci anni orsono apparve fondata su un duplice piano:

- a) sostanziale, cioè «sulla sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e di buona fede»;
- b) processuale, poiché non potrebbe essere giusto il processo «ove frutto di abuso [...] per l'esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltretutto la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

La nozione di giusto processo è stata via via ammantata dai parametri propri del diritto sostanziale, sicché l'interesse protetto dal diritto soggettivo dedotto in giudizio ha fissato i limiti dell'esercizio del potere di azione e il frazionamento giudiziale di un credito unico sul piano sostanziale è stato considerato una violazione di tali limiti e foriero di un processo ingiusto¹³.

Nel 2017, le sezioni unite hanno sancito che possono essere proposte separatamente:

- le domande per crediti distinti e diversi, anche se riferibili al medesimo rapporto di durata;
- e, se l'attore è portatore di un interesse oggettivo al frazionamento, quelle relative a crediti dissimili inscrivibili nello stesso ambito oggettivo del processo già avviato, in modo da ritenersi in esso deducibili o rilevabili, nonché le domande per crediti fondati sul medesimo fatto costitutivo¹⁴; sull'interesse oggettivamente valutabile al frazionamento dei crediti, la corte ha chiarito come la giurisprudenza di legittimità¹⁵ ha affermato che la realizzazione del cosiddetto «giusto processo» è affidata non solo alle norme che lo disciplinano, ma pure alle parti e al

forza di un unico rapporto obbligatorio, la facoltà di chiedere giudizialmente, anche in via monitoria, un adempimento parziale, con riserva di azione per il residuo; fu così assegnata la prevalenza all'indirizzo seguito da Cass. 9 novembre 1998, n. 11265, e 5 novembre 1998, n. 11114, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce cit., nn. 27 e 26.

¹³ Cfr. R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, col. 1515.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4091, in *Foro it.*, 2017, I, col. 2418.

¹⁵ Cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540, in *Foro it.*, 2008, I, col. 1625.

giudice; e tra le prime anche all'attore, il quale deve esercitare il diritto d'azione in modo «consapevole e responsabile».

L'impressione è di trovarsi al cospetto di un inesorabile abbandono del valore, conquistato a partire dalla metà del secolo XIX in Germania, costituito dal distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale¹⁶.

3. *Abuso del processo e governo dell'economia sul diritto*

Comunque si costruisca il processo, la legge impone determinati comportamenti per il conseguimento di determinati vantaggi o risultati, ma a ben vedere, il risultato, nel processo, non è dovuto, ma è aspirato ed eventuale.

Per le parti, una volta esercitato il diritto di azione o di difesa, non si configurano più diritti, ma soltanto oneri¹⁷, collegati al principio di auto-responsabilità¹⁸, cioè strumentali al diritto di azione e di difesa.

L'assolvimento dell'onere deve avvenire nel rispetto della clausola dell'art. 88 c.p.c., fermo restando che nel processo c'è il giudice «che sorveglia continuamente dal balcone dell'art. 116 cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito» ed è dotato del potere di adottare «provvedimenti sanzionatori»¹⁹ ex art. 92, 96 e 88, 2° comma, c.p.c.

L'abuso del processo non sembra possa configurarsi rispetto ad un onere, ma solo rispetto ad un diritto e gli unici diritti in gioco sembrano essere quelli di azione e di difesa.

Il risultato dell'allargamento della nozione di abuso del processo, una volta dotata della struttura portante del diritto sostanziale veicolato nel processo, determina il ridimensionamento della proverbiale astrattezza dei diritti cristallizzati nell'art. 24 Cost.

Se ci si chiede in cosa consista, in concreto, tale allargamento, la risposta sembra risiedere nella proliferazione delle sanzioni processuali.

Se le sanzioni costituiscono il «come» l'ordinamento reagisce all'abuso del processo, per individuare il «perché», occorre allargare lo spettro dell'indagine.

¹⁶ Per l'evoluzione dell'astrattezza del diritto di azione, sia consentito rinviare a A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inhibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli, 2013, *passim*.

¹⁷ Conviene sin d'ora precisare che, nella legislazione processuale, sembra prevalere la figura dell'onere, inteso come dovere contro se stessi (si rinvia a A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., pp. 49 seg. ed ivi per ulteriori riferimenti).

¹⁸ Cfr. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoreponsabilità processuale*, in *Giusto proc. Civ.*, 2013, pp. 979 seg.

¹⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in AA.VV., *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, II, Cedam, Padova, 1950, pp. 485 seg.

La diffusione delle sanzioni, infatti, non sembra strumentale alla tutela del diritto della controparte (già adeguatamente protetta da norme quali quelle di cui agli art. 92 e 96 c.p.c.), ma appare promossa da considerazioni meta-processuali.

Dal 2014, quando il legislatore ha apertamente proclamato l'intento di "degiurisdizionalizzare" la giustizia civile, pur senza far espresso riferimento al mercato, all'economia o allo sviluppo, come invece ha fatto a partire dalla l. 80/05 e sino alla l. 98/13, la tendenza appare guidata dalla introduzione di misure volte a scoraggiare il ricorso alla giurisdizione, al quale fanno da contrappeso lo strisciante disinteresse per l'esatta attuazione della legge sostanziale e la visione della giustizia civile come costo sociale: prova ne sono, in via esemplificativa, gli incentivi alla composizione delle controversie in funzione di autonomia privata e l'inasprimento dei costi per l'accesso alla giustizia statale; le sanzioni per i casi in cui la scelta di rivolgersi al giudice senza prima aver tentato la via della conciliazione non sia adeguatamente giustificata; la riduzione massima degli spazi di tutela in forma specifica del posto di lavoro e gli incentivi alla conciliazione; la compressione del diritto di impugnare e l'incremento dei costi per i gradi di giudizio successivi al primo; la compressione delle garanzie della pubblicità dell'udienza nel procedimento dinanzi alla Corte di cassazione e nei procedimenti in materia di immigrazione; l'attribuzione di valore *lato sensu* vincolante per il giudice civile delle decisioni dell'autorità *antitrust* in materia di illeciti concorrenziali e la conseguente accentuazione dello spostamento dell'ago della bilancia della giustizia dalla giurisdizione all'amministrazione²⁰.

Che la regia delle riforme che hanno interessato le regole che disciplinano la tutela dei diritti sia stata costituita da valori economici non è più un mistero: la l. 80/05 varò la riforma processuale entro un piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale del paese; la l. 69/09 la inserì fra le disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività; l'art. 49 l. 99/09 incluse la nuova azione di classe per la tutela del consumatore nel quadro di disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia; la l. 148/11, di conversione del d.l. 138/11, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo, delegò il Governo ad adottare la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari, attuata con d. leg. 155/12; la l. 27/12 modificò l'azione di classe nel contesto di un intervento per la concorrenza, lo sviluppo delle

²⁰ Per questi riferimenti e per approfondimenti, cfr. A.D. De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., pp. 89 seg.

infrastrutture e la competitività; la l. 92/12 collocò il rito specifico accelerato per le controversie in tema di licenziamento del lavoratore in una prospettiva di crescita; nella stessa prospettiva la l. 134/12 introdusse il filtro in appello; secondo la l. 98/13 le modifiche processuali sarebbero dovute servire al rilancio dell'economia; nel d.l. 132/14 e nella l. 162/14 le finalità di politica economica non sono state più apertamente indicate «poiché ormai si sono impadronite del sistema»²¹ e la loro filosofia, battezzata dal neologismo «degiurisdizionalizzazione», denota l'inequivoco intento di diminuire il peso della giustizia civile, puntando sull'autonomia privata in funzione compositiva delle controversie; il d.l. 83/2015 ha introdotto misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, incidendo sulla disciplina delle procedure di esecuzione concorsuale e individuale e introducendo, *inter alia*, l'art. 2929 *bis* c.c.; il d.l. 168/16, ha recato misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, in un'ottica di efficienza degli uffici giudiziari; interventi evidentemente ispirati alla tutela del mercato e della concorrenza sono costituiti dalle regole processuali contenute nel d.leg. 3/17, che ha dato attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea; il d.l. 13/17, convertito con modificazioni dalla l. 46/17, ha istituito nuove sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'U.E. (art. 1, comma 1°, d.l.), presso i tribunali ordinari del luogo in cui hanno sede le corti d'appello, affiancandole alle altre già contemplate dal nostro ordinamento giudiziario, che sono il tribunale per i minorenni (art. 49, r.d. n. 12/1941) le sezioni specializzate agrarie (art. 1, l. n. 320/1963) e quelle in materia di impresa (art. 1 d.leg. n. 168/2003) e ha ridisegnato il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, ora consistente in un rito camerale *sui generis* con udienza eventuale e senza appello²²; la l. 24/17,

²¹ Cfr. R. CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, col. 15.

²² Sui dubbi di legittimità costituzionale di questa scelta, v. A.D. DE SANTIS, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1218; F. DEL ROSSO, *L'istituzione di sezioni specializzate in materia di immigrazione e il nuovo rito per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, pp. 939 seg.; v. anche la ricostruzione sistematica svolta da M. ACIERNO, *La nuova disciplina sull'immigrazione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2018, pp. 523 seg.; per un commento critico, v. C. ASPRELLA, *Un nuovo rito applicabile in materia di*

recante disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, ha, tra l'altro, introdotto una nuova forma di condizione di procedibilità per le azioni risarcitorie da *malpractice* medica, ispirata al modello dell'art. 445 *bis* c.p.c., e ha ulteriormente esteso l'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione.

Il governo dell'economia sul diritto (processuale) pare un elemento difficilmente contestabile e il processo, da strumento di attuazione del diritto sostanziale e di tutela dei diritti, è ritornato ad essere percepito alla stregua di un costo e di un «male sociale» (*soziale Übel*)²³.

3.1. *Abuso e una proposta per la definizione delle sanzioni processuali*

Più che sull'abuso, pare utile dunque concentrarsi sulle conseguenze della censura che diritto di azione e di difesa subiscono ogni qual volta superino quell'orizzonte "di tollerabilità" stabilito dal sistema sulla base di parametri economici.

Le conseguenze sono le sanzioni²⁴ ma, onde evitarne la proliferazione incontrollata, conviene tentare di imbrigliarle in una definizione tecnica.

È quindi possibile considerare «sanzioni processuali», quelle il cui nucleo consiste in una conseguenza sfavorevole ulteriore (*quid alius*) rispetto alla mera perdita (*rectius*, consumazione) del potere di compiere una determinata attività, ovvero di tipo eccedente la misura del *quantum* (ad es. relativo alle spese di lite) dovuto conseguentemente all'accertamento della responsabilità e all'applicazione del criterio ordinario (*quid pluris*).

Sotto il profilo intrinseco ciascuna delle sanzioni processuali prescinde, quanto all'*an* della sua irrogabilità, dall'esistenza di un danno²⁵, nonché, consequenzialmente, dall'accertamento dal nesso di causalità; inoltre per la loro irrogazione è irrilevante l'accertamento dell'elemento soggettivo di

protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, in *Corriere giur.*, 2017, p. 855; il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1° dicembre 2018, n. 132 (c.d. "decreto sicurezza") ha introdotto, *inter alia*, l'art. 19 ter nel d. leg. 150/2011, recante un procedimento sommario di cognizione con decisione collegiale, per le controversie in materia di diniego o revoca del permesso di soggiorno temporaneo di carattere umanitario.

²³ Per riferimenti all'esperienza austriaca della fine del XIX secolo, v. A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., pp. 73 seg.

²⁴ Su cui v., *amplius*, A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, cit., pp. 129 seg.

²⁵ Accade di rado come, per esempio, nel caso delle misure *ex* art. 614 *bis* c.p.c., che il danno quantificato o prevedibile sia uno dei parametri – non l'unico – per la sola determinazione del *quantum* della sanzione, qualora questa abbia contenuto pecuniario.

una condotta; in nessun caso la legge conferisce rilievo al dolo o alla colpa, in alcuna delle loro varianti; talora la legge consente alla parte che ha posto in essere la condotta sanzionabile di sottrarsi alla irrogazione della sanzione allegando (e dimostrando) la sussistenza di un «giustificato motivo», in mancanza del quale, la sanzione opera *tout court*; inoltre, deve essere sempre possibile determinarne la misura. Sotto il profilo estrinseco, ciascuna delle misure è contraddistinta dal fatto che la sua irrogazione proviene sempre dal giudice civile, ovvero, quando proviene dal giudice penale, consegue ad una condotta accertata in sede civile o è strumentale in ogni caso alla tutela civile dei diritti²⁶; inoltre, viene in rilievo la loro portata esemplare.

Le strade per classificare le norme che irrogano sanzioni processuali, contraddistinte da quel *quid pluris* cui si è fatto riferimento, sono svariate: la sanzione irrogata nel processo può provenire da condotte che stanno fuori e prima di esso (art. 124, comma 3°, c.p.i., art. 28, comma 6°, d. leg. 150/2011, artt. 8, comma 4 *bis*, 13, d. leg. 28/2010, art. 4, d.l. 132/2014, art. 8, comma 4°, d. leg. 24/2017, art. 13 l. 24/2017, art. 7, comma 8°, l. 604/1966) o può essere il risultato di una condotta che ha avuto luogo nel processo o comunque trarre origine dalla mera attivazione di una forma di tutela giurisdizionale ed essere finalizzata alla sua effettività: è il caso delle misure coercitive, generali (art. 614 *bis* c.p.c.), speciali (art. 18, ult. comma, st. lav., art. 156, 6° comma, c.c.) e atipiche (per es. artt. 342 *ter*, ult. comma, c.c., 669 *duodecies* c.p.c., che al più possono abilitare il giudice a servirsi degli strumenti tipici che la legge predispone), sotto certi aspetti, dell'ipoteca giudiziale *ex* art. 2818 c.c. ogni qual volta corredi la condanna all'adempimento di obbligazioni di fare infungibile e di non fare, dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., delle sanzioni *ex* art. 54 e 815 c.p.c., della compensazione delle spese di lite in caso di estinzione *ex lege* del processo previdenziale di cui all'art. 38, d.l. 98/2011, dell'art. 5 *quater*, l. 89/2001, dell'apparato di conseguenze relative al frazionamento del credito, nelle controversie civili e in quelle di lavoro e previdenziali, delle sanzioni conseguenti alla inammissibilità o alla manifesta infondatezza della inibitoria *ex* art. 283 e 431 c.p.c., della misura relativa alla condanna *ex* art. 3 *quater*, comma 1°, d.p.r. n. 115/2002, delle misure accessorie conseguenti all'accertamento di condotte discriminatorie, *ex* art. 28, comma 7°, d. leg. 150/2011, delle sanzioni *ex* artt. 118, 2° comma, 220, 226, 408 c.p.c. e di quelle *ex* art. 6, comma 17°, d.leg. 13/2017, *ex* art. 9, comma 5°,

²⁶ Il che ricorre ogni qual volta il legislatore utilizza la sanzione penale come deterrente dall'inosservanza di comandi emessi dal giudice civile (ad es. art. 28, 4° comma, st. lav.); da questa nozione di strumentalità si deve escludere, però, la tutela cautelare, i cui risultati, come si dirà *infra*, non sono assimilabili alla nozione di «sanzione processuale» che si intende proporre.

l. 24/2017, *ex art.* 6 d. leg. 3/2017, della chiusura anticipata del processo esecutivo *ex art.* 164 *bis* disp. att. c.p.c.

Si possono distinguere le sanzioni in relazione alla finalità deterrente perseguita, cioè a seconda che siano strumentali al conseguimento del risultato giuridico (*rectius*, alla concreta soddisfazione del diritto accertato): è il caso delle misure coercitive, generali, speciali e atipiche e sotto certi aspetti, dell'ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c. ogni qual volta corredi la condanna all'adempimento di obbligazioni di fare infungibile e di non fare; ovvero, nei casi in cui abbia soltanto l'obiettivo di scoraggiare il compimento o la reiterazione di condotte analoghe da parte del medesimo soggetto o di soggetti appartenenti alle medesime categorie; è il caso delle misure *ex art.* 92, 1° comma, secondo periodo, 96, 3° comma, c.p.c., della misura *ex art.* 28, comma 6°, d. leg. 150/2011, delle conseguenze pregiudizievoli relative alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione (artt. 8, comma 4 *bis*, 13, d. leg. 28/2010), di negoziazione assistita (art. 4, d.l. 132/2014), di consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°, d. leg. 24/2017), delle conseguenze del comportamento *ex art.* 13, l. 24/2017 e di quelle del comportamento di cui all'art. 7, comma 8°, l. 604/1966, delle sanzioni *ex art.* 54 e 815 c.p.c., dell'art. 5 *quater*, l. 89/2001, dell'apparato di conseguenze relative al frazionamento del credito, nelle controversie civili e in quelle di lavoro e previdenziali, delle sanzioni conseguenti alla inammissibilità o manifesta infondatezza della inibitoria *ex art.* 283 e 431 c.p.c., della misura relativa alla condanna *ex art.* 13, comma 1 *quater*, d.p.r. n. 115/2002, delle misure accessorie conseguenti all'accertamento di condotte discriminatorie, *ex art.* 28, comma 7°, d. leg. 150/2011, delle sanzioni *ex artt.* 118, 2° comma, 220, 226, 408 c.p.c. e di quelle *ex art.* 6, comma 17°, d.leg. 13/2017, dell'art. 9, comma 5°, l. 24/2017, dell'art. 6 d. leg. 3/2017, dell'art. 124 c.p.i., della chiusura anticipata del processo esecutivo *ex art.* 164 *bis* disp. att. c.p.c.

Le sanzioni possono avere caratteristiche meramente punitive di una parte, senza che l'altra veda migliorata la propria posizione, come quella *ex art.* 28, comma 7°, d. leg. 150/2011, o come le conseguenze del comportamento *ex art.* 13 l. 24/2017; analogo discorso può riguardare le sanzioni conseguenti alla inammissibilità o manifesta infondatezza della inibitoria *ex art.* 283 e 431 c.p.c., le misure coercitive dell'art. 16, st. lav., dell'art. 18, ult. comma, st. lav. e dell'art. 28, comma 4° e 5°, st. lav., la misura relativa alla condanna *ex art.* 1, comma 1 *quater*, d.p.r. n. 115/2002, le sanzioni *ex artt.* 220, 226, 408 c.p.c. e quelle *ex art.* 6, comma 17°, d.leg. 13/2017, nonché quelle dell'art. 9, comma 5°, l. 24/2017, e con le dovute differenze, dell'art. 118, ult. comma, c.p.c., che si riferisce al terzo.

Le sanzioni possono assurgere ad una funzione che è, oltre che punitiva, anche compensativa (sovra-compensativa), allorquando alla conseguenza sfavorevole per una parte corrisponde una favorevole per l'altra: si pensi alle misure coercitive, generali, speciali e atipiche e, sotto certi aspetti, all'ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c. ogni qual volta corredi la condanna all'adempimento di obbligazioni di fare infungibile e di non fare; alle sanzioni dell'art. 118, 2° comma, (e dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.) e alla misura *ex art.* 429, ult. comma, c.p.c., ai danni punitivi, alle misure *ex artt.* 91, 1° comma, secondo periodo (e art. 13 d. leg. 28/2010), 94, 96, c.p.c., alle conseguenze del frazionamento del credito, in una certa misura, ai casi in cui la legge dispone la pubblicazione della sentenza su organi di stampa o altri di diffusione di informazione (oltre all'art. 120 c.p.c., si pensi all'art. 2600, 2° comma, all'art. 126 c.p.i., o all'art. 140, 1° comma, lett. c, c. cons., all'art. 28, 7° comma, primo periodo, d. leg. 150/2011), alle conseguenze pregiudizievoli relative alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione (artt. 8, comma 4 *bis*, primo periodo, d. leg. 28/2010), di negoziazione assistita (art. 4, comma 1°, d.l. 132/2014), di consulenza tecnica preventiva (art. 8, comma 4°, d. leg. 24/2017), alle conseguenze del comportamento di cui all'art. 7, comma 8°, l. 604/1966, e del comportamento *ex art.* 6, comma 6°, d. leg. 3/2017, alle misure coercitive diverse da quelle dell'art. 16, st. lav., dell'art. 18, ult. comma, st. lav. e dell'art. 28, comma 4° e 5°, st. lav.

Infine, le sanzioni possono avere natura premiale, rispetto a condotte che implicano dispendio di risorse, là dove la premialità talora può coinvolgere tutte le parti della controversia (l'esempio è quello della premialità, sotto il profilo fiscale, dell'accettazione dell'offerta di conciliazione *ex art.* 7 d. leg. 23/2015) talaltra solo alcune e scapito di altre (è il caso della norma dell'art. 91, 1° comma, secondo periodo, c.p.c., dell'art. 94 c.p.c., o dell'art. 13, d. leg. 28/2010).

A ben vedere, preso atto della tendenza alla rarefazione dei diritti di azione e di difesa e alla loro compressione dovuta allo sviluppo dell'apparato sanzionatorio del processo, lo sforzo di tipizzazione delle forme di sanzioni processuali, nel segno degli art. 23 e 25 Cost., dovrebbe tendere a considerare censurabile l'irrogazione di una sanzione processuale, nell'accezione che si propone, al di fuori dei casi in cui la legge espressamente dota il giudice di un potere *ad hoc*.

Il risultato auspicato è di contribuire a porre un argine all'allargamento incontrollato della nozione di «abuso del processo».

Cesare Salvi

Conclusioni

1. Adolfo di Maio e Mario Barcellona hanno tratteggiato con grande efficacia la personalità umana e scientifica di Davide Messinetti. Ho da aggiungere solo – oltre al commosso ricordo dell'affetto che ci legava – una sua caratteristica importante: il rigore attento nei rapporti umani, di insegnamento, politici, scientifici. Dava molto, ma pretendeva serietà, impegno, trasparenza in ciascuno di essi. Una lezione che mi è servita.

2. La giornata odierna ha segnato un importante arricchimento scientifico sul tema dell'abuso del diritto. Mi domando come Messinetti lo avrebbe affrontato oggi. Il suo fondamentale scritto, più volte oggi ricordato, precede nel tempo l'esplosione giurisprudenziale di ricorso alla figura.

Nella lettura che l'autore ne aveva dato, già ricordata in quest'occasione, non rinvento elementi che giustifichino le tendenze più recenti. Vediamo una delle sentenze più discusse, Cass. 20106/2009, che affronta *ex professo*, e risolve in senso affermativo, il quesito sulla vigenza generale divieto di abusare del proprio diritto.

La sentenza è stata esaminata da un gran numero di scritti, e non intendo certo aggiungere il mio commento.

Mi limito a segnalare un dato: la Cassazione definisce l'abuso come esercizio di un diritto soggettivo, che, «anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto a un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico».

Ora, questa definizione è ineccepibile, e corrisponde a quella tradizionale della dottrina. La quale però – *quorum ego* – era giunta alla conclusione che l'espressione aveva la funzione concettuale (per alcuni scarsamente utile, per altri invece apprezzabile) di dare un quadro unitario alla tipologia normativa di controllo giudiziale (emulazione, correttezza e buona fede, ecc.) prevista da norme di legge.

La soluzione della Cassazione è diversa. Richiamando le norme costituzionali (la solidarietà e la funzione sociale) e svariati altri argomenti (compresa l'analisi economica del diritto), la sentenza citata afferma che l'abuso del diritto è principio generale operante in tutto il campo del

diritto privato, affidato alla valutazione del giudice, che su questa base può anche come nel caso deciso modificare il contenuto del contratto.

A ben vedere, se dalla stessa definizione, quella prima ricordata, si giunge a conclusioni opposte, è perché cambia la risposta alla domanda: a chi compete stabilire il “criterio di valutazione” che rende abusivo l’esercizio di un diritto?

Per l’opinione prevalente fino a tempi recenti, la risposta è: spetta alla legge, da interpretare conformemente alla Costituzione. Per la recente giurisprudenza la risposta è invece: spetta al giudice, applicando direttamente le norme costituzionali.

3. A me sembra che il ritorno in campo dell’abuso del diritto manifesti due tendenze più generali del diritto contemporaneo. Anzitutto il pendolo del rapporto giudice-legge torna a spostarsi a favore del primo. E di questa tendenza si è molto discusso; mi limito a ricordare il volume dei “Quaderni del Dottorato” nella collana del Dipartimento di Giurisprudenza della nostra università dedicato al c.d. diritto postmoderno. Ma c’è un secondo aspetto: il giudice supplisce alla carenza di un progetto riformatore che si traduca in una legislazione di segno sociale. Questa carenza rende possibile la banalizzazione dei principi costituzionali, anzitutto quello posto dall’art. 2. Si dimentica l’insegnamento di Luigi Mengoni, per il quale «alla nozione costituzionale di solidarietà non può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede», che «è un criterio regolatore di rapporti paritari tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici, mentre la solidarietà ha una dimensione collettiva».

4. Una conferma dell’idea che il rilancio giurisprudenziale dell’abuso del diritto si inserisce in tendenze generali del diritto contemporaneo viene se si considera lo scritto dedicato all’argomento del compianto Francesco Galgano.

Per Galgano il fondamento normativo del principio va rinvenuto nell’art. 54 della Carta dei diritti UE, non nella Costituzione o nelle norme civilistiche.

La norma – rubricata «divieto dell’abuso del diritto» – stabilisce che nessuna disposizione della Carta «deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà» riconosciuti dalla Carta, o a imporre «limitazione più ampie» di quelle previste dalla Carta.

Le origini della norma sono nell’art. 17 Cedu, che aveva però una diversa funzione, “politica”, come dimostrano le (rare) applicazioni, che non hanno mai riguardato attività economiche.

Nell'art. 54 si esprime invece, secondo una caratteristica propria del diritto contemporaneo, l'idea di bilanciare e ponderare diritti individuali potenzialmente confliggenti, affidando questo compito al giudice, anziché alle norme (costituzionali o di legge).

In astratto, l'art. 54 può essere applicato per limitare l'esercizio di un diritto economico, quando incida su un altro diritto tutelato dalla Carta. Ma dato che vale anche il contrario (anche impresa e proprietà sono, nella Carta, libertà fondamentali), stabilire quale debba prevalere è affidato alla giurisprudenza, che a livello europeo lo ha prevalentemente risolto a favore delle libertà economiche.

5. La tesi, diffusa in dottrina, che i giudici possano oggi “ponderare i valori” meglio dei “politici” (i legislatori) – nella quale si sostanzia il divieto di abuso come principio generale affidato alla discrezionalità giudiziaria – è stata efficacemente criticata (in particolare da M. Barcellona, L. Ferrajoli, M. Luciani).

Condivido queste critiche, così come d'altronde condivido quelle critiche alla politica contemporanea, che tante volte esprimeva nelle conversazioni amicali Davide Messinetti, uomo di profondi convincimenti e passioni politiche.

Nel ricordo del maestro e amico concludo questo incontro, sicuro – dopo aver ascoltato le interessanti e approfondite relazioni dei giovani studiosi – che il suo insegnamento non andrà perduto.

Elenco degli Autori

PROF. MARIO BARCELLONA

Università degli Studi di Catania

DOTT. CHIARA BELLÌ

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. PIERVITO BONIFACIO

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. MARTINA CAVALIERE

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. ALBERTO CINQUE

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. LAURA COSTANTINO

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

PROF. ANGELO DANILO DE SANTIS

Università degli Studi Roma Tre

PROF. ADOLFO DI MAJO

Emerito Università degli Studi Roma Tre

PROF. SABINO FORTUNATO

Università degli Studi Roma Tre

PROF. GIUSEPPE GRISI

Università degli Studi Roma Tre

DOTT. PAOLO MARGOTTINI

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. MARIA GRAZIA PAPANDREA

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

DOTT. LAURA PENNAZZI CATALANI

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

PROF. GIAMPIERO PROIA

Università degli Studi Roma Tre

PROF. CESARE SALVI

Università degli Studi Roma Tre

DOTT. MARIA SERPA

Dottorando XXXIII ciclo, curriculum “Discipline Privatistiche e Diritto Privato per l’Europa”

Il volume raccoglie gli atti della giornata di studio, promossa dal Dottorato in Discipline giuridiche, che la comunità scientifica del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre ha inteso dedicare al ricordo di Davide Messinetti ad un anno dalla scomparsa. Il 24 aprile 2018 i dottorandi del curriculum privatistico si sono confrontati con un tema caro al compianto Maestro: l'abuso del diritto. Trattasi di una categoria che ha una densità teorica, una storia, ed è ancora oggi al centro dell'attenzione in più ambiti della scienza giuridica, come i contributi raccolti in questo volume dimostrano. Tenendo fede al progetto, sono stati i dottorandi gli autentici protagonisti dell'iniziativa, con i docenti a far da spalla, o meglio, da *discussant*.

Al volume hanno partecipato i Proff. Mario Barcellona, Angelo Danilo De Santis, Adolfo di Majo, Sabino Fortunato, Giuseppe Grisi, Giampiero Proia, Cesare Salvi e i Dottorandi Chiara Belli, Piervito Bonifacio, Martina Cavaliere, Alberto Cinque, Laura Costantino, Paolo Margottini, Maria Grazia Papandrea, Laura Pennazzi Catalani e Maria Serpa.