



## ABUSO DEL DIRITTO E RIMEDI ESPERIBILI

ROSA THEA BONANZINGA

SOMMARIO: **1.** CONFIGURABILITÀ E DELIMITAZIONE DELLA CATEGORIA DELL'ABUSO DEL DIRITTO. - **2.** L'ABUSO DEL DIRITTO NEGLI ORDINAMENTI FRANCESE, TEDESCO, SPAGNOLO E INGLESE. - **3.** L'ABUSO DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA. - **4.** I RIMEDI ESPERIBILI: A) LA TUTELA RISARCITORIA. - **5.** SEGUE: B) LA TUTELA REALE. - **6.** L'EXCEPTIO DOLI GENERALIS.

**1.** L'individuazione dei rimedi esperibili nei confronti dell'esercizio abusivo del diritto rende attuale l'esigenza di analizzare, in via preliminare, la figura dell'abuso del diritto, distinguendola da categorie affini, quali l'eccesso del diritto e l'abuso della libertà contrattuale.

L'abuso del diritto rappresenta una delle più controverse elaborazioni del sistema giuridico italiano ed europeo ed è oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla sua configurabilità<sup>1</sup>.

La terminologia appare *prima facie* contraddittoria in quanto con il termine diritto si fa riferimento ad una libertà o ad un potere garantiti all'individuo da una norma giuridica: accostando il termine abuso si afferma che l'esercizio di un diritto potrebbe divenire fonte di responsabilità. Abuso e diritto sembrano incompatibili perché esercitando un diritto non

---

<sup>1</sup> L'abuso del diritto è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali tra cui: M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 13 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Aggiorn. II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto*. I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto*. II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998.



sarebbe possibile compiere un illecito, alla luce del brocardo latino *qui iure suo utitur neminem laedit*<sup>2</sup>.

L'abuso del diritto non è disciplinato nel Codice civile italiano del 1942. Negli anni della sua elaborazione era, infatti, diffuso il convincimento che tale figura rappresentasse un concetto di natura etico-morale e non una nozione giuridica, con la conseguenza che colui che abusava di un diritto veniva considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica<sup>3</sup>.

Il contesto culturale descritto e la preoccupazione che la certezza del diritto potesse subire un *vulnus* da parte di una clausola generale come quella dell'abuso del diritto, ha impedito l'inserimento, nella stesura definitiva del Codice civile del 1942, dell'art. 7 del progetto preliminare secondo il quale "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto". Il legislatore italiano ha preferito, infatti, introdurre nell'ambito del Codice civile disposizioni specifiche con cui sanzionare l'abuso in relazione a determinate categorie di diritti<sup>4</sup>.

La frammentazione del quadro normativo non esime l'interprete dal verificare, per esigenze di ordine sistematico, se possa considerarsi, comunque, vigente un principio - inespesso - secondo cui il comportamento di un soggetto, formalmente conforme al

---

<sup>2</sup> Con riferimento alla figura dell'abuso del diritto ed all'antinomia v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 13 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, cit. 71.

<sup>3</sup> Intransigente nei confronti della figura dell'abuso del diritto è M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., 105 ss.. secondo cui l'abuso di diritto "è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che nol consente".

<sup>4</sup>In particolare le disposizioni sono: l'art. 330, concernente l'abuso della potestà genitoriale; l'art. 1015, relativo all'abuso dell'usufruttuario; l'art. 2793, in tema di abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio. Inoltre, si rinvengono disposizioni di maggior portata applicativa quali l'art. 833, concernente il divieto di atti emulativi ma impiegato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in genere e gli artt. 1175 e 1375 che, mediante la clausola della buona fede, hanno consentito di sanzionare, come illecito contrattuale, l'abuso di diritti relativi o di credito.



contenuto del proprio diritto, possa essere considerato illecito in base ad una valutazione generale<sup>5</sup>.

Sull'individuazione del concetto di abuso del diritto e dei criteri di applicazione si rinvengono numerosi studi sia in Italia sia – come si avrà modo di approfondire nel prosieguo – in altri Paesi europei.

Secondo un primo orientamento l'abuso del diritto rappresenta uno strumento idoneo a garantire un esercizio "normale" del diritto soggettivo e la sua esistenza è verificabile sulla base dei principi generali e dei valori sociali dell'ordinamento<sup>6</sup>. In tale prospettiva, parte della giurisprudenza ha precisato che sussisterebbe abuso del diritto qualora ricorra un "uso oggettivamente anormale del diritto", inteso come contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico<sup>7</sup> o con specifiche disposizioni di legge che

---

<sup>5</sup> Nella scienza giuridica si individuano due posizioni ideologiche in relazione ai criteri utilizzati per effettuare la valutazione: l'ideologia cattolica e l'ideologia socialista (in relazione alle posizioni ideologiche più significative v. in particolare P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 33 ss.; con riferimento alla ricostruzione storica delle ideologie v. in particolare G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, I, *L'idea individuale*, Torino, 1911 e II, *L'idea sociale. Lo storicismo nel diritto privato*, Torino, 1918). In base all'ideologia di ispirazione cattolica la morale costituisce misura del giudizio e della correzione del sistema, l'uso morale o immorale del diritto diviene il criterio di valutazione dell'esercizio dei diritti. Tuttavia, tale approccio rischia di identificare l'abuso con il peccato dal momento che la censura morale costituisce il presupposto della sanzione irrogata dalla norma positiva (In tal senso v. ancora P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 37). Secondo l'ideologia socialista, invece, la misura del giudizio è costituita dalla coscienza sociale e ciò in quanto "le nostre prerogative individuali presuppongono un consenso della comunità sociale" (Si tratta di un pensiero espresso da L. JOSSERAND, autorevole sostenitore dell'ideologia socialista, richiamato da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 46. In particolare l'Autore ritiene che il consenso è necessario non solo per il riconoscimento ma anche per l'estensione dell'esercizio delle prerogative individuali). L'ideologia socialista si differenzia da quella cattolica, tra l'altro, per la sua mutevolezza in relazione ai nuovi bisogni della coscienza comune, ove, invece, per l'ideologia cattolica diritto naturale e superlegalità rappresentano un corpo unitario e immutabile con il limite della flessibilità necessaria per rendere operante il diritto naturale (P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 46).

<sup>6</sup> In tal senso v. S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 7 ss. In particolare l'Autore ritiene che sarebbe possibile considerare ipotesi specifiche di applicazione del principio d'abuso le norme rinvenibili nel Codice, tra cui quella relativa agli atti emulativi. Egli richiama, inoltre, la dottrina secondo cui l'abuso del diritto non potrebbe ritenersi un principio estraneo alla cultura giuridica italiana per le radici franco-germaniche del Codice civile del 1942. v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, 180 ss..

<sup>7</sup> Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Mass. Giur. it.*, 1960, 788.



lo regolano<sup>8</sup> ovvero qualora l'esercizio del diritto non realizzi un temperamento con le esigenze sociali e non miri alla realizzazione di un interesse reale<sup>9</sup>.

Per altri, invece, l'abuso sussisterebbe nel caso in cui un soggetto utilizza i poteri e le facoltà di cui è titolare al fine di perseguire un interesse differente rispetto a quello per il quale sono stati conferiti<sup>10</sup>, cosicché si è ritenuto che "l'abuso vive dello scarto tra fattispecie normativa e fatto concreto"<sup>11</sup>.

Ma l'idea che l'abuso possa consistere in una deviazione dell'esercizio del diritto da uno scopo che può essere costituito dalla finalità intrinseca del contenuto del diritto o da una finalità estrinseca, un interesse superiore, è stata criticata da altra parte della dottrina secondo la quale, soprattutto nel primo caso, si tende a confondere la prospettiva dell'abuso con quella dell'eccesso del diritto, dal momento che una finalità intrinseca è desumibile dal contenuto del diritto e contribuisce a stabilire i limiti della situazione soggettiva<sup>12</sup>. Sarebbe, pertanto, opportuna una ricostruzione della categoria dell'abuso del diritto che rinunci ad un sindacato sulla meritevolezza del fine perseguito e giudichi il risultato dell'esercizio del diritto attraverso un confronto con gli interessi con cui interagisce<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Cass. 19 luglio 1957, n. 3052 in *Giust. civ.*, 1958, I, 305.

<sup>9</sup> Per l'esame della giurisprudenza che configura l'abuso del diritto come "uso anormale" dello stesso v. in particolare G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 20 ss..

<sup>10</sup> C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 81. Con riferimento alla concezione dell'abuso del diritto come sviamento dall'interesse v. MULLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 89 ss.; v. anche S. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., 168 secondo cui l'abuso del diritto si realizza nel caso in cui "si verifica un'alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso"; ciò può realizzarsi o come alterazione del fattore causale che comporta un'alterazione nella struttura dell'atto oppure come condotta di rapporti giuridici in contrasto con la buona fede.

<sup>11</sup> C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 83.

<sup>12</sup> F. D. BUSNELLI – E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA.VV. *L'abuso del diritto*, cit., 186 ss.

<sup>13</sup> Così F. D. BUSNELLI – E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 187 secondo cui ciò non esclude un eventuale intervento dell'ordinamento al fine di tutelare interessi generali limitando il contenuto dei diritti ma porta a negare un principio di abuso basato sull'esigenza di realizzare in positivo interessi generali.



La dottrina che configura l'abuso del diritto come sviamento dall'interesse ha posto in rilievo le differenze intercorrenti tra l'abuso del diritto e l'eccesso dal diritto: entrambi comportano uno sconfinamento dell'*agere* permesso al soggetto ma si distinguono in quanto l'abuso è apparentemente conforme al contenuto del diritto<sup>14</sup>. Ciò determina che mentre nell'ipotesi in cui ricorre l'eccesso dal diritto lo sconfinamento dal contenuto del diritto è di immediata rilevanza in quanto l'atto, oltrepassando i limiti posti, non è riconducibile al paradigma normativo, nel caso in cui sussiste l'abuso lo sconfinamento non è rilevabile immediatamente ma occorre accertare l'interesse che il soggetto vuole in concreto soddisfare esercitando le prerogative attribuite<sup>15</sup>.

Recentemente la giurisprudenza ha affermato che l'abuso del diritto è criterio rivelatore della violazione del principio di buona fede oggettiva ed ha identificato gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto nella titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto, nella possibilità che l'esercizio di quel diritto possa essere effettuato in base ad una pluralità di modalità non predeterminate, nella circostanza che l'esercizio, formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto con modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico, nella sproporzione ingiustificata – derivante da tale modalità di esercizio - tra il beneficio ottenuto dal titolare del diritto ed il sacrificio che deve subire la controparte<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 83 ss. v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 37 secondo cui costituisce una caratteristica dell'abuso del diritto "l'apparente conformità dal comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto onde abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere".

<sup>15</sup> C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 85 ss., il quale evidenzia che "l'eccesso dal diritto risulta valutando l'atto *staticamente*; l'abuso si realizza valutandolo *in una prospettiva dinamica*, che metta a nudo l'interesse per il quale esso è stato posto in essere. Solo questa prospettiva, che si traduce nella necessità di compiere un accertamento in concreto e *a posteriori*, può mostrare l'eventuale abuso".

<sup>16</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 pubblicata in numerose riviste giuridiche tra cui *Guida al diritto*, 2009, 40, 38 ss.; *I contratti*, 2010 5 ss.; *Danno e resp.*, 2010, 347 ss..



L'abuso del diritto costituisce, pertanto, un'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, volta al perseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal legislatore<sup>17</sup>.

La figura dell'abuso del diritto presenta profili di differenziazione – oltre che nei confronti dell'eccesso del diritto - anche rispetto all'abuso della libertà contrattuale.

La teoria dell'abuso della libertà contrattuale nasce e si sviluppa in seguito all'abbandono della visione liberale classica dei rapporti economici e per l'inadeguatezza del principio di eguaglianza formale a garantire la giustizia del contratto<sup>18</sup>. In questo senso si muove il diritto di derivazione comunitaria con il quale si è assistito ad un ritorno degli *status*, non in funzione privilegiante, ma in funzione protettiva del soggetto che versa in una condizione di debolezza, che può essere determinata da svariati fattori.

In questo contesto storico-giuridico il diritto può valutare il comportamento di una parte del contratto che, approfittando di una situazione di maggiore forza contrattuale, ottiene abusivamente delle clausole per sé di vantaggio che comportano svantaggio per la controparte. L'abuso della libertà contrattuale consiste, dunque, in uno scorretto esercizio della stessa<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 cit., per cui l'abuso sussiste qualora nel legame tra il potere di autonomia attribuito al soggetto ed il suo atto di esercizio sia alterata la funzione dell'atto rispetto al potere che lo prevede.

<sup>18</sup> In relazione a tali considerazioni v. F. DI MARZIO, *Deroga al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 704 ss..

<sup>19</sup> Con riferimento alla libertà o autonomia contrattuale v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 1999, 143 ss.. La libertà o autonomia contrattuale può essere intesa in senso negativo ed in senso positivo. In senso negativo, libertà o autonomia contrattuale vuol dire che nessuno può essere privato dei propri beni o costretto ad effettuare prestazioni a favore di altri soggetti prescindendo dalla sua volontà; in senso positivo, vuol dire, invece, che le parti, mediante un atto di propria volontà, possono costituire, regolare o estinguere rapporti patrimoniali. L'abuso può riguardare le varie forme nelle quali si esplica la libertà contrattuale. L'autonomia contrattuale consiste, innanzitutto, nella libertà di concludere o meno il contratto. Allorché il contraente non sia titolare di tale libertà giacché è obbligato dalla legge o dalla volontà privata a stipulare il contratto, l'abuso può consistere nell'approfittamento della posizione di forza di una parte a danno della controparte che può sfociare nella stipulazione di un contratto pregiudizievole per la parte debole del rapporto.



Nell'affrontare la tematica relativa all'abuso della libertà contrattuale la dottrina distingue i comportamenti abusivi posti in essere da una delle parti contrattuali nei confronti della parte debole del rapporto – c.d. abuso nel contratto - ed i comportamenti abusivi posti

---

La libertà contrattuale consiste, poi, nella libertà di determinare il contenuto del contratto. Tale libertà è stabilita dall'art. 1322 c.c., ma sono fatti salvi i limiti imposti dalla legge. Le parti possono ampliare o restringere la portata degli schemi tipici dei contratti qualora la disciplina sia derogabile e possono anche deferire a terzi la possibilità di determinare il contenuto della prestazione dedotta in contratto. Tuttavia, si pongono dei limiti a siffatti poteri. Innanzitutto, viene in rilievo il giudizio di liceità, che non viene superato qualora il regolamento contrattuale sia in contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume. Inoltre, il legislatore ha previsto, ai sensi dell'art. 1339 c.c., l'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, anche in sostituzione di quelle difformi previste dalle parti. In questo contesto si inseriscono anche le disposizioni di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., concernenti rispettivamente le condizioni generali di contratto ed il contratto concluso mediante moduli o formulari. L'abuso in relazione a questa forma di libertà può comportare l'inserimento di clausole pregiudizievoli per una parte del contratto in quanto la determinazione del contenuto è rimessa alla libertà delle parti che potrebbero trovarsi in posizione di disparità contrattuale.

La libertà delle parti di determinarne il contenuto del contratto si pone in netta antitesi rispetto alla tendenza del legislatore comunitario di determinare dettagliatamente il contenuto dei contratti a tutela della parte debole del rapporto contrattuale. Volgendo lo sguardo alla legislazione comunitaria si percepisce, infatti, il mutamento della tecnica legislativa: le normative - che si aprono con la definizione dei soggetti e delle situazioni rilevanti - prevedono gli elementi che devono contenere i contratti proprio al fine di evitare l'abuso della libertà contrattuale da parte del contraente in posizione di forza, come si ricava a titolo esemplificativo alle disposizioni concernenti i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili ed al contratto di vendita di pacchetti turistici.

La libertà contrattuale si esplica, inoltre, nella libertà di scegliere la persona del contraente. Il legislatore ha peraltro posto dei limiti anche a tale libertà. Si pensi alla c.d. prelazione legale prevista a tutela di determinati soggetti che meritano di essere preferiti rispetto a terzi. In questo caso l'abuso può presentare caratteristiche diverse da quelle proprie delle altre forme di libertà in quanto – anziché consistere nell'abuso della posizione di forza di una parte con pregiudizio per l'altra – può essere rappresentato dal comportamento di entrambe le parti contrattuali a danno del terzo, titolare della prelazione legale.

Infine, la libertà contrattuale consiste nella libertà di stipulare contratti atipici. Anche tale libertà subisce limitazioni. E', infatti, necessario che i contratti atipici superino i controlli di meritevolezza e di liceità; nei contratti tipici il controllo di meritevolezza è svolto *ex ante* dal legislatore. Questi controlli mirano proprio ad evitare che vengano stipulati contratti pregiudizievoli sia per le parti che per i terzi al fine di tutelare l'esercizio della libertà contrattuale. Qui l'abuso può particolarmente manifestarsi in considerazione del fatto che manca una disciplina e il regolamento è nella massima parte rimesso all'autonomia privata, con la connessa possibilità che la parte più forte abusi di tale sua posizione in sede di determinazione del contenuto del singolo contratto.



in essere da entrambe le parti – c.d. abuso del contratto<sup>20</sup>; in quest'ultimo caso l'abuso non è perpetrato da una parte in pregiudizio dell'altra ma da entrambe in danno dei creditori, dei terzi o della legge.

I due tipi di comportamenti abusivi sono diversi tra loro in quanto soltanto l'abuso unilaterale è caratterizzato dalla differente posizione economica e di forza tra le parti che porta alla sopraffazione di una nei confronti dell'altra: il soggetto in posizione di supremazia, abusando della situazione di fatto in cui si trova, esercita la libertà contrattuale a danno della controparte.

Nelle ipotesi di abuso bilaterale, invece, le parti possono trovarsi in posizione paritaria in quanto ad essere pregiudicato non è il contraente debole – che può essere assente nel caso in esame - ma il terzo estraneo al contratto: il contratto diviene fonte di danno ingiusto.

Confrontando in particolare l'abuso unilaterale della libertà contrattuale con l'abuso del diritto emerge la diversità delle due figure. Nell'ipotesi di abuso unilaterale può ritenersi che il potere economico integra il presupposto fattuale dell'abuso costituendo una condizione reale della possibilità d'abuso<sup>21</sup>: la parte in posizione di maggiore forza economica riesce a imporre all'altra condizioni che altrimenti questa non avrebbe accettato. L'abuso del diritto, invece, si colloca sul piano dell'effetto giuridico presupponendo che la situazione giuridica già ricorra e consiste in uso anomalo dei poteri attribuiti al titolare.

2. Al tentativo di una ricostruzione sistematica della figura dell'abuso del diritto è utile il confronto con gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali elaborati in altri Paesi europei, in particolare in Francia, Germania, Spagna ed Inghilterra.

a) *Ordinamento francese.*

---

<sup>20</sup> In tal senso v. F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 122 ss. che nell'effettuare la distinzione tra abuso unilaterale e abuso bilaterale individua le principali ipotesi riconducibili alle suddette figure.

<sup>21</sup> F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, cit., 701 ss..





L'utilizzo della terminologia "abuso del diritto" trova origine nella giurisprudenza francese nell'Ottocento, in tema di proprietà<sup>22</sup>.

I giudici francesi si erano posti la questione se ogni forma di esercizio di un diritto soggettivo fosse legittima in quanto espressione di un diritto o se invece dovesse essere negata la tutela dell'ordinamento ad atti del proprietario che, nonostante fossero contenuti nei limiti del diritto, venivano considerati abusivi dalla coscienza sociale giacché compiuti con l'intento di nuocere e privi di esigenze meritevoli di protezione. Ciò ha implicato un controllo contenutistico del diritto soggettivo e ha condotto all'affermazione, per alcune ipotesi, della responsabilità del titolare del diritto nonostante il danno venisse cagionato nell'esercizio del diritto stesso<sup>23</sup>.

Sebbene sia stato elaborato per la prima volta in Francia, il divieto dell'abuso del diritto non è espressamente disciplinato nella legislazione francese, pur se la giurisprudenza continua ad applicarlo richiamando l'art. 1134 del *Code civil*<sup>24</sup> che prevede l'obbligo delle parti del contratto di agire secondo buona fede<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Così S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 2, il quale richiama la giurisprudenza francese in tema di abuso del diritto; riguardo alla ricostruzione storica della figura dell'abuso del diritto v. tra gli altri A. DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Milano, 1969, 175 ss..

<sup>23</sup> V. ancora S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 2, il quale evidenzia che sono stati suggeriti diversi criteri al fine di verificare l'eventuale abuso del diritto: si allude a titolo esemplificativo al criterio morale, finalistico e intenzionale. Tra le prime sentenze è nota *Cour de Cassation* 3 agosto 1915, in *Dalloz*, 1917, I, 705 *Coquerel c/Clément-Bayard*. La questione concerne la collocazione di pertiche con spuntoni in un terreno da parte del proprietario: la condotta di per sé costituente esercizio del diritto è stata considerata abusiva in relazione agli interessi in rilievo poiché nelle vicinanze del terreno si trovava una fabbrica di palloni aerostatici la cui attività era ostacolata poiché i palloni planando si infilzavano negli spuntoni. Per la ricostruzione della vicenda vedi anche M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, 33 ss..

<sup>24</sup> Secondo il disposto normativo dell'art. 1134 del *Code civil* "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

<sup>25</sup> F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, contributo a margine di Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *I contratti*, 2000, 1121; v. F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 154 il quale evidenzia che la *Cour de Cassation* ritiene sussistente l'abuso del diritto di recesso da contratti di durata qualora la condotta di una parte sia espressione di manovre fraudolente e disoneste e da ciò emergerebbe che per la configurazione dell'abuso del diritto sia necessaria la contrarietà del comportamento di una parte alla buona fede durante



Riconosciuto tale divieto a livello giurisprudenziale, la dottrina è apparsa divisa in ordine all'individuazione dei caratteri idonei a rivelare la sussistenza dell'abuso del diritto<sup>26</sup>.

Parte della dottrina, sulla base del criterio della funzione sociale, ha ritenuto configurabile l'abuso del diritto in caso di esercizio del diritto in contrasto con la finalità per cui è attribuito<sup>27</sup>: ogni diritto soggettivo sarebbe caratterizzato da una propria funzione sociale e se la condotta del titolare non risponde alla suddetta funzione si realizzerebbe l'abuso<sup>28</sup>.

Talora al criterio della funzione sociale è associato quello dell'anormalità per cui si configura l'abuso del diritto nel caso in cui il diritto – oltre che in contrasto con la funzione sociale – sia utilizzato in modo “anormale” o “abnorme”<sup>29</sup>: sussisterebbe l’ “anormalità” nell'esercizio del diritto nell'ipotesi in cui la condotta sia contraria alla destinazione economica o sociale del diritto.

Un'altra corrente dottrinale ricostruisce l'abuso del diritto in termini giuridici considerandolo come conflitto di diritti<sup>30</sup>. Si è, tuttavia, evidenziato che tale configurazione non sarebbe idonea a spiegare il divieto dell'abuso del diritto poiché il conflitto di diritti è immanente al diritto obiettivo<sup>31</sup>.

---

l'esecuzione del contratto. In particolare, l'Autore richiama *Cour de Cassation*, 5 Oct 1993, *Renault c/Rouel Automobiles*, in *Juriclasseur Périodique*, 1994.II.22224.

<sup>26</sup> Relativamente alle teorie elaborate dalla dottrina in tema di abuso del diritto v. in particolare M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, 41.

<sup>27</sup> V. tra gli altri L. JOSSERAND, *De l'abus de droit*, Paris, 1905 secondo cui l'abuso del diritto è la condotta “contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalit ”; Id. *De l'esprit des droits et de leur relativit .Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, 45; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, 81.

<sup>28</sup> V. nota 28.

<sup>29</sup> Tradizionalmente tale orientamento risale a R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation dans la second rédaction du projet de code civil allemand*, Paris, 1895, 371. v. M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., 88.

<sup>30</sup> M. DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Revue trim. De droit civil*, 1906, 124. v. per  M. ROTONDI, *L'abuso di diritto. Aemulatio*, Padova, 1979, 25 secondo cui in un sistema giuridico non esistono conflitti di diritti poich  deve essere l'interprete a risolvere tali eventuali conflitti ed  , dunque, preferibile la formula conflitto di interessi.

<sup>31</sup> M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., 86.



Diversamente, i fautori di un orientamento restrittivo hanno ritenuto che l'abuso del diritto riguarderebbe soltanto gli atti emulativi posti in essere con l'intenzione di nuocere<sup>32</sup>, riducendone l'ambito di applicazione dell'abuso del diritto.

Si segnala, inoltre, che parte della dottrina ha ricondotto la problematica dell'abuso del diritto nell'ambito della responsabilità civile, in particolare nell'ambito della colpa<sup>33</sup>.

Nella dottrina francese non sono mancate le critiche alla configurabilità nell'abuso del diritto. In particolare, si è sostenuto che con tale formula si allude ad un fenomeno contraddittorio poiché ci si riferisce ad un atto che è “*conforme au droit et contraire au droit*”: l'abuso del diritto non sarebbe, dunque, concepibile poiché se il comportamento di un soggetto è conforme al diritto non può contemporaneamente porsi in contrasto con lo stesso<sup>34</sup>.

#### b) *Ordinamento tedesco.*

In Germania si è proceduto ad una regolamentazione della controversa figura del *Rechtsmissbrauch*<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> L. RIPERT., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, § 94.

<sup>33</sup> H. e L. MAZEUD – A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, Paris, 1965, 647 ss..

<sup>34</sup> M. F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1905, 284. Per la ricostruzione del pensiero dell'Autore v. tra l'altro M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., 77 ss..

<sup>35</sup> La figura dell'abuso del diritto – oltre che nell'ordinamento tedesco – è recepita, tra gli altri, nei seguenti Paesi (per una ricostruzione della figura dell'abuso del diritto nei vari Paesi europei v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 29 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*. Distingue frequenter, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 168 ss.): in Grecia, l'art. 25 § 3 della Costituzione del 1975 prevede un generale divieto di abuso in tema di diritti fondamentali ed inoltre l'art. 281 del Codice civile greco del 1940 stabilisce che l'esercizio di un diritto è vietato nel caso in cui ecceda manifestamente i limiti derivanti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità socio-economica del diritto, si tratta di una formulazione dell'abuso del diritto più ampia rispetto a quella del BGB, non richiedendo la prova rigorosa dell'elemento soggettivo. In Portogallo, l'art. 334 del Codice civile del 1966 contiene una disposizione simile a quella del Codice civile greco. In Svizzera, l'art. 2 del codice civile dispone che “il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge”. In Olanda l'art. 13 del Codice civile del 1992 prevede che non possono essere compiuti atti di esercizio che si traducano in abuso. In Spagna l'abuso del diritto è regolamentato successivamente alla riforma delle disposizioni preliminari al Codice civile avvenuta nel 1974, in particolare ad opera dell'art. 7. Nel prosieguo della trattazione si analizzeranno gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sviluppatasi in Spagna in tema di abuso del diritto.



In particolare, il § 226 del codice civile tedesco del 1900 (*BGB*) prevede che l'esercizio di un diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di arrecare danno ad altri<sup>36</sup>.

La disposizione del codice tedesco – differentemente dall'art. 833 del codice civile italiano – non riguarda solo il diritto di proprietà ma tutti i diritti soggettivi<sup>37</sup>. Tuttavia, la giurisprudenza non ha fatto spesso ricorso alla norma citata poiché per la configurazione dell'abuso del diritto richiede la difficile prova dell'elemento soggettivo del titolare del diritto consistente nell'intento esclusivo di nuocere.

I giudici tedeschi hanno, infatti, preferito ricorrere ad altre disposizioni contenute nel *BGB* facendo riferimento al § 826, che prevede l'obbligo di risarcire il danno causato dolosamente in contrasto con i buoni costumi ed al § 242, che sancisce il principio di buona fede.<sup>38</sup> Quest'ultima disposizione, in particolare, è stata interpretata in combinato disposto con il § 157 in tema di usi contrattuali<sup>39</sup>: si è evidenziato che la rilevanza attribuita agli usi nel processo ermeneutico riconduce l'attività dell'interprete ad un parametro oggettivo volto a coincidere con il significato che i consociati attribuiscono alle singole dichiarazioni di volontà, al fine di tutelare l'affidamento del destinatario<sup>40</sup>.

Dall'analisi della giurisprudenza e della dottrina tedesche è possibile individuare alcune ipotesi in cui ricorre l'abuso del diritto: in particolare, nel caso in cui si eserciti un diritto formalmente garantito ma in contrasto con gli usi del traffico; qualora il diritto sia

---

<sup>36</sup> Secondo la disposizione del *BGB* “*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen*”. v. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 27; M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, 58.

<sup>37</sup> M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 26.

<sup>38</sup> Con riferimento al collegamento tra abuso del diritto e buona fede v. W. WEBER, *Treu und Glauben*, § 242 *BGB*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*, Berlin, 1961. v. M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., 54 e M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 26.

<sup>39</sup> v. F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, cit., 154 che richiama a tal proposito K. LARENZ – M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Monaco, 2004, 283 e E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, Jena, 1911, 152 ss..

<sup>40</sup> F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, cit., 155.



esercitato dal titolare in contrasto con un precedente comportamento; nell'ipotesi in cui si facciano valere vizi di forma che darebbero luogo a conseguenze eccessive e nel caso di “*Verwirkung*”, ossia qualora un diritto non sia esercitato o non si reagisca alla sua violazione in un periodo di tempo tale da ingenerare nella controparte un affidamento meritevole di tutela, anche se non è trascorso il termine di prescrizione<sup>41</sup>.

Parte della dottrina ha evidenziato che la *Verwirkung* tedesca - a differenza delle ipotesi di abuso del diritto elaborate in Francia – si colloca in un rapporto preesistente e la perdita del diritto a causa dell'inammissibilità dell'esercizio deriva dalla violazione dei canoni di correttezza e buona fede operanti nell'ambito del rapporto; si ritiene, dunque, di ridimensionare il divieto dell'abuso in stretti confini in favore della regola di buona fede<sup>42</sup>.

c) *Ordinamento spagnolo.*

Un altro ordinamento in cui è codificato il divieto dell'abuso del diritto è quello spagnolo. In particolare, la disciplina si rinviene nell'art. 7, comma 2, delle disposizioni preliminari del Codice civile spagnolo, come modificato in seguito alla riforma del 1974<sup>43</sup>.

Secondo la giurisprudenza spagnola è necessario che coesistano l'esercizio di un diritto soggettivo, il danno arrecato ad un interesse non tutelato da una determinata situazione giuridica (altrimenti si verificherebbe un'ipotesi di collisione di diritti e non di abuso) e l'“immoralità o antisocialità” di siffatto danno, intesa in senso soggettivo - ossia il diritto è esercitato con l'intenzione di arrecare pregiudizio o senza una finalità seria e

---

<sup>41</sup> S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 3 e M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 28.

<sup>42</sup> E', infatti, nell'ambito della buona fede che vengono ricondotti istituti di creazione giurisprudenziale tra cui la già menzionata *Verwirkung*. In tal senso v. in particolare P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 272. Il pensiero dell'Autore è richiamato da M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, cit., 58, in nota 45.

<sup>43</sup> Il testo dell'art. 7 del *Titulo Preliminar* del Codice civile spagnolo prevede che: “La legge non protegge l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso. Qualsiasi atto od omissione che, per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze di realizzazione, superi manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento e all'adozione di misure giudiziali o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso”. La traduzione è tratta da M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, 37.



legittima - o in senso oggettivo - ossia il danno è conseguenza di un eccesso o da un'anormalità nell'esercizio del diritto<sup>44</sup>.

Si presuppone, in particolare, una struttura normativa a due livelli in base alla quale le azioni abusive sono azioni *prima facie* consentite ma che risultano vietate sulla base di una valutazione complessiva. La restrizione dell'applicabilità della regola permissiva – che autorizza la condotta - deriva dai principi che delimitano l'ambito giustificativo della regola stessa: la regola è, dunque, sovra-inclusiva poiché rientrano in essa ipotesi che non dovrebbero essere comprese<sup>45</sup>.

Si è affermato che l'abuso del diritto rappresenta un meccanismo di auto-correzione del diritto, ossia di correzione dell'ambito di applicazione delle regole giuridiche permissive, il cui destinatario è il titolare di un diritto soggettivo in quanto tale, nel caso in cui l'applicabilità delle stesse viene estesa a ipotesi in cui l'applicazione appare ingiustificata in base ai principi giuridici che delimitano l'ambito delle regole<sup>46</sup>.

Altra dottrina – pur configurando l'abuso del diritto alla stregua di una struttura normativa a due livelli – ritiene che l'abuso del diritto non costituisce un meccanismo di auto-correzione del diritto ma uno strumento di etero-correzione dello stesso da parte della moralità: l'abuso del diritto opererebbe nel caso in cui si realizzi un contrasto tra l'autorizzazione giuridica delle azioni in determinate circostanze e la convinzione morale della collettività che queste azioni dovrebbero essere giuridicamente proibite, ricorrendo quelle circostanze<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup>M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici*, cit., 42 ss..

<sup>45</sup>M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici*, cit., 61.

<sup>46</sup>V. ancora M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici*, cit., 61.

<sup>47</sup> Con riferimento alla considerazione dell'abuso del diritto come strumento di etero-correzione v. M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici*, cit., 62; gli Autori citati richiamano L. RODRIGUEZ ARIAS, *El abuso de derecho*, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa – America, 1971, 132, J. M. MARTIN BERNAL, *El abuso de derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982, 143 e L. A. WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo – Pierrrot, 1969, 56 ss..



Tuttavia, considerando l'abuso come contrasto tra la normatività giuridica e la convinzione morale collettiva appare difficile verificare la correttezza delle decisioni giudiziali in quanto esse potrebbero essere basate sopra ragionamenti non limitati alle ragioni del diritto<sup>48</sup>.

Si è, però, dubitato della possibilità di parlare di sovra-inclusività con riferimento alle regole permissive<sup>49</sup>. Non è sembrato chiaro perché una condotta, emanazione di un potere conferito al soggetto da parte dell'ordinamento, dovrebbe risultare vietata solo in quanto caratterizzata dall'*animus nocendi* o in quanto produttiva di un danno eccessivo o anormale che tuttavia non lede un interesse giuridicamente tutelato; la trasformazione del permesso in divieto supporrebbe che l'esercizio di un diritto sia sottoposto alla verifica di congruità ad un fine e ciò sarebbe incompatibile con il fatto che l'attribuzione di un diritto è correlata ad una sfera di libertà qualificata, dentro la quale l'*Inhaber* può agire liberamente finché non incontrerà un limite posto dal diritto. Nell'ipotesi dell'abuso del diritto si sarebbe in presenza di uno "scardinamento della regola da bilanciamento piuttosto che da sovra – inclusività"<sup>50</sup>; un limite alle condotte è costituito dal valore della solidarietà, spesso operante nei rapporti tra privati attraverso la clausola generale di buona fede da cui deriva il divieto di condotte arbitrarie.

d) *Ordinamento inglese.*

Nei sistemi di *common law*, in generale, non è riscontrabile una configurazione autonoma della figura dell'abuso del diritto.

In particolare, la giurisprudenza tradizionale ha affermato che l'esercizio di un diritto non può divenire illecito per i motivi che lo ispirano, nonostante questi siano emulativi o riprovevoli<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici*, cit., 63

<sup>49</sup> In tal senso v. L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, in *Europ. d. priv.*, 2005, 1030 ss..

<sup>50</sup> L. NIVARRA, *Un dibattito palermitano su illeciti atipici*, cit., 1032.

<sup>51</sup> Per un'analisi della giurisprudenza inglese v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 46 ss..



La mancata rilevanza dell'abuso del diritto è collegata anche alla circostanza che nell'ordinamento anglosassone – contrario ad ogni concettualizzazione - non è rinvenibile una nozione generale della buona fede<sup>52</sup>: ciò soprattutto per la possibile vaghezza nell'utilizzazione di tale principio da parte della giurisprudenza<sup>53</sup>. Si riscontra ostilità nei confronti della possibilità accordata al giudice di modificare il contenuto del contratto, incidendo sulla volontà delle parti<sup>54</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina britannica sostiene che, in realtà, sono riscontrabili applicazioni dei principi che sono ricondotti nei Paesi di *civil law* ai concetti di abuso del diritto e buona fede. In particolare, per quanto riguarda il diritto di proprietà ed altri diritti reali, gli atti di esercizio che in questi ultimi ordinamenti sono considerati espressione di abuso – come gli atti emulativi o l'esercizio anormale del diritto – nel diritto anglosassone rientrano nella figura del c.d. *tort of nuisance*<sup>55</sup>. In particolare, la *nuisance* indica qualsiasi interferenza pregiudizievole nell'ambito delle situazioni di appartenenza altrui<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Si ritiene che le parti hanno la possibilità di esercitare i diritti nascenti dal contratto spinti da qualsiasi motivo senza limiti derivanti dal principio di buona fede, M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 46 ss. V. a tal proposito M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 47 in cui è richiamata tra le altre sentenze *James Spencer & Co. Ltd v. Tame Valley Padding Co. Ltd (Court of Appeal*, 8 aprile 1998). V. anche F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura del credito e abuso del diritto*, cit., 1122.

<sup>53</sup> V. A. DE VITA, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 267 e F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, cit., 156.

<sup>54</sup> Così F. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, cit., 156 il quale evidenzia che nel diritto anglosassone è accordato molta rilevanza all'affidamento che ognuna delle parti ha sulle dichiarazioni negoziali incompatibile con l'ingrasso in via ermeneutica di istanze riequilibratrici degli assetti di interessi delineati dalle parti e conformati in base ad un'interpretazione secondo ragionevolezza.

<sup>55</sup> Con il termine *nuisance* si intende “qualsiasi illecito che interferisca con l'uso o godimento di beni immobili in danno dell'avente diritto, ovvero nuoccia alla di lui salute”: la definizione è tratta da F. DE FRANCHIS, *Law dictionary*, Milano, 1984, 1064. V. tra gli altri B. NAPIER, *Abuse of Rights in British Law*, in M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Inchieste di diritto comparato*, VII, Padova, 1979, 267 ss.. V. ancora M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 47. In particolare, relativamente agli ordinamenti di *common law* si è ritenuto che non ricorre necessità di trovare un fondamento di regole che trarsi agevolmente dallo





3. Dopo il confronto con gli ordinamenti europei indicati – prima di soffermarsi sui rimedi esperibili in caso di esercizio abusivo del diritto – sembra utile verificare la portata della nozione in ambito comunitario, giusta la supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto interno.

La dottrina comunitaria ha configurato l'abuso del diritto come strumento di controllo sull'esercizio dei diritti soggettivi. In particolare, è stata posta attenzione alle forme di controllo sull'esercizio delle prerogative individuali a carattere giudiziale<sup>57</sup>.

L'utilizzazione di rimedi sanzionatori in tema di comportamenti abusivi riguarda il profilo di applicazione uniforme delle disposizioni comunitarie al fine di salvaguardare la certezza del diritto e la prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali anche nell'ordinamento giuridico comunitario<sup>58</sup>.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee – oggi, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dell'Unione Europea - si è pronunciata in materia ed ha ritenuto che il diritto comunitario non impedisce ai giudici nazionali di applicare una disposizione di diritto interno che permetta loro di valutare se un diritto, riconosciuto da una norma comunitaria, venga esercitato abusivamente<sup>59</sup>.

---

strumentario con cui si è soliti operare, in tal senso A. GAMBARO, *Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero*, cit., 2.

<sup>56</sup> In tal senso v. S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, 293, che, tra l'altro, mette in evidenza che con il divieto dell'abuso del diritto si mira a scongiurare i rischi derivanti dal formalismo giuridico che negli ordinamenti di *common law* assumono minore rilevanza.

<sup>57</sup> v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, cit., 21 ss. il quale si sofferma sull'elaborazione della figura dell'abuso del diritto in ambito comunitario, in particolare ponendo l'attenzione sulle maggiori problematiche quali l'individuazione dei criteri di valutazione dell'antigiuridicità del comportamento, il livello di accertamento, le possibilità di prevenzione del fenomeno e le conseguenze giuridiche dello stesso.

<sup>58</sup> In tal senso M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, cit., 69 ss..

<sup>59</sup> Corte di Giustizia CE 12 maggio 1998, C 367/96; Corte di Giustizia CE 23 marzo 2000, C 373/97.



Occorre verificare in base a quali criteri la Corte di Giustizia ha considerato ammissibile un giudizio di congruità sull'esercizio di diritti soggettivi di origine comunitaria.

E' stato ritenuto abusivo il comportamento di un azionista che agisce per ottenere, in danno della società, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo della normativa comunitaria<sup>60</sup>. La Corte individua, dunque, l'abuso del diritto attraverso il criterio c.d. teleologico o funzionale basato sulla verifica di una deviazione dell'atto di esercizio del diritto dalla finalità per cui il diritto è stato riconosciuto dalla norma<sup>61</sup>. La negazione di tutela è correlata alla ricorrenza di una peculiare finalità nella condotta dell'interessato, estranea allo scopo della norma ma non è apparso chiaro se il riferimento ad una specifica finalità dell'azione ed il richiamo al danno comportino la necessità di un'intenzione di nuocere<sup>62</sup>.

In altre occasioni la Corte di Giustizia ha specificato i criteri da impiegare per la determinazione dell'abuso. In particolare, essa ha ritenuto ammissibile qualificare abusivo il comportamento degli azionisti, che tra i rimedi giuridici disponibili al fine di reagire ad una situazione determinata dalla violazione dell'art. 25 della seconda direttiva, avevano optato per quello "produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato". La Corte adotta in tale occasione una tecnica valutativa basata su un giudizio di proporzionalità degli interessi coinvolti dall'atto di esercizio del diritto: è considerato abusivo il comportamento – astrattamente riconducibile all'esercizio di un diritto – che arrechi pregiudizio agli interessi altrui "manifestamente sproporzionato" rispetto all'interesse perseguito dal titolare della situazione giuridica soggettiva<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Corte di Giustizia CE 12 maggio 1998, C 367/96; v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 226 ss..

<sup>61</sup> Per tali considerazioni v. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 229.

<sup>62</sup> Così M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 228 il quale ritiene di escludere la circoscrizione della rilevanza del divieto di abuso del diritto agli atti emulativi, infatti anche ritenendo che la Corte di Giustizia abbia considerato necessari alla sussistenza dell'intenzione di cagionare danno non ha richiesto che tale intenzione sia la finalità esclusiva della condotta degli azionisti.

<sup>63</sup> Corte di Giustizia CE 23 marzo 2000, C 373/97 secondo cui "Il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto interno che consenta loro di valutare se un diritto riconosciuto da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo. Nell'ambito di tale valutazione non può essere



L'abuso del diritto trova ormai un espresso riconoscimento legislativo nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati.

L'articolo menzionato è rubricato "Divieto dell'abuso del diritto" e prevede che "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 e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta". Si vuole, dunque, scongiurare un'applicazione impropria dei diritti e delle libertà<sup>64</sup>.

Dall'analisi dei lavori preparatori si evince che nella versione originaria dell'art. 54 mancava una parte della disposizione confluita in sede definitiva nella Carta di Nizza, in particolare: "o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla

---

tuttavia contestato ad un azionista, che si avvalga del disposto dell'art. 25, n. 1, seconda dir. Consiglio, 13 dicembre 1976, n. 77/91/Cee, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'art. 48, comma 2, Ce (già art. 58 trattato Ce), per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della s.p.a., nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, di avere esercitato abusivamente il diritto attribuitogli da tale norma in base al rilievo che si tratti di un azionista di minoranza, che abbia beneficiato del risarcimento della società assoggettata ad un regime di risanamento, che non si sia avvalso del proprio diritto di prelazione, che figurasse tra gli azionisti che avevano chiesto l'assoggettamento della società al regime applicabile alle società in situazione di grave dissesto o che abbia lasciato trascorrere un determinato lasso di tempo prima della proposizione dell'azione giudiziaria. Per contro, il diritto comunitario non osta a che i detti giudici applichino la detta disposizione del diritto interno nel caso in cui un azionista abbia optato, tra i rimedi giuridici disponibili per reagire ad una situazione determinata dalla violazione della direttiva, per quello produttivo di un danno talmente grave ai legittimi interessi altrui da risultare manifestamente sproporzionato".

La Corte di Giustizia CE si è recentemente pronunciata sul tema dell'abuso del diritto in materia fiscale: nella sentenza 21 febbraio 2006, C-255/02 ha ritenuto che perché si configuri l'ipotesi di abuso, ai fini I.V.A, il contratto deve essere stato stipulato con il fine di contrastare lo spirito delle norme comunitarie e la forma usata deve avere "essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"; dall'altro lato la stessa Corte ha usato una diversa espressione nella sentenza della causa C-223/03 - pronunciata nella medesima data della precedente - in cui afferma l'esistenza di abuso nel caso in cui siano state poste in essere operazioni "al solo scopo di realizzare un vantaggio fiscale, senza altro obiettivo economico".

<sup>64</sup> v. R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Divieto dell'abuso del diritto*, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 367.



presente Carta”<sup>65</sup>. Si è, dunque, ritenuto di ampliare l’ambito di applicazione dell’abuso del diritto.

L’art. 54 citato riproduce il contenuto dell’art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)<sup>66</sup>, il cui precedente normativo è costituito dall’art. 18 della legge fondamentale tedesca del 23 maggio del 1949<sup>67</sup>.

Dall’analisi letterale delle disposizioni si evince che l’art. 18 – a differenza della disposizione della CEDU – contiene un’elencazione tassativa dei diritti; la necessità di circoscrivere l’ambito di applicazione è dovuta principalmente alla previsione della perdita del diritto in caso di abuso<sup>68</sup>.

L’art. 17 della CEDU e l’art. 54 della Carta di Nizza, invece, sono considerati norme sull’interpretazione e ciò sarebbe confermato dalla mancata previsione della perdita del diritto in caso di esercizio abusivo<sup>69</sup>.

La costante giurisprudenza della Comunità europea contrasta l’esercizio abusivo e fraudolento del diritto comunitario e ritiene che il diritto comunitario non preclude ai

---

<sup>65</sup> A. SONCINI, *Divieto dell’abuso del diritto*, in M. PANEBIANCO (diretto da), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2001, 509.

<sup>66</sup> Secondo il disposto normativo dell’art. 17 CEDU: “Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione”.

<sup>67</sup> L’art. 18 della legge fondamentale tedesca del 23 maggio del 1949 prevede che: “chi abusa della libertà di espressione del pensiero, in particolare della libertà di stampa (art. 5, comma 1), della libertà di insegnamento (art. 5, comma 3), della libertà di riunione (art. 8), della libertà di associazione (art. 9), del segreto epistolare, postale e delle telecomunicazioni (art. 10), del diritto di proprietà (art. 14) o del diritto di asilo (art. 16°), per combattere l’ordinamento fondamentale democratico e liberale, perde questi diritti. La perdita e la misura della medesima sono pronunziate dal Tribunale Costituzionale Federale”. Il testo dell’articolo così tradotto è tratto da R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Divieto dell’abuso del diritto*, cit., 368.

<sup>68</sup> R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Divieto dell’abuso del diritto*, cit., 369.

<sup>69</sup> R. BIFULCO – A. CELOTTO, *Divieto dell’abuso del diritto*, cit., 369 ss..



giudici nazionali di applicare una disposizione del diritto nazionale al fine di verificare se l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma comunitaria sia abusivo<sup>70</sup>.

4. Delineati i tratti caratterizzanti l'abuso del diritto, occorre individuare i rimedi esperibili da parte di chi subisce l'esercizio abusivo del diritto.

L'indagine è relativa alle ipotesi in cui l'abuso attiene ad un rapporto negoziale: al di fuori di questi casi, il rimedio tipico è quello risarcitorio, ai sensi dell'art. 2043 c.c., sempre che sussistano i requisiti richiesti da tale disposizione poiché l'abuso non è condizione sufficiente a far sorgere l'obbligo di risarcire i danni<sup>71</sup>.

Nell'ipotesi in cui il diritto sia esercitato abusivamente nell'ambito di un rapporto negoziale assume rilievo - nell'individuazione degli strumenti di tutela - il rapporto intercorrente tra il divieto dell'abuso del diritto ed il principio di buona fede.

Appare, dunque, interessante verificare la portata del principio di buona fede anche perché la Corte di Cassazione - come già evidenziato in precedenza - ha ritenuto che l'abuso del diritto è criterio rivelatore della violazione del principio di buona fede oggettiva<sup>72</sup>.

La clausola generale di buona fede ha assunto nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale un'importanza sempre crescente: si è assistito alla trasformazione della buona fede da criterio per la valutazione delle condotte a strumento di integrazione degli obblighi nascenti dal contratto in capo alle parti attraverso l'individuazione di ulteriori condotte<sup>73</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria la buona fede costituirebbe una fonte di obblighi ulteriori rispetto all'obbligo di prestazione, che si porrebbero in posizione ancillare rispetto

---

<sup>70</sup> Tra le altre, Corte di Giustizia CE 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas e.a. c. Elliniko Dimosio e Dimosio et Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon* richiamata da A. SONCINI, *Divieto dell'abuso del diritto*, cit., 509 ss..

<sup>71</sup> F. CARINGELLA, *Studi di Diritto civile*, II, Milano, 2005, 1984.

<sup>72</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 cit.

<sup>73</sup> F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, II, *Le obbligazioni*, Milano, 2006, 79 ss..



a quest'ultimo e assicurerebbero la realizzazione dell'assetto di interessi prospettato dalle parti<sup>74</sup>.

La buona fede, in particolare, obbliga le parti a comportarsi in maniera tale da salvaguardare il ragionevole interesse della controparte contrattuale, qualora ciò non determini a suo carico un apprezzabile ed ingiusto sacrificio<sup>75</sup>.

Altra dottrina ritiene, invece, che gli obblighi ulteriori costituirebbero una superfetazione in quanto sarebbero già inclusi nella prestazione intesa come comportamento esecutivo volto alla realizzazione dell'interesse creditorio<sup>76</sup>.

E' stato evidenziato che la distinzione tra le due concezioni contrapposte riguarda il punto di osservazione scelto per indagare l'oggetto<sup>77</sup>: coloro che ritengono che la buona fede svolga una funzione integrativa pongono attenzione all'incidenza sulla struttura del rapporto obbligatorio; coloro che, invece, ritengono che la buona fede svolga una funzione correttiva hanno come punto di riferimento l'attuazione del rapporto<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Tra gli altri v. L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"* (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 111 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 501 ss.; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 109 ss..

<sup>75</sup> In tal senso V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 497 ss.; v. Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 1, secondo cui "La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico".

<sup>76</sup> v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu- Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, 12 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 172 ss.; con riferimento all'esposizione delle due tesi relative alla funzione svolta dalla buona fede v. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 148 ss.. In particolare si è ritenuto che la buona fede e la correttezza assumerebbero rilevanza nell'ambito dell'attuazione del rapporto: il giudice dovrebbe valutare il comportamento delle parti con un criterio elastico mediante il quale assegnare rilevanza alle esigenze del caso concreto.

<sup>77</sup> C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 152 ss..

<sup>78</sup> In particolare quest'ultima dottrina ha puntualizzato che ritenere la buona fede fonte di obblighi integratori della disciplina del diritto impedirebbe la configurazione dell'abuso: l'atto ritenuto abusivo contravverrebbe ad



La Corte di Cassazione, intervenendo sul rapporto tra abuso del diritto e buona fede, ha affermato la configurabilità della figura dell'abuso del diritto in tutte le ipotesi in cui siano tenute condotte contrarie al principio di buona fede oggettiva e di correttezza<sup>79</sup>.

Tale orientamento è stato sostenuto in origine in una sentenza della Suprema Corte degli anni Sessanta in cui la disposizione concernente la buona fede è stata considerata idonea a reprimere l'abuso del diritto soggettivo<sup>80</sup>.

Negli anni successivi la giurisprudenza di legittimità, in varie pronunce, ha adottato soluzioni non del tutto conformi: talvolta è stata riconosciuta una tutela limitata in caso di lesione di un diritto soggettivo tutelato da una norma giuridica, non avallando l'orientamento che affermava l'applicazione in linea generale del principio di correttezza<sup>81</sup>; mentre in altre occasioni la Suprema Corte ha riconosciuto una valenza ampia al principio di buona fede, costituendo uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni<sup>82</sup>, come il percorso evolutivo giurisprudenziale in materia sembra confermare<sup>83</sup>.

---

un obbligo e sarebbe illecito, configurando così non un abuso del diritto ma un eccesso dal diritto. v. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 153 ss..

<sup>79</sup> Si ritiene ormai che buona fede e correttezza designano la medesima *regula juris* in quanto è stato superato ogni tentativo volto alla loro distinzione. Si segnala, comunque, il pensiero di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 68 ss., secondo cui gli obblighi nascenti dalla correttezza avrebbero contenuto negativo – in quanto doveri di protezione della sfera giuridica altrui – mentre gli obblighi nascenti da buona fede avrebbero carattere positivo – in quanto doveri di cooperare nell'interesse altrui.

<sup>80</sup> Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256 con commento di P. RESCIGNO; con riferimento al rapporto intercorrente tra l'abuso del diritto e la buona fede v. M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, cit., 61 ss. la quale analizza gli orientamenti giurisprudenziali in materia di abuso del diritto.

<sup>81</sup> Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, I, 1283 secondo cui “il dovere generico di lealtà e correttezza è bensì preso in considerazione nel vigente ordinamento giuridico, specialmente in materia di contratti, ma la violazione di tale dovere, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento (.....) un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme”.

<sup>82</sup> Cass., 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, 524 secondo cui la buona fede “forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque,



L'art. 1375 prevede, che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, intesa in senso oggettivo o correttezza, ossia regola di comportamento a cui devono attenersi le parti del contratto nonché, più in generale, i soggetti di ogni rapporto obbligatorio<sup>84</sup>.

La buona fede - anche se riferita al momento esecutivo - mantiene la funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a individuare il comportamento dovuto. Tuttavia, essa impone una condotta non prestabilita, diversa in relazione alle circostanze concrete di attuazione del rapporto<sup>85</sup>.

Nella fase di esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a tutte le parti di agire in maniera da tutelare gli interessi dell'altra, prescindendo da obblighi contrattuali determinati e dal dovere generale del *neminem laedere*; il principio di solidarietà trova, però, un limite nell'interesse proprio del soggetto, che è tenuto - secondo buona fede - a compiere quegli

---

improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede”.

<sup>83</sup> Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. giur.*, 1991, 789: nella specie, in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione dei giudici del merito, che avevano considerato non conforme a buona fede la mancata cooperazione del promittente venditore in favore del promessario acquirente al fine di far conseguire a quest'ultimo un mutuo per il pagamento del prezzo.

Nel sistema codicistico dei contratti i richiami alla buona fede riguardano le diverse fasi della sequenza contrattuale: innanzitutto le parti devono comportarsi secondo buona fede fin nella fase delle trattative (ex art. 1337 c. c.).

Proprio la previsione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante le trattative si collega alla diversa tematica dell'abuso della libertà contrattuale. Le parti durante la trattativa devono, infatti, esercitare la libertà contrattuale senza ledere le ragioni della controparte. In questa fase non sono individuabili diritti in capo alle parti suscettibili di essere abusati – come, invece, accade nella fase di esecuzione del contratto; ma le parti non devono abusare dell'eventuale posizione di fatto predominante rispetto alla controparte, in quanto questo si tradurrebbe in un esercizio abusivo della libertà contrattuale. La buona fede costituisce, inoltre, criterio di interpretazione del contratto ex art. 1366 c.c..

<sup>84</sup> Sulla base dell'art. 1375 c.c. è, inoltre, teorizzata la c.d. *exceptio doli generalis*, che opera come diniego di effetti all'esercizio del diritto.

<sup>85</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 502.





atti necessari al fine di salvaguardare l'utilità dell'altra parte, ma nella misura in cui siano atti che non determinano un apprezzabile sacrificio a suo carico<sup>86</sup>.

Recentemente la Corte di Cassazione ha affermato che i principi di buona fede oggettiva e di divieto dell'abuso del diritto si integrano a vicenda: la buona fede rappresenta un canone generale cui riferire i comportamenti delle parti, anche di un rapporto privatistico

---

<sup>86</sup> V. ancora C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 505. Alla luce di questi principi la Suprema Corte, in una vicenda giurisprudenziale relativa ad un contratto di concessione di sorgenti di acqua minerale, ha condannato l'atteggiamento fraudolento di una società, concessionaria della gestione delle sorgenti di acqua minerale in cambio del pagamento di un canone proporzionato al prezzo delle singole bottiglie, prezzo la cui determinazione era rimessa alla stessa società concessionaria; quest'ultima aveva tentato di eludere il vincolo cedendo al prezzo stabilito le bottiglie ad una società controllata che, libera da ogni vincolo, rideterminava il prezzo evitando l'aggravio del canone concessorio, nonostante la sopravvenuta svalutazione monetaria (Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, 566 con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*). La Corte ha evidenziato che sebbene alla società concessionaria fosse stata attribuita "piena libertà" nella determinazione del prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non avrebbe potuto, comunque, considerarsi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza che rappresenta un limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, attribuita in via contrattuale, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, in modo da non pregiudicare la giustizia sostanziale e non disattendere il dovere di solidarietà, nel rispetto del principio secondo cui ogni contraente è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, qualora ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio interesse. Ne discende che la clausola con cui si attribuisce al concessionario "la piena libertà" di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consentendogli di bloccare tale prezzo malgrado la svalutazione monetaria, così impedendo l'adeguamento del canone correlato, si pone in contrasto con il principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, in via integrativa, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone l'interpretazione e l'esecuzione.

Parte della dottrina ha posto in evidenza che nel caso prospettato il problema non consisteva nel decidere se la buona fede può rappresentare un limite alla discrezionalità del concessionario nell'individuazione del prezzo di vendita delle bottiglie ma la questione controversa era chiarire se la clausola del contratto che commisurava il canone al prezzo di vendita dell'acqua potesse essere applicata in un contesto differente rispetto a quello prospettato dalle parti e, in particolare, caratterizzato dalla vendita dell'acqua ad una società controllata dal concessionario (C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 166 ss.). Il prezzo di vendita previsto dal concessionario non era più il termine di riferimento a cui le parti avevano concordato di legare il canone, considerandolo punto di temperamento degli interessi coinvolti. Il comportamento del concessionario rappresentava inadempimento in base al principio di buona fede da cui deriva il divieto di arrecare pregiudizio alle utilità che il contratto conferiva all'altro contraente. La buona fede mira, dunque, a garantire l'aderenza del rapporto, nel suo svolgimento, agli interessi programmati e a governare l'incidenza di elementi estranei alle pattuizioni delle parti (V. ancora C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 167 ss.).



e l'abuso richiama la necessità di correlare i poteri conferiti con lo scopo per cui essi sono attribuiti<sup>87</sup>.

L'assimilazione del divieto dell'abuso del diritto rilevante in ambito contrattuale alla buona fede comporta che la tutela del soggetto nei cui confronti il diritto è esercitato abusivamente è soltanto risarcitoria.

L'opinione dottrinale prevalente, avallata recentemente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ritiene, infatti, che ci sia una distinzione tra regole di validità – la cui violazione può determinare la nullità del contratto – e regole di comportamento – la cui

---

<sup>87</sup> Cass. 18 settembre 2009, 20106. La tematica assume rilievo anche in tema di frazionamento abusivo del diritto di credito. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha rimeditato la soluzione accolta in precedenza alla luce sia di una maggiore valorizzazione della regola di correttezza e buona fede, specificativa nell'ambito del rapporto obbligatorio degli "inderogabili doveri di solidarietà", il cui adempimento è previsto dall'art. 2 della Costituzione, sia del canone del "giusto processo" (di cui all'art. 111 Cost.) che impone una lettura "adeguata" della normativa di riferimento per un suo allineamento alla "ragionevolezza della durata" del procedimento e della "giustizia" del "processo"; "giusto" non potrebbe essere nel caso in cui sia frutto di abuso del processo, in seguito all'esercizio dell'azione in forme eccedenti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che rappresenta il limite della *potestas agendi*. I giudici di legittimità hanno evidenziato che con riferimento al primo profilo assume rilevanza la costituzionalizzazione del canone di buona fede oggettiva e correttezza, in quanto si pone in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost., che conferisce a quella clausola generale forza normativa e ricchezza di contenuti, cosicché il rapporto obbligatorio risulta volto anche alla tutela dell'interesse della controparte. Il criterio di buona fede rappresenta uno strumento, per il giudice, idoneo a controllare lo statuto negoziale, per garantire il giusto equilibrio degli opposti interessi; tale originario equilibrio del rapporto obbligatorio deve essere mantenuto in ogni successiva fase, anche giudiziale e non è possibile che venga alterato con pregiudizio del debitore per iniziativa del creditore. Ciò si verificherebbe in caso di parcellizzazione giudiziale dell'adempimento del credito, che incide, in senso sfavorevole sul debitore sia per l'allungamento del vincolo che dovrebbe subire al fine di liberarsi dell'intera obbligazione, ove il credito sia azionato nei suoi riguardi inizialmente soltanto *pro quota* con riserva di azione per il residuo, sia per l'aggravio di spese e per l'onere di numerose opposizioni cui il debitore dovrebbe sottostare. Anche se il frazionamento del credito non rispondesse ad un interesse emulativo del creditore, la scissione del contenuto della obbligazione ad opera del creditore, per la propria utilità con aggravamento della posizione del suo debitore, sarebbe comunque lesiva del principio di buona fede. La Suprema Corte ha espressamente previsto che "oltre a violare, per quanto sin qui detto, il generale dovere di correttezza e buona fede, la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pur nella fase patologica della coazione all'adempimento), in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve automaticamente anche in abuso dello stesso". Così Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726 in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 784 ss..



violazione può comportare responsabilità con obbligo di risarcimento dei danni<sup>88</sup>. Il principio di buona fede è considerato il “prototipo” delle regole di comportamento e la sua violazione determina responsabilità contrattuale o precontrattuale ed eventualmente la risoluzione del contratto<sup>89</sup>: 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<sup>90</sup>. Tali considerazioni non sono smentite dall’evoluzione legislativa che talora ha previsto la violazione della buona fede come regola di validità poiché dalle norme speciali non è possibile trarre un principio generale<sup>91</sup>. La violazione del principio di buona fede non potrebbe, dunque, determinare la nullità del contratto<sup>92</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina soffermandosi sui rapporti intercorrenti tra la buona fede e l’abuso del diritto ha ritenuto che non si tratta di concetti coincidenti<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 495; Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento v. A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486; F. CARINGELLA-G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 92. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (23 ottobre – 19 dicembre 2007, n. 26724) in tema di 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.”; si ritiene che la violazione della buona fede non dà luogo a nullità.

<sup>89</sup> G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 105.

<sup>90</sup> Così Cass. 23 ottobre – 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr.giur.*, 2008, 223 ss..

<sup>91</sup> G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 105.

<sup>92</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 495.

<sup>93</sup> In particolare, v. G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 22.



In particolare, applicando la teoria dell'abuso del diritto si realizza un controllo causale dell'atto con cui è esercitato il diritto; si vuole evitare che l'atto di esercizio possa essere compiuto al fine di conseguire uno scopo diverso rispetto a quello tutelato dall'ordinamento. In caso di abuso del diritto sussistono i presupposti a cui l'ordinamento collega il sorgere e l'esercizio del diritto ed il titolare è legittimato ad ottenere le utilità che il conferimento del diritto gli garantisce ma il soggetto esercita il potere al fine di conseguire altre e diverse utilità<sup>94</sup>.

Attraverso il principio di buona fede, invece, si compie un controllo modale, vengono censurate le modalità con cui il diritto è esercitato e che inducono a ritenere sleale la condotta del contraente: si tratta di un controllo esclusivamente "procedurale" che non può comportare un sindacato sui motivi o sullo scopo per cui il diritto è esercitato<sup>95</sup>.

Il riconoscimento dell'autonomia del divieto dell'abuso del diritto – rispetto al principio di buona fede – consente al soggetto nei cui confronti è perpetrato l'abuso di ottenere una tutela reale attraverso rimedi differenti dal risarcimento del danno<sup>96</sup>.

5. La categoria dell'abuso del diritto sarebbe maggiormente giustificata se consentisse al soggetto nei cui confronti il diritto viene esercitato abusivamente di ottenere una tutela reale. Occorre, dunque, verificare se – al di là della tutela risarcitoria – sia possibile neutralizzare l'esercizio abusivo del diritto con strumenti di tutela idonei a ripristinare nei confronti della vittima dell'abuso la situazione antecedente alla condotta abusiva.

La tutela reale può realizzarsi attraverso mezzi di tutela volti ad impedire in via preventiva l'esercizio abusivo del diritto o a reagire in maniera specifica ad esso<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 19 ss..

<sup>95</sup> V. ancora G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 22 ss..

<sup>96</sup> G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 23.

<sup>97</sup> In tal senso U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 30 ss., il quale evidenzia che fin dalle sue origini lo studio dell'abuso del diritto è stato legato alla verifica dei presupposti fondanti l'obbligo risarcitorio nella responsabilità extracontrattuale.



In ordine ai mezzi di tutela azionabili in via preventiva, parte della dottrina – dopo aver evidenziato che in Italia si è stati tradizionalmente ostili all'utilizzo della tutela inibitoria, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge - ha richiamato l'esperienza francese, ove si è ritenuto che il giudice può rifiutarsi di applicare una clausola del contratto poco chiara e precisa, qualora sussistano gli estremi “*d'un abus de nature à la priver d'effet*”<sup>98</sup>.

Relativamente alla tutela successiva diversa da quella risarcitoria, uno strumento con cui è possibile realizzare una tutela reale è l'*exceptio doli generalis* che attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione, astrattamente fondata ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico<sup>99</sup>. Relativamente all'analisi di tale rimedio si rinvia al paragrafo seguente.

Nell'ambito dei rimedi successivi si richiamano anche alcune disposizioni peculiari del Codice civile tra cui l'art. 1438, che prevede la minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto, qualora sia volta a conseguire vantaggi ingiusti<sup>100</sup>.

Parte della dottrina ha evidenziato che anche la violazione del dovere di buona fede può, talora, determinare conseguenze diverse dal risarcimento del danno, costituenti un'esecuzione in forma specifica del dovere di comportarsi secondo buona fede<sup>101</sup>: si può pronunciare, per esempio, la risoluzione del contratto per inadempimento qualora la violazione della buona fede sia grave ed è possibile rigettare la domanda di rientro delle somme che sono state anticipate al cliente nel caso in cui il recesso della banca sia stato arbitrario.

---

<sup>98</sup> V. ancora U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 32 ss, il quale richiama Cass., 6 dicembre 1989, in *Daloz*, 1990, 289.

<sup>99</sup> F. CARINGELLA –G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 88; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, Padova, 2005, 429.

<sup>100</sup> U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, cit., 34 ss..

<sup>101</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 1999, 560.



Un'espressa previsione di esecuzione forzata in forma specifica del dovere di buona fede è contenuta nell'art. 1359 c.c., secondo il cui disposto normativo si considera avverata la condizione che non si è verificata per una causa imputabile a colui che aveva un interesse contrario al suo avveramento: in tal caso la violazione della buona fede determina l'efficacia del contratto nonostante la condizione sospensiva a cui era subordinato non si sia verificata<sup>102</sup>.

Per quanto riguarda la buona fede si evidenzia che parte della dottrina – diversamente dall'orientamento descritto nel precedente paragrafo - ritiene che tale clausola generale costituirebbe una regola la cui violazione inciderebbe sulla validità del contratto<sup>103</sup>. In particolare, è apparso discutibile continuare a ritenere che la violazione del principio di buona fede possa dar luogo soltanto ad un giudizio di responsabilità, soprattutto alla luce del diritto europeo dei contratti per il rilievo in esso attribuito alla buona fede<sup>104</sup>. La questione problematica è, però, verificare se la nullità del contratto o di singole clausole possa derivare, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, dalla mera violazione del principio di buona fede<sup>105</sup>. Occorre a tal fine considerare l'assetto di interessi in gioco e verificare se la violazione della buona fede ad opera di una parte abbia condizionato la conformazione o l'efficacia del regolamento contrattuale, con pregiudizio della controparte: in tal caso dovrebbe operare la nullità poiché non sarebbe adeguato un mero giudizio di responsabilità<sup>106</sup>.

Avallando tale orientamento ed assimilando l'abuso del diritto alla buona fede potrebbe ritenersi che l'esercizio abusivo del diritto possa essere sanzionato attraverso il rimedio della nullità.

---

<sup>102</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 560 ss..

<sup>103</sup> F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, I, (*Diritto civile*), in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1991, 7 ss.; F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 93 ss..

<sup>104</sup> V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 853 ss..

<sup>105</sup> V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, 854; V. GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 423.

<sup>106</sup> V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, 855 ss.



La predisposizione di differenti reazioni dell'ordinamento a fronte dell'esercizio abusivo del diritto deriva dalla possibilità di configurare una varietà di ipotesi di abuso del diritto<sup>107</sup>. Ciò si pone in linea con la duttilità e flessibilità del principio di buona fede.

Si è, inoltre, specificato in dottrina che l'abuso del diritto ed i rimedi relativi operano su piani differenti, ossia l'abuso su quello della fattispecie ed il rimedio su quello dell'effetto, derivante dalla lesione dell'interesse tutelato, causato dalla condotta abusiva<sup>108</sup>. Ne consegue che il rimedio esperibile in caso di abuso del diritto è diverso in relazione alla situazione giuridica lesa<sup>109</sup>.

In particolare, si è evidenziato che: 1) in materia di proprietà, in caso di comportamenti emulativi è attribuita una tutela sia inibitoria sia risarcitoria *ex art. 949*, comma 2, c.c.; 2) quando è lesa un interesse giuridicamente rilevante e sussistono gli estremi della responsabilità aquiliana nasce l'obbligo di risarcire il danno; 3) l'usufrutto – nonché l'uso e l'abitazione *ex art. 1026 c.c.* – possono cessare *ex art. 1015 c.c.* per l'abuso del diritto da parte dell'usufruttuario; 4) l'art. 1438 c.c. prevede la minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto qualora sia volta a conseguire vantaggi ingiusti; 5) l'art. 1394 c.c. prevede l'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato, qualora il conflitto fosse conosciuto o conoscibile dal terzo, si realizza in quest'ipotesi uno sviamento di interesse; 6) l'art. 1359 c.c. prevede la finzione di avveramento della condizione del contratto nell'ipotesi in cui questa sia mancata per una causa imputabile alla parte avente interesse contrario al suo avveramento; 7) infine, la simulazione è considerata abuso della libertà negoziale ed anche in tale ipotesi il legislatore

---

<sup>107</sup> Così S. PATTI, *Abuso del diritto*, cit., 7. Si è a titolo esemplificativo messo in evidenza che l'atto emulativo è caratterizzato dall'ingiustizia e può comportare l'obbligo di risarcire il danno; in caso, invece, di abusiva rivendicazione in via giudiziaria di un diritto la tutela si realizza con il rigetto della domanda

<sup>108</sup> Così C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 284, il quale precisa che non è l'abuso in sé ad attribuire i rimedi ma la lesione di un altrui interesse.

<sup>109</sup> v. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 284 ss..



non sanzionerebbe l'abuso in sé ma accorderebbe tutela agli interessi che potrebbero essere pregiudicati dall'accordo simulatorio<sup>110</sup>.

Si tratta di ipotesi eterogenee operanti in ambiti diversi ed espressamente disciplinate dal legislatore con la previsione di uno specifico rimedio per la lesione di una situazione giuridicamente rilevante. In tal caso la categoria dell'abuso del diritto avrebbe un valore meramente classificatorio. Assume, invece, rilevanza verificare se la categoria dell'abuso del diritto possa giustificare l'attribuzione di strumenti di tutela a prescindere da una disposizione normativa in tal senso.

Volgendo lo sguardo agli altri ordinamenti europei si rileva, innanzitutto, che la giurisprudenza tedesca ha talora respinto domande giudiziali utilizzando la categoria dell'abuso del diritto ed applicando la *Vervirtung*, istituto assimilabile all'*exceptio doli* ed elaborato attraverso il richiamo al § 242 del *BGB*<sup>111</sup>.

Come già in precedenza evidenziato la *Vervirtung* sussiste qualora un diritto non sia esercitato o non si reagisca alla sua violazione in un periodo di tempo tale da ingenerare nella controparte un affidamento meritevole di tutela, anche se non è trascorso il termine di prescrizione<sup>112</sup>. Si è ritenuto, in particolare, che tale istituto si collega al divieto del *venire contra factum proprium* e trova applicazione in un rapporto preesistente comportando la perdita del diritto per la violazione dei doveri di buona fede e correttezza<sup>113</sup>.

Sulla stessa linea di queste pronunce si collocano alcune sentenze della giurisprudenza francese con cui è stata disposta la reiezione di azioni basate sopra diritti certi e non prescritti il cui omesso esercizio ha suscitato il debitore a porre in essere una situazione irreversibile<sup>114</sup>. Si è precisato che è necessario che l'azione esperita con malizia e

---

<sup>110</sup> Così v. C. RESTIVO., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., 284 ss..

<sup>111</sup> Relativamente all'esame della giurisprudenza tedesca v. A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., 5.

<sup>112</sup> PATTI S., *Abuso del diritto*, cit., 3 e M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 28; M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, cit., 51 ss..

<sup>113</sup> P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 219 ss.; M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, cit., 51 ss.

<sup>114</sup> V. ancora A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., 5.





slealtà non sia manifestamente infondata ma fondata in astratto perché possa operare la categoria dell'abuso del diritto<sup>115</sup>.

A differenza di quanto avviene in Germania ed in Francia, in Inghilterra si rinviene ostilità verso le clausole generali.

Tuttavia, secondo parte della dottrina britannica sono riscontrabili applicazioni dei principi che sono ricondotti nei Paesi di *civil law* ai concetti di abuso del diritto e buona fede attraverso l'utilizzo della figura del c.d. *tort of nuisance*<sup>116</sup>. La *nuisance*, in particolare, può essere definita come qualsiasi illecito che interferisca con il godimento di beni immobili con pregiudizio dell'avente diritto o che arrechi nocumento alla sua salute e determina l'obbligo di risarcire i danni provocati<sup>117</sup>. Si tratta, dunque, in tal caso di una tutela risarcitoria.

Con specifico riguardo all'ambito comunitario si è messo in rilievo che in caso di abuso del diritto alla Corte di Giustizia non importa tanto sanzionare la condotta quanto ripristinare l'applicazione corretta della disposizione eliminando il vantaggio realizzato attraverso l'abuso<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> V. ancora A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, cit., 5.

<sup>116</sup> Con il termine *nuisance* si intende "qualsiasi illecito che interferisca con l'uso o godimento di beni immobili in danno dell'avente diritto, ovvero nuoccia alla di lui salute", la definizione è tratta da DE FRANCHIS F., *Law dictionary*, Milano, 1984, 1064. V. tra gli altri B. NAPIER, *Abuse of Rights in British Law*, cit., 267 ss. v. ancora M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 47. In particolare, relativamente agli ordinamenti di *common law* si è ritenuto che non ricorre necessità di trovare un fondamento di regole che trarsi agevolmente dallo strumentario con cui si è soliti operare, in tal senso A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, cit., 2.

<sup>117</sup> Per la definizione di *nuisance* v. F. DE FRANCHIS, *Law dictionary*, cit., 1064. v. S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit., 293, che, tra l'altro, mette in evidenza che con il divieto dell'abuso del diritto si mira a scongiurare i rischi derivanti dal formalismo giuridico che negli ordinamenti di *common law* assumono minore rilevanza.

<sup>118</sup> S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit., 304 ss. la quale evidenzia che nelle ipotesi relative ad importazioni di prodotti agricoli viene escluso il diritto a ricevere importi compensativi ad operatori che realizzano triangolazioni commerciali al solo fine di riscuoterli.



Lo Stato può, inoltre, usufruire di altri strumenti di tutela, in particolare potrebbe servirsi di rimedi in via preventiva al fine di impedire la condotta abusiva<sup>119</sup>.

A sostegno di tali affermazioni si invoca l'art. 4 del regolamento comunitario 18 dicembre 1995 n. 2988, previsto a tutela degli interessi finanziari della Comunità, secondo il cui disposto normativo “Gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso”<sup>120</sup>.

Si è evidenziato che la proposta di regolamento presentata dalla Commissione europea definiva le fattispecie oggetto della disciplina comunitaria in maniera più dettagliata; si individuava una nozione generale di “irregolarità” articolata in “frodi” e “abusi della normativa comunitaria” ed ulteriori inosservanze e si consideravano, in particolare, “abusi della regolamentazione” gli atti “commessi nell'intento di ottenere vantaggi indebiti, ponendo in essere una situazione formalmente conforme alle condizioni legali, attraverso operazioni fittizie od artificiose, sprovviste di una motivazione economica pertinente e contrarie alle finalità della normativa di cui trattasi”<sup>121</sup>. Anche se nella stesura definitiva del regolamento manca un riferimento specifico all'abuso del diritto, ad avviso di parte della dottrina il Consiglio, attraverso tale disposizione, delinea una categoria che esprime l'abuso del diritto; ciò sarebbe anche dimostrato dalla circostanza che la Commissione trae da questa norma l'esistenza di un principio generale sull'abuso del diritto<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit., 305.

<sup>120</sup> V. ancora S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit., 305..

<sup>121</sup> M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 142 ss..

<sup>122</sup> M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., 142.



6. Tra i rimedi diversi da quelli risarcitori possibili in caso di abuso del diritto assume particolare rilievo l'*exceptio doli generalis*.

L'*exceptio doli generalis* attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione, astrattamente fondata ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico<sup>123</sup>.

Tale *exceptio* ha rappresentato nel diritto romano lo strumento processuale utilizzato dal pretore al fine di correggere lo *ius civile* e tutelare interessi e rapporti che apparivano irrilevanti o in contrasto con lo stesso *ius civile*<sup>124</sup>.

Nel diritto moderno l'*exceptio doli* si collega alla problematica dei limiti sussistenti nell'esercizio di diritti soggettivi ed è volta alla realizzazione di un adeguamento continuo del diritto alla realtà sociale<sup>125</sup>.

Si tratta di uno strumento avente in prevalenza natura difensiva poiché determina la disapplicazione delle norme che vengono invocate in maniera illecita con la conseguente reiezione della domanda<sup>126</sup>.

L'*exceptio doli generalis seu praesentis* si distingue dall'*exceptio doli specialis seu preteriti*<sup>127</sup>. Essa, infatti, allude al dolo attuale, compiuto nel momento in cui viene esperita l'azione nel processo; rappresenta un rimedio di carattere generale, volto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne rappresenta la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale basata sullo stesso, qualora l'attore abbia nascosto situazioni sopravvenute al contratto ed idonei a

---

<sup>123</sup> F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 88; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, Padova, 2005, 429.

<sup>124</sup> A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, in *Enc. del diritto*, XIV, Milano, 1965, 218.

<sup>125</sup> A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., 219 ss..

<sup>126</sup> F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 88.

<sup>127</sup> Per la distinzione v. in particolare Così Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007, 971 ss..



modificare o estinguere il diritto, ovvero abbia presentato richieste di pagamento abusive o fraudolente o abbia violato il divieto di *venire contra factum proprium*<sup>128</sup>.

Diversamente, l'*exceptio doli specialis* si riferisce al dolo compiuto al momento della conclusione dell'atto e mira a far valere l'esistenza di raggiri posti in essere per indurre un soggetto a stipulare un determinato negozio, al fine di ottenerne l'annullamento, ovvero a denunciare la violazione dell'obbligo di comportarsi in base a buona fede durante lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, rilevante come dolo incidente, qualora gli inganni abbiano inciso sul contenuto del contratto, con relativa responsabilità per i danni cagionati dalla sua condotta<sup>129</sup>.

Come evidenziato da parte della dottrina, l'*exceptio doli generalis* può essere proposta anche in caso di condotte sleali e non fraudolente e rappresenta, pertanto, un rimedio di natura oggettiva<sup>130</sup>; non deve, necessariamente ricorrere in capo al titolare del diritto una finalità fraudolenta o dolosa, essendo sufficiente la prova della mera conoscenza o della conoscibilità della contrarietà alla correttezza del comportamento posto in essere<sup>131</sup>.

Non si rinviene nell'ordinamento una norma che disciplina l'*exceptio doli generalis* ma è possibile individuare nell'ambito del Codice civile alcuni istituti aventi la medesima *ratio*<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> V. Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, cit.

<sup>129</sup> Così Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, cit.; A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., 219 ss..

<sup>130</sup> In tal senso G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1379.

<sup>131</sup> v. C. ROMEO, *Il commento*, cit., 982; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 468.

<sup>132</sup> Si citano a tal proposito a titolo esemplificativo: gli artt. 1241 ss. in materia di compensazione; l'art. 1260, comma 2, per cui le parti non possono opporre al cessionario il patto con cui hanno escluso la cedibilità del credito se non si prova che egli lo conosceva al momento della cessione; l'art. 1359, che prevede la finzione di avveramento della condizione; l'art. 1426 che esclude l'annullabilità del contratto nel caso in cui il minore abbia con raggiri occultato la sua età; l'art. 1438 concernente la minaccia di far valere un diritto; l'art. 1460, comma 2, che esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione del contratto se il rifiuto è in contrasto con la buona fede e l'art. 1490, comma 2, che dispone l'inefficacia del patto con cui è esclusa o limitata la garanzia per i vizi della cosa venduta nel caso in cui il venditore abbia in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa. Per l'elencazione v. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 89.



Proprio per questa ragione, inizialmente, si tendeva ad escludere la possibilità di riconoscere valenza generale a tale rimedio<sup>133</sup>.

Successivamente, invece, dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato siffatto strumento di tutela ma il fondamento normativo al quale ricondurlo non è stato identificato in maniera univoca: ora *l'exceptio doli generalis* è stata ricondotta nell'alveo del principio di buona fede, con conseguente operatività limitata all'ambito delle obbligazioni<sup>134</sup>, ora nell'alveo dell'abuso del diritto<sup>135</sup>, ora congiuntamente al divieto di abuso del diritto ed al principio di buona fede<sup>136</sup>. Soluzioni tuttavia criticate evidenziandosi da un verso che considerare *l'exceptio doli* come mera espressione della buona fede oggettiva comporta la limitazione del suo ambito di applicazione al diritto delle obbligazioni e dei contratti e da altro verso che il ricorso all'*exceptio doli* non richiede necessariamente l'esistenza di un abuso<sup>137</sup>. Si ritiene, dunque, che – stante l'autonomia delle figure – il denominatore comune della buona fede oggettiva, dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli* è la finalità perseguita<sup>138</sup>. Tra le funzioni, in particolare, svolte dalla buona fede si segnala quella di selezione degli interessi concretamente perseguiti dalle parti durante l'esecuzione dei rapporti obbligatori; valorizzando questa funzione selettiva *l'exceptio doli* rappresenta uno strumento attraverso cui si analizzano gli interessi perseguiti dalle parti mediante l'esercizio dei diritti e se gli interessi non sono meritevoli di tutela ne consegue la reiezione della pretesa<sup>139</sup>. *L'exceptio doli*

---

<sup>133</sup> G.L. PELLIZZI, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, 1075; A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., 221.); C. ROMEO, *Il commento a Cass.*, 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007, 980 ss..

<sup>134</sup> A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, cit., 221.

<sup>135</sup> L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, 211. Cfr. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 90.

<sup>136</sup> In relazione alle tesi evidenziate v. F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., 90.

<sup>137</sup> G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, cit., 1388.

<sup>138</sup> G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, cit., 1389.

<sup>139</sup> In tal senso G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, cit., 1390 ss..



attribuisce al giudice il sindacato sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, per accertare la congruità con le finalità insite nel loro esercizio<sup>140</sup>.

L'*exceptio doli generalis* assume rilievo in una duplice ottica ossia come divieto di *venire contra factum proprium* e come esclusione di tutela giuridica per colui che vuole trarre vantaggio da una sua precedente condotta scorretta<sup>141</sup>.

Analizzando la giurisprudenza in materia si evidenzia che l'*exceptio doli* ha trovato applicazione, in particolare, nell'ambito delle garanzie autonome.

Nell'ambito del contratto autonomo di garanzia il garante si impegna ad effettuare il pagamento di una determinata somma di denaro in favore del beneficiario della garanzia a semplice richiesta, rinunciando ad opporre eccezioni relative al rapporto che lo lega al debitore principale anche se volte a far valere l'invalidità del contratto dal quale tale rapporto deriva, salvo che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa; in quest'ultima ipotesi si ritiene che l'invalidità del contratto "presupposto" si comunichi al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita<sup>142</sup>. Sulla base dell'operatività della buona fede come fonte integrativa degli effetti degli atti di privata autonomia, il garante, in caso di prove evidenti del carattere fraudolento o abusivo della richiesta di pagamento da parte del beneficiario della garanzia, può - e deve - rifiutare il pagamento richiesto<sup>143</sup>. A tal fine si è richiamata l'*exceptio doli generalis*<sup>144</sup>.

Ancora in tema di garanzie autonome l'*exceptio doli generalis* è stata recentemente ritenuta proponibile dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel caso in cui appare

---

<sup>140</sup> G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1392 ss..

<sup>141</sup> M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, cit., 59.

<sup>142</sup> Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in *I contratti*, 2006, 1115.

<sup>143</sup> Cass. 24 aprile 1991, n. 4519; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864 in *www.dejure.it*.

<sup>144</sup> Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, cit..



evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per previa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per un'altra causa<sup>145</sup>.

Un altro ambito in cui l'*exceptio doli* è stata applicata – dapprima implicitamente – riguarda la fideiussione *omnibus* precedentemente all'intervento legislativo del 1992, con cui si è stabilito che la fideiussione per le obbligazioni future deve prevedere l'importo massimo garantito<sup>146</sup>. La Corte di Cassazione, pur ammettendo la liceità della fideiussione *omnibus*, ha ritenuto che il rischio del fideiussore dovesse essere limitato dal rispetto da parte dell'istituto di credito del dovere di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto di garanzia<sup>147</sup>.

Tale eccezione è stata, inoltre, applicata in tema di credito documentario; si tende a dar rilevanza ai comportamenti fraudolenti posti in essere dal beneficiario a danno dell'emittente<sup>148</sup>.

Lo strumento dell'*exceptio doli* è stato utilizzato al fine di paralizzare la condotta abusiva della banca-emittente nei riguardi del beneficiario di un credito documentario, in caso di eccezioni pretestuose fatte valere nei confronti di quest'ultimo da parte dell'istituto di credito emittente<sup>149</sup>.

In ulteriori pronunce l'*exceptio doli* presuppone una violazione del divieto di *venire contra factum proprium*: la domanda dell'attore è paralizzata per l'incompatibilità con l'affidamento ingenerato nel convenuto da una sua precedente condotta, in violazione del principio di buona fede<sup>150</sup>.

In tal senso si è, per esempio, dichiarata l'illegittimità della pretesa di una compagnia assicuratrice di fare valere la sospensione del contratto a causa del mancato pagamento del

---

<sup>145</sup> Cass, SU, 2010, n. 3947 in *I contratti*, 2010, 440 ss..

<sup>146</sup> C. ROMEO, *Il commento*, cit., 981.

<sup>147</sup> Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, 2750; C. ROMEO, *Il commento*, cit., 981.

<sup>148</sup> Pret. Perugia, 28 maggio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 670.

<sup>149</sup> Trib. Udine, 10 settembre 1999 in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 689. V. in particolare C. MARSEGLIA, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 563.

<sup>150</sup> C. ROMEO, *Il commento*, cit., 982.



premio ai sensi dell'art. 1901 c.c., con esonero dall'obbligo di risarcire il sinistro, giacché il mancato pagamento era dovuto alla circostanza che la compagnia di assicurazione non l'aveva riscosso come era solita fare<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> C. ROMEO, *Il commento*, cit., 983; Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Foro it.*, 1985, I, 2050.